

CIÓN

DE BIBLI

DE LAS CORTES, 1823

GRAF. EDITORIAL

CEI ONA

erno 2.

4

KQ525

.E8

V5

V.4

C.1

V



1080041936

# 66# 140

347 (02)

Y.



**PROCEDIMIENTOS JUDICIALES**

SEGUN LA NUEVA

**LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.**

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

23345



# TRATADO

## HISTÓRICO, CRÍTICO FILOSÓFICO

DE LOS

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CIVIL,

SEGUN LA NUEVA

## LEY DE ENJUICIAMIENTO;

CON SUS CORRESPONDIENTES FORMULARIOS,

POR

**DON JOSE DE VICENTE Y CARAVANTES,**

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA.



*Canilla Alfonsina  
Biblioteca Universitaria*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN  
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA

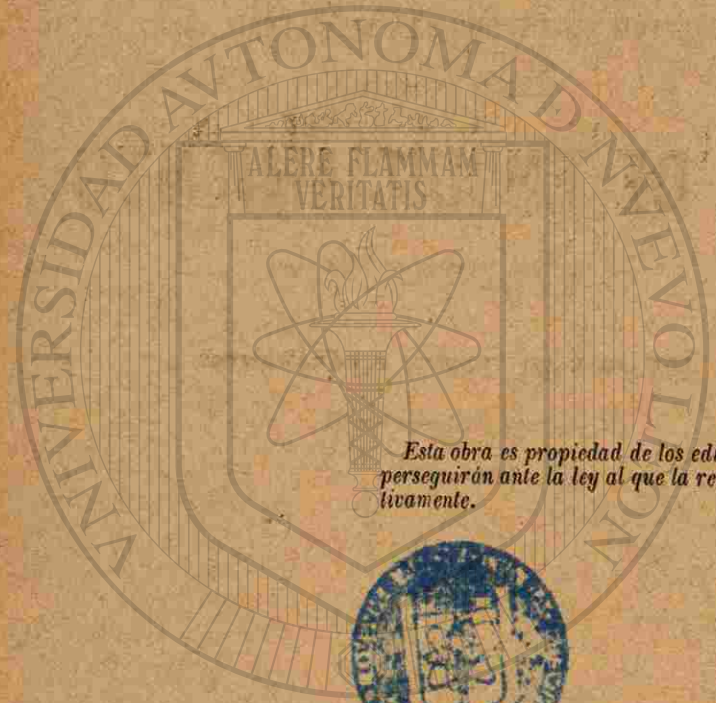
MADRID.

IMPRENTA Y LIBRERIA DE GASPAR Y ROIG, EDITORES,  
calle del Príncipe, núm. 4.

1858.

54028

K 9525  
E 8  
V 54



Esta obra es propiedad de los editores, quienes perseguirán ante la ley al que la reimprima furtivamente.



FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA  
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN



## LIBRO TERCERO

(CONTINUACION.)

### TITULO XI.

#### De los recursos contra las providencias judiciales.

1508. Con el fin de asegurar mayormente la recta administración de justicia, revisando de nuevo los procesos y reparando los perjuicios que á veces ocasionan los jueces con providencias improcedentes, por ignorancia, error, descuido ó malicia, ó por falta de pruebas que no fue posible practicar á los litigantes, ó que descuidaron presentar en apoyo de sus derechos, en el primer exámen de la cuestión controvertida, han establecido las leyes varios recursos. Tales son los conocidos con los nombres de *Apelación*, *Reposición*, *Nulidad*, *Queja* y *Súplica*, y los llamados por nuestras leyes y jurisprudencia anteriores, de *Segunda Suplicación*, *Injusticia notoria* y de *Nulidad* de las sentencias de las audiencias, los cuales se han suplido en el día con el establecido por la nueva ley de Enjuiciamiento bajo el nombre de *Recurso de Casación*.

Sin embargo hay providencias contra las que no se da recurso alguno, según espresa la ley de Enjuiciamiento. Tales son:

- 1.º La en que el tribunal ó juez de primera instancia aprueba la tasación sobre honorarios de los funcionarios que intervienen en el pleito: art. 181.
- 2.º La decisión del Tribunal Supremo sobre cuestiones de competencia, cuya resolución corresponde al mismo: art. 111.
- 3.º La en que el Tribunal Supremo ó las audiencias condenen en dichas cuestiones al pago de las costas causadas en las actuaciones relativas á ellas, al juez ó litigante que las sostuvieron con notoria temeridad, y de la en que se condena en dichas costas al litigante que promovió la cuestión por declinatoria é inhibitoria, asegurando no haberla promovido más que por un medio: arts. 113 y 84.

4.º La en que un ministro ó juez recusado se separan de los autos: artículo 127.

5.º La que dicta el juez de primera instancia en apelacion de la del de paz sobre la ejecucion de lo convenido en la conciliacion: art. 220.

6.º La que recae en el juicio verbal que se celebra para fijar los frutos, daños y perjuicios sobre que recayó condena en los interdictos de adquirir y recobrar; pero queda á salvo á las partes su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convinieren: arts. 707 y 752.

7.º Del laudo que dictaren los amigables componedores, pues causa ejecutoria, pero pueden reclamar nulidad del, segun se dijo en los números 448 y 449 del libro 3.º de esta obra.

8.º La del Tribunal Supremo sobre la ejecucion de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras: art. 928.

9.º La en que se otorgue la prueba por las audiencias en las apelaciones de sentencias definitivas en el juicio ordinario: art. 871.

10. La del Tribunal Supremo sobre apelaciones de la de las audiencias que denegaron la admision del recurso de casacion: art. 1086.

11. La del juez de primera instancia sobre apelacion de juicios verbales: art. 1179.

12. La ejecutoria que recayó contra el litigante declarado rebelde por no haber comparecido al juicio, habiendo sido citado y emplazado en su persona, á no que probase haber estado impedido por una fuerza mayor: art. 1193 y 1194. Véase no obstante lo que decimos al tratar de cada uno de los recursos enumerados, y en especial del de *Queja* y del de *Nulidad*.

1309. El fundamento, utilidad y objeto especial de cada uno de estos recursos, asi como las objeciones que se han opuesto contra ellos, se espondrán en la seccion particular que les dedicamos.

1310. Aunque las reglas generales sobre estos recursos se refieren á todos los juicios en comun, y en su consecuencia, se incluyen por la nueva ley en su título primero, que contiene las reglas generales sobre procedimientos, artículos 33 al 77, hemos creido reservar su esposicion para este título, en lugar de efectuarla en el libro primero de esta obra, porque estando intimamente relacionadas con las demás disposiciones especiales sobre aquellos, en cada juicio, facilitan en extremo su inteligencia.

## SECCION I.

### DE LAS APELACIONES.

#### § I.

#### *De las apelaciones en general.*

##### SU DEFINICION, OBJETO Y UTILIDAD.

1311. Por apelacion, palabra que proviene de la latina *apellatio*, llamamiento ó reclamacion, es el recurso que hace el que se cree perjudicado ó agraviado por la providencia de un juez ó tribunal, para ante el superior inmediato, con el fin de que la reforme ó revoque.

1312. La apelacion se ha conocido en todas las naciones cultas, si bien no aparece en algunas legislaciones hasta una época avanzada de civilizacion. Sin embargo, la forma particular con que se procedia para enmendar las sentencias en tiempo de la república romana y la organizacion que tuvo, el poder judicial, en un principio, entre los germanos, ha dado fundamento para creer que no se conoció la apelacion entre estas naciones en dichas épocas. Véase pues acerca de la historia de este recurso lo espuesto en la Introduccion histórica de esta obra, con los números 30, 32, 33, 120, 143, 148, 152, 154, 182, 186, 212, 213, 217, 223 al 255 y siguientes.

1313. El remedio de la apelacion es necesario y utilísimo, dice Febrero, citando al conde de la Cañada. Por él enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias definitivas ó interlocutorias por ignorancia ó malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que han tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia; se evitan los perjuicios é iniquidades que tal vez cometerian algunos jueces inferiores, si no temieran que otros los descubriesen; finalmente, este remedio llena de satisfaccion á los interesados al ver que concurren muchos jueces á declarar su derecho. Señor conde de la Cañada, Parte 2, cap. 2, números 2 y 3.

1314. Háse objetado contra la apelacion el ocasionar varios inconvenientes: tales son:

1.º Que dilata los litigios y la declaracion de los derechos de las partes, ocasionándoles nuevos dispendios y molestias.

2.º Que no hay certidumbre ni seguridad de que la segunda sentencia ó decision sea mas justa que la primera, y aun caso de que hubiere medios para dar esta seguridad y certidumbre, podrian establecerse y aplicarse respecto del juez ó tribunal de primera instancia, revistiéndole de la autoridad, ilustracion y demás circunstancias que se crean necesarias para que dé tal resultado el tribunal que juzga en segunda.

3.º Que se debilita la autoridad de los fallos judiciales y se desprestigia la justicia misma, porque el derecho que se concede á todo ciudadano de atacar en la segunda instancia la cosa juzgada, hace desaparecer el respeto con que debe mirársela, y si no es sagrado el primer fallo, no lo será tampoco el segundo, no considerándose las decisiones de la justicia mas que como acontecimientos casi fortuitos mas ó menos favorables á uno ú otro de los litigantes.

4.º Que relaja la fuerza de los deberes de la magistratura, porque el juez que espere que otro superior reforme sus errores ó descuidos, no examinará ni meditará con atencion tan escrupulosa, ni pesará las menores circunstancias en la balanza de la justicia con tanto cuidado como el que sabe que sus providencias son definitivas y pueden causar la ruina ó infelicidad de las familias. Por último alegan los que censuran la institucion de la segunda instancia, que bastaria para evitar los perjuicios que se tratan de remediar por ella, la publicidad de los juicios y la responsabilidad judicial.

1315. Pero á estas objeciones se contesta: que las dilaciones y gastos

4.º La en que un ministro ó juez recusado se separan de los autos: artículo 127.

5.º La que dicta el juez de primera instancia en apelacion de la del de paz sobre la ejecucion de lo convenido en la conciliacion: art. 220.

6.º La que recae en el juicio verbal que se celebra para fijar los frutos, daños y perjuicios sobre que recayó condena en los interdictos de adquirir y recobrar; pero queda á salvo á las partes su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convinieren: arts. 707 y 752.

7.º Del laudo que dictaren los amigables componedores, pues causa ejecutoria, pero pueden reclamar nulidad del, segun se dijo en los números 448 y 449 del libro 3.º de esta obra.

8.º La del Tribunal Supremo sobre la ejecucion de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras: art. 928.

9.º La en que se otorgue la prueba por las audiencias en las apelaciones de sentencias definitivas en el juicio ordinario: art. 871.

10. La del Tribunal Supremo sobre apelaciones de la de las audiencias que denegaron la admision del recurso de casacion: art. 1086.

11. La del juez de primera instancia sobre apelacion de juicios verbales: art. 1179.

12. La ejecutoria que recayó contra el litigante declarado rebelde por no haber comparecido al juicio, habiendo sido citado y emplazado en su persona, á no que probase haber estado impedido por una fuerza mayor: art. 1193 y 1194. Véase no obstante lo que decimos al tratar de cada uno de los recursos enumerados, y en especial del de *Queja* y del de *Nulidad*.

1309. El fundamento, utilidad y objeto especial de cada uno de estos recursos, asi como las objeciones que se han opuesto contra ellos, se espondrán en la seccion particular que les dedicamos.

1310. Aunque las reglas generales sobre estos recursos se refieren á todos los juicios en comun, y en su consecuencia, se incluyen por la nueva ley en su título primero, que contiene las reglas generales sobre procedimientos, artículos 33 al 77, hemos creido reservar su esposicion para este título, en lugar de efectuarla en el libro primero de esta obra, porque estando intimamente relacionadas con las demás disposiciones especiales sobre aquellos, en cada juicio, facilitan en extremo su inteligencia.

## SECCION I.

### DE LAS APELACIONES.

#### § I.

#### *De las apelaciones en general.*

##### SU DEFINICION, OBJETO Y UTILIDAD.

1311. Por apelacion, palabra que proviene de la latina *apellatio*, llamamiento ó reclamacion, es el recurso que hace el que se cree perjudicado ó agraviado por la providencia de un juez ó tribunal, para ante el superior inmediato, con el fin de que la reforme ó revoque.

1312. La apelacion se ha conocido en todas las naciones cultas, si bien no aparece en algunas legislaciones hasta una época avanzada de civilizacion. Sin embargo, la forma particular con que se procedia para enmendar las sentencias en tiempo de la república romana y la organizacion que tuvo, el poder judicial, en un principio, entre los germanos, ha dado fundamento para creer que no se conoció la apelacion entre estas naciones en dichas épocas. Véase pues acerca de la historia de este recurso lo espuesto en la Introduccion histórica de esta obra, con los números 30, 32, 33, 120, 143, 148, 152, 154, 182, 186, 212, 213, 217, 223 al 255 y siguientes.

1313. El remedio de la apelacion es necesario y utilísimo, dice Febrero, citando al conde de la Cañada. Por él enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias definitivas ó interlocutorias por ignorancia ó malicia; se suplen y corrigen las omisiones y defectos que han tenido los litigantes en alegar y probar los hechos en que apoyan su justicia; se evitan los perjuicios é iniquidades que tal vez cometerian algunos jueces inferiores, si no temieran que otros los descubriesen; finalmente, este remedio llena de satisfaccion á los interesados al ver que concurren muchos jueces á declarar su derecho. Señor conde de la Cañada, Parte 2, cap. 2, números 2 y 3.

1314. Háse objetado contra la apelacion el ocasionar varios inconvenientes: tales son:

1.º Que dilata los litigios y la declaracion de los derechos de las partes, ocasionándoles nuevos dispendios y molestias.

2.º Que no hay certidumbre ni seguridad de que la segunda sentencia ó decision sea mas justa que la primera, y aun caso de que hubiere medios para dar esta seguridad y certidumbre, podrian establecerse y aplicarse respecto del juez ó tribunal de primera instancia, revistiéndole de la autoridad, ilustracion y demás circunstancias que se crean necesarias para que dé tal resultado el tribunal que juzga en segunda.

3.º Que se debilita la autoridad de los fallos judiciales y se desprestigia la justicia misma, porque el derecho que se concede á todo ciudadano de atacar en la segunda instancia la cosa juzgada, hace desaparecer el respeto con que debe mirársela, y si no es sagrado el primer fallo, no lo será tampoco el segundo, no considerándose las decisiones de la justicia mas que como acontecimientos casi fortuitos mas ó menos favorables á uno ú otro de los litigantes.

4.º Que relaja la fuerza de los deberes de la magistratura, porque el juez que espere que otro superior reforme sus errores ó descuidos, no examinará ni meditará con atencion tan escrupulosa, ni pesará las menores circunstancias en la balanza de la justicia con tanto cuidado como el que sabe que sus providencias son definitivas y pueden causar la ruina ó infelicidad de las familias. Por último alegan los que censuran la institucion de la segunda instancia, que bastaria para evitar los perjuicios que se tratan de remediar por ella, la publicidad de los juicios y la responsabilidad judicial.

1315. Pero á estas objeciones se contesta: que las dilaciones y gastos



que ocasiona la apelacion, tienen por objeto asegurar la propiedad, el honor y la vida de los ciudadanos, además de que no siendo obligatoria la segunda instancia, pueden renunciar á ella las partes, si la consideran gravosa, sometiéndose al primer fallo: que aunque no hay certidumbre de que la segunda sentencia sea mas justa que la primera, están todas las probabilidades racionales en favor de que lo será, por la mayor ilustracion, sensatez, experiencia y número de los jueces de apelacion, y si á veces no lo es, es esto una escepcion de la regla general: estas circunstancias no podrian requerirse en primera instancia hasta el punto que en segunda, por los entorpecimientos y gastos que se ocasionarian; que lejos de debilitarse por la apelacion la autoridad de los fallos judiciales, adquieren nuevo brillo y mayor consideracion y respeto, por procurar ocasion de que sean confirmados, como sucede comunmente por la opinion de magistrados de mas elevacion en la gerarquía judicial; que tampoco se relajan los deberes de los jueces de primera instancia, porque el temor de la revocacion de sus fallos y de la prueba de una nueva revision del proceso, los hace mas circunspectos preservándoles de toda precipitacion y ligereza; y si hubiera riesgo de que cediera su probidad, no ya á la seduccion, sino á un secreto impulso de favor ó de odio, se detendrian por la sola idea de que semejante olvido de sus deberes solo proporcionaria á su parcialidad un éxito efímero.

En cuanto á la publicidad de los juicios y á la responsabilidad judiciales, no hay duda alguna que la primera es una poderosa salvaguardia contra la arbitrariedad del juez, y la segunda un freno saludable para detenerle en el camino de la injusticia, pero estas dos garantías no bastan sin la apelacion que es su complemento indispensable.

La publicidad sola no remedia nada en el caso de una decision injusta, aunque surte mucho efecto para prevenirla. Da gran fuerza para evitar la falta de probidad del juez, mas no da seguridad alguna contra su capacidad ó ignorancia; pues si bien produce el efecto de escitar su inteligencia y de ejercitar su talento, no comunica ni infunde en la mente del juez una ni otro. Además, por una parte las tentaciones tienen á veces bastante fuerza para sofocar la voz de la conciencia, y por otra, pueden las pasiones lisonjear al juez con sus hábiles sofismas, haciéndole esperar que eludirá la censura pública, ó hacerle insensible al mismo oprobio inspirándole la audacia de arrostrarlo. ¿Fue acaso freno suficiente la publicidad para el decemviro Apio Claudio? ¿No se atrevió á mandar á sus lictores el rapto de Virginia á los ojos de Roma y de su propio padre?

La responsabilidad judicial por mucha estension que se la dé, es insuficiente por sí misma, separada del remedio de la apelacion; porque en primer lugar, es nula en cuanto á los errores inocentes del magistrado, y respecto de las injusticias que voluntariamente cometa, pueden disfrazarse de tal manera, que sea difícil hallar pruebas bastante fuertes para conseguir el castigo del juez prevaricador. La responsabilidad legal no es, pues, mas que un remedio imperfecto, porque si bien restringe la improbidad hasta ciertos límites y la obliga á usar de artificios, no la evita enteramente; por

todo lo cual, nada es tan propio para asegurar á los litigantes de la justicia y equidad de las sentencias como la institucion de la apelacion.

*De qué sentencias se puede ó no apelar.*

1316. Los legisladores no han concedido la facultad de apelar de toda clase de sentencias; atendiendo á las dilaciones y gastos que causa este recurso á las mismas partes y á lo que ocupa asimismo á los tribunales de justicia, con perjuicio público, la han restringido á solo aquellas sentencias que por su importancia y por los perjuicios que pueden irrogar á los litigantes, compensan ventajosamente los inconvenientes de la apelacion con los beneficios que procura. Asi, nuestras antiguas leyes establecieron la regla de que puede imponerse la apelacion de todas las sentencias definitivas, y generalmente hablando, no puede interponerse de las interlocutorias. La ley 13, tit. 23 Part. 3.<sup>a</sup>, dice: «De todo juicio afinado se puede alzar cualquiera que se tuviere por agraviado de él: mas de o ro mandamiento ó juicio que ficiere el juzgador, andando por el pleito, ante que diere sentencia definitiva sobre lo principal, non se puede ni debe ninguno alzar,» y la ley 23, tit. 20, lib. 11, Nov. Recop. pone esta cláusula: «Establecemos que de las sentencias interlocutorias no hayaalzada y que los juzgadores no la otorguen ni la den.»

Los fundamentos en que se apoyaban las leyes para prohibir la apelacion de los autos interlocutorios eran sólidos y juiciosos, y los espresaba la ley 13 citada. E esto pusieron por dos razones. La una, porque los pleitos principales non se alegasen, nin se embargasen por achaque de las alzadas que fuesen tomadas en razon de tales agravamientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de dar el juicio afinado, la parte que se tuviere por agraviada del juzgador, se puede alzar, é fincale en salvo para poder demandar é mostrar ante el juez de la alzada todos los agravamientos que recibió del primer juez.»

El concilio de Trento moderó igualmente aquella libertad absoluta que daban los cánones de apelar sin distincion de las sentencias de los jueces eclesiásticos, fuesen definitivas ó interlocutorias, por leve que apareciera el agravio que causasen. (Cap. 1, sess. 13 y cap. 20, sess. 24 de Reformat; capitulo 12 de Apellat; y cap. 1 del mismo titulo *in sexto*).

Sin embargo, la regla de no admitirse la apelacion de las sentencias interlocutorias, padece muchas escepciones, de las cuales unas se hallan espresadas en las mismas leyes, y otras se deducen de los ejemplos que refieren y de la razon general en que convienen.

La citada ley 23, título 20 libro 11, Nov. Recop., despues de establecer dicha regla, dice: «Salvo si las sentencias interlocutorias fueren dadas sobre defension perentoria, ó sobre algun artículo que haga perjuicio en el pleito principal, ó si fuere razonado contra él por la parte que no es su juez, y prueba la razon por qué no es su juez, falta nueve dias... y el juez se pronunciare por juez, ó dijere que ha por sospechoso al juez, y si en los pleitos civiles no quisiere el juez tomar un hombre por acompañado para li-

brar el pleito, ó si la parte pidiere traslado del proceso publicado, y el juez no se lo quisiere dar; en cualquier destes casos otorgamos á la parte que se sintiere agraviada que se puede alzar, y el juzgador que sea tenido de otorgar el alzada.»

La citada ley 13, título 23, Part. 3, limitó tambien la espresada regla, diciendo: «Fueras ende cuando el juzgador mandasse facer alguna otra cosa torticeramente, que fuesse de tal natura que seyendo acabada, non se podria despues ligeramente enmendar, á menos de gran daño ó de gran vergüenza de aquel que se tuviesse por agraviado de ella.»

El concilio Tridentino (en los capítulos citados 1, sess. 15; y 20, sess. 24 de reformat.) no permite la apelacion de otras sentencias interlocutorias que de las que tengan fuerza de definitivas, ó cuyo gravámen no pueda repararse por estas; y apoyados los autores en dichas disposiciones, se estendieron á referir todos aquellos casos en que encontraban la razon general de admitir la apelacion de sentencias interlocutorias.

Este lenguaje del Concilio dió una idea clara y exacta para todos los casos en que haya ó no lugar á apelar de las sentencias interlocutorias; y como por otra parte guardaba conformidad con el espíritu de las leyes citadas (aunque no se encontraba en ellas la misma disposicion literal) llegó á hacerse comun en el foro y entre los escritores de derecho.

La nueva ley de Enjuiciamiento ha venido á confirmar esta misma doctrina, puesto que en su art. 67 previene, que *son apelables las sentencias definitivas y las interlocutorias que decidan un artículo*, y en el 65 establece en general que, *puede pedirse reposicion de las providencias interlocutorias pronunciadas por los jueces de primera instancia y si aquella no se estima-se, apelarse de ellas*. Sin embargo, la generalidad con que se espresa este artículo 65, facultando para la apelacion de las sentencias interlocutorias, sin distinguir entre las que tienen ó no fuerza de definitivas, las que causan gravámen irreparable y las que son pura y simplemente interlocutorias, y sin espresar diversidad de casos, como hacian las leyes de partida y recopiladas, ha dado motivo á que duden algunos, si la nueva ley faculta para apelar de toda clase de sentencias interlocutorias, y en su consecuencia, aun de las que se dictan para dirigir las actuaciones sin prejuzgar nada sobre el fondo del pleito, ni sobre incidentes ni artículos del mismo. Pero los intérpretes concluyen por sentar, y en nuestro concepto con razon, que no debe entenderse que faculte dicho art. 65 para apelar de las sentencias interlocutorias simples ó puras, porque de lo contrario se abriría franca puerta á los litigantes de mala fe para dilatar indefinidamente los litigios, solicitando diligencias y actuaciones indebidas y apelando de la providencia en que se les denegasen. La ley, en efecto, no habiendo definido en general lo que entendia por sentencias definitiva é interlocutoria, sino solamente en casos especiales como el del art. 1011, ha dado á entender que respetaba y admitia la doctrina consignada sobre esta materia por nuestras leyes y jurisprudencia anteriores. En su consecuencia, solo se podrá apelar en el dia, lo mismo que anteriormente, de las sentencias definitivas y de las interlocuto-

rias que deciden un artículo ó que tienen gravámen irreparable. Esta doctrina puede considerarse ratificada espresamente por la nueva ley, puesto que todas las sentencias de que admite apelacion pertenecen á la clase de las referidas, como se verá al reseñar las de que se admite en ambos efectos ó solo en el devolutivo. Véase lo espuesto en el número 1036 del libro 2.º de esta obra y lo que diremos mas adelante al tratar de la *Reposicion de las sentencias interlocutorias*.

1317. Pero ni aun de las sentencias definitivas é interlocutorias referidas podrán apelar las partes, cuando se obligaren judicial ó estrajudicialmente á no hacerlo de la que diere el juez contra alguna de ellas, segun espresa la ley 13, título 23, Part. 3, pues la apelacion se halla introducida en beneficio de los litigantes, y cada cual puede renunciar á lo que le favorece, ademas de que aquí tiene esta renuncia el interés que ofrece la del contrario.

Tampoco puede apelarse, segun las leyes 15 y 23, tit. 22, Part. 3, cuando se hubiese dictado la sentencia á virtud de confesion espresa judicial hecha por las partes, pues hace prueba plena en la forma que dice el art. 294 de la nueva ley. Sin embargo, si el juez se esciediere en el fallo, podrá apelarse de él. V. la ley 7, tit. 5, Part. 3 y la glosa 1.ª de Gregorio Lopez y lo que hemos dicho en los núms. 674 al 684, y en especial el 685 del lib. 2.º de este tratado.

Mas la confesion presunta no produce estos efectos, y por eso dice el art. 299 de la ley, que la providencia que se dictare declarando á alguno confeso ó denegando esta declaracion es apelable. V. el § 4, seccion 5.ª, libro 2.º de esta obra.

1318. El señor conde de la Cañada en sus Instituciones prácticas, cap. 2, parte 2.ª núm. 17, espresa tambien otro caso en que no procederá en general la apelacion: «Si de la causa y sentencia definitiva 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 justificarse la apelacion y se deberá despreciar la que interponga, como frívola y calumniosa, pues no pudiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa publica, dilatando los pleitos y causando otros perjuicios á las partes que litigan.» Sin embargo, dicen á esto los ilustrados reformadores de Febrero, como la apelacion toca á la defensa natural, y procede siempre que la ley no la niegue espresamente, entendemos que el denegarla por este capítulo, requiere en el juez mucho tacto y circunspeccion, porque la parte suele acudir en queja al tribunal superior y este le pide informes con justificacion, á causa de no poder mandar que vengan los autos, se originan costas y dilaciones, y muchas veces el superior que no puede instruirse por los informes del juez y la querella de la parte, manda en caso de duda, que aquel otorgue. Por lo demás, para que deba admitirse la apelacion, basta que el apelante se tenga por agraviado, sin que sea necesario espresar ni probar el agravio. Asi lo dan á entender las palabras de varias leyes. «Alzarse puede todo home libre de juicio que fuese dada contra él, si se tuviere por agraviado; ley 2, tit. 23, Part. 3.» Teniéndose por agraviada alguna de las partes

del juicio que diesen contra ella, no tan solamente se puede alzar de todo, sino de alguna partida de él, si quisiese; ley 14, de dicho título. Y en los mismos términos habla la ley 1, tit. 20, lib. 11, Nov. Recop. «Porque á las veces los alcaldes y jueces agravan á las partes en los juicios que dan, mandamos que cuando el alcalde ó juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en el pleito, aquel que se tuviese por agraviado puede apelar hasta cinco dias desde el dia que fue dada la sentencia ó recibido el agravio y viniere á su noticia.» Sin embargo, Paz en su Pract. 1 tom. p. 6, Proemio, núm. 52 al 55 y en el tomo 2, p. 5, c. único, núm. 10, y Hevia Bolaños en su Curia Filipica, part. 2.ª § 2, núm. 17, sientan, que en la apelacion de sentencia interlocutoria, aunque contenga gravámen irreparable por definitiva, se ha de espresar la causa del agravio, lo que sin duda se funda en la conveniencia de requerirse mas requisitos y solemnidades para la apelacion de dichas sentencias por no ser tan importantes como las definitivas; pero no habiendo disposicion que así lo mande ni en nuestras antiguas leyes ni en la moderna de Enjuiciamiento, no hay necesidad de hacer esta espresion. «La espresion y prueba del agravio solo tiene lugar en el juicio de alzada, dicen los redactores de la *Enciclopedia de Derecho*, art. Apelacion, cap. 2, seccion 2, § 1, puesto que si previamente se exigiera, vendria á ser este de pura fórmula, estando ya prejuzgada la cuestion; porque demostrado el agravio de la sentencia del inferior, ora procediese de error ó de malicia del juez, ora de omision ó descuido de la parte, su reforma era una consecuencia indispensable, y ¿cuál podia ser ya el objeto y fin del juicio de alzada? De estos dos juicios, el uno vendria á ser enteramente inútil.»

1519. Mas no de todas las sentencias definitivas é interlocutorias enunciadas que se pronuncian en toda clase de juicios ó incidentes, se concede la apelacion, pues hay varias contra las que no se ha juzgado necesario ni conveniente conceder este recurso. Tales son, 1.º aquellas que versan sobre objetos de poco valor, porque en estos casos no se ha temido que se pusieran en juego intrigas ilegales para torcer la balanza de la justicia, ó se ha creído que bastaba la ilustracion del juez de primera instancia para decidir por sí solo con acierto las cuestiones que ofrecian, por ser generalmente poco difíciles y complicadas, ó tambien por evitar que los perjuicios que ocasionarian á las partes los gastos y dilaciones de la segunda instancia, fuesen mayores que los beneficios que les resultasen aun de ganar el litigio; 2.º por la grande importancia de que se termina brevemente el litigio, bien por no admitir dilacion ó por originar esta mas perjuicios que su terminacion definitiva ó por no causar estado, habiendo el remedio de insaurar un nuevo juicio sobre el objeto principal que dió origen al primero; 3.º por ser la providencia dictada en beneficio de ambas partes, de suerte que hallándose estas en igualdad de circunstancias favorables, la no admision de la apelacion no les infiere perjuicio, antes se refiere á la mayor utilidad de ambas; 4.º por la autoridad de que se consideran revestidos los fallos, atendidos el grado que ocupa el tribunal que los dicta en la gerarquía judicial

y la cuestion sobre que recaen; 5.º en pena de la rebeldía de los litigantes en no comparecer al juicio; 6.º por suponerse la aprobacion tácita de la sentencia por aquel á quien pudiera convenir apelar de ella.

No hay apelacion por el poco valor del objeto del litigio, segun espresamente prohibe la ley de Enjuiciamientos, de la decision del juez fijando el valor de la cosa sobre que se promueve juicio de menor cuantía ó verbal: art. 1155 y 1165. Antes no se admitia apelacion bajo este concepto, de fallo definitivo pronunciado en los juicios verbales; segun el art. 40 del reglamento provisional para la administracion de justicia; mas en el dia es admisible, para ante el juez de primera instancia, si bien contra la sentencia que recaiga en la apelacion, no se da otro recurso alguno: art. 1177 al 1179.

No hay apelacion por la importancia de que termine prontamente el pleito: 1.º De las providencias que el juez dictare otorgando ó denegando las medidas urgentes de precaucion para evitar los riesgos que pueda ofrecer cualquier construccion en el interdicto de obra vieja: art. 755. 2.º De la que se dicte aprobando la tasacion de honorarios de los funcionarios que intervinieron en el juicio, pues contra ella no se da recurso alguno: art. 81. 3.º De la que recayera al ejecutarse una sentencia, aprobando la liquidacion de cantidad ilíquida á que se condenó en el fallo que se trata de ejecutar, si el deudor hubiere prestado su aprobacion á la liquidacion efectuada, ó no se opusiere á ella dentro del término legal. V. los artículos 917, 915 y 916, pues de lo contrario, se procederá segun los artículos 907 y 908. 4.º De lo que recaiga en el juicio verbal que se celebra para fijar la condena de frutos, daños y perjuicios en los interdictos de adquirir y recobrar, si bien queda á las partes á salvo su derecho para hacer en juicio ordinario las reclamaciones que les convinieren: art. 707 y 732. 5.º De la providencia concediendo ó denegando alimentos al concursado, pues es interina y se da cuenta de ella en la primera junta de acreedores y se oye en juicio ordinario contra el acuerdo: art. 652 y 653.

No hay apelacion por ser el fallo en beneficio de ambas partes: de la providencia en que se otorgare la prueba reducida al término ordinario ó en que se admitiere alguna diligencia de prueba: art. 258 y 275, § 2 y 871.

No la hay por la autoridad de que se hallan revestidos los fallos: 1.º De la determinacion del magistrado ó juez recusado, por la que se separa del conocimiento de los autos, pues no se da contra ella recurso de ninguna especie: art. 126 y 127. 2.º De la en que se acceda á la recusacion, ó aunque se deniegue recae sobre recusacion de presidente, regente ó ministro de un tribunal, pues causa ejecutoria: art. 129 y 151. 3.º De la sentencia de los tribunales superiores sobre cuestiones de competencia: art. 111. 4.º De las en que, en dichas cuestiones, se condena al pago de las costas causadas en las actuaciones relativas á la cuestion de competencia al juez y al litigante que la sostuvieron con notoria tenacidad, y de la porque se condena en dichas costas al litigante que promovió la cuestion por declinatorio ó subibitoria, asegurando no haberla promovido mas que por un medio, siendo falso: art. 115 y 84. 5.º Del laudo que dictaren los amigables com-

ponedores, pues habiéndose sometido á él de antemano las partes, causa ejecutoria, segun el art. 836, si bien esto debe entenderse sin perjuicio de la reclamacion de nulidad de que hablamos en los artículos 448 y 449 del lib. 3.º de esta obra. Anteriormente se daba apelacion contra este laudo y el recurso de reduccion ó arbitrio de buen varon, segun las leyes 25, tit. 4, Part. 3 y 4, tit. 40, lib. 11, Nov. Recop. 6.º De la sentencia del tribunal supremo sobre la ejecucion de las pronunciadas en naciones extranjeras: art. 928. 7.º Contra las sentencias definitivas de las audiencias; de ellas no se da otro recurso que el de casacion, segun el art. 76 de la ley, pues solo se puede apelar una vez de cada providencia, y la sentencia definitiva de las audiencias, supone la apelacion de la del juez inferior.

Por identidad de razon, no se concede la apelacion ni otro recurso alguno del fallo que pronuncian los árbitros sobre un pleito que se les sometió hallándose en segunda instancia, porque la sentencia de estos se considera como la de apelacion de las audiencias, por recaer sobre la dictada ya por el juez de primera instancia. De las providencias interlocutorias de las audiencias asi como de las del tribunal supremo se concede nueva revision; pero no se le da el nombre de apelacion, sino el de súplica, segun se vé en los artículos 47, 66 y 1066 de la ley de Enjuiciamiento, que en esto sigue á nuestras leyes y jurisprudencia anteriores, las cuales atendiendo á que dichos tribunales representan la real persona, solo permitian suplicar de ellos para ante los mismos. V. la ley 17, tit. 25, Part. 3, y lo que decimos al tratar de la *Súplica*. Sin embargo, segun el art. 1072 de la nueva ley, la providencia en que se denegare la admision de los recursos de casacion por las audiencias es *apelable* para ante el tribunal supremo, por la importancia que tiene aquel fallo y por ser el primero que recae sobre que se admita ó no el recurso de casacion. V. el núm. 221 del lib. 1.º de esta obra.

No se permite apelar, en pena de no haber comparecido al juicio, de la ejecutoria que puso término á un litigio, al litigante que habiendo sido citado y emplazado en su persona, no concurrió al juicio, y fue declarado rebelde en su consecuencia, pues segun el art. 1185, no puede oírsele ni admitírsele ningun género de recursos, á no que probase haber estado impedido para comparecer por una fuerza mayor, segun espresa el art. 1194. V. tambien el art. 1200.

Finalmente, no se permite apelar por suponerse que se aprueba tácitamente la providencia, de la en que se manda llevar á efecto el convenio de los acreedores sobre la espera ó quita, respecto de los que habiendo sido citados personalmente para la junta, no hubiesen impugnado el adoptado en ella, por las causas que espresa el art. 345.

*Personas que pueden apelar.*

1320. Pueden apelar todos aquellos á quienes infiere perjuicio la sentencia, segun dijimos al definir la apelacion, y en su consecuencia, no solo las mismas partes que siguieron el litigio sobre que sedió aquella, sino tambien las demás que no litigaron, sin que pueda decirse con todorigor que se

elimina una instancia respecto de estas, por no mostrarse partes en ella, puesto que contendieron los que tenian derechos análogos y que el juez se hizo cargo de los de aquellas, como lo prueba el fallo en que resolvió en perjuicio de las mismas.

1321. Pueden pues apelar, bajo el concepto de litigantes, tanto el vencido como el vencedor en el juicio. El vencido de la sentencia ó juicio que se da contra él, y no solamente de todo «como dice la ley 14, tit. 25, Part. 3, mas aun de alguna partida dél si quisiere; pero esto debe entenderse, continúa la ley, cuando la demanda fuese fecha sobre muchas cosas é el juzgador le diese en unas por quitó é en las otras por vencido; ca de aquellas que le diere por vencido bien se puede alzar, é valdrá el juicio cuanto en las otras de que no se alzara.» Y el vencedor cuando no hubiere obtenido en la sentencia todas las ventajas que demandó y que creia debérsele; tal sucedería, como dice la ley 9, tit. 25, Part. 3, cuando consistiendo la demanda en la propiedad de una heredad, que poseia el adversario, se declara esta á favor de aquel, pero sin condenar á este en la restitution de los frutos, ó si no se le condenare en las costas; tambien podrá apelar sobre estas el vencido, como lo declara Gregorio Lopez en la glosa primera á dicha ley (aunque algunos autores le niegan esta facultad, por considerar las costas como accesorio del juicio) pues la condicion de los litigantes debe ser igual tanto en la contienda como en la defensa.

1322. Pueden apelar bajo el concepto de terceros que no litigan, pero á quienes perjudica la sentencia; 1.º El vendedor, del fallo de que no apeló el comprador y que condena á este á entregar á un tercero la cosa que aquel le vendió; lo que se funda en que recae sobre el vendedor la condena por la evicción de lo vendido, á que se halla obligado; y asimismo puede apelar el comprador de la sentencia que se diere contra el vendedor sobre la cosa que le vendió y de que no apelare este: y aunque apelaren el comprador ó vendedor vencidos en juicio en sus casos respectivos, puede intervenir en la alzada cualquiera de aquellos que no litigó, *si sospechase del otro que non anda en el pleito derechamente*, como dice la ley 4, tit. 25, Part. 3. 2.º El acreedor pignoraticio, de la sentencia pronunciada contra el deudor, sobre la cosa que le dió en prenda y de que no apelare este, ó aun cuando apelare, si el acreedor sospechare que no anda derechamente ó con buena fé el deudor en la alzada. Esto se entiende en el caso de saber el acreedor que se seguia aquel litigio, y se funda en que por el hecho de saberlo y no presentarse en él, se presume que hace tácitamente procurador y defensor de sus derechos al deudor; produciendo el fallo los mismos efectos contra aquel que contra este. Mas la sentencia dada contra el deudor en pleito que supiera el acreedor, no le perjudicará á este, aunque de ella no apelare aquel. 3.º El fiador puede apelar de la sentencia dada contra el fiado sobre la deuda ó cosa objeto de la fianza, ó de la dada contra el comprador de cosa de que salió aquel fiador por el vendedor, aun cuando este y el comprador no apelaren del fallo; ley 4 citada. 4.º El hijo que está bajo la patria potestad, de la sentencia que se diere contra su padre sobre los bienes de los peculios que este

tenia en guarda; ley 2, del tít. 25, cit. 5.º Los legatarios; de la sentencia que se diere contra el heredero, en pleito movido por los parientes del testador, declarando nulo el testamento, si aquel no apelaba de ella y aun cuando apelare, pueden reunirse los legatarios para seguir la apelacion, mayormente si tuvieran sospechas de que estaban de acuerdo los parientes y el heredero para defraudarles. V. la ley 7, tít. 25, Part. 3; Escriche Diccionario, art. *Apelacion* y lo dicho en el núm. 1096 del lib. 2.º de esta obra, apartes 5.º y siguientes, y en los núms. 1097 y 1098.

El procurador no solo puede interponer la apelacion del pleito que está siguiendo á nombre de su principal, sino que debe hacerlo bajo la responsabilidad de pagar los daños y perjuicios que de lo contrario causare á este, aunque solo tuviere poder general, segun dijimos en el número 71 del libro 2.º de esta obra.

Este derecho de interponer la apelacion podrán ejercerlo dichas personas por sí mismas, si se hallaren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, ó de lo contrario por medio de sus representantes legítimos ó que deban suplir su incapacidad segun las leyes, que dejamos enumeradas en los núms. 56 y siguientes del lib. 2.º de esta obra; debiendo para presentarse en los juzgados y tribunales, valerse de procurador con poder declarado bastante por letrado, á no ser en los casos que enumera el art. 15 de la ley de Enjuiciamiento civil en que no se necesita la comparecencia por medio de procurador. V. lo espuesto en los núms. 64 al 68 del lib. 2.º de esta obra.

1525. Así como puede, la sentencia pronunciada contra el que sigue el litigio perjudicar al que no se presentó en él, segun hemos dicho y espusimos mas detenidamente en los números 1096 al 1098 del lib. 2.º citado, así por el contrario, la apelacion que interpuso el litigante puede favorecer á otros que no litigaron ni la interpusieron. Tales son: 1.º Aquellos á quienes pertenece en comun alguna cosa, pues aprovecha la apelacion de uno de los comuneros á los demás, lo cual se funda en que, teniendo un interés comun todos ellos en la misma cosa, se presume que se han dado tácitamente poder para representarse unos á otros. Sin embargo, cuando el que apeló es menor de edad y consiguió la revocacion de la sentencia por el beneficio de su minoria, no aprovecha su apelacion á los demás, porque no gozan de este beneficio en que se fundó aquella. 2.º Los que tuvieran servidumbre real, urbana ó rústica, pues aprovecha á todos la apelacion y victoria de uno de ellos; pero si la servidumbre fuere usufructo, la victoria de este aprovechará solo á él. 3.º Los guardadores nombrados conjuntamente para la guarda de un huérfano y sus bienes, pues si todos administrasen dichos bienes, les aprovecha la apelacion de uno de ellos, pero los que permaneciesen separados de la administracion, no podrán apelar por sí: ley 5, tít. 25, Part. 3.

*Ante qué juez y para ante cuál debe apelarse.*

1524. Para que la apelacion sea legítima, es necesario que se interponga ante el mismo juez que dió la sentencia de que se apela, esto es, ante el juez *a quo*, porque puede apreciar mas fácil y brevemente que otro alguno si pro-

cede ó no la apelacion, y asimismo le sirve de aviso para suspender la ejecucion de la sentencia; ley 18, tít. 25, Part. 5, art. 50 del reglamento provisional la administracion de justicia y art. 70, 71 y 72, 535, 1175, 1178 y otros que tratan de la admision de la apelacion por el juez que dió la sentencia, lo que supone que se ha de interponer ante él. No faltan sin embargo quienes critican esta disposicion, alegando, que teniendo dicho juez interés en que no se revise su fallo, puede proceder parcialmente al decidir sobre si debe ó no admitirse la apelacion, por lo que creen que seria mas conveniente interponerla ante otro juez de igual clase ó de superior gerarquía; pero esto ocasionaria gastos y dilaciones perjudiciales, por el nuevo exámen que tendrían que hacer del proceso estos jueces, para decidir si procedia la apelacion, y ademas, la denegacion indebida de esta se halla remediada con la queja ante la superioridad para que faculta la ley de Enjuiciamiento en su art. 75. Si se interpusiese pues la apelacion ante la superioridad, deberá esta mandar se acuda al juez que dió la sentencia.

En cuanto al juez ó tribunal á quien va la apelacion, ó juez *ad quem*, deberá interponerse la apelacion para ante el superior inmediato del que dió el fallo, sin que pueda hacerse á otro mas alto, *omisso medio*, como se dispone en las leyes 1 y 18, tít. 23, Part. 3. «Agravándose alguno del juicio, dice la ley 18, puédese alzar dél á otro que sea mayoral. Pero elalzada debe ser en esta manera, subiendo de grado en grado, todavía del menor al mayor, non dejando ninguno entre medias.» V. los art. 71, 72, 535, 1154, 1178, entre otros, de la ley de Enjuiciamiento civil. Esta disposicion tiene por objeto asegurar el debido honor y respeto á los jueces para que no sean defraudados en su autoridad, conservando el órden de la jurisdiccion, y facilitar la natural defensa á las partes con menores gastos que los que sufrirían con la mayor distancia de los jueces, si se omitiesen los inmediatos en grado, que por lo regular suelen hallarse á menor distancia que los tribunales superiores, evitándose además la aglomeracion de negocios en un mismo tribunal, si se dejase al arbitrio de las partes el recurrir á unos ú otros. Si se apelase pues por equivocacion para ante un juez superior ó igual al que dictó la sentencia, no surtiria efecto esta apelacion en cuanto á él, debiendo remitirse al juez para ante quien procediese, segun dispone la ley 18 citada; mas si se apelase para ante un inferior ó de distinta jurisdiccion ó territorio, no valdrá la apelacion, segun dicha ley. V. la Curia Filípica, parte 2.ª §. 4, números 12, 13 y 14. Sin embargo, tanto esta ley como otras varias de Partida y aun de otros códigos anteriores, como el Fuero Juzgo, permitan á las partes apelar para ante el rey, omitiendo los jueces intermedios, *antes que pasase por los otros jueces*. Esto se fundaba en que administrando el rey justicia personalmente y teniendo el señorío sobre todos, como dice la ley 18, *podíalos juzgar*, sin necesidad de guardarse aquel órden. V. las leyes 22, tít. 1, lib. 2 del Fuero Juzgo, la 1, tít. 23 y la 52, tít. 18, Part. 3. De estas y otras análogas disposiciones deducian los autores, que se podia apelar *omisso medio* para ante las audiencias y tribunales supremos, por representar al soberano, y aun habia autores, entre ellos Cobarrubias, que sentaban admitirse la ape-

lacion *omisso medio*, si no se oponia la parte. V. la Curia Filipica, Parte 2, § 1, núm. 8 y lo espuesto en los núms. 186 y 217 de la Introduccion de esta obra. Y no solo podia interponerse la apelacion para ante el rey y tribunales superiores, omitiendo los inmediatos en grado, sino que en algunos pleitos, como por ejemplo los de viudas, menores de veinticinco años, huérfanos de padre y otras personas desvalidas, podia acudirse en primera instancia al tribunal superior de la provincia, sin que tuviese el inferior facultad para sujetarlos á su jurisdiccion: tales eran los llamados *casos de córte*. Pero despues que por la constitucion de 1812 y posteriores se ha verificado la separacion de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, demarcándose las respectivas atribuciones de cada uno, no puede apelarse ya para ante el monarca, porque la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece esclusivamente á los tribunales y juzgados y ni las córtes ni el rey pueden ejercer las funciones judiciales. V. los arts. 242 y 243 de la constitucion de 1812 y el art. 66 de la de 1845. En cuanto á los casos de córte, quedaron abolidos por el art. 56 del reglamento provisional de 1853 para la administracion de justicia.

1525. Asi pues, con arreglo á la gerarquía judicial que reconoce la nueva ley de Enjuiciamiento, deberá interponerse la apelacion de las sentencias que dicten los jueces de paz, ante estos y para ante los jueces de primera instancia; art. 220 y 1179; de las que pronunciaren los de primera instancia ante ellos y para ante la audiencia de su territorio respectivo; art. 45, 47, 220, 553 y 1154; de las que pronunciaren las audiencias, desechando el recurso de Casacion (único caso en que procede la apelacion respecto de sus fallos, puesto que de las sentencias interlocutorias de dichas audiencias y sobre incidentes promovidos en la misma instancia de que conocen, se da el recurso de súplica para ante las mismas; art. 66) se apelará ante ellas y para ante el Tribunal Supremo de justicia; art. 1072.

Respecto de las sentencias de los árbitros, antes podia apelarse para ante el juez inferior, ó dejándose *omisso medio*, para ante el príncipe y su audiencia; ley 4 tit. 17, lib. 11 de la Nov. Recop.; mas segun la nueva ley de Enjuiciamiento se apela para ante la audiencia cuando fallaren un pleito en primera instancia; art. 814. V. los números 212, 215 y 221 del lib. 1.º de esta obra.

*Término para interponer la apelacion*

1526. El Fuero real fijó el término de tres dias, contado, desde el en que fue dada la sentencia para interponer la apelacion, tanto de sentencia definitiva, como interlocutoria, por la ley 1.ª, tit. 15, lib. 2.º, concordante con la 5, §. 5 y 7 del Dig. de *app.*, segun aquellas palabras: «mandamos que cuando el alcalde diere el juicio quier sea acabado, quier sobre cosas que acaescen en el pleito, aquel que se tuviere por agraviado puédase alzar fasta tercero dia....» Esta ley fue espedida y corroborada en la 150 de Estilo.

Las partidas señalaron el término de diez dias para apelar, por la ley 22, tit. 25, Part. 7, concordante con la Novela 25, cap. 1 de Justiniano. Mas el Ordenamiento de Alcalá, en cuya ley primera se dió fuerza legal á las

Partidas, marcó el término de tercero dia para apelar. V. la ley 2 tit. 15, que dice: «se pueda alzar fasta tercero dia.» Las ordenanzas reales, en su libro 5, tit. 16, ley 1ª asignaron el término de cinco dias para este recurso y esta ley se incluyó en la 1.ª, tit. 20, lib. 11 de la Nov. Recop. El reglamento provisional de 1853 para la administracion de justicia, confirmó esta disposicion en su art. 42, y la nueva ley de Enjuiciamiento la ha ratificado en el 67 prescribiendo, *que las sentencias definitivas y las interlocutorias que decidan un artículo serán apelables dentro de cinco dias*. Respecto de las sentencias interlocutorias, dispone el art. 65 de la nueva ley, que de las pronunciadas por los jueces de primera instancia, puede apelarse dentro de tres dias, si se hubiere denegado la solicitud para su reposicion que debe pedirse para ante el mismo juez dentro de tres dias segun diremos al tratar de la *Reposicion* de las sentencias, y el art. 66 establece respecto de las interlocutorias pronunciadas por los tribunales supremo y superiores, que pueda suplicarse dentro del término señalado en el artículo anterior, segun espondremos al tratar de la *súplica*.

Sin embargo, la apelacion de la providencia que se dicta para llevar á efecto la ejecucion de lo convenido en el acto de la conciliacion, debe interponerse dentro de tercero dia, segun el art. 220 de la ley de Enjuiciamiento, y asimismo hay providencias de las que además de poderle pedir reposicion dentro de tres dias, se puede si esta fuere negada, apelar de ellas dentro de cinco: tal es la en que se denegare el despacho de ejecucion en el juicio ejecutivo.

1527. El término para apelar principiaba á contarse, segun la ley citada del Fuero Real, desde que se dió la sentencia inclusive: «en este tercer dia, sobredicho, sea contado el dia que fuere dada la sentencia.» Segun la ley de Partida «desde el dia que fue dada la sentencia;» mas la ley de las Ordenanzas Reales, lo contó desde el de la notificacion, conforme aquellas palabras; «pueda apelar fasta cinco dias desde el dia que fuere dada la sentencia ó recibido el agravio *y viniere á su noticia esto*,» que tambien se incluyeron en la ley 1.ª, tit. 20, lib. 12 de la Nov. espresándose en la ley 2 su significacion, diciendo: «se puede alzar hasta el quinto dia *despues que le fuere notificada*.» Algunos autores creyeron que debia contarse el de la notificacion, atendiendo á las palabras de la ley 1.ª «desde el dia que fuere dada» y mas aun á la ley del Fuero Real, pero la generalidad de autores y la práctica no contaron este dia, atendiendo á la ley 2 que decia: «*despues* (y no desde) que le fuere notificada, y á la regla general de derecho que dice: *dies á quo non computatur in termino*. Esta interpretacion se halla confirmada en el art. 42 del reglamento provisional y en el 25 de lo nueva ley. Cuando hubiere varios litigantes se atenderá al dia en que se hizo la última notificacion; segun el espíritu del art. 235.

Pero se contará en los cinco dias, el del vencimiento, conforme establece por regla general, el art. 27 de la ley.

1528. En cuanto á los terceros, que aunque no litigan, pueden apelar de la sentencia, por serles perjudicial, y que enumeramos en el número 1522, debe principiar á contarse el término de los cinco dias, no ya desde

que se notificó aquella al litigante que perdió el pleito, puesto que el derecho de los terceros nace precisamente desde que este dejó pasar dicho término sin apelar, sino desde que supieron la sentencia y que el litigante vencido no apeló, esto es, desde que se les notificó aquella á ellos mismos, á instancia del vencedor por haber dejado transcurrir el que perdió el pleito el término de los cinco dias que tuvo para apelar, pues este es el único medio legitimo é indudable de saber que llegó á su noticia. Esto se funda en que el derecho que ejercitan los terceros no es delegado sino propio, de suerte que no se entiende que corre respecto de ellos el término señalado al litigante, y en que en general á nadie perjudica la ignorancia del hecho, como es el de no haber apelado este.

1329. Por razones análogas, sientan los autores, que cuando el litigante vencido en el pleito hubiere fallecido dentro de los cinco dias siguientes al del en que se le notificó la sentencia, no será aplicable este plazo respecto de su heredero, sino que principiará á contarse el que tiene para apelar desde que se le notificare á él ó su representante legitimo dicha sentencia. Esto se entiende si hubiere aceptado ya simplemente la herencia, pues si la aceptó á beneficio de inventario ó se hizo uso del beneficio de deliberar sobre si le convenia ó no aceptarla, no empezará á contarse el plazo para apelar, hasta que haya espirado el señalado para hacer inventario ó deliberar. Esta doctrina se apoya en la ley 28, tit. 23, Part. 3, concordante con la 4, tit. 13, libro 49 del Digesto y con la 6, tit. 6, lib. 9, del Código, que concede á los herederos del sentenciado por delito en sus bienes, que muriere habiendose alzado de la sentencia, el término de cuatro meses para seguir toda la instancia de la apelacion, además de lo que restare del plazo de dos meses que fijó la ley 23 por regla general para seguir esta instancia y asimismo se apoya en la ley del derecho romano 6, tit. 66, lib. 7, del Código que contenia igual disposicion con aplicacion á los juicios civiles y criminales, expresando además, que si no hubiera transcurrido el plazo que se concedió al heredero para deliberar, tuviera para seguir toda la apelacion el plazo de cuatro meses, que debian principiar á contarse desde que terminó aquel. Véase tambien la ley 28, tit. 29, Part. 3, y la *Enciclopedia de derecho y administracion*, art. *Apelacion*, seccion 4.ª Dicha ley 28 de partida, alegó por fundamento de su disposicion, «que los herederos de estos atales, non son tan sabedores de los pleitos en qué manera pasaron como aquellos á quien heredan» y la 6 del Código, «el de no compeler á los herederos á sufrir perjuicios antes de obtener utilidad alguna, por ignorar si les conviene ó no seguir la apelacion y aun por dudar si les es útil aceptar la herencia.» Estas razones fortifican las espuestas en el caso anterior aplicables al presente, y autorizan la doctrina sentada por los autores, la cual por nuestra parte no dudamos en aceptar, por lo menos en cuanto estiende el término para apelar el heredero al concedido para deliberar si le conviene ó no la aceptacion de la herencia, puesto que hasta entonces ignora las ventajas ó perjuicios que pueden resultarle de ella y de la prosecucion ó abandono del litigio, y que ni aun es propiamente heredero.

1330. Segun la ley 24, tit. 23, Part. 3, los dias señalados para apelar y seguir la apelacion eran continuos, debiendo contarse en ellos los feriados; pero hoy no se computan estos, conforme á los artículos 26, 9 y 10 de la nueva ley, que previenen, que en ningun término se contarán los dias en que no puedan tener lugar las actuaciones judiciales; y que estas actuaciones se han de practicar, bajo nulidad, en dias y horas hábiles, entendiéndose por los primeros todos los del año menos los domingos, fiestas enteras religiosas ó civiles, y los en que esté mandado ó se mandare que vayan los tribunales, y por horas hábiles las que median desde la salida hasta la puesta del sol.

De lo dispuesto por la ley de Partida deducian algunos autores, entre ellos Gregorio Lopez, que los cinco dias debian correr de momento á momento, para lo cual debia espresar el escribano la hora en que hacia la notificacion, pero segun el espíritu del art. 26 de la nueva ley, debe ser el término hábil completamente, teniendo el litigante para apelar todo el dia quinto del vencimiento, aunque se le hiciera la notificacion á las diez ó doce horas de la mañana, por lo que bastará que espresese el escribano solamente el dia en que notifica.

1331. El término para apelar es fatal, perentorio é improrogable, segun las leyes 24, tit. 23, Part. 3; la 4, tit. 20, lib. 11 de la Nov. y el artículo 30 de la de Enjuiciamiento, núm. 3.º En su consecuencia previene el art. 68 de la misma, que, *transcurido dicho término sin interponerse apelacion, quedarán de derecho consentidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada las sentencias, sin necesidad de declaracion alguna*, esto es, sin que sea preciso para ello, como se practicaba anteriormente, solicitud de parte y traslado de ella al contrario, para declarar consentida la sentencia.

1332. No obstante consignarse en las leyes citadas de Partida la perentoriedad del término para apelar, se marcaban en otras de dicho código, esplicadas por sus glosadores, casos especiales en que se suspendia ó prorrogaba aquel. Asi segun las leyes 1, 2 y 3, tit. 23, Part. 3 y las 8 y 9, tit. 19, Part. 6, no corria el término respecto de los menores de edad, hasta pasados los cuatro años despues de haber cumplido los veinte y cinco, por efecto del beneficio de restitucion *in integrum*. Asi segun la ley 10, tit. 19, Part. 6, tampoco corria dicho término contra las personas morales ó corporaciones que gozan de dicho beneficio, hasta pasado cuatro años despues de la notificacion de la sentencia. Tampoco corria el término de los cinco dias para apelar contra el ausente del reino por servicio ó interés público, ó por continuar sus estudios ó ir en romeria, ó haber sido desterrado ó hecho cautivo, ó por detencion por grandes nieves, crecientes de rios, enemigos, etc., hasta que cesara la ausencia ó impedimento, conforme á las leyes 10, 11 y 12, tit. 23, Part. 3. Pero todas estas disposiciones, ya bastante restringidas con anterioridad á la nueva ley por los autores, segun puede verse en la *Enciclopedia de Derecho y Administracion*, tomo 4.º palabra *Ausente*, pág. 609, se consideran derogadas en el dia por la disposicion especial y terminante del art. 31 de la ley de Enjuiciamiento, segun

la cual, *los terminos improrogables no pueden suspenderse ni abrirse despues de cumplidos por via de restitucion ni por otro motivo alguno.* Véase la esplicacion de este artículo en los números 1191 al 1192 del lib. 2.º de este Tratado. Véase tambien lo que decimos al tratar de los juicios en rebeldía respecto de los ausentes por impedimento de fuerza mayor, etc., que hubieren sido declarados rebeldes.

*Forma en que debe interponerse la apelacion.*

1533. Segun la ley 22, tit. 23, Part. 3, concordante con la 2 del Digesto romano y la 14 del Código, *de appellat.*, podia el litigante apelar de palabra, en el acto de notificársele la sentencia, bastando decir, *apelo*; y consignándolo el escribano por diligencia; mas despues del acto de la notificacion, solo podia apelarse por escrito. «Luego que fuere dado el juicio contra alguno dice esta ley, se puede alzar de palabra, diciéndo: *álzome, é abondale, magtier non diga á quien se alza, ni en por qué razon; ca entiéndese que se alza para aquellos mayores que lo han en poder de juzgar: mas si estonce luego que fuere dado el juicio, non se alzare, non lo podria despues facer por la palabra, ante lo debe facer por escrito.*» Los ilustrado reformadores de Febrero advertian que estas apelaciones de palabra no estaban en uso. Sin embargo, en la ley de 10 de enero de 1838 sobre pleitos de menor cuantía, se facultó para apelar *in voce*. Pero la nueva ley de Enjuiciamiento no consigna espresamente esa facultad respecto de juicio alguno, y como por otra parte dispone en general en su art. 19, que no podrá proveerse sobre ninguna solicitud que aduzcan los litigantes sin la firma de letrados, excepto en los pleitos de menor cuantía, verbales, actos de conciliacion y de jurisdiccion voluntaria, deberá entenderse que en el día solo puede apelarse por escrito en los juicios en general, y únicamente podrá hacerse de palabra en los de menor cuantía y verbales, por no ser necesario valerse de letrados en ellos, y ser ademas, respecto de los últimos, este acto propio de su naturaleza.

1534. En el escrito de apelacion deberá espresarse el nombre del procurador que apela y el de su principal por quien lo hace, la sentencia de que se apela con espresion del negocio sobre que recayó y del nombre del litigante contrario, el del juez de quién y para ante quien se apela, si bien no es necesaria esta indicacion, porque, como decia la ley 22 de Partida citada, se entiende que se hace para ante el superior competente. En cuanto á los agravios ó perjuicios que infiere la sentencia, basta que el litigante espresese en general que le es gravosa, sin especificar el motivo del agravio, pues esto se espresa despues ante la superioridad que es á quien se pide que lo remedie, no obstante que algunos autores quieren que se haga aquella espresion de las sentencias interlocutorias, apoyándose en la ley 1, tit. 21, lib. 11 de la Nov., pues esta ley se refiere al recurso de suplica. Si la sentencia contiene varios extremos ó partes, deberá espresar aquellas de que apela por serle desfavorables, para que se entienda que con-

siente en las otras que le favorecen. Tambien deberá espresarse que se admita la apelacion en ambos efectos ó en uno solo, segun procediere. Este escrito debe redactarse en términos decorosos y atentos, sin decir que el juez faltó á su deber ó juzgó contra justicia, ó por ignorancia, ni usar de otras espresiones que rebajen el prestigio de su autoridad, segun espresamente mandan las leyes 22, tit. 23, Part. 3 y la 24, tit. 20, lib. 11 de la Nov.

1535. Anteriormente el juez *a quo* daba traslado á la parte contraria del escrito en que se interponia la apelacion, y en vista de lo que alegaba, la denegaba ó admitia en uno ó ambos efectos. Pero la nueva ley de Enjuiciamiento, atendiendo sin duda á que el escrito del contrario, solo podia referirse á atacar la apelacion por no haberse interpuesto en tiempo y forma, ó por no proceder con arreglo á los autos, y á que el juez puede apreciar por sí mismos estos extremos puesto que tiene aquellos en su poder, ha prescrito en su art. 533 sobre el juicio ordinario, que sirve de regla y norma en general respecto de los demás juicios, en cuanto no se contengan en ellos disposiciones especiales contrarias, que *el juez admitirá la apelacion, si se interpusiere en tiempo y forma sin sustanciacion alguna.* Si el juez desechare la apelacion, puede usar el apelante del *Recurso de Queja* de que mas adelante trataremos. Tanto al admitir como al desechar la apelacion, debe el juez abstenirse de denostar ó tratar mal al apelante, segun previene la ley 24, tit. 20, lib. 2, Nov.

*Efectos de la apelacion y modo de admitirse.*

1536. La apelacion legítimamente inperpuesta produce dos efectos principales; el *devolutivo* y el *suspensivo*. El devolutivo consiste en transferir ó investir al juez superior del conocimiento del pleito seguido en primera instancia; ó de los extremos ó partes de la sentencia del inferior de que se apeló, segun aquella regla: *tantum devolutum quantum appellatum*, y en privar al juez que pronunció la sentencia apelada de la competencia para conocer de aquel negocio, pero pudiendo ejecutar el fallo, si bien quedara sujeto, cuanto actuare á la revocacion ó reformas que hiciere la superioridad. Por el efecto *suspensivo* se suspende la jurisdiccion del juez *a quo*, y en su consecuencia, los efectos de la sentencia apelada, de suerte que no puede ejecutarla hasta que recayendo la de la superioridad, quede ejecutoriada. Asi es que se tiene por atentatorio del poder jurisdiccional del superior y nulo cuanto hiciere ó innovare sobre el negocio controvertido, aun cuando hubiera denegado la apelacion, si se recurrió de esta negativa á la superioridad, segun puede hacerse y espondremos mas adelante. Véanse las leyes 26 y 27, tit. 23, Part. 3, y lo que decimos al tratar del *Recurso de Queja*.

1537. Antiguamente en Roma, toda apelacion suspendia la ejecucion de la sentencia apelada, lo que se fundaba en que teniendo por objeto este recurso reparar los perjuicios que aquella causaba al apelante, convenia



suspender la jurisdicción del juez que la dictó, para que no pudiera irrogarle nuevos gravámenes, ó para evitar los gastos y dilaciones necesarios á la reparacion de los que se hubiesen causado, en el caso de que se revocase ó reformara la sentencia. Véanse las leyes 3, tit. 62, lib. 7 del Código y la 1, tit. 7, lib. 49 del Digesto. Cuando el apelante poseedor del objeto litigioso habia sido condenado á su restitucion y habia peligro de que perecieran los frutos, se les secuestraba conforme á los rescriptos imperiales: I. 4, § 3. D. de appell.

1338. El derecho canónico fue el que verificó entre los efectos de la apelacion la preciosa distincion desconocida al derecho romano del efecto devolutivo y suspensivo, disponiendo que solo tuviera la apelacion el efecto devolutivo ó que solo se admitiera en dicho efecto en muchos casos determinados en que podian causarse perjuicios acaso irreparables, el suspender la ejecucion de la sentencia, por la urgencia del negocio ó por otra causa atendible. (*Post appellat.* 31, c. 2, q. 6.) Desde entonces la apelacion fue devolutiva por *esencia* y suspensiva por *naturaleza*. La combinacion de esta disposicion sobre el efecto suspensivo y devolutivo con la regla de cancelaria que prohibió las apelaciones de las sentencias interlocutorias reparables en definitiva, dió origen á la teoria de la ejecucion provisional de la sentencia, no obstante haberse interpuesto apelacion de ella. Esta teoria despues de haberse aplicado en los tribunales eclesiásticos, respecto de ciertas causas sumarias y en especial las de alimentos, se introdujo en el derecho civil de las naciones.

1339. Atendiendo solamente á las disposiciones de nuestros códigos que sancionan la doctrina espuesta, ó que facultan para admitir la apelacion en uno ó en ambos efectos, citaremos las leyes 16 y 26, tit. 23, Partida 3, 8, tit. 15, lib. 2 del Fuero real y 22, tit. 20, lib. 11 de la Novísima, los artículos 49 y 50 del reglamento de 1833 y los 69, 70 y 71 de la ley de Enjuiciamiento civil.

El art. 69 dispone que *las apelaciones prodrán admitirse libremente y en ambos efectos*, esto es, con toda la libertad y la latitud que permite el derecho, y en su consecuencia, en los efectos suspensivo y devolutivo (que es lo que tambien daba á entender el reglamento de 1833 cuando decia en su art. 50, que el juez admitiese la apelacion *lisa y llanamente*) ó bien en *uno solo*, esto es, en el efecto devolutivo, que es el único que puede darse asi, pues el efecto suspensivo no puede existir solo, sino que lleva tras sí al devolutivo, ya porque, si no se invistiera á la superioridad del conocimiento del negocio apelado, no podria decirse sobre él, ya porque la suspension de la sentencia se verifica mientras el juez superior conoce de ella, y para evitar los gastos y dilaciones consiguientes á la revocacion ó reforma de lo ejecutado, si esta fallare en tal sentido; y por eso dice Hevia Bolaños en su Curia filípica, part. 5. § 1, núm. 19, que aunque se puede con justa causa quitar el efecto suspensivo de la apelacion, no se puede quitar el devolutivo, por ser defensa del derecho natural.

Estas interpretaciones se confirman, la primera, por el art. 70, al esta-

blecer, que *admitida la apelacion libremente* ó en ambos efectos, *se suspenderá la ejecucion de la sentencia hasta que recaiga su confirmacion*, y respecto de la facultad segunda, por el art. 71 que dice, que *admitida en un solo efecto, no se suspenderá la ejecucion de la sentencia*.

1340. Nuestras leyes esteriormente espresaron como sentencias de que procedia la apelacion en un solo efecto las dictadas sobre juicios sumarísimos de posesion: art. 49 del reglamento (ó sobre cosa que no se puede guardar; como uvas ó mieses, y demás que se pierden ó perecen en breve tiempo; ley 22, tit. 20 lib. 11 Nov.) y otras semejantes; pero no especificando fijamente todos los casos en que procedia la apelacion en un efecto, establecieron varias reglas nuestros autores prácticos con este objeto. El Sr. conde de Cañada en sus *Instituciones prácticas*, par. 2, cap. 2, número 46, estableció la regla de pesar el agravio respectivo que infiere la sentencia á las partes y al publico, y si fuere mayor el que padeceria la parte apelante y el que trascenderia al mismo tiempo al público, si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos, y si la parte á cuyo favor está dada la sentencia se espusiere á mayor perjuicio por la suspension ó fuere trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo. Pero apareciendo esta regla demasiado vaga, sentaron otros autores, que debia admitirse en un solo efecto la apelacion de sentencias en negocios urgentes en que puede ocasionar toda dilacion en la ejecucion de las sentencias perjuicios irreparables ó de gravedad, como si se trata de recoger mieses, de dar alimentos, etc.

Pero en el día, disponiendo la nueva ley de Enjuiciamiento, en su art. 70, que *procederán libremente* las apelaciones *en todos los casos en que no se halle prevenido que se admitan en un solo efecto*, y especificándose en otras disposiciones los casos en que procede la apelacion en un efecto, solo servirán las reglas enunciadas de ilustracion para resolver los casos dudosos y de que no se hizo cargo la ley, combinándolas con las reglas de analogía que ofrezcan los casos previstos en aquella.

1341. Las apelaciones que la nueva ley de Enjuiciamiento previene espresamente se admitan en un solo efecto, esto es, en el devolutivo, son las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> La de las sentencias en que se admite la recusacion de los subalternos de los juzgados ó tribunales: art. 150.
- 2.<sup>a</sup> La de la providencia en que el juez á quien se pidió la acumulacion de autos, deniegue esta: art. 154.
- 3.<sup>a</sup> La de la sentencia en que el juez á quien pasó oficio el anterior para la acumulacion, otorgare esta: art. 168.
- 4.<sup>a</sup> La de providencia de desistimiento de la acumulacion que dicte el juez que la pidió: art. 171.
- 5.<sup>a</sup> La de providencia en que se otorgue el término extraordinario de prueba: art. 268.
- 6.<sup>a</sup> La de la que declare á algun confeso ó se niegue esta declaracion

á solicitud de parte, es apelable en un efecto, aunque con las particularidades que espresen los artículos 500 al 502.

7.<sup>a</sup> La de providencia en que se aprueben los inventarios de bienes en los juicios voluntario ó necesario de testamentario: art. 456 y 499.

8.<sup>a</sup> La de las en que se aprueben las particiones de bienes hechas en dichos juicios por los contadores que se nombren, contra las que no se hayan opuesto en forma los interesados: art. 482 y 485.

9.<sup>a</sup> La de la sentencia que recaiga sobre la impugnacion de sindicos en el juicio de concurso: art. 545.

10. La de providencia en que se otorgare la restitucion de un despojo; si bien en este caso no produce la apelacion el efecto suspensivo sino en cuanto á los extremos relativos á costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios, pues la restitucion debe llevarse á efecto: art. 729 y 736.

11. La de sentencia en que se ratifique la suspension en el interdicto de obra nueva: art. 744. En el interdicto de obra vieja cuando se decretare su demolicion, deben adoptarse desde lugo las medidas de precaucion necesarias para procurar la debida seguridad: art. 758.

12. La de la providencia en que se fije y determine la cantidad que debe abonarse en la ejecucion de las sentencias, dadas sobre cantidad líquida procedente de frutos, con arreglo á ejecutoria y á las pruebas practicadas, pues aunque se admite en ambos efectos la apelacion de esta providencia, se decreta su ejecucion, si el apelado la pide y da fianza suficiente á juicio del juez, para responder en todo tiempo de la diferencia que hubiere entre lo de que el apelante se reconozca deudor y lo que por la sentencia se haya determinado: art. 907 y 908.

13. La de la sentencia de remate en el juicio ejecutivo, cuando el actor diere fianza bastante á responder de lo que signiendole el procedimiento de apremio y la alzada á la vez, pueda percibir y condenársele á devolver, revocándose la sentencia: no dando esta fianza es apelable la sentencia en ambos efectos: art. 975.

14. La de la sentencia en que se otorguen alimentos provisionales art. 1214.

Segun estas disposiciones combinadas con la del art. 70, se admitirá en ambos efectos la apelacion de todas las demás providencias no espresadas en ellas, á no ser que por su carácter y naturaleza, por su analogia ó identidad con aquellas y por no decirse espresamente en la ley que se admitan en ambos efectos, dicte el buen sentido su admision en uno.

1542. Los artículos de la nueva ley que señalan las providencias de que procede la apelacion en ambos efectos, son los 47, 81, 150, 151, §. 2.<sup>o</sup> del 150, 220, 249, 258, 268, 349, 374, 455, 462, 518, 534, 659, 662, 670, 685, 696, 704, 705, 713, 720, 728, 735, 742, 746, 756, 809, 810, 907, 908, 947, 975, 978, 1072, 1096, 1155, 1177, 1212.

1545. Respecto de la fórmula con que el juez deberá admitir las apelaciones, lo mas acertado será, para evitar equivocaciones y dudas, que se

valga de las que espresa el art. 70 de la ley, á saber, diciendo, *se admite la apelacion libremente y en ambos efectos suspensivo y devolutivo, ó en solo el efecto devolutivo ó en un efecto*. Sin embargo, no debe entenderse que el art. 70 sujete al juez á usar de dichas fórmulas, escluyendo las que se empleaban anteriormente segun los prácticos. Estas eran, además de las dos enunciadas, la de *«se admite la apelacion»*, sin espresar en que efectos, y la de, *se admite la apelacion en cuanto ha lugar en derecho*. Estas cláusulas, vagas de suyo, dieron lugar entre los autores á controversias sobre los efectos en que debia estenderse admitida por ellas la apelacion, Uno de nuestros prácticos mas profundos, el Sr. conde de la Cañada, en sus *Inst. pract.* part. 2, cap. 5, núm. 15 y sig., fijó la recta interpretacion é inteligencia que debia darse á dichas fórmulas. Segun él, cuando dice el juez, *se admite la apelacion* «sin espresion de que sea en los dos efectos ni restriccion de que se entienda en solo el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida que equivale á la universal, concurriendo alguna razon de equidad y beneficio, como lo esplican con claridad y distincion Covarrub. *Variar.* lib. 1, capítulo 15; Castillo *Controv.* lib. 1, cap. 44, lib. 8, cap. 46, con otros muchos que refieren; y verificándose en la apelacion la equidad y favor, en que se interesa la natural defensa á que se dirige, es preciso entenderla con toda la amplitud posible á beneficio de la parte que apela: siendo uno de los casos en que la proposicion indefinida de admitir la apelacion tiene el mismo efecto que la universal de admitirla en todos los que la puedan corresponder que son el devolutivo y suspensivo.

«Concorre tambien en confirmacion de la doctrina antecedente; que el juez de quien se apela puede dar ley clara al acto de su jurisdiccion y cuando no lo hace, se le debe imputar su negligencia y entenderse con toda la extension del derecho á beneficio de la equidad y de la natural defensa; ley 2, tit. 55, Part. 7» «debe interpretar la duda contra aquel que dijo la palabra ó el pleito escuramente á daño del é á pro de la otra parte; (ley 59, *Dig. de pactis*).»

«El que apela siempre desea y pide que se le admita la apelacion en ambos efectos, y respondiendole el juez simplemente que la admite, se entiende que refiere á la pretension de la parte, y que repite las mismas calidades y condiciones de que sea en los dos efectos. La prueba de esta proposicion se toma de la ley 24, tit. 11, Part. 5, en aquellas palabras: «E esto seria, como si digese un ome á otro: ¿Prométesme de dar un caballo é una mula? Casi el otro digese simplemente, prometo; vale la promision en todo.» Y es la razon, porque para valer la estipulacion ha de concordar enteramente la respuesta con la pregunta, como se dispone en la ley 26 del propio titulo y Partida, y se entiende que es uniforme cuando simplemente se promete lo que se ha estipulado ó pedido con palabras copulativas, como si espresamente las repitiese en su respuesta.

«Si los jueces admiten la apelacion con la cláusula *en cuanto há lugar en derecho*, como lo hacen frecuentemente, dan motivo á las partes

para que duden y disputen si dicha apelacion produce los dos efectos devolutivo y suspensivo ó solamente el primero, y aun si acaso se estiende á escluir los dos, considerando que la causa por su naturaleza y condicion no puede admitir de modo alguno apelacion. Para embarazarse en estas controversias toman ocasion de la opinion y doctrina de algunos autores.» Pasa á esponerlas el autor y continúa: «Por estas esplicaciones queda reducida la opinion de aquellos autores á un hecho incierto con respecto á las partes, cuya ignorancia forma una condicion relativa al tiempo pasado y presente; y hasta que se purifique por la declaracion del juez que debe hacerla con expresion de si el derecho admite la apelacion en aquella causa de que se trata, ó si tiene lugar solamente el efecto devolutivo, ó si comprende los dos, están las partes impedidas de usar del que las corresponda, y viene á concluirse en opinion de los autores citados, que el auto de admitir la apelacion *en cuanto há lugar en derecho* es ilusorio, y se ha de esperar á que se verifique por otro auto posterior declaratorio la condicion que incluye el primero, reducida á si el derecho permite tal apelacion y con qué efecto.»

«Esta inteligencia se desvia mucho de la seguridad y claridad que piden y recomiendan las leyes en todas las sentencias de los jueces, como lo es la de otorgar la apelacion.»

«Considerando por una parte que los autores referidos tendrian presentes los perjuicios que sentirian las partes y el público si aquellas no podian usar libremente de su derecho, continuando la apelacion que fue admitida con la cláusula general *en cuanto há lugar en derecho*, y observando por otra la uniforme inteligencia que han dado los tribunales al referido auto con estension á los dos efectos devolutivo y suspensivo, conviene conciliar el dictámen de los autores con la práctica de los tribunales, distinguiendo dos casos: uno que admitida la apelacion *en cuanto há lugar en derecho*, gobierna lo dispuesto por regla general entre tanto que no se pruebe su limitacion; y como en el derecho es cierto, y lo es tambien para las partes, que toda apelacion tiene por regla indicada los dos efectos, pues con la posibilidad de introducirla en el término de los cinco dias, mucho mas con interponerla, y con mayor razon despues de admitida, se liga las manos el juez inferior y estingue su jurisdiccion para los procedimientos sucesivos; viene á quedar aquella apelacion admitida *en cuanto há lugar en derecho*; en una disposicion positiva sin duda ni condicion alguna; porque si la ley es cierta y el juez sabe los efectos que da á la causa de que se trata, y es tambien cierta la misma ley para las partes, pues ni aun pueden alegar su ignorancia, es preciso que se estime la apelacion con todo el favor y beneficio posible en utilidad de las partes ó de su natural defensa.»

«Si alguna de las partes reclamase la enunciada apelacion, y acreditase que por la naturaleza y calidad de la causa no debe suspenderse la ejecucion de la sentencia, y se declarase asi, cederán entonces la regla general y sus efectos á la especial de su limitacion, y retrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelacion *en cuanto há lugar en derecho*, podrá entenderse que desde entonces salió restringida á solo el efecto devolutivo, y que

pendia de su declaracion posterior.» Véase lo que esponemos mas adelante sobre este recurso.

Como quiera, fácil será conocer los efectos en que se ha admitido la apelacion por la manera como se determina en la providencia de admision que se verifique la remesa de los autos á la superioridad.

1544. Segun el reglamento provisional de 1835 para la administracion de justicia, cuando admitia el juez la apelacion en ambos efectos, debia remitir desde luego á la audiencia los autos originales á costa del apelante, citando y emplazando á los interesados para que acudieran á usar de su derecho ante ella. y cuando la admitia en un solo efecto debia hacer el juez que á eleccion del apelante ó se remitieran los autos en compulsa á costa de este. ése aguardase para remitir los originales á que fuese plenamente ejecutada la sentencia, con prévia citacion y emplazamiento para ante la superioridad.

1545. La nueva ley de Enjuiciamiento no ha hecho variacion alguna en lo dispuesto por el reglamento provisional para el caso de que se admita la apelacion en ambos efectos, puesto que prescribe en el art. 555 (que aunque versa sobre las apelaciones en el juicio ordinario, debe considerarse como general para todos los juicios en que no se contiene disposicion particular que el juez remitirá á los autos esto es, los autos originales, *al Tribunal superior dentro de segundo dia, citando y emplazando préviamente á los procuradores de los litigantes para que comparezcan ante él.* Se remiten los autos originales á la superioridad en este caso, porque quedando en suspenso la ejecucion de la sentencia en el juzgado inferior, hasta que recaiga su confirmacion, no son necesarios en él, al paso que en la superioridad son en extremo útiles para conocer con mas datos del negocio. Hay casos sin embargo, en que la urgencia é importancia de este, impiden la remision de los autos hasta que se han tomado algunas medidas. V. los arts. 500 y 757.

1546. Pero no milita aquella razon, ni en su consecuencia, se procede dedicha suerte, cuando se admite la apelacion en un solo efecto; pues no suspendiéndose la ejecucion de la sentencia en este caso, es necesario que queden en el inferior los autos ó testimonio suficiente de ellos para su debido cumplimiento. La nueva ley no deja á eleccion del apelante esta alternativa, sino que determina lo que debe hacerse, atendiendo á si la sentencia es definitiva ó interlocutoria.

En efecto, el art. 71 prescribe; que *admitida en un solo efecto la apelacion, no se suspenderá la ejecucion de la sentencia, y para ejecutarla, siendo definitiva, se retendrá en el juzgado testimonio de lo necesario de los autos, remitiendolos en seguida al tribunal superior.*

De suerte que el juez inferior tiene los datos y documentos necesarios para ejecutar su fallo, el superior puede conocer del negocio con mas instruccion, puesto que tiene á la vista los autos originales, y no se perjudica á los litigantes con las dilaciones ni gastos inútiles y gravosos que originaria el tener que esperar para la remision de los autos originales á que se ejecutase la sentencia, ó á que se sacase el testimonio integro del proceso

que por lo regular es voluminoso. Ya anteriormente, en el caso de ser autos de crecido volumen, se sacaba testimonio de la sentencia y demás necesario para su ejecucion, remitiéndose aquellos originales á la superioridad. Esta práctica se halla consignada por nuestros principales escritores. «Si los autos son de crecido volumen, decia el Sr. conde de la Cañada, y la sentencia dada en ellos puede ejecutarse, serervando el juez inferior testimonio ó copia íntegra de ella por contener cantidad cierta ó restitution de cosas determinadas sin dependencia de los mismos autos, he visto mandar algunas veces que el juez inferior reserve testimonio íntero de la sentencia y de alguna parte de los autos que sea necesaria y conducente para la ejecucion y proceda en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales. El señor Escriche en su diccionario; al consignar esta práctica, aconsejaba que se erigiese en disposicion legal, y esto es lo que se ha efectuado en la nueva ley, de un modo general y referente á todos los casos en que se admite la apelacion en un solo efecto de sentencia definitiva.

1547. Cuando la providencia fuere interlocutoria como que recae solo sobre una de las incidencias, y tiene que seguirse el pleito en lo principal, necesitándose para ello los autos originales, prescribe la ley en el párrafo 2.º del art. 71, que se *facilitará al apelante testimonio de lo que señalase de los mismos autos, con las adiciones que el coligante hiciese y el juez estimare necesarias para que pueda recurrir á la audiencia correspondiente.*

1548. Sin embargo, estas dos reglas del art. 71 tienen sus escepciones. Así, conforme á los arts, 729 y 736, cuando se apela de la providencia en que se otorgare la restitution en el interdicto de recobrar, á pesar de ser aquella definitiva, no se remiten los autos al tribunal superior hasta que se ejecuta la providencia, menos en la condena de costas, devolucion de frutos é indemnizacion de perjuicios, cuya ejecucion se aplaza para despues que recae ejecutoria; asimismo, segun el art. 744, cuando se apela de la sentencia en que se ratificase la suspension de obra nueva, no se remiten los autos á la audiencia hasta que se ejecuta la suspension. Esto se funda en que la importancia de llevar á efecto con toda urgencia la providencia apelada requiere, que se evite la dilacion consiguiente á la saca del testimonio que por regla general debe quedar en el juzgado inferior para ejecutar la providencia.

1549. Nuestros antiguos prácticos designan tambien entre los casos esceptuados de la regla general, el de que fuera la providencia de dar ó pagar alguna cosa y se consignare esta en la escribanía, pues entonces, no habiendo que ejecutar nada, es imposible que quede testimonio alguno en el inferior ni menos los autos originales; y el caso de que el auto apelado sea de tal naturaleza que nada haya que hacer para su cumplimiento, como el en que se deniega el despacho de ejecucion. Esta doctrina se comprende en el espíritu de la nueva ley, si bien no tiene aplicacion en su letra al ejemplo citado, pues declarándose por el art. 947 proceder libremente la apelacion del auto en que se denegase la ejecucion y deberse en su consecuencia remitir

los autos al tribunal superior, debe comprenderse este caso en la regla del 535.

Hé aquí como esponia los fundamentos de estas escepciones el Sr. conde de la Cañada, al consignar otro caso con arreglo á la antigua práctica.

«Algunas veces se manda remitir los autos originales, aunque la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente ejecutiva la causa y su sentencia, con tal que esté ejecutada al tiempo en que sea requerido el juez inferior, ó en el que se le conceda para ello: porque en estos casos, verificado el pago á satisfacion, ha concluido su oficio el inferior, la parte queda reintegrada y no padece perjuicio alguno; y la que apeló escusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ó conduccion en la parte que excede á los originales, como sucede comunmente, y adelanta el tiempo para la expedicion de la instancia, en lo que interesa tambien la causa pública.»

Inútil parece advertir, que los efectos del art. 71, se entiende admitirse la apelacion en un solo efecto, cuando aunque proceda en general en los dos, se ejecuta la sentencia por dar el apelante fianza de estar á las resultas de la providencia del superior. Véanse, entre otros, los art. 908 y 975 de la ley.

Los fundamentos de las diferencias que se advierten en las disposiciones del art. 71 sobre darse intervencion á los litigantes para el señalamiento de los particulares que ha de comprender el testimonio que se saque de los autos para remitir á la superioridad, cuando la providencia fuere interlocutoria, al paso que se faculta únicamente al juez para que determine lo que de be comprender el testimonio que ha de quedar en el juzgado, para ejecutar la sentencia cuya apelacion se admite en un solo efecto, consisten, en que en el primer caso, como que se trata de seguir una nueva instancia, tienen interés, tanto el apelante como al apelado en que comprenda el testimonio los particulares convenientes para la comprobacion ó apoyo de su derecho respectivo, salva la intervencion del juez para evitar todo abuso en este punto; pero cuando solo se trata de la ejecucion de la sentencia, no existe aquel interés por parte de los litigantes, siendo propio del juez, que es el que ha de proceder á ejecutar el fallo, aquella designacion, reducida por lo comun á la copia literal de la sentencia y relacion de la demanda y algun otro documento preciso. Asimismo se hace la remesa de los autos en este caso á la superioridad por el mismo juez, sin entregarlos á ningun litigante, porque aquí se remiten los autos originales, y su pérdida ó adulteracion seria difícil ó imposible de reparar; mas en el primer caso, se hace la entrega al apelante, porque solo se trata de un testimonio que podria comprometerse ó reponerse con solo recurrir á los autos originales que existen en el juzgado.

*Término para presentarse en la superioridad.*

1550. La ley 25, tit. 25, Partida 3.ª disponia sobre este punto lo siguiente: «Seguir debe la parte la alzada cuando la tomase, al plazo que le

pusiese el juzgador, é si por ventura el juez non pusiese plazo á que la siguiese, mandamos que sea tenudo el que se alzò de seguirla fasta dos meses, é si en este tiempo non la siguiera, finque el juicio de que se agravio por firme. La ley 4, tit. 15 del Ordenamiento de Alcalá, y D. Fernando y doña Isabel en las ordenanzas de Madrid, ley 3, tit. 20 lib. 14 de la Novísima Recopilacion, acortaron dichos términos, concediendo en caso de no haberlo señalado el juez, el de cuarenta dias si fuese allende los puertos, y el de quice si fuese de puertos aquende; el de nueve si fuere del término y jurisdiccion de la villa, y tres si fuere de la misma villa, contados desde el dia en que fuese otorgada la apelacion, cuyos plazos concedió tambien al apelante para querellarse del juez si no le queria conceder la apelacion, y disponiendo tambien que si no se querellase en dicho tiempo ó no quisiese seguir la apelacion quedase firme el juicio. El reglamento provisional no fijó término para presentarse en el tribunal de la apelacion, La nueva ley de Enjuiciamiento civil, atendiendo á la conveniencia de señalar un término á que pudieran atenerse las partes, ha designando á semejanza de la de Enjuiciamiento mercantil en su art. 597, el término de veinte dias, que es general para toda clase de apelaciones, ya sea de sentencias definitivas ó interlocutorias y cualquiera que sea la distancia del lugar del juzgado inferior al del tribunal de alzada, teniendo en cuenta para esto, como dice el S. Gomez de la Serna en sus *Motivos de la Ley*, el no existir en el dia las considerables dificultades que antes para las comunicaciones, que estas son de dia en dia mas rápidas, y que han desaparecido las grandes distancias por completo.

1531. Y en efecto, segun el art. 536, que aunque incluido en el juicio ordinario, es de aplicacion general para todos los juicios en que no se contiene disposicion particular sobre este punto, *el término para comparecer en el tribunal superior en apelacion de sentencia definitiva será el de veinte dias contados desde el siguiente al en que se notificó la providencia en que se mande remitir los autos originales á la superioridad y citar para la misma comparecencia* y el art. 71 prescribe respecto de los autos interlocutorios, que *del testimonio de que se habla en el último párrafo de art. 71 deberá hacerse uso mejorando la apelacion en el tribunal superior dentro de los veinte dias siguientes al en que se hubiese hecho entrega de él al apelante.*

1532. Sin embargo, el trascurso de estos términos sin comparecer ante la superioridad, ocasiona efectos distintos. Respecto de la apelacion de sentencias definitivas, disponen los arts. 858 y 859, que si el apelante no hubiese comparecido dentro del término del emplazamiento á la primera rebeldía que le acuse el apelado, se declarará desierto el recurso; si el apelado no compareciese, seguirán los autos su curso, notificándose en los estrados del tribunal las providencias que se dictaren, y si ni el apelado ni el apelante compareciesen, en cualquier tiempo en que este se presente, continuará la sustanciacion de la instancia. Mas acerca de las providencias interlocutorias, la ley se muestra mucho mas dura, puesto que segun el párrafo segundo del art. 72, *transcurrido dicho término sin haberse mejorado el re-*

*curso, queda de derecho consentida la providencia sin necesidad de ninguna declaracion.*

1533. No carecen de escepciones las disposiciones anteriores, tanto en lo relativo al término para la comparecencia ante el superioridad, como en los efectos de dejarlo transcurir sin efectuarla. Tales son las que se advierten en las apelaciones de la sentencia en el juicio de menor cuantía, respecto de la cual previene el art. 1138, que *si no se personare el apelante dentro de ocho dias ante la superioridad, contados desde el en que se hubiesen recibido los autos en la audiencia, los devolverá esta al juez de primea instancia para que la setencia se lleve á efecto y condenará al apelante en las costas á que la remesa de los mismos autos hubiese dado lugar.* Tal es tambien la disposicion del art. 1073 que designa el término de treinta dias para presentarse ante el tribunal supremo en virtud de apelacion de providencia denegatoria del recurso de casacion.

1534. No se olvide que por el art. 50, num. 6 de la ley, se declaran improrogables los términos señalados para presentarse ante los tribunales superiores en virtud de emplazamiento hecho á consecuencia de haberse admitido una apelacion y remido los autos.

*Recursos contra la providencia del inferior que deniega ó admite indebidamente la apelacion.*

1535. De nada servirían las prescripciones legales sobre los casos en que es admisible la apelacion ó procede en uno ó ambos efectos, si no se dieran recursos contra las providencias de los jueces que no las obsevan, puesto que los litigantes experimentarían los mismos perjuicios que si aquellas no existieran, á saber, en el caso de admitir el juez la apelacion en solo el efecto devolutivo, procediendo tambien en el suspensivo, los de no poder repararse los perjuicios causados al apelante por la ejecucion de la sentencia antes de la segunda instancia; en el caso de admitir el juez en ambos efectos la apelacion que procediera en uno solo, los perjuicios que se irrogarian al apelado por las dilaciones que sufría en el reintegro de sus derechos, que á veces seria imposible ó muy difícil de conseguir en su totalidad; ó con las ventajas que se hubiera ejecutado la sentencia del inferior sin esperar á la de la segunda instancia, y finalmente en el caso de no admitirse en ningun efecto la apelacion procedente, los perjuicios que se irrogarian en sus derechos al apelante de privarle de una instancia en la que podia modificarse ó reformarse por completo el fallo del inferior.

1536. Atendiendo á estas consideraciones se han establecido varios recursos contra las providencias mencionadas de los jueces de primera instancia, tanto por nuestras antiguas leyes y práctica como por la moderna de Enjuiciamiento.

1537. Asi, pues en el caso de admitir el juez inferior en un solo efecto la apelacion procedente en ambos segun la antigua práctica de algunos tribunales, fundado en el espíritu de las leyes 26 y 27, tit. 25, Partida 5.ª,

y en la 5.ª, tit. 20, lib. 41 de la Nov. Recop. que establecen el recurso de queja contra la negacion de las apelaciones, pedia la parte agraviada reposicion de la providencia denegatoria, y siéndole denegada, apelaba ó acudia en queja al superior, segun diremos mas adelante. Posteriormente se atemperó la práctica á lo dispuesto en el art. 416 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, segun el cual, si despues de venida la compulsa al tribunal superior, se pretende por el apelante se declara al recurso el efecto suspensivo, se confiere traslado al apelante por término de segundo dia, y si en vista de lo que espone, estima el tribunal areglada á derecho la pretencion del apelante, declara admitida en ambos efectos la apelacion y espide despacho para que se suspenda la ejecucion de la providencia apelada, remitiendo los autos originales.

1588. La nueva ley de Enjuiciamiento ha adoptado disposiciones análogas, haciendo oportunas distinciones entre los casos en que se trate de providencias interlocutorias ó definitivas. Previene, pues, en su art. 73, que *si la providencia, cuya apelacion haya sido admitida en un solo efecto fuere interlocutoria, podrá pedir el apelante al presentar el testimonio que se le haya facilitado para la sustanciacion del recurso, que se le declare admitida libremente y en ambos efectos. Si así lo estimare la Audiencia, despues de haber oido al coligante, si hubiese comparecido, mandará librar orden al juez para que remita los autos, previa citacion de las otras partes, á fin de que comparezcan dentro de veinte dias precisamente.*

*Cuando fuere admitida en un solo efecto la apelacion de sentencia definitiva que se crea procedente en ambos, podrá solicitarse de la Audiencia, segun el art. 74 de la ley, luego que se hayan remitido á ella los autos, que se declare admitida en ambos efectos. Si así se declarase, se librárá orden al juez inferior para que suspenda la ejecucion de la sentencia. En este caso, deberá tambien oirse al coligante como en el anterior, aunque no lo espresa la ley, por suponerse que se refiere al mismo. Cuando se concede el recurso en cualquiera de los dos casos espresados en virtud de este incidente, se procederá á conocer de la apelacion como si la hubiera admitido el juez en ambos efectos. Si se denegare el recurso, se procederá por el tribunal superior á entender de la apelacion en solo el efecto en que fue admitida por el juez inferior. Siendo la disposicion de los arts. 73 y 74 especial, debe entenderse referente tan solo al procedimiento sobre que versa, quedando en su vigor las demás disposiciones generales de la ley; por lo cual, antes de entablar estos recursos deberá solicitarse ante el inferior reposicion de la providencia denegatoria de la apelacion en un efecto, con arreglo al art. 65 de la ley, y segun se practicaba anteriormente.*

1589. Cuando el juez admitia la apelacion en ambos efectos procediendo en uno solo, se daba tambien por la antigua práctica, al superior recurso, remitiendose las autos originales á la superioridad aun cuando la parte apelada lo contradigese fundandose en que siendo la apelacion de providencia interlocutoria, solo procedia la recusacion de la compulsa, porque como decia el Sr. conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas*, parte 2.ª, ca-

pítulo 3.º núm. 16, este incidente, en el cual se trata de la revocacion del auto del juez inferior, pide audiencia, conocimiento y decision, y deben llevarse los autos originales al juez superior, en cuyo tribunal podrá tratarse y decidirse este artículo por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso. La ley de Enjuiciamiento mercantil dispuso en su art. 417, que cuando se hubiese admitido en ambos efectos, una apelacion que no procediera mas que en el devolutivo, podrá el apelante pedir en el tribunal superior, antes de espresar agravios, que se mande poner en ejecucion la providencia apelada, y si con prévia audiencia de la parte contraria en un traslado que se le conferirá por dos dias precisos, hallase el tribunal que así procede de derecho, mandará librar despacho al inferior con insercion de la expresada providencia para que la lleve á efecto, reteniendo los autos en el tribunal para el conocimiento de la segunda instancia.

La ley de Enjuiciamiento civil no contiene disposicion especial sobre este caso, por lo que deberá estarse á las generales sobre las apelaciones de autos interlocutorios, cuya apelacion se admite en ambos efectos, con las modificaciones que requiere la circunstancia inherente á estos recursos de deber tratarse como incidentales antes que la apelacion del negocio principal, que vienen á ser las mismas que expresaba la ley mercantil.

1560. Cuando el juez, no obstante haber admitido la apelacion en ambos efectos por proceder en ellos, ejecuta en todo ó en parte la providencia apelada, causa al apelado los mismos perjuicios que si se hubiera admitido la apelacion en un solo efecto suspensivo cuando procede en ambos, y abusa mucho mas gravemente de su autoridad que en los casos anteriores, en que puede haber obrado por ignorancia. Para evitar estos males nuestras antiguas leyes y práctica dictaron remedios eficaces. La ley 27, tit. 23, Partida 3.ª, dispuso que si el juez de la causa fallare que alguna de las cosas del pleito es traspuesta por fuerza, ó por engaño, ó por mandamiento del primer juzgador, ó mudada del estado en que solia ser á la sazón en que tomaron el alzada, que la debe hacer tornar á su lugar. Con arreglo á esta disposicion se estableció la práctica siguiente que espone Elizondo en su *Práctica Universal*, tomo VI, Part. 4.ª, cap. 8, núms. 8 y 9. Presentado el actor en grado de apelacion y traído el proceso al tribunal, expresaba al mismo tiempo de alegrar de agravios contra la sentencia en su pedimento (por un otrosí), que el juez, no obstante aquel recurso, procedió á ejecutar la sentencia, pidiendo ante todas cosas se revocase por vía de atentado lo hecho é innovado con las costas á aquel, ofreciéndose á probar acerca de dichos extremos. De esta instancia se daba traslado á la otra parte, y concluso y visto el incidente, si resultaba justificado aquel, se revocaba por vía de atentado todo lo hecho por el juez inferior despues de interpuesta la apelacion, mandando reponer las cosas al ser y estado que tenian antes de aquella con las costas, mandándose, terminado el incidente, despachar la carta ejecutoria correspondiente, y procediéndose sucesivamente en la causa principal, acreditando la parte, con testimonio, hallarse cumplido lo ejecutoriado. Tambien era práctica en este caso, y cuando no se habian elevado

los autos á la superioridad, reclamar ante el mismo juez *a quo* la reposición de lo obrado indebidamente, y si lo estimaba así, se llevaba á efecto esta providencia, aunque la otra parte apelase de ella, pues su ejecución se consideraba como una restitución de despojo, y porque como dice Elizondo en el lugar citado, núm. 5, en esta gestión procedió deshaciendo por el contrario extremo, lo que, si hizo, fue con una nulidad señalada. V. Salgado de Reg. prot. Lancelcioo, de *Attent.* Cañada, parte 2.<sup>a</sup>, cap. 2.<sup>o</sup>, núm. 38 Curia filípica, Part. 5.<sup>a</sup> § 4.<sup>o</sup>, núm. 20 y la *Enciclopedia de derecho*; tomo III, pág. 161 y siguientes.

La ley de Enjuiciamiento civil no ha establecido tramitación alguna para este caso, por lo que deberá estarse á la práctica anterior espuesta.

1561. Cuando el juez denegare la apelación procedente, há lugar al *Recurso de Queja*, que espondremos mas adelante.

## § II.

### *Trámites de la apelación de sentencia definitiva en los pleitos ordinarios de mayor cuantía.*

1562. Los trámites de estas apelaciones contienen mas solemnidades y son mas estensos que las de los demás juicios, como que se refieren al que forma la norma y regla de todos ellos y en el que se debaten con mas amplitud los derechos de las partes.

1563. Así, pues, interpuesto y admitido el recurso en la forma debida que hemos espuesto en el párrafo anterior, recibidos que sean en la audiencia cualesquiera autos en que se hubiese admitido una apelación, y luego que se hubiere presentado el apelante por medio del procurador con poder bastante, se pasarán al relator para la formación del oportuno apuntamiento ó extracto de todo lo esencial del pleito; art. 837 de la ley de Enjuiciamiento civil. Esta disposición no ha hecho mas que confirmar la establecida en el art. 633 de los aranceles judiciales de 29 de noviembre de 1838, modificados con arreglo al real decreto y resolución de S. M. de 22 de mayo de 1846, que corrigieron la antigua práctica de no formar los apuntamientos hasta que el pleito estaba concluso para la definitiva, prescribió que «para evitar los gastos de dobles apuntamientos, inmediatamente que se remitiera á un tribunal superior ó al supremo algun pleito ó causa criminal en apelación ó consulta, del repartimiento pasase el proceso al relator para la formación del apuntamiento ó memorial ajustado, el cual corriera unido al pleito ó causa para que los defensores sacasen las copias ó notas que tuvieran por conveniente, y formado el apuntamiento, siguiera el asunto su legal sustanciación.»

La ley exige para que se forme el apuntamiento, que se haya presentado el apelado, porque seria ocioso el trabajo é inútiles los gastos, si por su

no comparecencia en tiempo oportuno, se declarase desierta la apelación, como dice el Sr. La Serna en sus *Motivos de la Ley*.

Y en efecto, segun el art. 838, si el apelante no hubiere comparecido dentro del término del emplazamiento, á la primera rebeldía que acuse el apelado, se declarará desierto el recurso, porque se supone que abandona el uso de su derecho; y en su consecuencia, se devolverán los autos al inferior á costa del apelante para que ejecute la sentencia, segun expresa el artículo 401 de la ley de Enjuiciamiento mercantil. Esta disposición ha corregido la práctica anterior que espedia reales provisiones de segundo emplazamiento, dando lugar á dilaciones maliciosas á que por lo regular recurre el apelado.

1564. Mas si no fuese el apelante sino el apelado el que no compareciese, seguirán los autos su curso, notificándose en los estrados del tribunal las providencias que se dictasen: §. 2.<sup>o</sup> del art. 338. No se declara desierto el recurso en este caso, porque no siguiéndose á instancia del apelado y teniendo este á favor suyo la sentencia del inferior, no hay motivo para presumir que renuncia por la no comparecencia su derecho á defenderse, pues su morosidad puede consistir en la confianza que tenga en su derecho, y nunca puede argüir malicia, puesto que el recurso se sigue por el litigante contrario para revocar la providencia que le fue favorable. Así, pues, como se consigna en el art. 402 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil, si se presentare posteriormente el apelado, se le admitirá á hacer parte en el juicio en el estado que tenga.

1565. Si ni el apelado ni el apelante comparecieren, en cualquier tiempo en que este se presente, continuará la sustanciación de la instancia: artículo 839. No se acusa, pues, la rebeldía en este caso, á pesar de la no comparecencia del apelante, porque los tribunales no pueden proceder de oficio aquí, puesto que los litigantes pueden haberse avenido en sus diferencias, y porque supone que cuando el apelado no pidió la acusación de la rebeldía, quiso que quedara abierto el recurso, por juzgar tal vez conveniente adherirse á la apelación para mejorar la sentencia en alguna de sus partes en que no le fuere favorable.

1566. Presentado el apelante en el término señalado ante la superioridad, si la providencia apelada fuere definitiva, entendiéndose aquí por tal la que decide la cuestión principal del pleito que es la clase de apelaciones de que tratamos en este §; se entregarán los autos al apelante para expresar agravios de ella por un término que no podrá bajar de ocho dias ni pasar de veinte, y que señalará el tribunal con presencia del volumen de los autos en la providencia en que disponga hacer dicha entrega: art. 849. Sin embargo, el término que se señale es prorogable, si el tribunal lo creyese justo, dentro del límite referido por punto general, esto es, dentro de los veinte dias, art. 850; y aun hay un caso especial en que podrá verificarse la prórroga sobre los veinte dias referidos que expresa el art. 851, segun el cual, cuando la cantidad y la complicación del negocio lo requieran y la expresión de agravios no se haya verificado dentro de los veinte dias por causas

no imputables al apelante, podrá el tribunal constando esto, bien notoriamente, bien por alegarse en el escrito en que se pida la próroga, concederle otros diez días mas para hacerlo.

1367. En el escrito de agravios debiera el apelante esponer los que se le hayan causado por la providencia apelada, pidiendo la revocacion ó enmienda de esta. Si el apelado no se hubiese presentado en la superioridad pasado el término para ello, podrá solicitarse en él, se le acuse la rebeldía y sigan los autos su curso, notificándose en los estrados las providencias que se dictasen. Asimismo deberá manifestar su conformidad con el apuntamiento del relator ó las reformas, ó adiciones que á su juicio deban hacerse en él: art. 858.

1368. Del escrito de agravios se dará traslado al apelado por el mismo término concedido al apelante al hacerle entrega de los autos para que conteste á aquel: art. 852. Este término es prorogable por las mismas causas, y de igual manera que quedan prevenidas en los art. 850 y 851. Estas disposiciones tienen por objeto establecer recíproca igualdad entre los litigantes.

1369. El apelado en su contestacion alegará las razones que le asisten para atacar la apelacion interpuesta, pidiendo se confirme la sentencia del inferior en la parte que le favorezca.

Con la contestacion presentará el apelado copia de ella en papel comun, la cual se entregará al apelante, art. 854, para que pueda enterarse de lo alegado en ella sin necesidad de entregarle el escrito original, lo que ocasionaria dilaciones inútiles.

Tambien manifestará en el escrito de contestacion su conformidad con el apuntamiento del relator ó las reformas ó adiciones que á su juicio deban hacerse: art. 858.

Por último, en este escrito deberá el apelado adherirse á la apelacion en los extremos en que crea perjudicial la sentencia. Ni antes ni despues podrá usar de este remedio. Esta disposicion es conforme con la jurisprudencia anterior, segun se ve por la doctrina siguiente que tomamos de nuestros principales autores prácticos, y en especial del Sr. conde de la Cañada.

1370. El remedio de la adhesion á la apelacion (segun se llama en el lenguaje forense) fue desconocido en el antiguo derecho romano. La razon no pudo ser otra, sino que el que no apela de la sentencia, aun cuando lo hace la parte contraria, la aprueba y ratifica, y no puede venir contra su propio hecho, impugnándola en el tribunal del juez superior: debe pues limitarse, si ha de ser consiguiente, á pedir su confirmacion.

Justiniano, por su ley 59 (Cod. de Appellat.), enmendó en este punto la antigua legislacion, permitiendo á la parte que no apeló, que á consecuencia de la apelacion contraria pudiera pedir en el tribunal superior que se reformará la sentencia del inferior en lo que la considerase gravosa y perjudicial.

1371. Asi, la adhesion puede definirse con el Sr. Suarez de Figueroa en su tratado de Jure adhærendi, cap. 3, núm. 7, un remedio subsidiario á

causa de Haberse omitido la apelacion, por el que consigue el que se adhiera á la apelacion contraria, lo mismo que conseguiria si por su parte hubiese apelado; por manera que el que apela y el que se adhiere son de una misma condicion, como si los dos hubieran apelado.

1372. En la citada ley romana no se encuentra la tal voz de *adherirse*; y á decir verdad hay impropiedad de lenguaje en usarla; pues que comunmente y segun nuestros diccionarios, significa todo lo contrario de lo que se la hace significar en el foro; pero lo cierto es que el apelante y el que se adhiere convienen en el intento y pensamiento de mejorar sus derechos ante el superior, y que la adhesion surte en favor del adherido los efectos de verdadera apelacion.

1373. No se halla ley alguna entre las del reino que renueve ni autorice en forma de ley la mencionada del emperador Justiniano, ni la citan los autores que tratan de intento de su inteligencia; pero está recibido este remedio por la práctica general y constante de los tribunales.

1374. La adhesion no puede tener lugar ni es necesaria cuando el juicio y la sentencia dada sobre él contienen un solo artículo: en tal caso, si la parte vencida apela de ella, el vencedor satisface todos sus oficios pidiendo simplemente la confirmacion; y lo mismo ha de decirse cuando los capítulos de la sentencia tienen relacion y conexion precisa por el orden y dependencia respectiva, pues aunque sean muchos, vienen á formar uno solo: queda pues reducido este remedio al caso en que la sentencia contiene diversos capítulos sin la tal conexion y dependencia.

1375. Ciertamente es que la omision de no apelar induce una aprobacion y consentimiento de lo juzgado: que parece cosa indigna y torpe impugnar y reclamar sus propios hechos, diciendo que la sentencia es injusta y perjudicial en alguna parte; que esta aprobacion y consentimiento son tan eficaces que llevan la sentencia á cosa juzgada, y se procede á su ejecucion en la parte que no es apelable la sentencia; que la apelacion es limitada al gravámen que se siente y motiva; pero concurren otros fundamentos mas superiores para justificar el remedio de la adhesion.

1376. La parte que no apela de la sentencia en algun artículo que la perjudica, se acerca mas al espíritu de las leyes que desean la brevedad y fenecimiento de los pleitos, pues en cuanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho de no apelar, prefiriendo pasar por el daño que le causa la sentencia, á continuar el pleito con grave perjuicio de la causa pública.

Estas loables intenciones quedan frustradas por la apelacion de la parte contraria, y no parece justo por lo mismo hacerla de mejor condicion que á la bien intencionada.

La aprobacion que se induce del hecho de no apelar no pasa de una presuncion; el consentimiento no fue absoluto y espresivo, ni determinado á reconocer la justicia de la sentencia; tuvo por causa y objeto evitar mayores gastos y dilaciones acabándose el pleito con aquella sentencia: faltó por la apelacion contraria esta condicion insita y natural; justo es pues en estas



circunstancias que la parte que calló quede por la adhesión en aptitud de gozar de las mismas ventajas que la apelante.

1577. Si en el caso propuesto de ser la sentencia en parte fevorable y en parte adversa sobre diversos capítulos, no fuese reciproca la esperanza de mejorar su justicia en la segunda instancia, se multiplicarian al infinito las apelaciones, pues desde luego se prepararia cada parte con su respectiva apelacion en todo lo que la sentencia le fuese desfavorable; á mas de que en este juicio de apelacion y en todos es muy recomendable la equidad y justicia entre las partes; y por esto en la ley 10, Cod. *Quando provocare non est necesse*, se dispone, que si el juez condenó á la parte en todo lo principal que fue deducido en la demanda, pero no en las costas y perjuicios, apelando la parte condenada, pero no la otra de la omision de costas, todavía el juez superior puede y debe condenarla en ellas, si lo estimare justo.

El Sr. conde de la Cañada examina tambien la opinion de aquellos autores que para dar lugar al remedio de la adhesión distinguen de fórmulas en el modo de concebir la apelacion; es si la parte que recibió agravio en uno ó mas capítulos, y en otros obtuvo sentencia favorable, apeló sencillamente sin moderacion ni restriccion alguna, en cuyo caso admiten el remedio subsidiario de adherirse á la apelacion; pero le niegan cuando se apela con limitacion á los capítulos que fueron contrarios en la sentencia, consintiendo en los favorables. El mencionado autor rebate esta opinion lata y fundadamente, demostrando que en ambos á dos casos debe tener lugar el remedio; y su opinion es la admitida uniforme y generalmente en la práctica.

1578. Contienen tambien los autos, sobre si procederá el remedio de la adhesión, cuando el que apeló desistió de su recurso. Los que están por la negativa se fundan en que el apelado en el mero hecho de no haber apelado mostró su intencion de conformarse con la sentencia, en el caso de no apelar de ella el contrario, y en su consecuencia, desde que este desiste de su apelacion, debe considerarse el pleito y la sentencia del inferior en el mismo estado, que si no se hubiera apelado, ni practicándose la adhesión á la apelacion, á que dió ocasion aquel recurso; lo cual procede tanto mas segun ellos, cuando el apelante desiste antes de que el apelado haya producido en juicio su adhesión al recurso. Pero los que están por la afirmativa, á que nos inclinamos, desvirtuan estas razones, diciendo, que la facultad de adherirse subsiste por sí y desde que el contrario apele, pues por este hecho creó derechos y esperanzas respecto del apelado, para mejorar la sentencia; los cuales no pueden destruirse por solo la voluntad del apelante: que por lo mismo que el apelado hizo cuanto estuvo de su parte para no reproducir el litigio, aviniéndose con la sentencia del inferior, y renunciando á sus esperanzas de mejorar su derecho, desde que el apelante le obligó á abrir la segunda instancia, no tiene derecho para obligarle á desistir de ella, si ha de haber la debida igualdad entre los litigantes. Nada importa que cuando desistió el apelante no se hubiera adherido aun á la apelacion el apelado, pues su derecho ó facultad de adherirse, nació desde que aquel interpuso la

apelacion, sin que para que subsista, sea necesario que lo haya ejercitado anteriormente. De lo que deducen estos autores, que debe notificarse al apelado el escrito en que desista el apelante de su apelacion para que declare si se conforma con él y solo entonces producirá efecto el desistimiento.

El escrito en que el apelado se adhiere á la apelacion se llamaba en la antigua práctica escrito de *agravios medio*, por suponerse en él que se le habian causado tambien agravios en parte.

1579. *En los casos en que el apelado se adhiriese al recurso, no se acompañará la copia prevenida en el art. 854, y del escrito de contestacion, se dará traslado al apelante, para que se entere y conteste: art. 856. La contestacion de este deberá limitarse á lo que haya sido objeto de la adhesión, y de ella acompañará copia en papel comun que se entregará al apelado, para que se entere y pueda rebatirla en las alegaciones é informes de la vista: art. 857.* No podrá, pues, el apelante contestar á las razones que espuso el apelado para sostener la parte de la sentencia de que aquel apeló por creerla perjudicial, sino solo á las referentes á los agravios inferidos al apelado por parte de la sentencia que motivaran su adhesión á la apelacion, pues de lo contrario el apelante habria presentado dos escritos ó contestaciones cuando el apelado no presentó mas que uno, y no habria igualdad en la defensa.

1580. *Presentada la contestacion por el apelante, en el caso de haberse adherido á la apelacion el apelado, ó por este en el caso contrario, se da por terminada la discusion escrita, y se pasarán los autos al ministro ponente para que los examine y manifieste si está el apuntamiento en su juicio con exactitud ó si es necesario hacer en él alguna de las reformas manifestadas por las partes en los escritos de espresion de agravios ó de contestacion á este: art. 858.*

Esta es una de las atribuciones á que se refiere el art. 56 y el 57 de la nueva ley respecto del ministro ponente (creacion hecha por el art. 55 de la misma, á imitacion de lo establecido por la regla 8.ª del real decreto de 22 de setiembre de 1848 las causas criminales), puesto que se dispone en aquel, que *para cada pleito se nombrará en los tribunales supremo y superiores un ministro ponente, llevando un riguroso turno entre los que com, pongan la Sala, con exclusion del presidente; y que segun dicho art. 57 será cargo del ministro ponente: 1.º Informar á la Sala, sobre la reforma ó adiciones del apuntamiento solicitadas por los litigantes. Para este efecto se le pasarán previamente los autos; 2.º Examinar los interrogatorios y posiciones presentadas por los litigantes, y calificar su pertinencia, y si se reclamare contra la calificacion que hicieron, decidirá la Sala; 3.º Presidir la práctica de las diligencias de prueba y recibir cualesquiera declaraciones que la Sala ordenare; 4.º Autorizar las ratificaciones y hacer los discernimientos de todo cargo; 5.º Redactar las sentencias con arreglo á lo acordado; 6.º Leerlas en sesion pública del tribunal.*

1581. *Devueltos que sean los autos por el ponente, y habiendo conformidad en el apuntamiento, ó hechas en él las reformas ó adiciones de la s*

pedidas por las partes que la Sala hubiere creído procedentes, pues no basta la sola voluntad del litigante para hacerlas, porque pudiera proceder de malicia para dilatar el pleito por este medio, se mandarán traer los autos á la vista; citadas las mismas partes: art. 860.

1582. Este procedimiento se entiende cuando los litigantes no han empleado prueba para robustecer su derecho, mas no si la emplearen, pues en este caso, segun dispone el art. 866, *antes de haberse notificado la providencia en que se manden traer los autos á la vista, pueden las partes exigirse confesiones judiciales con tal que sean sobre hechos que no hayan sido objeto de otras que se hayan exigido en la primera instancia.* pues teniendo por objeto la segunda instancia, no tanto abrir un nuevo juicio como verificar un nuevo exámen del proceso, para ver si la sentencia del inferior se ha dictado con toda imparcialidad é inteligencia, dando por otra parte ocasion á que se suplan y completen las pruebas que se omitieron ó que no pudieron practicarse en la primera instancia, no debe permitirse á los litigantes pedirse reciprocamente confesion sobre hechos que fueron ya objeto de esto. El art. 411 de la ley de Enjuiciamiento mercantil previene tambien que no se admitan confesiones judiciales sobre hechos que esten en contradiccion con los capitulos contenidos en primera instancia. No se olvide tampoco que los ministros ponentes deben recibir por si las declaraciones segun prescribe el art. 55 espuesto en los núms. 752 y siguientes del libro 2.º de esta obra. Acerca del modo de procederse para la prueba de confesion, véase lo espuesto en el § 6.º, seccion 5.ª, tit. 6.º de dicho libro 2.º

1585. *Tambien podrán los litigantes, segun el art. 867, traer los documentos de que juren no haber tenido hasta entonces conocimiento.* Mas esplicito se halla sobre este punto el art. 405 de la ley de Enjuiciamiento mercantil, puesto que segun él asi el apelante como el apelado podrán presentar nuevos documentos que se refieran á actos posteriores al tiempo en que pudieron producirse en primera instancia, ó que siendo de fecha anterior, jure la parte que haga uso de ellos, que no habian llegado á su noticia ó que no pudo proporcionárselos en tiempo oportuno para producirlos en primera instancia. Esta doctrina debe entenderse aplicable al procedimiento civil, tanto mas, cuanto que la concision del art. 867, se halla suplida por lo dispuesto en los arts. 225, 255, 257 y 869 de la ley civil. Véase lo espuesto sobre el periodo de primera instancia hasta que puedan presentar documentos los litigantes en los núms. 112 y siguientes del libro 3.º de esta obra.

1584. Por las leyes 4, 5 y 6, tit. 21, lib. 11 de la Nov. Recop. estaba prevenido, que las escrituras con que intentara probar sus agravios el apelante y los suyos ó su defensa el apelado se presentaran por aquel en el escrito de agravios, y por este en el de contestacion, pues no presentándolas entonces, no se les admitian despues si no era jurando que no habian tenido antes noticia de ellas ó que no pudieron proporcionárselas en tiempo oportuno. La nueva ley no contiene disposicion expresa sobre este punto; pero requiriéndose en el art. 867 que los documentos se presenten jurando no haber tenido antes conocimiento de ellos, se deduce naturalmente, que si lo

tuvieron al presentar sus respectivos escritos, entonces deben producirlos, pues de verificarlo, despues, no se les admitirian ó tendrian que ser perjuros; asi se deduce tambien del espíritu de los arts. 225 y 255. De esta suerte se evitan las dilaciones consiguientes en caso de presentarse despues, de tener que dar traslado de ellos al litigante contrario para que pueda redarguirlos de falsos conforme espusimos en el núm. 806 del libro 2.º de esta obra ó atacarlos en las alegaciones de derecho ó informes de la vista.

Ademas de las confesiones judiciales que pueden exigirse los litigantes y de la produccion de los documentos referidos que puedan presentar en segunda instancia, consigna la nueva ley, en su art. 868 que *asimismo podrán pedir el recibimiento á prueba, para utilizar cualquiera de los medios de hacerla que queden establecidos* en su art. 279; en la forma que espusimos en los párrafos 7, 8 y 9 seccion 5.ª, tit. 6.º, lib. 2.º de esta obra. Por nuestras leyes anteriores, y en especial por la 6, tit. 10, lib. 11 de la Nov. Recop. al paso que se permitió hacer prueba en segunda instancia por documentos y confesion de parte, se prohibió practicarla por testigos *ni en otra manera*, sobre los mismos artículos que se introdujesen en los interrogatorios de la primera ú otros directamente contrarios, para evitar, como dice la dicha ley 6.ª sobornos y corrupeiones y probanzas falsas, de que resulta en los pleitos mucho daño y fatiga, y costas á las partes. Sin embargo, segun la ley 40, tit. 16, Partida 5.ª se admitia la prueba de testigos en segunda instancia, cuando el apelante presentaba nuevos testigos, jurando que no procedia de malicia sino por hallarse ausentes en el curso de la primera instancia ó no acordarse de ellos; y asimismo, segun la doctrina de los intérpretes, fundaba en el espíritu de nuestra legislacion, y admitida por la práctica, se admitia tambien dicha prueba de testigos en segunda instancia, cuando el exámen de los presentados en primera instancia, habia padecido el vicio de inutilidad; cuando presentados en dicha instancia, no fueron examinados en ella, si consentian los litigantes en su presentacion y exámen en la segunda cuando los menores pedian restitution para probar sobre los mismos artículos de la primera ó la causa era matrimonial. V. Cov. Pract. cap. 18, núm. 6; Diego Perez, lib. 4 del Ord. real, glosa 1; Matienzo, Dialog. velat., § 3, á la ley 27, tit. 16, Part. 5.ª, Cur. fil. part., § 3, núm. 4, Febrero Nov., lib. 5, tit. 2, cap. 18, núm. 12.

1585. La ley de Enjuiciamiento mercantil, limitó tambien la prueba en segunda instancia, disponiendo en su art. 407, que no se recibieran los autos á prueba, aunque alguna de las partes lo solicitara, sino en los casos siguientes: 1.º De conformidad de todos los litigantes; 2.º si se hubiesen alegado hechos nuevos que la exigieran para la calificacion del derecho de las partes; 3.º Cuando se manifestara causa suficiente á juicio del tribunal que impidiese probar en primera instancia los que se alegaron en ella.

1586. La ley de Enjuiciamiento civil ha puesto tambien limitaciones á la prueba en segunda instancia. Segun su art. 869, *el recibimiento á prueba solo podrá otorgarse:*

1.º Cuando por cualquiera causa, no imputable al que la solicita, no

hubiese podido hacerse en la primera instancia; como si la práctica de la prueba dependiera de hecho ajeno, ó si dependiendo de hecho propio, se opusiera á ello algun obstáculo, bien sea natural ó artificial, cuya remoción no hubiese estado al alcance del que la pidiese; segun dice el art. 272, que determina las justas causas porque se puede suspender el término de prueba, y que espusimos en su lugar. La justicia de esta disposición es fácil de comprender con solo recordar, que no hallándose nadie obligado á hacer mas de lo que está en sus facultades, quedaria indefenso el litigante si no se le concediera en el caso espresado verificar prueba.

2.º Cuando hubiese ocurrido algun hecho nuevo conducente al pleito, y posterior al último dia del término de prueba que haya corrido en primera instancia, mas no si ocurrió antes, pudiendo hacer la prueba sobre el el litigante en primera instancia, pues se supone que si no la hizo, renunció á ella. Puede, sin embargo, suceder que ocurra el hecho nuevo con posterioridad al último dia de la prueba y que no se conceda sobre él esta en segunda instancia, ó que ocurra dentro de dicho término y se dé sobre él dicha prueba. El primer caso se verificará cuando ocurriese el hecho dentro del término de prueba que no fuese el total que concede la ley, ó siendo prorogable no se hubiese pedido la próruga, pues entonces se entiende tambien que renunció el litigante á su derecho de probar. El segundo caso acontecerá cuando por ocurrir el hecho en los últimos dias de la prueba ó en los anteriores, no fuere posible hacer esta por la premura del tiempo, ó por otra causa no imputable al que la solicite en segunda instancia, pues entonces milita para concederse dicha prueba la regla primera de este artículo.

3.º Cuando se haya adquirido conocimiento de un hecho que se ignoraba antes y sobre el cual por consiguiente no hayan girado ni las alegaciones ni las pruebas, de primera instancia, pues si ocurrió antes que estas, y pudo alegarse ó probarse en ellas, por no existir causa no imputable al que solicite la prueba, no se concederá esta. Segun se ve, limita la ley la facultad de conceder la prueba en segunda instancia, no solo respecto á los hechos que no hubieren llegado á noticia de las partes, precisamente antes del término de la prueba en primera instancia, sino aun respecto de los que hubieren sabido los litigantes pasado este, con tal que sea en tiempo en que pudiesen alegarlos en los escritos de ampliacion que les permite presentar el art. 260 de la ley, jurando que no tuvieron conocimiento de aquellos hechos, pues la regla 3.ª del art. 869 se refiere á dichos escritos con la palabra *alegaciones*. Tambien en segunda instancia deberá usarse de dicho juramento.

Estas limitaciones del art. 869 no rigen para los juicios seguidos en rebeldía en los casos en que permite la ley proponer prueba al litigante rebelde que la solicita, segun diremos al tratar de aquellos.

1387. Para conceder el término de prueba se oirá siempre á la parte contraria segun espresa el art. 870, puesto que puede tener interés en que no se admita el pleito á prueba ó en combatir la proposeta, para lo cual se

le dará traslado por término de seis dias, conforme al espíritu del art. 342 del escrio del litigante que la solicite, é informará en dicho término á la Sala el ministro ponente, art. 870, sobre si la prueba propuesta es ó no admisible, por concurrir respecto de ella los requisitos del art. 869.

1588. *Contra la providencia en que se otorgare la prueba, no se dará recurso alguno*, art. 871, para evitar las dilaciones y perjuicios que se ocasionarian á las partes de seguirse este incidente, mayores sin duda que los de la práctica de la prueba, que por otra parte facilita á los litigantes la justificación de sus derechos. *Contra la en que se denegare*, como puede causar graves perjuicios á los litigantes, impidiéndoles que justifiquen el derecho que les asiste, la ley les concede ulterior recurso, pero no pudiendo ser este el de súplica, por haberse decretado su supresion en la autorizacion dada al gobierno para formar la ley de Enjuiciamiento, establece el art. 871 que solo procederá el recurso de casacion en su caso y lugar, esto es, como se consigna en el art. 1015, núm. 6, cuando la denegacion de la prueba, admisible segun las leyes, haya podido producir indefension y se haya reclamado la subsanacion de la falta.

1589. Nada dice la ley de Enjuiciamiento civil sobre el tiempo que podrá comprender el término de prueba, ni si podrá prorogarse ó suspenderse, ni si será permitido tachar á los testigos y presentar escritos de ampliacion despues de ejecutada la prueba, ni demás particulares sobre que versan los arts. 260 al 272, por lo cual deberá estarse á lo prescrito en los mismos, que espusimos al tratar de la prueba en primera instancia en el juicio ordinario. Sin embargo, respecto de las tachas de los testigos, deberá entenderse aplicable en el dia, por fundarse en reglas de justicia y equidad, la antigua doctrina sobre que no pueden tacharse en la segunda instancia los testigos que no se tacharon en la primera, habiendo sido presentados en ella, por suponerse que fueron aprobados tácitamente por quien no los tachó, y que ni aun pueden probarse en dicha segunda instancia las tachas puestas y no aprobadas en aquella, á no ser que no las hubiera querido admitir el juez ó que hubiera existido justa causa para no oponerlas, pues entonces pueden oponerse en el escrito de agravios y contestacion á este y probarse al mismo tiempo que los puntos principales. V. Curia Filipica, parte 3, párrafo 3, núm. 8.

1590. Los señalamientos para las vistas se verificarán sin necesidad de solicitud de las partes, para evitar dilaciones inútiles; art. 860.

1591. Las vista de los pleitos se verificarán por riguroso orden de antigüedad bajo la responsabilidad del presidente de la sala; art. 861. Pero si por ocupaciones de la sala ó de los letrados se transfiriere á otro dia cualquiera la vista, no por ello se alterará el orden establecido, mas que lo absolutamente indispensable para que la vista suspendida pueda tener efecto lo antes posible. Estas disposiciones son análogas á las del art. 58, espuesto en el núm. 1041 del lib. 2.º de esta obra. No se olvide tampoco lo prescrito en los arts. 40 al 45 esplicados en los núms 1041, 1042 y 1043 de dicho lib. 2.º ni lo dicho en los núms. 1043 al 1047.

*Las vistas se verificarán, leyendo el relator el apuntamiento, y hablando en primer lugar el letrado defensor del apelante, que es aquí el actor, en seguida el del apelado, que hace aquí de demandado, y á ambos será permitido rectificar equivocaciones ó restablecer los hechos que hayan podido ser presentados con inexactitud, art. 864.*

1592. *Concluida la vista, se procederá á dictar sentencia dentro de los términos señalados en los párrafos 2.º y 3.º del art. 551; esto es, dentro de los ocho dias siguientes al en que hubiere aquella terminado, plazo que podría ampliarse hasta quince dias, si los autores escuden de mil folios; y en la forma establecida en el art. 553, esto es, fundándola por medio de resultandos y considerandos, y pronunciándose de la manera que se determina en los arts. 61 al 65 espuestos en los núms. 1081 al 1089 del lib. 2.º de esta obra.*

Téngase tambien presente lo dispuesto en el art. 49 y 50 de la ley, sobre la facultad que tiene cualquier ministro para pedir los autos concluida la vista, para reconocerlos privadamente, que espusimos en el núm. 1047 del lib. 2.º, los arts. 51 y 52 sobre las votaciones, los 53 y 54 sobre los votos necesarios para hacer sentencia, los 55 al 57 sobre el modo de dirimirse las discordias, todos ellos espuestos en los núms. 1048 al 1057, el 58 sobre el libro de requisitos en que debe estenderse la sentencia, y el real decreto de 6 de marzo de 1857, espuestos en los núms. 1058 y 1059 de dicho libro 2.º, el 59 y 60 sobre los ministros que votan la sentencia, espuestos en el núm. 1060, el 64 sobre el modo de leerse estas, explicado en el número 1061, el 48 sobre autos para mejor proveer, espuesto en los núms. 1065 y siguientes, y lo dicho en los núms. 1070 al 1096 sobre el modo de proceder los jueces para dictar las sentencias y circunstancias que deben contenerse en las mismas.

1593 Hemos dicho que en las vistas pueden concurrir los abogados de los litigantes á informar en estrados. Sin embargo, segun el art. 875 de la ley de Enjuiciamiento, *cuando las partes ó el mayor número de ellas lo pidiesen ó cuando á instancia de alguna de las mismas la audiencia lo ordenare, podrá en lugar del informe oral, escribirse é imprimirse una alegacion en derecho*, esto es, un escrito redactado por el abogado, conclusos ya los autos, para informar é instruir á los jueces del derecho de su parte, alegando leyes, fueros, autoridades y reflexiones. V. *Escribir*; Diccionario: palabra, *Alegacion en derecho*. La nueva ley no hace mas que confirmar aquí lo prescrito ya por nuestras leyes anteriores. Segun la 51, tit. 1, lib. 5; la 5, tit. 14, lib. 11 de la Nov. Recop., y el art. 80 del decreto de 22 de setiembre de 1855, solo permitia hacer alegacion en derecho en los pleitos en que los jueces la creian necesaria, declarándolo así la sala á petición del interesado. Segun la ley 2, tit. 14, lib. 11 de la Nov. Recop. toda alegacion en derecho debia estar firmada por abogado, contener al pié la expresion de haberse estendido con licencia de la sala y pasarse al relator del pleito, para que cotejando el derecho con el hecho, viera si estaba conforme á lo prevenido por la ley y la repartiase á los jueces que hubieran de dar sentencia.

Mas la nueva ley no requiere la autorizacion de la audiencia cuando las partes se convienen en hacer la informacion, puesto que en el art. 874 se dispone, *que en los casos en que haya conformidad de las partes ó de la mayoría de ellas, se escribirá é imprimirá la alegacion en derecho, sean cuales fueren la clase é importancia del pleito, sin necesidad de trámites ni autorizacion de la audiencia*, porque existiendo avecimiento de las partes sobre este punto, no hay temor de perjudicarles con el uso de aquella facultad, *Mas no habiendo dicha conformidad, se oirá á las mismas partes sobre la pretension que alguna de ellas hubiere deducido, y previa vista, decidirá la audiencia lo que estime procedente*, porque no habiendo avimiento de los litigantes pudiera perjudicarse concediéndose de plano la alegacion á los que no querian se practicara. Por esta misma razon, pone todavía la ley limitaciones, aun á las audiencias, para conceder la alegacion en el caso referido. Asi, pues, segun el art. 875, *para que en los casos del último párrafo del artículo anterior pueda otorgarse la alegacion en derecho, se necesita:* 1.º *Que el pleito sea ordinario*, pues en los demás en que el procedimiento es breve y sencillo, podrian causarse dilaciones y gastos muy perjudiciales. 2.º *Que por su importancia y gravedad sea á juicio de la audiencia mas conveniente informar á los jueces por escrito que oralmente*, pues de lo contrario podrian originarse gastos que absorbieran el total ó la mayor parte de los intereses que se litigaban.

1594. *El termino para escribir la alegacion en derecho será el que las partes ó la mayoría de ellas conviniere en los casos en que procediesen de conformidad, pues aquí sirve de regla en todo la voluntad de los litigantes; en los demás casos, el término que la Audiencia señalare al decidir la pretension que se hubiese formulado sobre esto*, pues ella puede y debe graduar el tiempo que será necesario, atendida la importancia y complicacion del asunto; art. 876. Sin embargo, para evitar todo género de abusos, fija la ley un punto de partida, y otro de llegada, prescribiendo en su art. 877, *que el término que señalen las Audiencias no podrá bajar de treinta dias ni exceder de sesenta.*

Mas el término que se hubiese señalado podrá ampliarse, siempre dentro del límite marcado en el artículo anterior; de conformidad de las partes, y cuando el tribunal por cualquiera causa lo estimare procedente: art. 878.

1595. *Contra las providencias que las Audiencias dictaren sobre las alegaciones en derecho y término para hacerlas, no se da ningun recurso*, para evitar dilaciones y gastos que podrian ser de mas perjuicio para los litigantes que el que se les causase con aquella negativa,

1596. Como segun lo prescripto en el art. 875, no solo han de escribirse las alegaciones, sino tambien imprimirse, la ley dicta para este objeto disposiciones análogas á las que prra el primero. Asi, pues, previene el artículo 880, *que la Audiencia atendida la estension de las alegaciones, señala término para su impresion. Este término podrá ampliarse cuando las circunstancias independientes de la voluntad de las partes lo exigieren, á juicio de la misma Audiencia*. Ademas, para que pueda verse fácilmente si está

conforme lo alegado con lo que resulta de los autos, dispone el art. 881 que, *en todos los casos en que se escriba ó imprima alegacion en derecho, se imprimirá tambien unido á ella el apuntamiento del pleito.* Para que puedan enterarse con el debido detenimiento los magistrados de lo alegado por las partes, *hecha la impresion, se reparitrán ejemplares á los ministros que deban fallar el pleito, firmados por el relator, letrado y procurador de las partes,* para que garantice su autenticidad y se unirán otros á los autos, para que conste que son iguales aquellos á estos; art. 882.

1397. Como lo espuesto de la alegacion puede influir notablemente en la sentencia, que ha de dictarse, dispone el art. 885 que *el termino para pronunciar sentencia, en los casos en que haya alegacion en derecho, empezará á contarse desde el dia siguiente al en que se entreguen los impresos, lo cual hará constar el escribano de cámara por diligencia que estienda en los autos para que conste en forma. Si hubiera discordia, como para dirimirla han de concurrir otros magistrados, y estos deben juzgar tambien con los mismos datos que los que juzgaron anteriormente, despues de hecha constar en la forma prevenida la entrega de los ejemplares á los magistrados primeros, se hará entrega á los ministros que deban dirimirla de los correspondientes ejemplares de la alegacion; desde la fecha en que se verifique dicha entrega, principiará á correr el término para pronunciar sentencia,* con el objeto referido; art. 884.

1398. *Dictada la sentencia, y pasados los diez dias siguientes al de la notificacion de esta á las partes, señalados para interponer recurso de casacion por el art. 1022 de la ley, único que se da contra las sentencias definitivas de las audiencias, segun previene el art. 76, sin que se haya interpuesto, ó los cinco dias siguientes al de la notificacion de la providencia en que se denegó dicho recurso, en el caso de haberse interpuesto, sin haber apelado de ella la parte, se devolverán los autos á costa del apelante al juez inferior que es á quien corresponde ejecutar la sentencia previa tasacion y regulacion de las costas hechas en la forma prevenida en los arts. 78 al 81 de la ley espuestos en los núms. 1118 y siguientes del lib. 20 de esta obra, si hubiere recaído condena de ellas;* art. 885.

1399. *Los autos se devolverán con certificacion de la sentencia, en la cual se comprendan la tasacion y regulacion de las costas cuando hubiese habido esta condena, conforme á las reglas insertar en los núms. 1099 y siguientes del lib. 2.º de esta obra. Ningun otro inserto contendrá la certificacion,* art. 886. Este artículo ha suprimido la expedicion que antes se hacia de reales provisiones de las sentencias, denominadas cartas ejecutorias, las cuales segun el real decreto de 5 de enero de 1844, art. 8.º, debian ir encabezadas á nombre del monarca, firmadas por el regente de la Audiencia, el presidente de la sala respectiva y otros dos ministros de ella, registrarse en la cancilleria y autorizarse con el sello real de la misma y la firma del escribano de cámara. Estas solemnidades y el abuso de estractarse en dichos documentos la mayor parte de los autos, ocasionaban gastos y dilaciones perjudiciales á los litigantes: motivo por el cual la nueva ley ha creído conve-

niente sustituirlas con las certificaciones enunciadas. Sin embargo, como esto solo tiene por objeto mirar por el interés de las partes, y pudiera haber casos en que no se juzgare suficiente la insercion de la sola sentencia para su debida ejecucion, ó para servir de documento á que referirse en su caso los interesados, previene la ley en su art. 888, que *cuando alguna de las partes creyere conveniente que por separado se le facilite certificacion con mas insertos de las actuaciones de segunda instancia, podrá accederse á ello siempre á su costa y sin que la devolucion se detenga, si á la otra parte interesare que se verifique,* de donde se deduce naturalmente que debe oirse á esta para conceder ó negar lo solicitado.

*De toda certificacion con que se devuelvan cualesquiera autos, se tomará razon en la cancelleria de la Audiencia, en la cual quedarán de ella copias literales,* para que pueda hacerse constar el hecho de la remision y que esta se verificó en regla; art. 887.

1400. *Si ocurriere cualquier incidente durante la segunda instancia, se sustanciará como queda prevenido respecto de los que puedan ocurrir en la primera en los arts. 537 y 558, espuestos en la seccion 7, tit. 6, lib. 2.º de esta obra art. 889. Esceptúanse los incidentes sobre que establece la ley tramitacion especial, como el de prueba, el de desercion de la apelacion y el de desistimiento de la misma, en el cual se procede segun la práctica anterior que corrobora el espíritu de la nueva ley, dándose traslado á la parte contraria del escrito en que la obra desiste y declarándose, en vista de lo que esta espone; desistido al apelante, con condena de costas. La providencia que en los incidentes recayere es suplicable ante la misma sala dentro de tercero dia,* art. 890, siguiéndose el procedimiento que espondremos al tratar de la *súplica.*

## § III.

*De la apelacion de las sentencias interlocutorias.*

1401. Siendo la providencia interlocutoria una decision intermedia que pronuncia el juez en el discurso del pleito, entre su principio y su fin, para preparar la definitiva ó sobre algun artículo ó accidente, esto es, sobre un punto accesorio del objeto principal de la sentencia definitiva, no era conveniente que las apelaciones de aquella clase de sentencias se sustanciarán por los trámites estensos y solemnes que las de esta. En su consecuencia, la nueva ley, conforme con la regulacion y práctica anteriores, ha establecido un procedimiento breve y sencillo para la apelacion de sentencia interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva, esto es, aunque decida algun artículo ó incidente que ocurra durante el pleito, puesto que el art. 840 de la ley al esponer este procedimiento, declara ser aplicable *aun cuando sea la providencia apelada interlocutoria de las que causan estado.* V. lo dicho en los núms. 1056 y siguientes del lib. 2.º de esta obra. Solo se esceptúan de

este procedimiento las sentencias interlocutorias para las que establece la ley trámites especiales que se esponen en su lugar.

1402. Recibidos los autos en la Audencia ó su testimonio, en su caso, habiéndose personado el apelante, se pasan al relator para que forme el apuntamiento.

*Formado que sea el apuntamiento por el relator, se entregará con los autos por su orden á las partes, esto es, primero al apelante y despues al apelado, para que se instruyan sus letrados, art. 840. Esta entrega deberá hacerse por un término que no podrá bajar de seis dias ni pasar de quince, y que señalará el tribunal teniendo en cuenta el volumen de los autos; artículo 841. El término que se señale es prorogable, si el tribunal creyere haber justa causa para ello, siempre dentro del límite fijado en el artículo anterior; art. 842, si como dicen los arts. 27 y 262 se pidiese la próroga antes de cumplirse el término y se alegare justa causa para ello á juicio del juez, sin que sobre la apelacion que hiciere, se dé recurso alguno.*

1403. *Tanto el apelante como el apelado al devolver los autos, manifestarán en escrito con firma de letrado su conformidad con el apuntamiento, ó las reformas ó adiciones que crean deben hacerse en él; art. 843, disposición análoga á la del art. 858, espuesto en el párrafo anterior.*

1404. *En este escrito deberá tambien el apelado adherirse á la apelacion en los extremos en que la sentencia pueda haberle sido perjudicial, sin que ni antes ni despues pueda usarse de este remedio; art. 845. Esta disposición tiene los mismos fundamentos espuestos al explicar la del artículo 855 é igual contesto. En los casos en que el apelado se adhiriere á la apelacion deberá acompañar con su escrito una copia de él en papel común que se entregará al apelante; art. 845.*

Se acompaña aqui copia del escrito, á diferencia de lo que se practica cuando la adhesión es á la apelacion de sentencia definitiva, porque en esta se entrega el mismo escrito original al apelante, por versar la apelacion sobre una providencia que resuelve el negocio en lo principal, mas no sucede asi en la apelacion de sentencia interlocutoria, pues cayendo sobre un accesorio ó incidente del juicio, no conviene hacer dicha entrega, para no entorpecer el curso de aquel.

1405. *Devueltos que sean los autos por el apelante, se pasarán al ministro ponente por igual término que se haya otorgado á las partes, para que los examine y vea si está bien formado el apuntamiento, y si proceden las reformas y adiciones que pidieron los litigantes; art. 846. Así es, que al devolverlos, deberá informar á la sala sobre las adiciones ó reformas del apuntamiento pedidas por las mismas partes art. 847. Habiendo conformidad con el apuntamiento ó hechas en él las reformas ó adiciones que el tribunal estime procedentes de las que las partes hayan solicitado, se mandarán traer los autos á la vista; art. 848. Dictada sentencia ejecutoria, se devuelven al juzgado los autos, si se remitieron originales, con la certificacion de que tratan los arts. 885 y siguientes de la ley, ó solo dicha certificacion si aquellos se remitieron en testimonio.*

Son tambien aplicables á la apelacion de las sentencias interlocutorias las disposiciones de los artículos 858 y 859 arriba espuestos, sobre lo que debe practicarse cuando no comparece en el término del emplazamiento para la superioridad el apelante ó el apelado.

## § IV.

*De la apelacion en los pleitos de menor cuantía.*

1406. Teniendo por objeto el procedimiento especial que establece la nueva ley para los juicios de menor cuantía, análogo al de la de 10 de enero de 1858, evitar gastos y dilaciones que pudieran ser gravosos atendida la corta entidad sobre que versan estos juicios, los trámites de las apelaciones de lo mismo, son conseqüentemente mucho mas breves y sencillos que los de las del juicio ordinario de mayor cuantía.

Asi, pues, la ley no admite escritos de las partes en estos procedimientos, de suerte que recibido los autos en la audiencia, que habrá remitido el juez con arreglo al art. 1155 de la nueva ley, espuesto en el núm 559 del lib. 3.º de esta obra, y personado el apelante por sí ó por procurador, dentro de los ochos dias desde el en que se recibieron aquellos, se pasarán al relator por término de tercero dia para que se instruya de ellos, y sin formar apuntamiento, para evitar gastos y dilaciones, pueda dar cuenta á la sala á que corresponda en el dia que se señale para la vista; art. 1156. El art. 15 de la ley de 10 de enero disponia que la sala mandara pasar los autos al relator, señalando desde luego el dia de la vista que habia de ser uno de los seis primeros siguientes; mas en el dia el señalamiento de la vista está sujeto á las reglas de los arts. 58 y 59 ya espuestos de la nueva ley. Está no expresa el modo como deberá dar cuenta el relator á la sala, segun hacia la de 10 de enero, prescribiendo en su art. 16 que leyera á la letra lo que fuere necesario. Especialmente de las diligencias de pruebas. Así, pues, aun cuando podrá hacerlo en relacion, especialmente de los puntos de menor importancia, convendrá que se atempere á lo dispuesto anteriormente respecto de los puntos esenciales del proceso.

1407. *La sala señalará dia para la vista, y oyendo en él de palabra, sin permitirles alegaciones escritas, á los interesados ó á sus apoderados, si se presentaren en el acto, y únicamente sobre los hechos que resulten de los autos, confirmará ó revocará la sentencia; art. 1157, § 1.º Aunque la ley no prohibe espresamente como la de 10 de enero, que concurren abogados á estas vistas, asi se deduce de no mentar mas que á los interesados ó á sus apoderados, y de no permitir hablar mas que sobre los hechos, para lo cual no es necesario letrado. La sentencia confirmatoria deberá contener condena de costas al apelante, § 2.º del art. 1157. V. lo dicho en los núms. 1099 y siguientes del lib. 2.º de esta obra.*

Tambien podrá dictarse la sentencia declarando los derechos de cada

parte, aunque no se confirme ó rovoque enteramente la de primera instancia segun la disposicion general del art. 61 sobre que las sentencias deben darse declarando, condenando ó absolviendo de la demanda.

La ley no autoriza el recibimiento á prueba en estas segundas instancias, aun con las limitaciones que en las de los juicios de mayor cuantía, que espresa el art. 869, para evitar sin duda gastos y dilaciones, pero no obstante parece que podrá pedirse confesion judicial, y aun traer los documentos de qué juren los litigantes no haber tenido hasta entonces conocimiento, especialmente si por su fuerza y autenticidad hacen inútiles las diligencias de cotejo, etc., ya porque para esta clase de justificaciones no es necesario abrir el pleito á prueba como se deduce de los arts. 866 y 867, ya porque tienen que ser muy cortos los gastos y las dilaciones que con ellas se promuevan.

1408 *Confirmada ó renovada la sentencia apelada, causa ejecutoria por no haberse abolido la súplica que antes solia interponerse en ciertos casos, y no proceder el recurso de casacion, segun lo dispuesto en el § 2.º del art. 1014 de la ley; así, pues, se devolverán los autos al juez de primera instancia, con certificacion de ella y de la tasacion de costa, si hubiese habido condena, para su ejecucion y cumplimiento; art. 1160. disposicion análoga á la del art. 886, sobre apelaciones en juicios de mayor cuantía que esplicamos en su lugar.*

*Recibidos los autos en el juzgado de primera instancia, se procede en los términos prevenidos en el título de la ejecucion de las sentencias y que espodremos mas adelante; art 1161.*

1409. *Tambien puede suceder que no se persone el apelante ó el apelado ó ninguno de ellos, en la superioridad á seguir la apelacion. Si no se personare el apelante, dentro de ocho dias contados desde el en que se hubieren recibido los autos de la audiencia, los devolverá esta al juez de primera instancia para que la sentencia se lleve á efecto, y condenará al apelante en las costas á que la remesa de los mismos autos hubiere dado lugar art. 1158* Esto se funda en que se considera desierta la apelacion, mas para ello será necesario que le acuse el apelado la rebeldía, como lo previene el art. 858 para igual caso en las apelaciones de juicios de mayor cuantía, y lo aconseja la regla de que no debe hacerse de oficio actuacion alguna, cuya omision pueda consentirse por las partes ó ser inútil si estas transigieren el negocio como puede suceder en este caso.

*La no presentacion en la audiencia del apelado, no será obstáculo para que continúe en su rebeldía la sustanciacion de la instancia; art. 1159; disposicion análoga á la del § 2.º del art. 858, y que se funda en iguales razones que espusimos al esplicar este.*

Nada dice la ley sobre lo que habrá de hacerse en el caso de no comparecer el apelante ni el apelado, por lo que deberá estarse á lo dispuesto por el art. 859 para este caso sobre apelaciones de pleitos de mayor cuantía; á saber, que en cualquiera tiempo en que se presentare el apelante, continuará la sustanciacion de la instancia.

## § V.

*De la apelacion en los juicios verbales.*

1410. *Todavía es mas breve y sencilla la tramitacion de las apelaciones en estos juicios que en los de mayor cuantía, como que la cantidad sobre que versan es mucho menor.*

Ya hemos dicho en el núm. 277 del lib. 3.º de esta obra, que de la apelacion de la sentencia de estos juicios conoce el juez del partido á que pertenece el pueblo donde se conoció en primera instancia por el juez de paz, que interpuesta, deben remitirse á aquel los autos originales.

*Recibidos, pues, los autos en el juzgado de primera instancia, el juez oirá á las partes en una comparecencia con sujecion á las reglas establecidas en el art. 1167 y siguientes; art. 1019. Véase la esposicion de dichos artículos en los núms. 259 y siguientes del lib. 3.º de esta obra.*

1411. *En el mismo dia dictará sentencia § 2.º del art. 1179; término que puede ser sobrado corto en algunas ocasiones, pues nada obsta la corta cuantía é importancia del negocio que se ventila, para que la cuestion sobre que versa ofrezca dificultades por ser complicado el hecho, oscura la ley ó estar discordes la práctica ó los intérpretes.*

*Contra ella no se da recurso alguno: § 3.º del art. 1180, puesto que se ha abolido la súplica en general por la nueva ley, y segun el art. 1014, § 2.º no procede en estos juicios el recurso de casacion.*

1412. *Mas cuando alguna de las partes hubiere reclamado la nulidad de los procedimientos, por haberse opuesto en la primera instancia á que se siguiera la sustanciacion de la demanda en juicio verbal, por creer que su cuantía excedia de 600 rs. y el juez declara la nulidad, por resultar que la cuestion versa sobre interés de mayor entidad, pueda dicho juez conocer del negocio en juicio de mayor ó menor cuantía, y de su sentencia se podrá interponer apelacion para ante la audiencia.*

1413. *Dado el fallo en que no se declare dicha nulidad, los autos se devolverán con certificacion de la sentencia, y tambien de la tasacion de costas cuando hubiere condena en ellas, al juez de paz para su ejecucion; artículo 1180.*

## § VI.

*De la pelacion en los juicios de deshaucio y de interdictos.**Apelacion en el juicio de deshaucio.*

1414. *Siendo los procedimientos del juicio de deshaucio sumamente rápidos y sencillos por requerirlo así su naturaleza y lo urgente de su objeto,*

las apelaciones que se interpusiesen, ya de las providencias sobre el deshaucio por cumplir el término del arriendo, ó por otras causas diversas ya de las reclamaciones por parte del demandado de las labores, plantios ó mejoras hechas en la finca, se sustancian en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeren en los interdictos, segun se previene en los artículos 660, 665 y 671, que espusimos en los números 967, 975 y 983 del libro tercero de esta obra.

Hé aquí, pues, los trámites que designan los artículos 760 y siguientes de la ley para las

*Apelaciones en los interdictos.*

1415. Interpuesta la apelacion, tanto en el juicio de interdictos como en el de deshaucio, dentro del término legal, que es el de cinco dias, designado por el art. 67 para las apelaciones en general, segun espusimos en los números 1326 y siguientes de este libro, y admitida por el juez, que debe hacerlo sin sustanciacion alguna, se remitirán por el mismo los autos al tribunal superior dentro de segundo dia, citando y emplazando previamente á los procuradores de los litigantes para que comparezcan ante él en el término de veinte dias siguientes al en que se mande remitir los autos y citar para la misma comparecencia, conforme á lo prescrito en los artículos 704, 720, 72, 555 y 556 de la ley.

1416. Recibidos los autos en la Audiencia, y personada alguna de las partes, se pasarán al relator para que forme el apuntamiento; art. 760, conforme con lo dispuesto sobre las apelaciones en general por el art. 837, espuesto en el § 2.º de esta seccion y titulo. Requiriéndose por este art. 760 que se persone alguna de las partes para que se pasen los autos al relator, para que forme el apuntamiento, es claro que si no se personase ninguna de ellas, no deberá formarse este, para evitar gastos á los litigantes, los cuales pueden haber desistido de sus pretensiones ó transigidolas, pues que aquí se trata de un interés privado. Lo mismo deberá entenderse cuando no se persone el apelante, aunque se presentase el apelado, como se deduce del art. 837 de la ley, que supone para que se pasen los autos al relator la presentacion del apelante, pues aunque segun la letra del art. 760 basta que se presente alguna de las partes para aquel efecto, el espíritu de las disposiciones sobre las segundas instancias en los interdictos admite aquella doctrina, que se deduce de lo dispuesto sobre las apelaciones en general, cuyo objeto es evitar gastos inútiles á los litigantes, lo que estanto mas aplicale á los interdictos cuanto es mas urgente su terminacion, y de menos intereés y permanencia por lo comun, el objeto sobre que versan, que el de los demás juicios, puesto que se dirige en especial al recobro de la posesion, quedando á salvo el derecho de propiedad. Por lo espuesto, se comprende que cree mos tambien aplicable á la segunda instancia de los interdictos la disposicion del art. 838 sobre las apelaciones del juicio ordinario, acerca de que, no compareciendo el apelante dentro del término del emplazamiento, á la

primera rebeldía que acuse el apelado, se declarará desierto el recurso, pues aunque en los artículos 760 y siguiente de la ley sobre la segunda instancia de los interdictos, no hay disposicion alguna sobre este particular, no debe entenderse escluida por este silencio la del art. 838, sino por el contrario, comprendida en el espíritu de las demás disposiciones. Solamente en el caso de que se hubiere adherido á la apelacion el apelado, é insistiese en la prosecucion del curso, ó no acusare rebeldía alguna al apelante, deberian pasarse los autos al relator, y seguirse la tramitacion de la segunda instancia.

1417. Si no se pesonare el apelado, se entenderá la sustanciacion de la instancia con los estrados del tribunal: art. 671, conforme con el artículo 858, sobre las apelaciones del juicio ordinario, y que tiene iguales fundamentos que este, que espusimos en su lugar.

Si no comparecieran el apelante ni el apelado, creemos aplicable á estas segundas instancias lo que previene para la de los juicios ordinarios el artículo 859, sobre que en cualquiera tiempo en que se presente el apelante, continie la sustanciacion de la instancia.

1418. Formado que sea el apuntamiento, se entregará con los autos á las partes, alternativamente y por su orden, por seis dias improrogables para instruccion: art. 762, ó como dice el art. 840, para que se instruyan sus letrados. Al devolver los autos cada una de las partes espresará, bajo la firma de su abogado y procurador, su conformidad con el apuntamiento ó lo que en él crea que debe agregarse ó variarse; § 2.º del art. 762, conforme con el art. 845. No se permite, pues, en estas instancias, presentar alegato ni escrito alguno sobre el fondo del negocio, con el objeto de abreviar la tramitacion, á la manera que en las apelaciones de autos interlocutorios del juicio ordinario, reservando la alegacion de las razones legales que tuviese cada litigante en pró de su derecho y en contra del de su adversario para la vista del pleito.

1419. Habiendo conformidad con el apuntamiento ó hechas las agregaciones ó variaciones que el tribunal estime procedentes de las que las partes exigieren, (para lo cual habrán debido pasarse los autos al ministro ponente por igual término que el otorgado á las partes, segun el art. 846, y atendiendo á que el art. 56 de la ley prescribe en general, se nombre para cada pleito un ministro ponente, el cual, al devolver los autos, informará á la Sala sobre las adiciones ó reformas del apuntamiento pedidas por las mismas partes, conforme prescribe en general el art. 57, y en particular para las apelaciones del juicio ordinario el art. 847) se mandará taer los autos á la vista con señalamiento de dia para ella: art. 763, conforme con el 848.

1420. El señalamiento de dia para la vista, se entiende en el caso de que no hubiesen propuesto prueba los litigantes, pues la nueva ley ha introducido la importante innovacion de facultar á las partes para proponer prneba en las segundas instancias de estos juicios, derogando la antigua práctica que la rechazaba absolutamente, ya por la perentoriedad y urgencia de estos procedimientos, ya tambien por no causar anteriormente estado la



providencia definitiva y por poder utilizarse la prueba en el juicio plenario de posesión.

Sin embargo, la nueva ley limita la facultad de practicar prueba á un solo caso, puesto que segun su art. 764, *en las segundas instancias de estos juicios, solo podrá hacerse la prueba que propuesta en primera instancia no hubiera sido posible ejecutar en el juicio verbal, por la ausencia de algun testigo ú otra causa semejante.*

*Si alguna de las partes lo solicitare, podrá practicarse la que se halle en este caso, librándose órden al juez que conoció de la primera instancia en estos juicios, para que la reciba en juicio verbal en la forma que queda establecida al tratar de dicha instancia, pues nadie puede ejecutarla con mas espedicion y brevedad que él, puesto que practicó ya diligencias previas ó análogas á la misma: art. 764, § 2.º*

1421. Esta prueba deberá pedirse y proponerse por las partes al manifestar si se hallan ó no conformes con el apuntamiento, debiendo para concederse estar á lo dispuesto en el art. 870, sobre que se oiga siempre á la parte contraria é informe á la Sala sobre ella el ministro ponente.

Los señalamientos para las vistas se verificarán sin necesidad de solicitud de las partes, segun prescribe el art. 862, que creemos aplicable á este caso.

1422. *Devuelta la órden del juez de primera instancia, despues de cumplida, se procederá á la vista, en la cual se leerá á la letra; ademas del apuntamiento, el acta de este juicio verbal: art. 765.*

1425. *La vista de estas apelaciones tendrá preferencia respecto de las interpuestas en los juicios ordinarios, y se verificará por riguroso turno con las de las sentencias definitivas de los juicios ejecutivos, á que está declarada igual preferencia, el art. 766.* La primera parte de esta disposicion se separa de lo prescrito para las apelaciones del juicio ordinario, en el art. 861, y de la regla general del art. 59, estableciendo una escepcion conforme con lo que determina en general el art. 40. Esto se funda en la urgencia y perentoriedad de los juicios á que se refiere, mas como milita igual razon respecto de los juicios ejecutivos, y se establece para ellos en el art. 1005 igual preferencia, el art. 766 deja sin fuerza su primera disposicion, con relacion al juicio ejecutivo, segun la regla de que no tiene eficacia un privilegio contra otro de fuerza igual.

1424. Creemos aplicable á estas apelaciones lo dispuesto en el art. 863 sobre las de los juicios ordinarios, segun el cual, si por ocupaciones del juzgado ó de los letrados se transfiriere á otro dia del señalado cualquier vista, no por ello se alterará el órden establecido, mas que lo absolutamente indispensable para que la vista suspendida pueda tener efecto lo mas antes posible.

1423. *La sentencia debe dictarse dentro de tercero dia contado desde el en que la vista tenga lugar: art. 767. La sentencia confirmatoria debe contener la condena de costas al apelante: art. 768, conforme á la doctrina que espusimos al tratar en el lib. 2.º de esta obra, tit. 6, sec. 6, de la con-*

dena de costas, por suponerse mala fe ó temeridad en el litigante, que promovió un litigio en que fue condenado en las dos instancias.

1426. *Luego que se haya pronunciado la sentencia por la audiencia, despues de hecha la tasacion de costas, conforme á las reglas prescritas en los artículos 78 y siguientes, se devolverán los autos inmediatamente al juzgado de que procedan, con notificacion de la ejecutoria, de la tasacion de costas, si hubiese habido condena en ellas, y sin ningun otro insertor para la ejecucion y cumplimiento de la sentencia por el juez de primera instancia, conforme á las reglas que espondremos al tratar de la ejecucion de las sentencias.*

## § VII.

### Apelaciones del juicio ejecutivo.

1427. La urgencia y perentoriedad que reclama el objeto de estos juicios ha impulsado en todas épocas á los legisladores á establecer en la segunda instancia una sustanciacion en extremo rápida y sencilla. Anteriormente sin embargo, no se hallaba bien determinada por nuestro derecho, si bien se habia esto suplido en parte por la práctica. La nueva ley la ha fijado de un modo claro y decisivo, adoptando la mayor parte de las prescripciones sancionadas por la misma para los interdictos y no pocas de las prescritas para las apelaciones de las providencias interlocutorias.

1428. *Recibidos los autos en la Audiencia; luego que se hubiese presentado alguna de las partes, pasarán al relator para hacer el apuntamiento: artículo 1001.* Este artículo concuerda con el 760 sobre apelaciones en los interdictos, siéndole aplicables las observaciones que hicimos al esponerlo en el número 1415 de este libro.

1429. *Formado que sea el apuntamiento se entregará con los autos por termino de seis dias á cada una de las partes para su instruccion: art. 1002* análogo al 762, si bien no se espresa que el término de seis dias sea impro-rogable como en este.

*Al devolver los autos, cada una de las partes deberá manifestar bajo la firma de un letrado, su conformidad con el apuntamiento, ó las adiciones supresiones y reformas que en él deban hacerse: art. 1003* que concuerda con el § 2.º del 762; aunque no espresa que firme aquella manifestacion el procurador de la parte.

1430. *Habiendo conformidad en el apuntamiento, ó hechas las rectificaciones que el tribunal estimase procedentes, se mandarán traer los autos á la vista con citacion y señalamiento de dia para ella: art. 1004,* concordante con el art. 762, espuesto en el núm. 1418, cuyas observaciones son aplicables al presente.

1431. *La vista de estos pleitos tendrá lugar con preferencia siempre á la de los ordinarios: art. 1005,* análogo al 766; pero no será preferente á la

de los interdictos, puesto que se establece en dicho art. 766 igualdad de preferencia para ella entre estos juicios y los ejecutivos.

No deberá sin embargo, señalarse el día de la vista para las segundas instancias del juicio ejecutivo, cuando las partes propusiesen pruebas, según les faculta la ley, lo mismo que en las segundas instancias de los interdictos.

1452. Pero también limita aquí la ley como en las segundas instancias de los interdictos los casos en que pueda hacerse la prueba. *En las segundas instancias de los juicios ejecutivos*, dice el art. 1006 *solo será admisible la prueba que propuesta en la primera, no se hubiere practicado por falta de tiempo y pueda realizarse en veinte días, únicos porque en dicha segunda instancia se podrán recibir á prueba*; de manera que no puedan prorogarse.

1453. *La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes al en que la vista hubiese terminado*: art. 1007 igual al 768: Esta brevedad es requerida por el objeto perentorio de este juicio, cual es la debida ejecución de un derecho que ya se halla declarado, V. el núm. 1108 del lib. 2.º de esta obra.

1454. *La sentencia confirmatoria deberá contener condena de costos al apelante*, por suponerse que obró de mala fe el que fue condenado por las dos sentencias. *La revocatoria al apelado*. Esta disposición si bien no se halla conforme con la doctrina general de que no se debe condenar en costas al litigante que obtuviese una sentencia en su favor, según se consigna en la ley 27, tit. 25, Part. 3, diciendo, que cuando el primer juicio se revoca no debe pechar costas ninguna de las partes, en la ley 4, tit. 19, libro II. Nov. Recop., y en los artículos 768, 1060, 1061, 1085, 1157 y 1179, de la de Enjuiciamiento, no infringe sin embargo, los fueros de la justicia, por la naturaleza especial del juicio ejecutivo puesto que se dirige á la ejecución de un derecho ya declarado, que este se ha resuelto por el juez superior, en quien se supone concurrir mayores conocimientos y mejores circunstancias de imparcialidad que en el inferior y que es propio de este juicio que no experimente el que ha de salir vencedor gravámen alguno por causa del procedimiento; circunstancias que superan en un todo á la única favorable que concurre en el apelado, á saber, la sentencia del inferior, tanto más si se considera que está basada, no ya sobre la justicia ó pertenencia de un derecho, sino solamente sobre su pronta ejecución y cumplimiento. *La en que se declare la nulidad de la ejecución* éntendrá condena de costas al juez ó funcionario que haya dado motivo á ella, art. 1008; porque habiendo faltado á sus deberes, apreciando indebidamente la fuerza del título bajo el que se pidió la ejecución, y habiendo sido quien motivó la prosecución del juicio y los gastos que de este se siguieron, es justo que sea él quien los sufrague. La declaración de nulidad á que se refiere aquí la ley, ha de haberse hecho por el tribunal superior contra el fallo del inferior en que se declaró válida ó se despachó aquella, para condenar en las costas á este; pero si el inferior declaró la nulidad de los procedimientos de primera instancia, condenándose en las costas á sí propio, y el tribunal confir-

mare su decisión, la condena de costas de la segunda instancia deberá imponerse al apelante, porque él solo fue quien dió ocasion á estas; así se deduce de las reglas de la equidad y de lo dispuesto en el § 2.º del artículo 1008.

1455. No bien se haya pronunciado por la Audiencia la sentencia, se procederá á la tasación de costas, que se hará con arreglo á los artículos 78 y siguientes de la ley, y *se devolverán inmediatamente los autos al juzgado de que proceden, con certificación solo de la sentencia que hubiera recaído, en la cual se comprenderá la tasación de costas, para su ejecución y cumplimiento*, art. 1009.

1456. No hemos tratado en esta sección, de las *apelaciones de las providencias interlocutorias* y sobre incidentes en *cuestiones de competencia* ni sobre *recusaciones*, ni *acumulación de autos*, por sustanciarse por los mismos trámites que las apelaciones del juicio ordinario; ni de la *apelación sobre el cumplimiento de lo convenido en la conciliación*, por regirse también por los trámites marcados para las apelaciones en general del juicio ordinario, de mayor ó de menor cuantía ó verbal, según la entidad de lo en que se hubieren convenido las partes, conforme indicamos en el núm. 372 del lib. 2.º de esta obra; ni de la *apelación de las sentencias de los árbitros*, por acomodarse su sustanciación á las reglas establecidas para las segundas instancias en los juicios ordinarios de mayor ó de menor cuantía, atendido el importe de lo que es objeto del compromiso, conforme prescribe el artículo 815. (V. los números 587 y siguientes del lib. 3.º de esta obra); ni de las *apelaciones de las providencias de los juicios de testamentaria, concurso, etc.*, por sustanciarse también por los trámites de las del juicio ordinario, y según se espuso al tratar de dichos juicios; ni de las *apelaciones del juicio de retracto*, por acomodarse su sustanciación á las reglas establecidas para las segundas instancias del juicio ordinario en lo relativo á las sentencias interlocutorias, puesto que no se han de expresar en ellas agravios por escrito, entregándose solo los autos á las partes para instrucción, según el art. 687 de la Ley, espuesto en el núm. 99 del lib. 3.º de esta obra; ni de las *apelaciones de la providencia en que se denegase la admisión de los recursos de casación* (art. 1072) por tratar de sus trámites al hacerlo de estos recursos ni de las *apelaciones de las providencias sobre la ejecución de las sentencias*, por sustanciarse según los trámites generales de las apelaciones del juicio ordinario.

## SECCION II.

### DEL RECURSO DE REPOSICION.

1457. El recurso de reposición es el que interpone el litigante que se considera perjudicado por una providencia interlocutoria, para ante el mis-

de los interdictos, puesto que se establece en dicho art. 766 igualdad de preferencia para ella entre estos juicios y los ejecutivos.

No deberá sin embargo, señalarse el día de la vista para las segundas instancias del juicio ejecutivo, cuando las partes propusiesen pruebas, según les faculta la ley, lo mismo que en las segundas instancias de los interdictos.

1452. Pero también limita aquí la ley como en las segundas instancias de los interdictos los casos en que pueda hacerse la prueba. *En las segundas instancias de los juicios ejecutivos*, dice el art. 1006 solo será admisible la prueba que propuesta en la primera, no se hubiere practicado por falta de tiempo y pueda realizarse en veinte días, únicos porque en dicha segunda instancia se podrán recibir á prueba; de manera que no puedan prorogarse.

1453. La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes al en que la vista hubiese terminado: art. 1007 igual al 768: Esta brevedad es requerida por el objeto perentorio de este juicio, cual es la debida ejecución de un derecho que ya se halla declarado, V. el núm. 1108 del lib. 2.º de esta obra.

1454. La sentencia confirmatoria deberá contener condena de costos al apelante, por suponerse que obró de mala fe el que fue condenado por las dos sentencias. La revocatoria al apelado. Esta disposición si bien no se halla conforme con la doctrina general de que no se debe condenar en costas al litigante que obtuviese una sentencia en su favor, según se consigna en la ley 27, tit. 25, Part. 3, diciendo, que cuando el primer juicio se revoca non debe pechar costas ninguna de las partes, en la ley 4, tit. 19, libro II. Nov. Recop., y en los artículos 768, 1060, 1061, 1085, 1157 y 1179, de la de Enjuiciamiento, no infringe sin embargo, los fueros de la justicia, por la naturaleza especial del juicio ejecutivo puesto que se dirige á la ejecución de un derecho ya declarado, que este se ha resuelto por el juez superior, en quien se supone concurrir mayores conocimientos y mejores circunstancias de imparcialidad que en el inferior y que es propio de este juicio que no experimente el que ha de salir vencedor gravámen alguno por causa del procedimiento; circunstancias que superan en un todo á la única favorable que concurre en el apelado, á saber, la sentencia del inferior, tanto mas si se considera que está basada, no ya sobre la justicia ó pertenencia de un derecho, sino solamente sobre su pronta ejecución y cumplimiento. La en que se declare la nulidad de la ejecución éntendrá condena de costas al juez ó funcionario que haya dado motivo á ella, art. 1008; porque habiendo faltado á sus deberes, apreciando indebidamente la fuerza del título bajo el que se pidió la ejecución, y habiendo sido quien motivó la prosecución del juicio y los gastos que de este se siguieron, es justo que sea él quien los sufrague. La declaración de nulidad á que se refiere aquí la ley, ha de haberse hecho por el tribunal superior contra el fallo del inferior en que se declaró válida ó se despachó aquella, para condenar en las costas á este; pero si el inferior declaró la nulidad de los procedimientos de primera instancia, condenándose en las costas á sí propio, y el tribunal confir-

mare su decisión, la condena de costas de la segunda instancia deberá imponerse al apelante, porque él solo fue quien dió ocasion á estas; así se deduce de las reglas de la equidad y de lo dispuesto en el § 2.º del artículo 1008.

1455. No bien se haya pronunciado por la Audiencia la sentencia, se procederá á la tasación de costas, que se hará con arreglo á los artículos 78 y siguientes de la ley, y se devolverán inmediatamente los autos al juzgado de que proceden, con certificación solo de la sentencia que hubiera recaído, en la cual se comprenderá la tasación de costas, para su ejecución y cumplimiento, art. 1009.

1456. No hemos tratado en esta sección, de las apelaciones de las providencias interlocutorias y sobre incidentes en cuestiones de competencia ni sobre recusaciones, ni acumulación de autos, por sustanciarse por los mismos trámites que las apelaciones del juicio ordinario; ni de la apelación sobre el cumplimiento de lo convenido en la conciliación, por regirse también por los trámites marcados para las apelaciones en general del juicio ordinario, de mayor ó de menor cuantía ó verbal, según la entidad de lo en que se hubieren convenido las partes, conforme indicamos en el núm. 372 del lib. 2.º de esta obra; ni de la apelación de las sentencias de los árbitros, por acomodarse su sustanciación á las reglas establecidas para las segundas instancias en los juicios ordinarios de mayor ó de menor cuantía, atendido el importe de lo que es objeto del compromiso, conforme prescribe el artículo 815. (V. los números 587 y siguientes del lib. 3.º de esta obra); ni de las apelaciones de las providencias de los juicios de testamentaria, concurso, etc., por sustanciarse también por los trámites de las del juicio ordinario, y según se espuso al tratar de dichos juicios; ni de las apelaciones del juicio de retracto, por acomodarse su sustanciación á las reglas establecidas para las segundas instancias del juicio ordinario en lo relativo á las sentencias interlocutorias, puesto que no se han de expresar en ellas agravios por escrito, entregándose solo los autos á las partes para instrucción, según el art. 687 de la Ley, espuesto en el núm. 99 del lib. 3.º de esta obra; ni de las apelaciones de la providencia en que se denegase la admisión de los recursos de casación (art. 1072) por tratar de sus trámites al hacerlo de estos recursos ni de las apelaciones de las providencias sobre la ejecución de las sentencias, por sustanciarse según los trámites generales de las apelaciones del juicio ordinario.

## SECCION II.

### DEL RECURSO DE REPOSICION.

1457. El recurso de reposición es el que interpone el litigante que se considera perjudicado por una providencia interlocutoria, para ante el mis-

mo juez que la dictó, á fin de que, dejándola sin efecto, ó *reponiéndola por contrario imperio*, quede el pleito en el mismo estado que tenia antes de dictarla.

1438. Este recurso tiene por objeto evitar las dilaciones y gastos consiguientes á una nueva instancia, respecto de las providencias que recaen sobre diligencias ó puntos accesorios del pleito, para cuya revision no son indispensables las nuevas alegaciones, pruebas y plazos de las apelaciones, ni la mayor ilustracion que se supone en los jueces superiores que entienden en estas. Por eso, aunque es doctrina general, que el conocimiento para la revocacion ó enmienda de las providencias judiciales, debe efectuarse por un juez distinto y superior del que las dictó, por suponerse en aquel mayores garantías de ilustracion é imparcialidad, que en este, el cual, impulsado por su amor propio, es de temer que carezca de la abnegacion suficiente para corregir el error que cometió, y esta es una de las razones por que conoce de las apelaciones el tribunal ó juez superior inmediato al que dictó la sentencia apelada, en las providencias á que nos referimos y sobre que se da el recurso de reposicion, falla esta regla, porque no siendo de la importancia que aquellas, no es de temer en el juez la falta de la imparcialidad referida, ni menos que carezca de la ilustracion necesaria para conocer el error que cometió, comunmente por irreflexion ó mera inadvertencia.

De aquí se deduce, que la reposicion no se da contra las sentencias definitivas ni las que tienen fuerza de tales, por decidir un artículo ó incidente, por la importancia de la decision que en sí encierran, como que recaen sobre el fondo y cuestion principal del litigio ó del incidente á que este dió lugar; lo que tambien se funda en que respecto de estas, concluye la jurisdiccion del juez no bien las ha pronunciado, de manera que no le es permitido variarlas, ni aun modificarlas, sino á lo menos aclarar algun concepto oscuro ó suplir alguna omision sobre punto discutido en el litigio, como previene el art. 77 de la ley de Enjuiciamiento que esplicamos al tratar de la sentencia en el lib. II de esta obra.

1439. El recurso de reposicion solo se da, pues, de las providencias interlocutorias, porque respecto de estas, tiene todavia el juez jurisdiccion para variarlas, por no haber decidido aun la cuestion principal, que es lo que termina su jurisdiccion.

Esta doctrina se halla expresamente consignada en la ley 2, tit. 22, Part. 3, la cual, despues de decir, que cuando da juicio el juez «sobre alguna cosa nueva que sucede en el pleito, é non sobre la demanda principal, ó cuando da juicio ante que fuere librado el principal, á tal juicio como este dicen en latin interlocutoria, que quiere tanto decir como palabra ó mandamiento de juzgador que hace sobre alguna duda que acaece en el pleito;» añade «que el juez lo puede toller é enmendar por alguna razon derecha, cuando quier, ante que dé juicio acabado sobre la demanda principal.»

1440. La nueva ley de Enjuiciamiento ha confirmado esta disposicion

en su artículo 65, segun el cual, *de las providencias interlocutorias pronunciadas por los jueces de primera instancia, puede pedirse reposicion dentro de tres dias improrogables. Si no se estimare, podrá apelarse en un término igual al anterior.* Aunque este artículo se refiere en general á toda clase de providencias interlocutorias, no creemos que haya sido su espíritu conceder la reposicion de todas ellas, pues de lo contrario, y permitiéndose apelar del auto en que se denegare la reposicion, vendrian á ser apelables todas las providencias interlocutorias, contra lo que espusimos en los números 1316 y 1319 del libro III de esta obra, y se abriria la puerta á infinidad de abusos que causarían dilaciones perjudiciales á las partes haciendo interminables los litigios. Ya anteriormente se controvertia entre los doctores y jurisconsultos sobre la clase de estas sentencias de que debia entenderse concedido el recurso de reposicion, no obstante referirse en general á todas ellas nuestras antiguas leyes. Gregorio Lopez apunta estas controversias en su glosa 6.<sup>a</sup> á la ley 2 de Partida citada, y el Abad indica las numerosas limitaciones que ponía el derecho canónico á esta facultad. Así se deduce tambien de la disposicion segunda del artículo 65 de la nueva Ley de Enjuiciamiento, que faculta á las partes para apelar de la providencia en que se denegase la reposicion de las interlocutorias, puesto que segun espusimos en los números 1316 y 1319 del lib. III de esta obra, no permite apelar de las providencias interlocutorias puras ó de mera sustanciacion. V. dichos números.

Segun esto, podrá pedirse reposicion solamente de las providencias interlocutorias *con gravámen irreparable para la definitiva*, esto es, que causan estado ó disponen alguna cosa que no se puede enmendar acabado el pleito por la definitiva, ó segun dice la ley 15, tit. 15, Part. 3, «la en que el juez mandase hacer alguna cosa que fuese de tal naturaleza, que seyendo acabado el pleito, non se podria despues ligeramente enmendar, á menos de gran daño ó de gran vergüenza de aquel que se tuviere por agraviado de ella,» mas no de las interlocutorias puras ó simples, que son las que se dan para dirigir las actuaciones ó preparar la sentencia definitiva, sin prejuzgar nada sobre el fondo de la cuestion, como la que ordena un simple traslado de un escrito, etc., pues de estas no ha lugar á reposicion ni á apelacion, porque el perjuicio que causan es reparable en definitiva, ó proviene meramente de la ley, contra lo que no cabe recurso alguno; ni tampoco de las interlocutorias que deciden un artículo ó incidente que ocurre durante el pleito, pues aunque son interlocutorias en cuanto no resuelven sobre el punto principal, se consideran como definitivas respecto del incidente porque lo terminan, sin que puedan remediarse los efectos de estas sentencias por la definitiva, y aun perjuzgan el fondo del negocio principal; puesto que la determinacion del artículo perjudica á la parte en contra de la cual se resuelve, respecto de la decision del punto principal; pues de estas puede pedirse apelacion, pero sin prévia reposicion. V. los núms. 1056 y siguientes del lib. II, y los núms. 1316 y 1319 del libro III de esta obra.

La Ley de Enjuiciamiento establece implícitamente esta doctrina, puesto que las providencias sobre que concede espresamente la facultad de apelar, pertenecen á la clase de interlocutorias con gravámen irreparable, como por ejemplo, la providencia en que los jueces repelan de oficio las demandas no formuladas con claridad y que no se acomodaran á las reglas establecidas para ellas, que segun el artículo 226 es apelable, *si los jueces no la reponen*.

1441. Anteriormente, el juez podia reformar de oficio las providencias interlocutorias, lo que se fundaba en que parecia natural que en cuanto el juez conociera que habia providenciado erróneamente, se apresurara á corregir su error, para evitar los perjuicios que con aquellas pudiera irrogar á los litigantes, pero la nueva ley, (teniendo presente el principio de que el juez nada puede hacer de oficio en materias civiles, á no ser en los casos que es indispensable para rodear su fallo definitivo con garantías de acierto y con datos que ilustren y tranquilicen su conciencia como sucede respecto de los autos para mejor proveer, ó cuando se trata de dar impulso al procedimiento sobre puntos en que ya han asentido ó indicado las partes, lo cual no se verifica en este caso), prescribe, que para que el juez pueda reponer sus sentencias interlocutorias, es necesario que lo pida alguno de los litigantes, pues si guarda silencio en el término que para ello marca la ley se presume que se aviene y consiente lo dispuesto en ellas, porque como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la Ley*, cuando las partes no se dan por agraviadas, cuando pudiendo reclamar no lo hacen, cuando dan por bueno lo que tal vez no lo sea, implícitamente renunciando á su derecho, y el juez no puede anular la sentencia, porque su mision en los juicios civiles se reduce á resolver lo que ante él se reclama.

1442. Segun la antigua jurisprudencia, apoyada en el espíritu de las leyes 13, tít. 25, Part. 5, y en la 25, tít. 20, lib. 11 de la Nov. Recop., podia interponerse la reposicion en el término de tres dias y apelarse de la providencia que denegaba esta, en el mismo término que de las definitivas, pues se consideraba aquella con fuerza definitiva, esto es, en el de cinco dias, contados desde la notificacion de la denegatoria, y tambien podia interponerse la reposicion apelando subsidiariamente, y aun apelarse desde luego sin pedir la reposicion, de los autos que tenian gravámen irreparable, cuando por lo que aparecia del pleito, no se esperaba que el juez los repusiera y podia ocasionar peligros la tardanza: en aquel caso, solo se concedian cinco dias para ambos recursos; tres para el de reposicion y los dos restantes para el de apelacion. Pero la nueva Ley de Enjuiciamiento prohíbe implícitamente deducir á un tiempo ambos recursos é interponer la apelacion si no se ha pedido la reposicion, puesto que establece, que primeramente pueda pedirse reposicion dentro de tres dias, y si no se estimase este recurso, permite apelar dentro de otros tres, de lo que se infiere que *solamente* puede apelarse despues de haberse pedido la reposicion, y que el término de seis dias no es comun para ambos recursos, sino tres para el de reposicion y otros tres para el de apelacion.

La nueva ley no ha querido que se amanece á los jueces con acudir al Superior en apelacion de una providencia denegatoria de reposicion que aun no se ha dictado, suponiendo el litigante un agravio que aun no se ha inferido, revelando su desconfianza en el juez, y dando lugar á un recurso extraordinario, lento y dispendioso, cuando hay otro fácil, de poco coste y de resolucion pronta. Asi, pues, podrá pedirse la reposicion dentro de tres dias contados desde la notificacion de la providencia interlocutoria que causare el agravio, y apelarse dentro de otros tres, contados desde la notificacion de la denegatoria de la reposicion.

1443. En cuanto al modo ó forma de interponerse y sustanciarse al recurso de reposicion, no prescribe la nueva ley disposicion alguna directa sobre ello. Algunos opinan que deberá estarse á la tramitacion que marca para los incidentes, pero creemos esta demasiado dilatada y dispendiosa, y poco análoga para aplicarla al caso presente, que lleva los caracteres de una segunda instancia, cuando la de los incidentes se refieren á cuestiones de primera ó sobre que aun no se ha practicado procedimiento alguno, ó entendiéndose en ninguna manera. Ademas, estableciendo la ley una tramitacion mas corta para un caso análogo, cual es la que debe observarse respecto de las súplicas que pueden interponerse de las providencias interlocutorias del Tribunal Supremo y Superiores, súplica que viene á ser un recurso de reposicion, deberá estarse, en nuestro concepto, á estos trámites combinados y suplidos segun el espíritu de otras disposiciones análogas de la nueva ley y con la antigua práctica. Asi, pues, la parte que se creyere perjudicada, presentará un escrito firmado por letrado ante el juez que dictó la providencia en el que espese los agravios que se le irrogan y las razones en que los funda pidiendo que reforme ó reponga aquel acto por contrario imperio ó como mas haya lugar en derecho. El juez dará traslado de este escrito á la parte contraria, por un término que no deberá pasar de tres dias, si como dice el art. 66 citado de la nueva ley, *lo creyera necesario*, esto es, si se ofreciese alguna duda sobre la denegacion ó admision de la reposicion, mas no si el error cometido fuese notorio, ó abiertamente injusta la reclamacion. Evacuado el traslado ó acusada la rebeldía, transcurrido dicho término, *determinará* el juez sobre la reposicion *lo que creyera justo y conveniente*, como dice el art. 66 citado.

1444. Nada decimos sobre la facultad que concede la Ley de Enjuiciamiento en su art. 43, á los abogados, relatores, escribanos, procuradores y dependientes de los tribunales y juzgados, para solicitar que se les oiga en justicia, contra cualquiera providencia en que se les impusiere alguna correccion disciplinaria, por las faltas que cometan en el desempeño de sus funciones respectivas, dentro de los tres dias siguientes al en que se le hubiese notificado aquella para que se reponga ó enmiende, (solicitud que tiene los caracteres de un recurso de reposicion por haber tratado de ella en los números 1160 y siguientes del lib. II de esta obra.

## SECCION III.

## DEL RECURSO DE QUEJA.

1445. El recurso de queja es el que interpone la parte cuando el juez la deniega la admision de una apelacion ú otro recurso ordinario, que procede con arreglo á derecho, ó cuando este comete faltas ó abusos en la administracion de justicia, denegando las peticiones justas de aquel, para ante su superior; haciendo presente las arbitrariedades del inferior, á fin de que las evite, obligándole á proceder conforme á la ley.

1446. Este recurso tiene por objeto sostener las disposiciones legales sobre la admision de las apelaciones y demás recursos, pues de nada serviría que la ley concediera el uso tan importante de estas nuevas instancias si dejaba al arbitrio judicial admitirlas ó denegarlas. Procede en este caso el recurso de queja y no el de apelacion, porque este ya se interpuso inútilmente. Por identidad de razon, creemos que no proceda la solicitud de reposicion de la negativa de la apelacion, puesto que ya se intentó sin resultado esta, que es mas fuerte y trascendental que la reposicion.

1447. Este recurso se halla espresamente admitido en nuestras antiguas leyes. La 26, tit. 23, Part. 3, disponia, que el juez que no admitiera la apelacion injustamente, «pagase todo el daño que recibiese la parte é las costas é las misiones que ficiere la parte:» y la 3, tit. 20, lib. IV de la Nov. Recop., prevenia, que el agraviado tuviese para querellarse ante el Tribunal Superior los mismos plazos que para presentarse ante él á seguir la apelacion y esos mismos plazos haya el apelante para se querellar del juez, sino le quisiese otorgar el alzada. El reglamento provisional para la administracion de justicia, facultaba á las audiencias, en su artículo 58, para promover cada una en su territorio la administracion de justicia y velar muy cuidadosamente sobre ella, para lo cual debian ejercer sobre los mismos jueces inferiores la superior inspeccion que es de consiguiente, y en su consecuencia el 59 facultaba á las mismas para pedir y exigir á los jueces inferiores ordinarios de su territorio los informes y noticias que estimaren convenientes respecto á las causas civiles y criminales, prevenirles lo que conviniera para su mejor y mas pronta expedicion y reprenderles, apercibirlos y multarlos, y aun formarles causa de oficio á instancia de parte, por los retrasos descuidos y abusos graves que notasen.

1448. La nueva Ley de Enjuiciamiento previene espresamente respecto de la denegacion de las apelaciones, en su art. 75, que cuando fuera denegada cualquiera apelacion, padrá el que la haya interpuesto recurrir en queja á la audiencia respectiva. No diciendo la ley nada sobre el término en que deberá interponerse este recurso, ha de estarse á lo prescrito por la ley 3 de la Recopilacion ya citada, y en su consecuencia, habrá el término de veinte

días, que es el que asigna el art. 556 de la nueva ley para comparecer en el Tribunal Superior.

1449. Tampoco dice nada la nueva ley sobre el modo de formularse este recurso, por lo que deberá procederse segun la antigua práctica. Asi, pues, presentará el agraviado un escrito ante el Tribunal superior, análogo al objeto, acompañando un testimonio espresivo de la naturaleza y calidad del pleito, con copia literal de la sentencia apelada, de la notificacion, del escrito de apelacion y del auto denegatorio que recayó sobre él. Véase la Enciclopedia Española de Derecho y administracion, art. Apelacion, seccion 8.ª, P. 1.ª Dicho escrito deberá presentarse firmado de letrado y procurador con poder bastante, espresando en él los fundamentos en que se apoya la queja, pidiéndose, que admitido el recurso, se revoque la providencia denegatoria y se admita la apelacion en cuanto há lugar en derecho ó se administre justicia conforme á la ley.

En vista de esta peticion, la audiencia, *previo informe que pedirá al juez sobre el contenido de la queja*, á cuyo efecto se insertará en la carta orden que se le remita, copia del escrito en que se espresa, y recibido éste, *oyendo sobre él al apelante*, para que conteste lo que tenga á bien en apoyo de su recurso, por un término que no deberá pasar de tres dias, segun marca la ley para casos análogos, *determinará lo que crea justo*. Anteriormente, cuando de lo espuesto y aducido se justificaba la queja, se pedia el informe referido al juez inferior, *con justificacion*, esto es, debiendo alegar en defensa de sus actos judiciales lo que tuviere por conveniente, acreditándolo con un testimonio de lo que en su favor resultare de autos. Creemos que en el dia deberá remitirse por el inferior dicho informe con justificacion, para que sirva de defensa al contrario, puesto que solo le deja la ley este arbitrio en su favor, por no darle audiencia como al recurrente.

1450. La audiencia puede ratificar la denegatoria de apelacion ó determinar que ha debido otorgarse esta: *Si estuviese bien denegada la apelacion*, lo declarará así y *mandará remitir al juez testimonio de su providencia para que conste en los autos*. *Si estimare lo que ha debido otorgarse, lo declarará así, ordenando al juez remita los mismos autos, previas las citaciones correspondientes*. § 2.º y 3.º del art. 75; esto es, las de las partes para que acudan á la superioridad á usar de su derecho.

Esta última disposicion de la ley sobre la remision de los autos originales á la superioridad, parece que solo deberá entenderse del caso en que la apelacion procediera en ambos efectos, ó bien cuando aunque procediese en uno solo, se tratara de sentencia definitiva, puesto que cuando solo debe concederse en un efecto, y se trata de providencia interlocutoria, prescribe la ley en su art. 71, como disposicion general, que se facilita al apelante testimonio de lo que señalare de los mismos autos, con las adiciones que el co- litigante hiciera, y el juez estimase necesarias, para que pueda recurrir á la Audiencia correspondiente, y aun en el caso de que se trata de sentencia definitiva, previene dicho artículo, que si bien deben remitirse los autos á la superioridad, no se suspenda la ejecucion de la sentencia, y

para ejecutarla, se retenga en el juzgado testimonio de lo necesario de los autos.

1451. Respecto de los recursos que se dan contra el juez inferior que admite indebidamente la apelacion, como si la admitiera en los dos efectos, procediendo en uno solo, ó al contrario, tratamos separadamente en los números 1355 y siguientes del lib. III de esta obra.

1452. Cuando el agravio que infiere el juez superior no consiste en la denegacion de la apelacion, sino en no atender á reclamaciones justas de los litigantes, causándoles perjuicios que no son reparables por el recurso de la reposicion ni por la apelacion, se espresa en la solicitud el agravio sufrido las razones que existen para enmendarlo, y la súplica de que se mande reparar al juez inferior. El tribunal superior pide al juez informe con justificacion, y en su vista determina lo que cree justo, haciendo uso de su jurisdiccion disciplinar, si hubiere motivo para ello, como si hubiese causado perjuicios de trascendencia, ó insistiese en sus vejaciones, pero no puede avocar causa pendiente en primera instancia, ni entremeterse en el fondo del negocio, ni pedirsela auu *ad effectum videndi*, ni embarazar de otro modo á dichos jueces en el ejercicio de la jurisdiccion que les compete en las primeras instancias, segun previene el art. 59 del reglamento provisional para la administracion de justicia, que debe entenderse vigente.

1453. Contra los abusos que comentan los jueces eclesiásticos, no otorgando la apelacion que procede, ó conociendo de una causa profana no sujeta á su jurisdiccion, ó aunque lo fuere, no observando los trámites establecidos por las leyes, se han establecido los recursos de fuerza en no otogar, en conocer, y en el modo de proceder, de que trataremos mas adelante.

#### SECCION IV.

##### DE LA NULIDAD DE LAS PROVIDENCIAS.

1454. Puede reclamarse contra las providencias, por adolecer del vicio de nulidad, cuando fueran contrarias á alguna ley ó á la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales ó cuando en el juicio que las motivó se hubiera omitido algun trámite ó solemnidad que establece el derecho como sustancial y necesario; y asimismo determina la nueva ley de Enjuiciamiento este recurso en el caso de que el juez haya declarado un negocio de menor cuantía teniendo mayor: V. los arts. 1112, 1113, 1134, 1163, 1164, 970.

Nuestras antiguas leyes y sus glosistas y espositores especifican numerosos casos de nulidad, llegando Marauta á indicar treinta de ellos. V. las leyes 5, 6, 9, 10, 12, 13, 15, 16, 17, 19, tit. 22, Par. 3, la 1, tit. 25, Part. 3; las 2, 4 y 5, tit. 26; Part. 3, la ley 1, tit. 18, lib. 11, de la Nov. Repop., la Curia filípica, part. 1, § 18, núm. 25; Bayo, Prax.

Par. 9, lib. 1, cap. 21; Salgado, de *Reg. protec.* Part. 5, cap. 7, núm. 225, cap. 8, núm. 27 y cap. 9, núm. 212; *Pares.* tit. 5, *resolut.* 10, núm. 50; *Parlad. differ.* 70, núm. 10, 11 y 12; Acevedo, ley 7, tit. 28, lib. 4. Recopilacion; Bobadilla, lib. 3. Palit. cap. 28, núm. 255 y el Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, tit. 19 del Juicio ordinario. Creemos inconveniente esponer aqui estas nulidades, porque la mayor parte de ellas se encuentran comprendidas en la doctrina sentada arriba y adoptada por los artículos citados de la ley de Enjuiciamiento y las demás dan ocasion segun la misma, con mas ó menos reformas y alteraciones, á procedimientos é incidentes que esplicamos ya en su lugar respectivo.

«Toda sentencia, dice Febrero, tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescrita por derecho: cap. 16, de *sententia et re judicat.* Innocent. in cap. 18 del mismo titulo; con conocimiento de causa y por juez legitimo con jurisdiccion para darla, mayormente siendo superior: Vela. disp. 48, nú. 5; Gutier., lib. 1, Práctica. q. 55; Covar. de Mart., cap. 8, § núm. 71. Pero como toda presuncion cede á la verdad, puede impugnarse y rescindirse la sentencia siempre que pueda probarse que encierra el vicio de nulidad; aunque si las partes consienten la sentencia nula, se confirma esta, porque el acto nulo convalece por su convenio y conformidad, como se dice en el derecho: leyes 2. *Cod. communio utriusque judicii*, y 3, *Cod. quomodo et quando judex.* «Sin embargo, esta doctrina debe entenderse en el caso de que la providencia no adoleciese del vicio de nulidad por ser contra ley ó doctrina admitida por jurisprudencia y no concurriesen en ella las circunstancias que fijan los arts. 1110 y 1111 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues de lo contrario, aunque las partes se aviniesen con la sentencia, el ministerio fiscal puede interponer recurso de casacion para el hecho de conservar la integridad de la ley y de la jurisprudencia.

Segun la antigua práctica, la nulidad de las providencias podia reclamarse, bien para ante el mismo juez inferior que dió lugar á ellas, bien para ante la superioridad; y en este caso, ya como accion directa sola ó como acompañada de la apelacion, ó como incidencia de esta.

1455. El señor conde de la Cañada hace sobre esta materia juiciosas y profundas reflexiones que se esponen en el Febrero, y que no creemos deber omitir, por lo mucho que pueden ilustrar y aun servir de apoyo á las innovaciones introducidas por la ley de Enjuiciamiento, que espondremos mas adelante, debiendo solo advertir al lector que en el dia no ha lugar á la tercera instancia de la súplica á que se refiere aqui la Cañada, ni el término para interponer la nulidad como accion directa es el de sesenta dias, sino el ordinario para apelar del auto que la causó.

«Para intentar y formalizar el recurso de nulidad esmo accion directa y sola, está señalado por ley el término de sesenta dias á contar desde la notificacion de la sentencia, y corre tambien el mismo término para intentarlo como accion principal juntamente con la apelacion, que es el segundo de

los medios propuestos. La diferencia entre este y el primero consiste únicamente en que para salir acompañado de la apelacion, y correr mejor suerte en su progreso, necesita anticipar y atemperar su uso al término de la apelacion.

»La nulidad, como accion principal, sola é independiente de la apelacion y de otro remedio, puede intentarse, conocerse de ella y declararse ante el juez que dió la sentencia definitiva ó en el tribunal superior; recurriendo á este directamente por via de queja, ó bien preparando el recurso ante el inferior que dió la sentencia, indicándole la nulidad que contiene, y concluyendo con la sencilla pretension de que para proponer y mejorar mas en forma el competente recurso de nulidad en el tribunal superior, le mande dar testimonio de la enunciada sentencia y de esta pretension introducida en tiempo y forma, y con el testimonio, se presenta ante el superior.

»Tiene lugar el uso de la nulidad como incidencia de la apelacion cuando solo se habla de su injusticia ante el juez que la dió, y se apela de ella para ante el tribunal superior, en donde podrá motivarse la nulidad al mismo tiempo que se espongan las causas y fundamentos de la injusticia.

»Una vez sentado que para tratar de la nulidad principalmente, puede tomar el actor á su arbitrio los dos caminos señalados, haciéndolo ante el juez inferior ó en el tribunal superior, conviene mucho reflexionar cual de estos dos medios sea mas ventajoso y seguro á la misma parte interesada y á la causa pública.

»Si propone la nulidad ante el juez inferior que dió la sentencia, tocará al primer aspecto el desabrimiento que regularmente causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó iniquidad: pues hay muy pocos que quieran conocer y confesar sus yerros, y mucho menos su malicia; porque si la nulidad se funda en que el poder no fue suficiente, en que no se hizo publicacion de probanzas, habiéndola pedido la parte, ó en que no se concluyó ni citó para sentencia, ó en cualquier otro defecto sustancial que resulte de los mismos autos, arguye ignorancia ó culpa en el juez por no haberse instruido bien los hechos del proceso, como disponen las leyes, ó no haber conocido los defectos legales que contenian; y si la nulidad se funda en otra causa que irroque nota, será mas duro que la confiese y manifieste en su sentencia, declarando ser nula por esta razon la que habia dado en la causa principal; y no es justo ni conveniente ponerle en el estremo de que falte nuevamente á la justicia desestimando la nulidad propuesta.

»En el caso no esperado de que el juez inferior estimase y declarase la nulidad de su sentencia, puede apelar de ella la otra parte para el tribunal superior; y aunque se confirme en vista la sentencia dada por el inferior sobre nulidad, tendrá lugar la súplica; quedando demostrado por este orden que el juicio de nulidad intentado ante el juez inferior no excusa á las partes las dilaciones y gastos que se han de causar, siguiéndose despues por el tribunal superior en vista y revista.

»Si desde sus principios, omitiendo el juicio de nulidad ante el inferior, se propusiese ante el superior, se lograrán conocidas ventajas en todo, porque aquellos jueces no están ligados con las notas que padece el inferior que dió la sentencia de cuya nulidad se trata, y con las dos sentencias en que la declaren, se causa ejecutoria.

»Por estas consideraciones y otras que se omiten de intento por no ser necesarias, se convence la utilidad y seguridad de proponer y seguir la nulidad como accion principal ante el juez superior del que dió la sentencia. Trata en seguida del señor Cañada la cuestion de si es conveniente intentar la nulidad como accion principal, sola é independiente, bien sea ante el mismo juez inferior que dió la sentencia, bien ante su superior, y opina que este modo de proceder no trae alguna utilidad á la causa pública ni á las partes; y antes bien halla gravísimos perjuicios, que desearia se enmendasen por aquellos medios mas sencillos espeditos y de menos gastos: funda su opinion contraria estensa y sólidamente, y concluye enumerando las ventajas que se seguirian de proponer la apelacion y nulidad juntamente.

»Si la nulidad (dice) se propone al mismo tiempo que la apelacion en la forma y método que se ha esplicado, para que una y otra guarden el concepto de principales, independientes y separadas en su ingreso, en su continuacion y en sus respectivos fines, se devuelve desde luego toda la causa principal al juez superior en fuerza de la apelacion, llevando tras de sí el conocimiento de la nulidad al mismo tribunal superior, y este es el primer efecto favorable que produce la union de estos dos recursos, de que hablan largamente los autores citados, los que refiere Salgado como aprobando la misma opinion en la Part. 4, cap. 5, de Reg., núms. 257 al 242.

»El segundo efecto mas ventajoso que resulta de la union de estos dos remedios, consiste en que los procedimientos que hiciese el juez despues de haberse introducido, aun sin esperar la inhibicion, se graduan de atentados y se reponen inmediatamente como nulos; y esto no se lograria por el primer medio de usar de la nulidad separadamente, como lo esponen los mismos autores que sostienen la afirmativa.

»El tercer efecto favorable se funda en que la apelacion, en el caso de no deferir á ella el juez y proceder sin embargo *ad ulteriora*, prepara la fuerza del juez eclesiástico, y á esto no alcanza la nulidad por sí sola.

»El cuarto y mas principal en favor de la union de estos dos recursos estaba en que conociéndose en el mismo tribunal superior juntamente y por los propios trámites del mérito y justificacion de uno y otro, y comprendiéndose su decision en una misma sentencia, se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleito en todo y se escusen seis instancias mas: las tres sobre la nulidad sola, cuando se ha empezado ante el juez ordinario que dió la sentencia; y las tres restantes sobre si há lugar á la apelacion por haberse introducido el recurso de nulidad con causa ó 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 cuánto se interesa la



causa pública, en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

»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, título 26, Part. 5. de proponer la nulidad ante aquel mismo juzgado que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

»Yo entiendo, por lo que va espuesto, 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 que se han citado; y cuando fuese necesario alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la ley 2, tit. 18, lib. 11 de la Rec. acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias que se dieran en el consejo ó audiencias, se entendiese y extendiese á la de los demás jueces, reservandose para, 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 si y apartadamente.

» Y prescindiendo de si la ley de Partida está derogada por la de la Recopilacion, y aun suponiéndola existente, yo tendria por irracional y malicioso el recurso de nulidad separada, por el solo hecho de intentarlo ante el mismo juez que dió la sentencia, y estimaria, sin otro exámen del proceso, que no debía aprovecharle el término de la apelacion, que segun los autores citados queda suspenso.»

1456. Los redactores de la nueva ley de Enjuiciamiento vinieron á sancionar estas consideraciones sobre las ventajas de proponerse la nulidad juntamente con la apelacion, respecto de la que comete el juez declarando un negocio de menor cuantía, teniéndola mayor, puesto que en su artículo 1154, se prescribe terminantemente que en tal caso que el *recurso de nulidad deberá interponerse á la vez que el de apelacion*, y que *uno y otro se interpondrán y admitirán para ante la Audiencia del territorio*. Acerca de la tramitacion que sigue en este caso, se halla espuesta en los números 237 y siguientes del lib. 5.º de esta obra. Asimismo, se adopta análoga doctrina de la nueva ley, cuando en los juicios verbales resultase que el interés del pleito era mayor de la cantidad de seiscientos reales de que puede conocerse en dichos juicios, y que el juez hubiese declarado que era menor, pues segun el art. 1163 y el 1164, si hubiese reclamado el litigante la nulidad de esta declaracion ante el juez de primera instancia, este, al conocer de la apelacion contra sentencia definitiva, podrá declarar la nulidad del juicio. Véase lo espuesto sobre esta materia en los núms. 248 y siguientes del lib. 5.º de esta obra.

1457. Del espíritu de estas disposiciones se deduce tambien, que si se reclamase en los demás juicios contra una actuacion, que lleva consigo el vicio de nulidad, ó por la omision de un trámite que la produce, y no le

atendiese el juez, puede hacerse uso de este recurso al mismo tiempo que del ordinario.

1458. Contra las nulidades; pues, que consistieren en el vicio de una actuacion ó en la omision de algun trámite esencial, podrá reclamarse desde luego, formando un artículo ó promoviendo un incidente; para ante el mismo juez que dió motivo á ellas y que conoce de los autos. Este artículo se sustanciará por los trámites de los incidentes, habiendo lugar á apelacion de la providencia que recayese, segun lo que se espuso al tratar de estos: ar. 357 al 350. Si la nulidad versare sobre las causas que producen escepciones dilatorias, se sustanciará el artículo por los trámites de estas escepciones, habiendo tambien lugar á apelacion de la providencia que se dictase, conforme dijimos al tratar de ellas, art. 256 al 250. Las nulidades que se fundan en el defecto del título ejecutivo y otras análogas deben oponerse en el ingreso del mismo juicio, al alegar las escepciones, segun espusimos al tratar de aquellas nulidades en el núm. 1198 del lib. III de esta obra, tomo III, pág. 351.

1459. Cuando se causase la nulidad por alguna providencia, si fuese de un juez inferior y perteneciera á la clase de interlocutorias, se pedirá reposicion para ante el mismo, fundándose en la nulidad, y no estimándose aquella, podrá apelarse para ante el superior; si fuere sentencia definitiva ó interlocutoria con fuerza de tal, se podrá apelar de ella para ante la superioridad, fundando el recurso ó el agravio en la causa de nulidad que lo infirió. Si la providencia que contiene la nulidad se hubiere pronunciado por un tribunal superior y fuese interlocutoria, habrá lugar al recurso de súplica, de que trataremos mas adelante, y segun faculta el art. 66 de la ley; y si la sentencia del tribunal superior recayese sobre definitiva ó si aun cuando haya recaído sobre un artículo, pusiera término al juicio é hiciese imposible su continuacion y concurrieren las causas que se espresan en los arts. 1112 y 1115, solo procederá contra ella el *recurso de casacion* de que trataremos mas adelante.

## SECCION V.

## DEL RECURSO DE SÚPLICA.

1460. Por recurso de súplica se entiende, la peticion respetuosa que hace el litigante que se cree perjudicado por una providencia de un tribunal superior para ante el mismo, á fin de que la reforme ó enmiende, levantando el agravio inferido con aquella.

1461. La súplica se estableció por nuestras antiguas leyes, tanto respecto de las providencias definitivas de los tribunales superiores, como de las interlocutorias: La súplica respecto de los primeros constituia una tercera instancia, puesto que dichas sentencias definitivas recaian sobre la apelacion de las providencias dictadas en la primera y la súplica de las interlocutorias de los tribunales superiores, equivalia á una segunda instan-

causa pública, en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

»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, título 26, Part. 5. de proponer la nulidad ante aquel mismo juzgado que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

»Yo entiendo, por lo que va espuesto, 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 que se han citado; y cuando fuese necesario alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la ley 2, tit. 18, lib. 11 de la Rec. acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias que se dieran en el consejo ó audiencias, se entendiese y extendiese á la de los demás jueces, reservandose para, 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 si y apartadamente.

» Y prescindiendo de si la ley de Partida está derogada por la de la Recopilacion, y aun suponiéndola existente, yo tendria por irracional y malicioso el recurso de nulidad separada, por el solo hecho de intentarlo ante el mismo juez que dió la sentencia, y estimaria, sin otro exámen del proceso, que no debía aprovecharle el término de la apelacion, que segun los autores citados queda suspenso.»

1456. Los redactores de la nueva ley de Enjuiciamiento vinieron á sancionar estas consideraciones sobre las ventajas de proponerse la nulidad juntamente con la apelacion, respecto de la que comete el juez declarando un negocio de menor cuantía, teniéndola mayor, puesto que en su artículo 1154, se prescribe terminantemente que en tal caso que el *recurso de nulidad deberá interponerse á la vez que el de apelacion*, y que *uno y otro se interpondrán y admitirán para ante la Audiencia del territorio*. Acerca de la tramitacion que sigue en este caso, se halla espuesta en los números 237 y siguientes del lib. 5.º de esta obra. Asimismo, se adopta análoga doctrina de la nueva ley, cuando en los juicios verbales resultase que el interés del pleito era mayor de la cantidad de seiscientos reales de que puede conocerse en dichos juicios, y que el juez hubiese declarado que era menor, pues segun el art. 1163 y el 1164, si hubiese reclamado el litigante la nulidad de esta declaracion ante el juez de primera instancia, este, al conocer de la apelacion contra sentencia definitiva, podrá declarar la nulidad del juicio. Véase lo espuesto sobre esta materia en los núms. 248 y siguientes del lib. 5.º de esta obra.

1457. Del espíritu de estas disposiciones se deduce tambien, que si se reclamase en los demás juicios contra una actuacion, que lleva consigo el vicio de nulidad, ó por la omision de un trámite que la produce, y no le

atendiese el juez, puede hacerse uso de este recurso al mismo tiempo que del ordinario.

1458. Contra las nulidades; pues, que consistieren en el vicio de una actuacion ó en la omision de algun trámite esencial, podrá reclamarse desde luego, formando un artículo ó promoviendo un incidente; para ante el mismo juez que dió motivo á ellas y que conoce de los autos. Este artículo se sustanciará por los trámites de los incidentes, habiendo lugar á apelacion de la providencia que recayese, segun lo que se espuso al tratar de estos: ar. 357 al 350. Si la nulidad versare sobre las causas que producen escepciones dilatorias, se sustanciará el artículo por los trámites de estas escepciones, habiendo tambien lugar á apelacion de la providencia que se dictase, conforme dijimos al tratar de ellas, art. 256 al 250. Las nulidades que se fundan en el defecto del título ejecutivo y otras análogas deben oponerse en el ingreso del mismo juicio, al alegar las escepciones, segun espusimos al tratar de aquellas nulidades en el núm. 1198 del lib. III de esta obra, tomo III, pág. 351.

1459. Cuando se causase la nulidad por alguna providencia, si fuese de un juez inferior y perteneciera á la clase de interlocutorias, se pedirá reposicion para ante el mismo, fundándose en la nulidad, y no estimándose aquella, podrá apelarse para ante el superior; si fuere sentencia definitiva ó interlocutoria con fuerza de tal, se podrá apelar de ella para ante la superioridad, fundando el recurso ó el agravio en la causa de nulidad que lo infirió. Si la providencia que contiene la nulidad se hubiere pronunciado por un tribunal superior y fuese interlocutoria, habrá lugar al recurso de súplica, de que trataremos mas adelante, y segun faculta el art. 66 de la ley; y si la sentencia del tribunal superior recayese sobre definitiva ó si aun cuando haya recaído sobre un artículo, pusiera término al juicio é hiciese imposible su continuacion y concurrieren las causas que se espresan en los arts. 1112 y 1115, solo procederá contra ella el *recurso de casacion* de que trataremos mas adelante.

## SECCION V.

## DEL RECURSO DE SÚPLICA.

1460. Por recurso de súplica se entiende, la peticion respetuosa que hace el litigante que se cree perjudicado por una providencia de un tribunal superior para ante el mismo, á fin de que la reforme ó enmiende, levantando el agravio inferido con aquella.

1461. La súplica se estableció por nuestras antiguas leyes, tanto respecto de las providencias definitivas de los tribunales superiores, como de las interlocutorias: La súplica respecto de los primeros constituia una tercera instancia, puesto que dichas sentencias definitivas recaian sobre la apelacion de las providencias dictadas en la primera y la súplica de las interlocutorias de los tribunales superiores, equivalia á una segunda instan-

cia ó apelacion de estas. V. la ley 17, tit. 23, Part. 3 y la 1, tit. 21, lib. 11 de la Nov. Recop. Concediase sin embargo súplica y no apelacion ni reposicion de unos á otros, porque siendo la apelacion una reclamacion que se hace de un juez inferior á otro superior, y representando en los antiguos tiempos los tribunales superiores la persona del monarca, no reconocian superior alguno. Considerábanse en efecto tales providencias como dictadas por el mismo soberano, como lo indicaba al encabezarse las ejecutorias de aquellos tribunales á nombre del rey, y como si se estuviera en aquellos tiempos en que se sentaban los reyes en su tribunal á administrar justicia personalmente y sin delegacion alguna de este precioso atribulo. No era pues decoroso reclamar contra tales fallos ni pedir su reposicion, sino suplicar respetuosamente que se suplieran. Empleábase con tanta mas propiedad de la palabra súplica, cuanto que se suponía terminado el juicio con la sentencia primera que dictaba el tribunal superior, siendo necesaria para abrirlo nuevamente que se concediera por gracia de la autoridad real. Asi se deduce de nuestras antiguas leyes y jurisprudencia y se halla consignado por los autores.

«Para proveer en lo posible á la mayor defensa y tranquilidad de los litigantes, dice Febrero reformando por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, no se contentó el legislador con otorgar apelaciones de las sentencias de los jueces inferiores, sino que en ciertos casos y generalmente en todos los civiles de alguna importancia, concedió tambien súplica de las pronunciadas en vista ó segunda instancia por los tribunales superiores.

La súplica trae su origen de la merced y gracia del rey, y esta supone que la primera sentencia, á que se refiere la súplica, hace cosa juzgada con efecto de verdadera ejecutoria, y que necesita de toda la autoridad real para que por gracia ó merced abra el juicio y mande que se vuelva á examinar, que es á lo que corresponde el nombre de revista, siendo esta una diferencia notable entre la súplica y la apelacion; pero este medio, que en su origen fue de gracia, se ha hecho ya ordinario y de justicia por la leyes, como lo funda con otros Maldonado, de *Secund. supplication.*, tit. 1. cuestion 1, núm. 23.

«Por consideracion á la mas alta y distinguida dignidad con que los señores reyes han autorizado estos tribunales y sus ministros, se debe proceder en el modo de interponer las súplicas y en fin con el mayor acatamiento y decoro de los mismos jueces; pues aunque las leyes disponen en lo general que los que apelan sean muy moderados en sus palabras, no agraviando al juzgador, como se previene en las leyes 26, tit. 23, Part. 3 y 24, tit. 20, lib. 11, Nov. Recop., aun deben ser mas sumisas y reverentes las palabras de la súplica, motivándolas en el error de los litigantes ó en la malicia de los contrarios, sin atribuirle á los jueces ni á su ignorancia ó malicia; y esta es tambien otra de las diferencias entre la apelacion y súplica aunque muy justa por lo mucho que importa mantener el alto respeto y decoro de los tribunales superiores, haciéndoles parecer al público como infalibles en sus resoluciones.

«De aquí viene que en revista ó en tercera instancia no se pide «que sea revocada la vista por injusta,» segun se dice de la del inferior al mejorar la apelacion en el escrito de agravios, sino que se usa del modesto y respetuoso lenguaje, «que se supla y enmiende.»

1462. La nueva ley de Enjuiciamiento ha introducido, sin embargo, importantes alteraciones y reformas sobre esta materia.

La mas importante y trascendental ha sido la supresion del recurso de súplica de las providencias definitivas de los tribunales superiores, puesto que terminantemente previene en su artículo 76, que contra las sentencias definitivas de las audiencias, no se dará otro recurso que el de casacion, disposicion consecuenta con lo prescrito en la base sesta de la ley de 13 de mayo de 1835, comprensiva de las bases á que habia de sujetarse la nueva reforma sobre enjuiciamiento civil, á saber: que no hubiera mas que dos instancias. Acerca de la conveniencia ó inoportunidad de la supresion de la tercera instancia, nos hemos ocupado estensamente en los números 290 y sucesivos de la introduccion de esta obra.

1463. Respecto de la súplica de las providencias interlocutorias de los tribunales superiores, las ha conservado la nueva ley, estableciendo en su artículo 66 que *de las providencias interlocutorias pronunciadas por los tribunales supremo y superiores, podrá suplicarse para ante los mismos, dentro del término señalado en el artículo anterior*, esto es, dentro de tres dias improrrogables, y en su artículo 1066, que las providencias interlocutorias que pronunciase el tribunal en los recursos de casacion, son suplicables ante la misma sala que las hubiere dictado, dentro de tercero dia. Asimismo el art. 890 dispone, que las providencias que recayesen en los incidentes que ocurran durante la sustanciacion de las apelaciones, son suplicables ante la misma sala que las dictó, dentro de tercero dia.

1464. Las sentencias interlocutorias á que aquí se refiere la ley, debe entenderse que son las que causan estado é irrogan un gravámen irreparable, mas no las interlocutorias puras ó de mera tramitacion, segun dijimos al esponer el art. 63 que trata de la *reposicion* de las providencias interlocutorias que pronuncian los jueces de primera instancia, pues la súplica que se concede de iguales providencias de los tribunales superiores, no viene á ser mas que un recurso de reposicion que se funda en las mismas razones y se rige por las mismas reglas que el de las de los jueces inferiores. Sin embargo, existe entre ambos una diferencia notabilísima, cual es, que al paso que en las primeras, cuando los jueces de primera instancia se niegan á la reposicion de la providencia, puede apelar de esta negativa la parte que pidió aquella, en las segundas, cuando la sala deniega la súplica, no ha lugar á recurso alguno ordinario, sino solo al extraordinario de casacion, cuando la providencia quebrante una ley esencial del procedimiento, causando en su consecuencia al que suplicó un perjuicio que no pueda repararse en la sentencia definitiva. V. el art. 1011 de la ley. Dicha diferencia se funda, segun espone el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, en que las mayores garantías que los tribunales superiores ofrecen, ya por ser cuerpos cole-

giados, ya por componerse en general de personas experimentadas y prácticas, ya porque en ellos se conservan con mas fidelidad las tradiciones, hicieron innecesarias, en concepto de la comision ulteriores súplicas. No debe la ley desconfiar tanto de los tribunales; supone que los que llegan á ocupar en ellos un lugar, tienen dadas bastantes pruebas de inteligencia, rectitud, prudencia, probidad y amor á la justicia, y que no es de presumir que por una condicion pueril, por el empeño de parecer infalibles se obstinen en sostener una providencia, cuyas consecuencias no graduaron bastante al acordarla. A estas consideraciones se agrega otra que es tambien de la mayor importancia. Si se admitiera súplica ante otra sala, se incurriria en el peligro que evitó la comision al suprimir las súplicas de las sentencias definitivas. No conviene nunca que las providencias de una sala puedan ser reformadas por otra del mismo tribunal, siendo iguales ambas en categoria, y no reuniendo el fallo de una mayores prendas de acierto que el de otra.

1465. En esta última razon se fundó tambien la ley para prescribir en su artículo 63, que la súplica debe interponerse para ante la sala que dictó la providencia que la motivó. En el escrito de súplica se espondrán los perjuicios que se causan al suplicante, no por la injusticia ó agravio del juez inferior, como en las apelaciones, y reposiciones, sino por la *equivocacion* del superior, y pidiendo, no que se revoque la providencia, como se hace en aquellos recursos, sino que se *supla y enmiende* lo determinado en vista por las razones que se esponen y que deberán tenerse presentes para la sentencia de revista. V. Elizondo Práctica uníversal forense, tomo VI, cap. XIV, núms. 5 y 6.

1466. En vista de este escrito, la sala que hubiere dictado dichas providencias, *previa audiencia de la otra parte, si lo creyere necesario*, concediéndole lo mas tres dias para que conteste á lo alegado por contrario, *determinará sobre la súplica lo que crea justo y procedente.*

1467. Por último, la nueva ley ha conservado tambien el nombre de súplica al recurso de que tratamos, no obstante, ejercer hoy los tribunales la administracion de justicia por delegacion menos directa del soberano aunque á su nombre, pues la ley ha querido conservar fórmulas tradicionales.

#### SECCION VI.

##### DEL RECURSO DE SEGUNDA SUPPLICACION.

1468. El recurso de segunda suplicacion, llamado tambien de la ley de Segovia, porque debe su establecimiento á la ley 1, tít. 22, lib. 11 de la Nov. Recop. que el rey D. Juan I publicó en aquella ciudad, es la tercera instancia que antes se interponia ante su S. M. ó Consejo, y despues ante el tribunal supremo, para la nueva revision del proceso fallado en segunda instancia por el tribunal superior ó audiencia que falló en primera, en los casos en que podia entenderse en primera instancia anteriormente.

En el dia ocurrirá muy raras veces; pues segun el artículo 36 del reglamento provisional, todos los pleitos han de principiarse ante los jueces de primera instancia, y por el tít. 3 de la Constitucion de 1812, se sancionó el principio de que todas las causas civiles y criminales si fenecieran dentro del territorio de cada audiencia, sin que hubiese en ellas mas de tres instancias y tres sentencias definitivas. Sin embargo, el sistema judicial de la Constitucion de 1812 hizo conocer á muy poco del restablecimiento de esta, en 31 de agosto de 1836, que no pudiendo tener eficacia y valor sino para los negocios nuevos y para el sucesivo curso de los ya principiados, en cuanto no se faltase al principio y máximas de que las leyes no deben tener efecto retroactivo, era preciso fijar las instancias de los que por esa misma razon habian adquirido con anterioridad derechos á los recursos llamados de segunda suplicacion, y en su virtud, se principió declarando procedentes aquellos recursos que estaban admitidos en 15 de agosto de 1836: esta declaracion se estendió despues á los que en la misma época estuvieran interpuestos, y últimamente por decreto de 4 de noviembre de 1838 se admitieron los que respectivamente procedian en los negocios pendientes en las audiencias antes del 15 de agosto de 1836. Por último la ley de Enjuiciamiento civil ha suprimido la tercera instancia ó súplica, por su art. 76.

En su consecuencia tendrán lugar en el dia solo los recursos de segunda suplicacion que se hubieren interpuesto ó hubieren admitido las audiencias antes del 15 de agosto de 1836, y todos los que correspondian en los negocios principiados en ellas, segun la legislacion vigente hasta aquella fecha; pero no tendrán lugar los que por dicha legislacion correspondieren en los negocios principiados en las audiencias que se devolvieron á los jueces de primera instancia en virtud de lo dispuesto por el reglamento provisional, de suerte que no tendrá lugar en las causas llamadas casos de córte, esto es; aquellas sobre que podian acudir en primera instancia al tribunal superior de la provincia en los negocios de mas de 10.000 maravedises los menores de 25 años, las viudas y otras personas pobres ó desvalidas, como tambien los concejos, monasterios, hospitales, ciudades, iglesias y demás cuerpos que disfrutaban el beneficio de menores; art. 1 de la ley de 4 de noviembre de 1838.

1469. La segunda suplicacion en los casos en que aun tiene lugar en el dia, se seguirá y fallará con arreglo á las leyes que regian hasta 15 de agosto de 1836.

Puede interponerse este recurso, segun dichas leyes, de las sentencias de revista dadas por las audiencias ó tribunales superiores en pleitos comenzados en ellas por nueva demanda, y no por via de restitution, nulidad, reclamacion ni de otra manera alguna, mas no de las interlocutorias aunque tuvieran fuerza de definitivas: leyes 1 y 4, 17 y 18, tít. 22, lib. 11 Novísima Recopilacion. Además si el pleito fuere sobre propiedad, es necesario que ascienda su valor á 3.000 doblas de oro (42.797 rs.), y si versare sobre posesion, que el valor de la propiedad ascienda á 6.000 doblas (85.594 reales), que la causa no verse sobre posesion de bienes de mayorazgo, y que las sentencias de vista y revista no sean conformes; leyes 5, 6 y 16.

1470. Este recurso debe interponerse dentro de los veinte días siguientes al de la notificación de la sentencia; bastando que esta se haya hecho al procurador. Debe interponerse ante la misma sala que falló en revista, dando fianzas de pagar 4,500 doblas en el caso de confirmarse la sentencia, las cuales se distribuyen entre el fisco, los ministros que dieron esta y la parte vencedora.

Si el recurrente fuera pobre, bastará que preste caución juratoria de que pagará cuando tenga bienes.

El suplicante se librará del pago de esta suma apartándose del recurso dentro de tres meses de haberlo introducido. leyes 1 y 2, tit. 22 cit.

1471. El recurrente á quien deniega la audiencia la admision del recurso podrá apelar del auto denegatorio para el supremo tribunal, porque de otro modo vendria á ponerse á arbitrio de las audiencias impedir el remedio de la segunda suplicacion. Señor conde de la Cañada, Part. 3, cap. 4, núm. 38 y sig.

1472. El recurrente tenia para presentarse en grado de segunda suplicacion el término de cuarenta días contados desde aquel en que suplicó.

Debia presentarse ante el supremo de justicia, sin que fuese necesaria la licencia y notificación á S. M. que se exigia antiguamente para interponerlo eficazmente: véase el decreto de las cortes de 28 de noviembre de 1856.

1473. En este recurso tiene lugar el remedio de adhesion en los mismos términos que en la apelacion y primera súplica.

1474. Los trámites que se siguen en este recurso son los siguientes:

La sala del tribunal á quien compete su conocimiento juzga el negocio por los mismos autos, sin recibir escrito ni peticion, ni dar lugar á otras nuevas alegaciones, ni probanzas, dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion, ni en otra manera alguna: ley 7 del tit. cit.

1475. De la sentencia que recaiga no ha lugar á recurso ni suplicacion alguna; por lo que se notifica á las partes, y se confirma la de revista de la audiencia, se devuelven á ella los autos para que haga despachar la ejecutoria; pero si se revoca, la espide el tribunal supremo: véase el auto acordado de 24 de marzo de 1773.

## SECCION VI.

### DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA.

1476. El recurso de injusticia notoria era el que se interponia ante el tribunal supremo de la sentencia del tribunal superior en juicios cuya primera instancia se hubiese seguido ante el juez inferior, á causa de resultar de los autos notoriamente una injusticia.

Hasta el año 1700 no se descubrió ley que haya dado forma y reglas particulares á este recurso; diéronse en dicho año por la ley 1, tit. 23, libro 11 de la Nov. Recop., y se mejoraron y ampliaron por la ley 2 en 1705,

Este recurso apenas tiene lugar en el día. Segun la Constitucion de 1812 solo procedia contra las sentencias dadas en última instancia por las audiencias ó por el tribunal supremo de Guerra y Marina el recurso de nulidad ante el primer tribunal del reino; pero como las leyes no deben tener efecto retroactivo, se estableció por decreto de 4 de noviembre de 1858 que tuviera lugar en aquellos negocios á que se les concedió por las leyes recopiladas y que se hallaban pendientes antes del 13 de agosto de 1856, y continuaban pendientes despues, ó que se remitieron á los jueces de primera instancia por las audiencias para conocer en ellos, en virtud de lo dispuesto en el reglamento provisional; art. 24 del cit. decreto.

1477. Este recurso tenia lugar segun las leyes recopiladas, siempre que la injusticia resultaba notoriamente de los autos: por juzgar los jueces arbitrariamente contra lo que resultaba de estos ó infringiendo manifiestamente las disposiciones del derecho: v. gr. por falta de citacion, ó de alguna solemnidad sustancial del juicio; y aun cuando hubiere tres sentencias conformes, se suspendia su ejecucion hasta que se sustanciase y determinara el recurso.

No era admisible este recurso, segun las leyes recopiladas, cuando habia lugar á segunda suplicacion; en los juicios posesorios de cualquier calidad y entidad que fuesen; de los autos interlocutorios que no tienen gravamen irreparable en definitiva, de las sentencias de vista mandadas ejecutar, sin embargo de súplica: véanse las leyes 1, 2 y 3, tit. 23, lib. 11 Nov. Recop.

1478. A su introduccion debia preceder depósito de 500 ducados de vellon, ó fianza llana y abonada hasta en dicha cantidad, en que el recurrente era condenado en caso de no justificarse el recurso, aplicándose por terceras partes en los mismos términos que en el caso de segunda suplicacion. Y si el litigante fuera pobre, bastaba que presentase caucion juratoria de pagar cuando tuviera bienes.

1479. Los trámites que se siguen en este recurso son los que establecen las leyes recopiladas que regian antes del 13 de agosto de 1856, con muy leves limitaciones, á saber; la parte acude con poder especial que presentará con un pedimento ofreciendo el depósito y solicitando se comunique orden al banco español de San Fernando, en donde deberá hacerse, y que se le provea de certificacion correspondiente, y así se manda. Con dicha certificacion de haberse hecho el depósito de 500 ducados introduce el recurso por medio de pedimento, al cual se provee que informe la audiencia, remitiendo un testimonio literal ó compulsas de las actuaciones, y se emplaza á los interesados.

Tambien puede introducirse presentando fianza en el mismo pedimento en que se solicita la admision del recurso.

Venida la compulsas de autos, piden las partes que se les entregue á fin de que se instruyan los abogados para el día de la vista, y se les manda entregar para este fin.

Tomados los autos por los procuradores y devueltos, se pone decreto para que pasen al relator, y luego que este tiene hecho el memorial ajus-

tado, piden las partes y se señala día para la vista; determinando sin nuevas alegaciones, probanzas ni escrituras.

La sentencia ó auto que se provee no se notifica á las partes porque de él no hay ya recurso ni suplicacion alguna.

De las sentencias de la sala de justicia en el antiguo consejo de la Guerra ha lugar al recurso de injusticia notoria para ante el mismo consejo en la sala de gobierno y en los términos que previene la ley 4, tit. 23, lib. 11 de la Nov. Recop.

Para la interposicion de este recurso no hay término establecido, porque se supone que siempre acompaña la nulidad á la cosa juzgada.

### SECCION VII.

#### DEL RECURSO DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO.

1480. No procediendo en el día segun el art. 76 de la ley de Enjuiciamiento contra las sentencias definitivas de las audiencias otro recurso que el de casacion, no puede tener lugar el de nulidad de que vamos á tratar, sino tan solo de las sentencias pronunciadas anteriormente á aquella ó en pleitos que se continúan conforme á las leyes anteriores, segun faculta á las partes el art. 3 del decreto de 5 de octubre de 1833. En cuanto á las demás sentencias ó pleitos incohados despues, ha venido á suplir el recurso de casacion que establece la nueva ley al de nulidad referido. Este mismo recurso de nulidad suplió los de segunda suplicacion é injusticia notoria de que hemos tratado anteriormente respecto de los pleitos que no estuvieran principiados en 13 de agosto de 1836 y en que procedian aquellos recursos; segun ya hemos dicho.

1481. Tendrá, pues, lugar en el día en los pleitos que se siguen conforme á las leyes anteriores á la de Enjuiciamiento contra las sentencias de revista de las audiencias y del tribunal especial de Guerra y Marina en lo que no fuesen conformes con las de vista ó cuando los puntos en que difieran sean inseparables, si fueren contrarias á la ley clara y terminante; y contra las ejecutorias, cuando en las instancias de vista ó revista se hayan infringido los leyes del procedimiento; art. 3 del decreto de 4 de noviembre de 1838.

1482. Tiene lugar este recurso por haberse infringido los trámites esenciales del procedimiento, por defecto de emplazamiento en tiempo y forma de los que debían ser citados al juicio, por falta de personalidad ó poder suficiente de los litigantes para comparecer en él; por defecto de citacion para prueba ó definitiva, y para toda diligencia probatoria; por no haberse recibido el pleito á prueba, debiéndose recibir, ó por no haberse permitido á las partes hacer la prueba que les convenia, siendo conducente y admisible; por no haberse notificado el auto de prueba ó la sentencia definitiva en tiempo y forma; cuando se denegase la súplica, sin embargo de ser conforme á derecho, y por incompetencia de jurisdiccion en el juez ante quien se hubiere seguido el juicio: art. 4 del cit. decr.

1483. Para intentarse el recurso en los casos espresados se requería que se hubiera reclamado la nulidad antes que recayese sentencia en la instancia respectiva: que la reclamacion no hubiese surtido efecto; y si la nulidad reclamada y desatendida en una instancia pudiera subsanarse en la ulterior, que se hubiese reclamado nuevamente en ella: art. 5.

No tenia lugar este recurso en las causas criminales, en los juicios posesorios y en los ejecutivos; art. 6.

1481. El recurso debia: 1.º interponerse en el tribunal superior á *quo*. esto es, ante la misma audiencia que cometió la nulidad; 2.º dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion de la sentencia que causó ejecutoria; 3.º por escrito firmado de letrado en que se citarán la ley ó doctrina legal infringida y por procurador autorizado con poder especial, ó si careciese de él y su principal se hallase ausente, protestando presentarlo en el término que le señalare el tribunal.

Debía preceder á la admision del recurso el depósito por parte del que lo interpusiera de 10,000 rs., ó bien fianza suficiente en doble cantidad, á no que fuere pobre, pues entonces bastaba que se obligase en escritura pública ó en los autos á responder de dicha suma cuando llegare á mejor fortuna. Los fiscales de S. M. cuando interpusieren el recurso, no estaban obligados al depósito ni á la fianza: art. 8.

La sentencia de que se interpusiera el recurso de nulidad debia ejecutarse si lo solicitaba la parte que la obtuvo, dando fianzas suficientes de estar á las resultas, para lo que se sacaba el testimonio oportuno: art. 10.

1483. Interpuesto el recurso en debida forma debia el tribunal á *quo* admitirlo sin mas trámites, segun el art. 9 del citado decreto; pero no obstante, es justo y en la práctica se observaba dar traslado á la parte contraria y aun al fiscal, al menos en caso de darse fianza, por el interés que respectivamente tenian en la distribucion que se hacia de la mitad de la cantidad por que se dió entre la parte contraria y fondo de penas de cámara, en caso que se declarase no haber lugar al recurso: V. Febrero reformado por el Sr. Garcia Goyena y por D. Joaquin Aguirre, tomo 5, pág. 162. Si no se interpuso el recurso en debida forma, podia tambien denegarse.

El auto en que se denegaba el recurso de nulidad por el tribunal á *quo* era apelable para ante el supremo tribunal, y si se interponia la apelacion, el tribunal á *quo* mandaba sacar testimonio de lo conducente por señalamiento de los interesados, y lo remitía al supremo, dentro de los quince dias inmediatos al en que se les hubiese notificado el auto de que se apeló; emplazándose á las partes para que se presentasen á usar de su derecho dentro de treinta dias si la audiencia fuere de la Península, de cincuenta si la apelacion se interpuso de la audiencia de Mallorca, y de sesenta si de la de Canarias. El tribunal supremo, previa entrega de los autos á las partes para el solo efecto de que pudieran informar sus defensores en el día de la vista, decidia definitiva é irrevocablemente este incidente: art. 11.

1486. Los trámites que se observaban admitido el recurso, eran mandar al tribunal á *quo* remitir al supremo el todo ó la parte de autos que estimaba

tado, piden las partes y se señala día para la vista; determinando sin nuevas alegaciones, probanzas ni escrituras.

La sentencia ó auto que se provee no se notifica á las partes porque de él no hay ya recurso ni suplicacion alguna.

De las sentencias de la sala de justicia en el antiguo consejo de la Guerra ha lugar al recurso de injusticia notoria para ante el mismo consejo en la sala de gobierno y en los términos que previene la ley 4, tit. 23, lib. 11 de la Nov. Recop.

Para la interposicion de este recurso no hay término establecido, porque se supone que siempre acompaña la nulidad á la cosa juzgada.

### SECCION VII.

#### DEL RECURSO DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO.

1480. No procediendo en el día segun el art. 76 de la ley de Enjuiciamiento contra las sentencias definitivas de las audiencias otro recurso que el de casacion, no puede tener lugar el de nulidad de que vamos á tratar, sino tan solo de las sentencias pronunciadas anteriormente á aquella ó en pleitos que se continúan conforme á las leyes anteriores, segun faculta á las partes el art. 3 del decreto de 5 de octubre de 1833. En cuanto á las demás sentencias ó pleitos incohados despues, ha venido á suplir el recurso de casacion que establece la nueva ley al de nulidad referido. Este mismo recurso de nulidad suplió los de segunda suplicacion é injusticia notoria de que hemos tratado anteriormente respecto de los pleitos que no estuvieran principiados en 13 de agosto de 1836 y en que procedian aquellos recursos; segun ya hemos dicho.

1481. Tendrá, pues, lugar en el día en los pleitos que se siguen conforme á las leyes anteriores á la de Enjuiciamiento contra las sentencias de revista de las audiencias y del tribunal especial de Guerra y Marina en lo que no fuesen conformes con las de vista ó cuando los puntos en que difieran sean inseparables, si fueren contrarias á la ley clara y terminante; y contra las ejecutorias, cuando en las instancias de vista ó revista se hayan infringido los leyes del procedimiento; art. 3 del decreto de 4 de noviembre de 1838.

1482. Tiene lugar este recurso por haberse infringido los trámites esenciales del procedimiento, por defecto de emplazamiento en tiempo y forma de los que debían ser citados al juicio, por falta de personalidad ó poder suficiente de los litigantes para comparecer en él; por defecto de citacion para prueba ó definitiva, y para toda diligencia probatoria; por no haberse recibido el pleito á prueba, debiéndose recibir, ó por no haberse permitido á las partes hacer la prueba que les convenia, siendo conducente y admisible; por no haberse notificado el auto de prueba ó la sentencia definitiva en tiempo y forma; cuando se denegase la súplica, sin embargo de ser conforme á derecho, y por incompetencia de jurisdiccion en el juez ante quien se hubiere seguido el juicio: art. 4 del cit. decr.

1483. Para intentarse el recurso en los casos espresados se requería que se hubiera reclamado la nulidad antes que recayese sentencia en la instancia respectiva: que la reclamacion no hubiese surtido efecto; y si la nulidad reclamada y desatendida en una instancia pudiera subsanarse en la ulterior, que se hubiese reclamado nuevamente en ella: art. 5.

No tenia lugar este recurso en las causas criminales, en los juicios posesorios y en los ejecutivos; art. 6.

1481. El recurso debia: 1.º interponerse en el tribunal superior á quo, esto es, ante la misma audiencia que cometió la nulidad; 2.º dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion de la sentencia que causó ejecutoria; 3.º por escrito firmado de letrado en que se citarán la ley ó doctrina legal infringida y por procurador autorizado con poder especial, ó si careciese de él y su principal se hallase ausente, protestando presentarlo en el término que le señalare el tribunal.

Debía preceder á la admision del recurso el depósito por parte del que lo interpusiera de 10,000 rs., ó bien fianza suficiente en doble cantidad, á no que fuere pobre, pues entonces bastaba que se obligase en escritura pública ó en los autos á responder de dicha suma cuando llegare á mejor fortuna. Los fiscales de S. M. cuando interpusieren el recurso, no estaban obligados al depósito ni á la fianza: art. 8.

La sentencia de que se interpusiera el recurso de nulidad debia ejecutarse si lo solicitaba la parte que la obtuvo, dando fianzas suficientes de estar á las resultas, para lo que se sacaba el testimonio oportuno: art. 10.

1483. Interpuesto el recurso en debida forma debia el tribunal á quo admitirlo sin mas trámites, segun el art. 9 del citado decreto; pero no obstante, es justo y en la práctica se observaba dar traslado á la parte contraria y aun al fiscal, al menos en caso de darse fianza, por el interés que respectivamente tenian en la distribucion que se hacia de la mitad de la cantidad por que se dió entre la parte contraria y fondo de penas de cámara, en caso que se declarase no haber lugar al recurso: V. Febrero reformado por el Sr. Garcia Goyena y por D. Joaquin Aguirre, tomo 5, pág. 162. Si no se interpuso el recurso en debida forma, podia tambien denegarse.

El auto en que se denegaba el recurso de nulidad por el tribunal á quo era apelable para ante el supremo tribunal, y si se interponia la apelacion, el tribunal á quo mandaba sacar testimonio de lo conducente por señalamiento de los interesados, y lo remitía al supremo, dentro de los quince dias inmediatos al en que se les hubiese notificado el auto de que se apeló; emplazándose á las partes para que se presentasen á usar de su derecho dentro de treinta dias si la audiencia fuere de la Península, de cincuenta si la apelacion se interpuso de la audiencia de Mallorca, y de sesenta si de la de Canarias. El tribunal supremo, previa entrega de los autos á las partes para el solo efecto de que pudieran informar sus defensores en el día de la vista, decidia definitiva é irrevocablemente este incidente: art. 11.

1486. Los trámites que se observaban admitido el recurso, eran mandar al tribunal á quo remitir al supremo el todo ó la parte de autos que estimaba

conducente, previa citacion de los interesados, para que comparecieran á usar de su derecho dentro de los treinta dias contados desde el en que se notificare el auto de admision del recurso y emplazamiento, ó dentro de cincuenta ó sesenta, segun que la audiencia de quien se interpusiere fuese de Mallorca ó de Canarias. Se entregaban originales á la parte que interpuso el recurso, de conformidad con la contraria, y con la obligacion de satisfacer previamente el porte del correo, la pieza ó piezas que se consideraban bastantes para su determinacion; pero siempre se acompañaba copia autorizada del memorial ajustado, y originales ó por testimonio literal, si existiesen en otra pieza, la sentencia que causó ejecutoria, la reclamacion de nulidad y todo lo relativo á la interposicion y admision del recurso, con un informe en que el tribunal manifestaba los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo; art. 9.

1487. Los trámites que seguia el tribunal supremo, recibidos los autos, eran: si se pasaba el término de emplazamiento sin que se presentase la parte recurrente, se declaraba á petición de la contraria por desierto el recurso, condenando á aquella al pago de las costas causadas y á la pérdida de la mitad de la cantidad depositada. Presentándose las partes por medio de procurador, se les entregaban los autos para instruccion de sus letrados por un término que no pasaba de treinta dias á cada una. Devueltos, y hecho si se pidiera el memorial ajustado, se señalaba dia para la vista del recurso y se procedia á ella citadas las partes, pronunciándose dentro de los quince dias siguientes al de la vista, la sentencia que contenia expresa declaracion de si habia ó no lugar al recurso y la esposicion de sus fundamentos: artículos 12, 13, 14, 16 y 17 del cit. decreto.

1488. Cuando se declaraba haber lugar al recurso por ser la sentencia contraria á ley espresa, se devolvian los autos al tribunal *á quo* para que determinase en última instancia sobre el fondo de la cuestion lo que estimara justo por siete ministros que no hubieran intervenido en los anteriores fallos: art. 18.

1489. Cuando se declaraba haber lugar por infraccion de las leyes de enjuiciamiento se devolvian los autos para que, reponiéndose al estado que tenian antes de cometerse la nulidad, se sustanciara y determinara con arreglo á las leyes por siete ministros diversos: art. 19.

1490. Contra el fallo del tribunal *á quo* en procesos devueltos no tenia lugar recurso alguno mas que el de responsabilidad contra los ministros que dictaron la sentencia, y aunque incurrieren en ella, tenia esta fuerza ejecutoria: art. 24.

## SECCION VIII.

## DEL RECURSO DE CASACION.

## § I.

*Su definicion, objeto, naturaleza, origen é historia.*

1491. El Recurso de casacion (palabra proveniente del verbo latino *casso*, que significa quebrantar, anular) es un remedio supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutorias de los tribunales superiores, dictadas contra ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia, ó faltando á los trámites sustanciales y necesarios de los juicios para que, declarándolas nulas y de ningun valor, vuelvan á dictarse, aplicando ó interpretando rectamente la ley ó doctrina legal quebrantadas en la ejecutoria ú observando los trámites omitidos en el juicio, y para que se conserve la unidad é integridad de la jurisprudencia: art. 1010 á 1013, 1060, 1061 y 1102 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

1492. El objeto pues, de los recursos de casacion, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio ó agravio inferido á los particulares con las sentencias ejecutorias, ó el remediar la vulneracion del interés privado, cuanto el atender á la recta, verdadera, general y uniforme aplicacion é interpretacion de las leyes ó doctrinas legales; á que no se introduzcan prácticas abusivas, ni el derecho consuetudinario por el olvido del derecho escrito, todo lo cual es de interés público, declarando para este efecto nulas las sentencias que violan aquellas, y que, por constituir ejecutoria, no pueden revocarse por medio de las apelaciones y demás recursos ordinarios.

1493. No es pues objeto del recurso de casacion reformar todas las sentencias injustas, ni corregir todos los errores, ignorancias ó injusticias de jueces. Estos defectos resultan por lo comun de las siguientes causas:

1.<sup>a</sup> De no sentenciar conforme á la ley que resuelve la cuestion litigiosa de un modo precioso y terminante.

2.<sup>a</sup> De separarse de la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, en la decision de un punto litigioso que no se hallaba resuelto por ley alguna, ó sobre que tenia que aplicarse un testo susceptible de dos interpretaciones.

3.<sup>a</sup> De no observarse las formas solemnes necesarias é indispensables de los juicios, que son la garantía principal de justicia que tienen los litigantes para la defensa de sus derechos.

4.<sup>a</sup> De traspasar los jueces los limites de sus atribuciones, entendiendo de cuestiones cuyo conocimiento les prohíbe la ley.

5.<sup>a</sup> De apreciar indebidamente el juez los hechos de un proceso ó las pruebas producidas en el mismo.

6.<sup>a</sup> De equivocarse sobre el sentido de un contrato ó de un acto cualquiera.



conducente, previa citacion de los interesados, para que comparecieran á usar de su derecho dentro de los treinta dias contados desde el en que se notificare el auto de admision del recurso y emplazamiento, ó dentro de cincuenta ó sesenta, segun que la audiencia de quien se interpusiere fuese de Mallorca ó de Canarias. Se entregaban originales á la parte que interpuso el recurso, de conformidad con la contraria, y con la obligacion de satisfacer previamente el porte del correo, la pieza ó piezas que se consideraban bastantes para su determinacion; pero siempre se acompañaba copia autorizada del memorial ajustado, y originales ó por testimonio literal, si existiesen en otra pieza, la sentencia que causó ejecutoria, la reclamacion de nulidad y todo lo relativo á la interposicion y admision del recurso, con un informe en que el tribunal manifestaba los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo; art. 9.

1487. Los trámites que seguia el tribunal supremo, recibidos los autos, eran: si se pasaba el término de emplazamiento sin que se presentase la parte recurrente, se declaraba á petición de la contraria por desierto el recurso, condenando á aquella al pago de las costas causadas y á la pérdida de la mitad de la cantidad depositada. Presentándose las partes por medio de procurador, se les entregaban los autos para instruccion de sus letrados por un término que no pasaba de treinta dias á cada una. Devueltos, y hecho si se pidiera el memorial ajustado, se señalaba dia para la vista del recurso y se procedia á ella citadas las partes, pronunciándose dentro de los quince dias siguientes al de la vista, la sentencia que contenia expresa declaracion de si habia ó no lugar al recurso y la esposicion de sus fundamentos: artículos 12, 13, 14, 16 y 17 del cit. decreto.

1488. Cuando se declaraba haber lugar al recurso por ser la sentencia contraria á ley espresa, se devolvian los autos al tribunal *á quo* para que determinase en última instancia sobre el fondo de la cuestion lo que estimara justo por siete ministros que no hubieran intervenido en los anteriores fallos: art. 18.

1489. Cuando se declaraba haber lugar por infraccion de las leyes de enjuiciamiento se devolvian los autos para que, reponiéndose al estado que tenian antes de cometerse la nulidad, se sustanciara y determinara con arreglo á las leyes por siete ministros diversos: art. 19.

1490. Contra el fallo del tribunal *á quo* en procesos devueltos no tenia lugar recurso alguno mas que el de responsabilidad contra los ministros que dictaron la sentencia, y aunque incurrieren en ella, tenia esta fuerza ejecutoria: art. 24.

## SECCION VIII.

## DEL RECURSO DE CASACION.

## § I.

*Su definicion, objeto, naturaleza, origen é historia.*

1491. El Recurso de casacion (palabra proveniente del verbo latino *casso*, que significa quebrantar, anular) es un remedio supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutorias de los tribunales superiores, dictadas contra ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia, ó faltando á los trámites sustanciales y necesarios de los juicios para que, declarándolas nulas y de ningun valor, vuelvan á dictarse, aplicando ó interpretando rectamente la ley ó doctrina legal quebrantadas en la ejecutoria ú observando los trámites omitidos en el juicio, y para que se conserve la unidad é integridad de la jurisprudencia: art. 1010 á 1013, 1060, 1061 y 1102 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

1492. El objeto pues, de los recursos de casacion, no es tanto, principalmente, enmendar el perjuicio ó agravio inferido á los particulares con las sentencias ejecutorias, ó el remediar la vulneracion del interés privado, cuanto el atender á la recta, verdadera, general y uniforme aplicacion é interpretacion de las leyes ó doctrinas legales; á que no se introduzcan prácticas abusivas, ni el derecho consuetudinario por el olvido del derecho escrito, todo lo cual es de interés público, declarando para este efecto nulas las sentencias que violan aquellas, y que, por constituir ejecutoria, no pueden revocarse por medio de las apelaciones y demás recursos ordinarios.

1493. No es pues objeto del recurso de casacion reformar todas las sentencias injustas, ni corregir todos los errores, ignorancias ó injusticias de jueces. Estos defectos resultan por lo comun de las siguientes causas:

1.<sup>a</sup> De no sentenciar conforme á la ley que resuelve la cuestion litigiosa de un modo precioso y terminante.

2.<sup>a</sup> De separarse de la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, en la decision de un punto litigioso que no se hallaba resuelto por ley alguna, ó sobre que tenia que aplicarse un testo susceptible de dos interpretaciones.

3.<sup>a</sup> De no observarse las formas solemnes necesarias é indispensables de los juicios, que son la garantía principal de justicia que tienen los litigantes para la defensa de sus derechos.

4.<sup>a</sup> De traspasar los jueces los limites de sus atribuciones, entendiendo de cuestiones cuyo conocimiento les prohíbe la ley.

5.<sup>a</sup> De apreciar indebidamente el juez los hechos de un proceso ó las pruebas producidas en el mismo.

6.<sup>a</sup> De equivocarse sobre el sentido de un contrato ó de un acto cualquiera.

Todas las sentencias que adolecen de alguno de estos vicios tienen de comun que constituyen una sentencia injusta, pero se diferencian en que no todas son igualmente susceptibles del recurso de casacion. La razon de esta diferencia es muy sencilla, y consiste en que las unas pugnan con el orden público y las otras solo vulneran intereses privados.

1494. Los gobiernos, como depositarios de todas las fuerzas, así como de todas las voluntades individuales, deben á todos la administracion de la justicia, esto es, deben velar porque se dé á cada uno lo que le pertenece, ó se respeten ó se realicen los derechos respectivos. La justicia no se apoya solamente en el sentimiento de equidad depositado en el corazon humano, sino tambien y principalmente, en la ciencia del derecho, esto es, en el conocimiento de lo justo y de lo injusto. Pero además de lo difícil que es adquirir esta ciencia, á causa del inmenso cúmulo de disposiciones que se contienen en los códigos y colecciones legislativas, de las omisiones que se advierten en ellos y de las oscuridades y contradicciones que no siempre cuidaron de hacer desaparecer los legisladores, son por otra parte tan diversos y multiplicados los intereses humanos, que las leyes mas previsoras dejan aun campo abierto á numerosas é incesantes controversias. De aqui la necesidad de dar á la ley intérpretes oficiales, de establecer jueces y tribunales, es decir, jurisdicciones compuestas de hombres versados en la ciencia del derecho y cuya mision consiste en interpretar las leyes y aplicarlas á los numerosos casos y cuestiones litigiosas que ocurren.

1495. No obstante, y ya sea por efecto de estas oscuridades, y variedad de las leyes, ya á causa de la natural ignorancia ó imperfeccion del entendimiento humano, las sentencias se hallan á veces viciadas de error y son contrarias las decisiones judiciales sobre las cuestiones litigiosas, á lo dispuesto por las leyes, ó no se encuentran revestidas de las solemnidades que estas exigen. Los gobiernos, ó si se quiere, el poder ejecutivo, como custodio del depósito de las leyes y vigilante de su observancia, debe remediar estos graves inconvenientes. Con tal objeto, para enmendar ó corregir los errores é injusticias enunciadas que se cometen en el primer grado de jurisdiccion por los jueces inferiores, ha establecido los segundos grados jurisdiccionales, las apelaciones y demás recursos que llevamos espuestos en las secciones anteriores, cuyo conocimiento ha encargado á jueces revestidos de mayores prendas de acierto y rectitud, por su experiencia, ilustracion y mayor número. Esta segunda revision del proceso, esta segunda sentencia se presume por el legislador dictada con arreglo á justicia y equidad, atendiendo á la conveniencia de poner un límite prudente á la inseguridad en que quedarían los derechos de los particulares si no se cerrara la puerta á nuevas instancias, y se facultara por tercera ó cuarta vez la revision de los litigios. El legislador concediendo á los particulares esta segunda revision de las sentencias ha creído asegurar suficientemente sus intereses y derechos, y cumplir su cargo sobre este punto. Es verdad que estos segundos jueces han podido participar del error de los primeros, ó cometer otros nuevos al reformar su sentencia, *in pejus reformare*, pero el legislador no se cree obligado á procurar los me-

dios de enmendar ó corregir estos errores cuando solamente afectan los intereses privados, cuando no aparecen infringiendo leyes ó doctrinas legales, ó violando las formas sustanciales del procedimiento. El legislador no podia obligarse á dar á sus subordinados jueces infalibles, puesto que tenia que elegirlos entre los hombres; estraño á los errores ó equivocaciones de aquella clase, que padezcan los jueces ó tribunales, no debe ninguna especie de indemnizacion á los particulares cuyos intereses pudieran menoscabarse con dichos errores.

1496. Pero cuando estas sentencias injustas ó erróneas, además de los perjuicios que causan a los litigantes, atacan el interés público, conmueven el edificio social, violando las leyes que le sirven de base y que constituyen sus fundamentos, la autoridad pública se debe á sí misma y á la sociedad el quebrantamiento y anulacion de semejantes sentencias, haciendo desaparecer de los archivos judiciales estos monumentos de escándalo y de desobediencia en cierto modo. La anulacion de estas sentencias es una consecuencia de los vicios que en sí encierran. Y en efecto, la estabilidad de las sentencias pronunciadas en segunda instancia por los tribunales superiores que se consideran como la misma verdad, se apoya y funda, no en la *certeza* y *seguridad* de que sean *justas*, sino en la *presuncion de su justicia*, cuando se dan con arreglo á la ley y observando las formas que les atribuye el carácter de sentencias. Mas toda presuncion cede á la verdad contraria, cuando esta se demuestra. Si pues, una sentencia se halla en oposicion formal con una disposicion legislativa, desaparece la presuncion de su justicia, porque la justicia de los tribunales debe fundarse en la ley. Así es que la autoridad pública puede y debe declarar su nulidad, ó decidir que ha lugar al recurso de casacion.

1497. Este recurso no debe, pues, considerarse como una tercera instancia, puesto que en él no se conoce del fondo de la cuestion, sino en cuanto es necesario, para apreciar si ha habido infraccion de ley ó de doctrina, esto es, si ha habido vicio que produzca nulidad, ni tampoco se conoce de las cuestiones puramente de hecho, ó que no contribuyen á constituir derecho, segun esplicaremos detenidamente mas adelante, y en cuanto no se refieren al objeto de la nulidad. Este recurso, en su relacion con la sentencia de que se interpone, y cuando se declara haber lugar á él, viene á ser indirectamente, como una reposicion ó sustitucion de esta misma, puesto que viene á declarar nula la pronunciada y á ocasionar su enmienda ó la decision de lo que es conforme al mérito de los autos y á la ley ó doctrina quebrantadas en aquella. No se opone á esta doctrina, que en los recursos sobre el fondo dicte el tribunal que conoce de ellos, sobre la cuestion objeto del pleito, la sentencia que crea conforme á los méritos de los autos y á lo que exigieren la ley ó doctrina infringidas en la ejecutoria, segun previene el art. 1060 de la Ley de Enjuiciamiento, porque esto no lo verifica como tribunal superior en grado jurisdiccion del que dicta aquella, sino como subrogándose en el lugar de este, y por un motivo de pura conveniencia para los litigantes, puesto que habiendo tenido que enterarse de la cuestion principal para apreciar si habia

lugar al recurso, se evita á las partes con su sentencia, los gastos y dilaciones consiguientes á tener que acudir al tribunal que dictó el fallo anulado y que esperar su nueva revision. La ventaja pues, que reporta el particular, de un modo inmediato, de la declaracion de haber lugar á este recurso, es la de obtener una segunda sentencia legal y válida, no la de conseguir una tercera sentencia, puesto que la que motivó el recurso, es nula; es una reparacion de la injusticia cometida en esta. El recurso de casacion «no es una tercera instancia... dice el señor Laserna en sus Motivos de la Ley. No pueden ser objeto de él cuestiones de hecho, de justicia ó injusticia... mas alto es el fin del recurso, mas graves las atribuciones del Tribunal. Va á decidir una cuestion de derecho, va á juzgar si se ha quebrantado la ley ó no por un tribunal superior, va á cortar en su raiz las malas interpretaciones de ley, que por ignorancia, por error ó malicia se dan en un pleito, y que á quedar sin correctivo, podrian citarse despues, como precedentes autorizados, generadores de jurisprudencia, va á vigilar por último por la genuina, por la recta aplicacion de la ley escrita, va á evitar, añadiremos nosotros, que puedan ofrecer divergencias y contradicciones los fallos de los diversos tribunales sobre una misma cuestion, segun la diversidad de lugares, tiempos y circunstancias, falseando asi el principio de la *uniformidad de la jurisprudencia* que debe dominar, en especial en un pais regido generalmente por unos mismos códigos. Este objeto resalta mayormente de lo dispuesto en el art. 1102 de la nueva Ley, acerca de que el fallo se pronuncie sobre los recursos que se interpongan por el ministerio fiscal contra las ejecutorias que juzgare ser contrarias á la ley ó doctrina legal, y contra las que no recurrieron los interesados en el litigio, si bien no podrá anular ni alterar en lo mas mínimo la ejecutoria, *servirá para formar jurisprudencia sobre la cuestion legal que haya sido discutida y resuelta en el pleito*. Véase pues, que el objeto constante de este recurso es el uniformar la jurisprudencia, puesto que el de la revocacion de la ejecutoria depende de los litigantes, los cuales pueden conformarse con ella, y que para dar aquellas sentencias cierta autoridad, puesto que sirven de complemento á la legislacion, se ha mandado que se publiquen en la Gaceta como leyes: real orden de 17 de enero de 1857, y art. 1087 de la Ley.

Sin embargo, la disposicion del art. 1060 que acabamos de esponer, en que se faculta al Tribunal Supremo para decidir sobre la cuestion, objeto del pleito, en los recursos fundados en infraccion de ley ó de doctrina, y la base sétima del decreto de 15 de mayo de 1853 sobre que se facilite el recurso de nulidad cuanto necesario para que alcancen cumplida justicia todos los litigantes, hace considerar tal vez como conveniente que se hubiera estendido dicha facultad del art. 1060 á los demás recursos. Véase lo que hemos espuesto en los números 293, 294 y 295 de la introduccion de esta obra.

1498. En cuanto al origen del recurso de casacion, pretende un autor moderno francés, M. Tarbé, en una obra que ha publicado recientemente, encontrarlo en la Novela 119, cap. 5, que dice: «*Si... unus forsán litigantium puta-*

*verit se gravari... sancimus habere eum licentiam petitionem offerre gloriosissimis præfectis qui sententiam protulerunt.*» Y asimismo, en este testo del Digesto: «*A cujus sententia nulla erat appellatio sancimus petitionem offerre ad retractationem sententiæ.*» Pero estos testos parecen referirse mas bien á la demanda de nulidad ordinaria, ó á la reposicion ó retractacion solicitada ante los mismos jueces que dictaron el fallo. Mas analogia ofrecen en nuestro concepto, con el principal objeto de la casacion, el espíritu de las siguientes leyes romanas que distinguen el caso en que pugna una sentencia con la ley del en que solo afecta intereses privados. En el primer caso, permite negarse á su ejecucion y pedir la nulidad del fallo, aunque lo hubiera dictado el mismo pretor. En el segundo, si habia dictado la sentencia un juez inferior, podia apelarse de ella, pero si emanaba de un juez que no conociera superior alguno, no tenia ningun recurso la parte vencida. Hé aquí esas leyes, que creemos conveniente esponer tambien por la doctrina que encierran sobre los casos en que debe entenderse que la ley afecta el interés público ó el privado. *Cum prætor, cognita causa, per errorem, vel etiam ambitiosse, juberet hæreditatem ut ex fideicomisso restitui, etiam si non sit fideicomissum, rei publicæ interes restitui, propter verum judicatorum auctoritatem.* Y como podia parecer difícil distinguir con precision el caso en que pugnara la sentencia con la ley, del en que solo afectara el interés de las partes, nos da la siguiente regla para ello: *Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris, pronunciat, Nam si judex volenti se ex cura muneris, vel tutelæ, beneficio liberorum, vel ætatis aut privilegis excusare dixerit: Neque filios, neque ætatem, aut ullum privilegiu ad muneris vel tutelæ excusationem prodesse. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit, eum de ætate sua, aut de numero liberorum probasse, de jure litigatoris pronuntiasse intelligitur: L. 1, §. 2, Dig. Quæ sententiæ sine appellacione rescinduntur.*

1499. Analogías mas marcadas encontramos, si se quiere, con el recurso de casacion, en cuanto á su efecto de revocar ó deshacer las sentencias ya pronunciadas, y tal vez ejecutorias, en nuestro célebre código el Fuero Juzgo, puesto que se lee en su ley 28, tit. 1, lib. 2. «Nos amonestamos á los obispos de Dios que deben haber guarda sobre los pobres que ellos amonesten los jueces que juzgan tuerto contra los pobres, que meiores ó que fagan buena vía e que desfagan lo que juzgaron mal. Y si ellos non lo quisiesen facer por su amonestamento, é quisieran juzgar tuerto, el obispo en cuya tierra es, debe lamar al juez que dicien que juzgó tuerto, é otros obispos é otros omes buenos, é enmendar el pleito el obispo con el juez, segun como es derecho, y si el juez es tan porfiado, que non quisiese enmendar el juicio con él, entonces el obispo lo puede juzgar por sí, é el juicio que fuere enmendado faga ende un escripto de cuemo lo enmendó, y envie el escripto con aquel que era agraviado antel rey, quel rey confirme lo quel semeiare que es derecho.»

1500. Nuestros antiguos recursos de segunda suplicacion y de injusti-

cia notoria, que ya hemos espuesto, tenían mayores analogías con el recurso de casacion, en cuanto que se daban para anular las ejecutorias de las Chancillerías y Audiencias, entendiéndose de ellas el Consejo de Castilla que era el tribunal superior de la nación, y en cuanto se requería para la introducción de los segundos, que la sentencia se hubiera pronunciado, ocasionando una injusticia manifiesta ó notoria, ó como si dijéramos, contra ley ó jurisprudencia reconocida por los tribunales; pero estos recursos producían los efectos de unas terceras instancias, porque en ellos se conocía del fondo de la cuestión *litigiosa*, y sobre la nulidad y la injusticia de la sentencia, juntamente sobre el hecho y derecho, entrando en el exámen de los autos, y pronunciando sentencia, y porque por otra parte no tenían por objeto principal y constante uniformar la jurisprudencia, como sucede respecto de los de casacion, ni adquirían la autoridad, ni establecían las doctrinas que estos por medio de sus considerandos y de la publicación oficial.

1501. Donde se encuentran verdaderamente analogías marcadas con este recurso, es en el establecido en el art. 261 de la Constitución de 1812, el cual designaba como una de las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de los recursos de nulidad contra las sentencias de las Audiencias, para el efecto de reponer el proceso, devolviéndolo á las mismas y hacer efectiva la responsabilidad de los juzgadores que hubieran infringido los trámites esenciales del juicio. La ley de 9 de octubre del mismo año amplió esta disposición, estableciendo los trámites de estos recursos y los casos en que tenían lugar. La ley de 17 de julio de 1813, limitó estos recursos á los negocios civiles, respecto de los cuales desapareció á poco también con el restablecimiento ocurrido en 1814 y 1823 de la forma anterior de gobierno y de sus antiguas leyes. En la ley de 14 de julio de 1830, sobre negocios y causas de comercio, se estableció un recurso de injusticia notoria, equivalente á los antiguos sobre derecho civil. Posteriormente, en 1835, el reglamento provisional para la administración de justicia, determinó en su art. 90, como atribución del Tribunal Supremo, conocer de los recursos de nulidad que se interpusieran de sentencias ejecutorias dadas por las audiencias, pero sin determinar los casos en que debían tener lugar estos recursos, y la tramitación que en ellos debía seguirse. Restablecida nuevamente la Constitución de 1812 en 1836, volvió á regir el precepto constitucional ya espuesto, si bien no se restableció la ley de 9 de octubre que determinaba los casos y formas del recurso. Por ley de 9 de julio de 1838, autorizaron las Cortes para reformar los procedimientos judiciales al Gobierno, el cual dió en su virtud el decreto de 4 de noviembre del mismo año, estableciendo los recursos de nulidad contra las sentencias de revista de las reales audiencias y del Tribunal de Guerra y Marina, que enunciamos al tratar de dicho recurso, decreto que ha regido en el fuero ordinario hasta que estableció la nueva Ley de Enjuiciamiento el recurso de casacion de que tratamos. Para las sentencias pronunciadas por las Audiencias de Ultramar en negocios civiles, se ha establecido el recurso de casacion por el real decreto de 25 de enero de 1855. En cuanto al fuero de Hacienda públi-

ca, se ha dictado el decreto de 20 de junio de 1852, estableciendo el recurso de casacion para los delitos cometidos en fraude de la misma. Acerca de la jurisdicción de comercio, se ha mandado por real decreto de 12 de enero de 1859, que respecto de los recursos de injusticia notoria establecidos en el art. 1217 del Código de Comercio, y formulados en el 435 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento mercantil, se decidan en el Tribunal Supremo de Justicia, con sujeción á los arts. 1115 al 1118, 1073 y 1074 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y que los fallos que en ellos se dicten, se funden conforme á los arts. 1058 y 1059, y se publiquen con arreglo á los 1064 y 1087. Las jurisdicción eclesiástica, teniendo leyes especiales canónicas que requieren tres instancias conformes para formar ejecutoria, se rige por ellas, sin que le comprendan las de la nueva Ley de Enjuiciamiento sobre esta materia, conforme á lo dispuesto en el art. 1414. La jurisdicción militar se rige por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento sobre este punto.

1502. Siendo la casacion un remedio supremo para velar porque los tribunales apliquen rectamente la ley, para vengar las leyes de las sentencias que las quebrantan, debía confiarse naturalmente al Tribunal Superior de los demás de cuya sentencia se trata, y que por la ilustración, esperiencia, rectitud y celo reconocidos de los magistrados que lo forman, ofrece suficiente seguridad de que hará la aplicación é interpretación de las leyes con la debida imparcialidad y acierto. Así, pues, corresponde conocer al Tribunal Supremo de Justicia de los recursos de casacion que se interpusieren con arreglo al tit. 21 de la Ley de Enjuiciamiento civil, segun previene el artículo 1015 de la misma. Pero esto debe entenderse en cuanto á la jurisdicción civil ordinaria y de la mercantil que se halla sobre este punto equiparada con esta, pues respecto de la jurisdicción militar, se ha resuelto, que los recursos de casacion contra las sentencias ejecutorias, esto es, de vista ó segunda instancia dictadas por las salas de ministros togados del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, se entablen ante él mismo, y se decidan por él, por real orden de 12 de marzo de 1856, segun las siguientes disposiciones: 1.<sup>a</sup> Que con arreglo á la ley de 13 de mayo del año próximo pasado, se observe en los tribunales militares y de estranjería la de Enjuiciamiento civil publicada por real decreto de 5 de octubre siguiente: 2.<sup>a</sup> Que esta observancia no se entienda en manera alguna que de las providencias del Tribunal de Guerra y Marina se admitan recursos de nulidad ó casacion para ante el Supremo de Justicia: 3.<sup>a</sup> Que con el fin de que los litigantes en los tribunales militares disfruten del beneficio de la supresión de la tercera instancia y del recurso de casacion, se entable este último y decida en dicho Tribunal Supremo de Guerra y Marina, por ministros diversos de los que dictaron la sentencia, en los casos y en la forma que prescribe la nueva ley. 4.<sup>a</sup> Que en punto á competencias, no se ha menoscabado el conocimiento que corresponde el Tribunal Supremo de Guerra y Marina para dirimir las que se entablen entre jueces ó tribunales dependientes de él.

Estas disposiciones se han tachado por algunos autores como contrarias á la índole esencial de los recursos de casacion, en cuanto no someten el conocimiento de estos recursos al Tribunal Supremo de Justicia, por convenir que se decidieran por un mismo tribunal, para que hubiese unidad en los fallos, y uniformidad en la jurisprudencia, á lo que pudiera agregarse la razon de similitud de dirimir el Tribunal Supremo de Justicia las contiendas de competencia que se suscitan entre las audiencias y el Tribunal Supremo de Guerra y Marina. Pero sin duda el legislador ha tenido presente, para dictar aquellas disposiciones, el conservar intactos los principios sobre los límites de las diferentes jurisdicciones, no atribuyendo al Tribunal Supremo de Justicia, con infracción de estas, el conocimiento de materias, que como las militares, no son de su competencia. Solamente cuando esta se fundase en el fuero personal, podria tener fuerza la opinion de que entendiera dicho tribunal de ellas, para evitar decisiones diferentes y aun contradictorias; pero sobre que esto no eviataria la infracción de dichos principios, es difícil que no se rocen las cuestiones, aun puramente civiles suscitadas entre los aforados de guerra, con cuestiones incidentes, ó con disposiciones que se refieran ó entrañen en el derecho militar. La razon de similitud sobre dirimir las cuestiones de competencia que se suscitan entre el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y las audiencias, el Supremo de Justicia, es acaso lo mas fuerte que pudiera alegarse, pero se debilita considerando, que en estas cuestiones, hay interesada una autoridad del fuero ordinario por la integridad de cuya jurisdiccion y competencia debe velar el Tribunal Supremo de Justicia; que se trata ademas de un negocio que se refiere y roza con la jurisdiccion ordinaria que dicho tribunal debe defender, evitando que se usurpen ó se invada en sus atribuciones; y que ademas, no decide definitiva é irrevocablemente sobre el fondo y cuestion principal del litigio; á lo que se agrega tambien la falta en el dia de una autoridad superior é independiente de ambas jurisdicciones que dirima estas diferencias como existia antes en la Junta de competencias, formada por ministros de ambos consejos, y como existe para resolver las que se suscitan entre las autoridades judiciales y las administrativas, á saber: el Soberano en union con el Consejo de Estado. Nada de esto milita respecto de los recursos de casacion que se interponen contra las sentencias ejecutorias de los tribunales militares, puesto que es naturalmente autoridad superior de ellos el Tribunal Supremo de Guerra y Marina.

1505. Réstanos, para terminar este párrafo, justificar la palabra *casacion* con que se denominan estos recursos. Esta palabra, que como ya hemos indicado, significa la anulacion (V. el art. 1098 de la ley de Enjuiciamiento civil), quebrantamiento, derogacion ó abrogacion de los actos que, por tener algun vicio radical de nulidad ó infractor de las leyes, no son subsistentes con arreglo á derecho, es de acepcion forense y se encuentra usada de muy antiguo en nuestros documentos legales. Modernamente se hace uso de ella en el real decreto de 20 de julio de 1852 sobre el modo de proceder en las causas de contrabando y defraudacion á la Hacienda, y en

el de 25 de enero de 1854 sobre esta clase de recursos contra las sentencias de las audiencias de Ultramar. La palabra *casacion* es acaso la mas propia y digna que se ha empleado para denominar esta clase de recursos. La de *recursos de nulidad* que se daba por el decreto de 4 de noviembre de 1858 á los que han sustituido los actuales de casacion, ofrecia el inconveniente de confundirse con el *recurso de nulidad* ordinario que se interpone de las sentencias de los jueces inferiores para ante las audiencias, solo ó juntamente con la apelacion. La de *injusticia notoria*, suponía una ingnorancia tan notable, que rayaba en malicia y que desprestigiaba nuestra magistratura, rebajando la alta opinion de integridad, ó de honor y delicadeza de que debe ser limpio espejo. Ademas esta palabra, asi como la de nulidad señalaban y marcaban desde luego el vicio de la sentencia, terminantemente, infiriendo en su consecuencia cierta nota ó agravio á los jueces que la habian dictado. La palabra *casacion*, como si dijéramos *anulacion*, carece de todos estos inconvenientes, puesto que, ademas de no ser mal sonante, indica, no tanto que la sentencia es realmente viciosa, nula ó ilegal, cuanto que debe anularse; marca mas bien que la causa, el efecto, el cual es contingente, y depende siempre de la decision del Tribunal Supremo.

## § II.

*Sentencias de que puede interponerse el recurso de casacion.*

1504. Fundándose el recurso de casacion en la nulidad cometida ó en los perjuicios que causan las providencias judiciales contrarias al derecho, es consiguiente que se dé contra aquellas sentencias que no pueden enmendarse, revocarse ó suplirse en la primera ni en la segunda instancia, ni por ninguna otra via ó recurso legal, y en su consecuencia, contra las que no son ejecutorias, pues si hubiera algun otro remedio ordinario contra ellas, como podria enmendarse por estos medios el perjuicio causado, la infracción ocasionada ó el vicio de nulidad que en sí encierran, no existiria la causa que motiva y da lugar al recurso de casacion. Por esto dispone la Ley de Enjuiciamiento en su artículo 1010, que *el recurso de casacion se da contra todas las sentencias de los tribunales superiores que recaigan sobre definitiva, si concurren las causas que se espresan en los arts. 1012, 1013 y siguientes de la misma, que espondremos mas adelante.*

1505. En su consecuencia, es necesario para que haya lugar al recurso de casacion: 1.º Que la sentencia de que se interpone se halle dictada por un tribunal superior: 2.º Que sea definitiva: 3.º Que contenga vicio de nulidad ó sea contra ley ó doctrina admitida como legal por la jurisprudencia práctica de los tribunales.

1506. Entiéndese por sentencia de tribunal superior, la pronunciada por jueces que no tienen superior respecto del negocio en que recayó, y asi lo son los árbitros á quienes se comete un pleito en segunda instancia, pues en él hacen las veces de las audiencias ó tribunales superiores.

1507. Ha lugar á casacion, aun cuando las sentencias definitivas de las

Estas disposiciones se han tachado por algunos autores como contrarias á la índole esencial de los recursos de casacion, en cuanto no someten el conocimiento de estos recursos al Tribunal Supremo de Justicia, por convenir que se decidieran por un mismo tribunal, para que hubiese unidad en los fallos, y uniformidad en la jurisprudencia, á lo que pudiera agregarse la razon de similitud de dirimir el Tribunal Supremo de Justicia las contiendas de competencia que se suscitan entre las audiencias y el Tribunal Supremo de Guerra y Marina. Pero sin duda el legislador ha tenido presente, para dictar aquellas disposiciones, el conservar intactos los principios sobre los límites de las diferentes jurisdicciones, no atribuyendo al Tribunal Supremo de Justicia, con infracción de estas, el conocimiento de materias, que como las militares, no son de su competencia. Solamente cuando esta se fundase en el fuero personal, podria tener fuerza la opinion de que entendiera dicho tribunal de ellas, para evitar decisiones diferentes y aun contradictorias; pero sobre que esto no eviataria la infracción de dichos principios, es difícil que no se rocen las cuestiones, aun puramente civiles suscitadas entre los aforados de guerra, con cuestiones incidentes, ó con disposiciones que se refieran ó entrañen en el derecho militar. La razon de similitud sobre dirimir las cuestiones de competencia que se suscitan entre el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y las audiencias, el Supremo de Justicia, es acaso lo mas fuerte que pudiera alegarse, pero se debilita considerando, que en estas cuestiones, hay interesada una autoridad del fuero ordinario por la integridad de cuya jurisdiccion y competencia debe velar el Tribunal Supremo de Justicia; que se trata ademas de un negocio que se refiere y roza con la jurisdiccion ordinaria que dicho tribunal debe defender, evitando que se usurpen ó se invada en sus atribuciones; y que ademas, no decide definitiva é irrevocablemente sobre el fondo y cuestion principal del litigio; á lo que se agrega tambien la falta en el dia de una autoridad superior é independiente de ambas jurisdicciones que dirima estas diferencias como existia antes en la Junta de competencias, formada por ministros de ambos consejos, y como existe para resolver las que se suscitan entre las autoridades judiciales y las administrativas, á saber: el Soberano en union con el Consejo de Estado. Nada de esto milita respecto de los recursos de casacion que se interponen contra las sentencias ejecutorias de los tribunales militares, puesto que es naturalmente autoridad superior de ellos el Tribunal Supremo de Guerra y Marina.

1505. Réstanos, para terminar este párrafo, justificar la palabra *casacion* con que se denominan estos recursos. Esta palabra, que como ya hemos indicado, significa la anulacion (V. el art. 1098 de la ley de Enjuiciamiento civil), quebrantamiento, derogacion ó abrogacion de los actos que, por tener algun vicio radical de nulidad ó infractor de las leyes, no son subsistentes con arreglo á derecho, es de acepcion forense y se encuentra usada de muy antiguo en nuestros documentos legales. Modernamente se hace uso de ella en el real decreto de 20 de julio de 1852 sobre el modo de proceder en las causas de contrabando y defraudacion á la Hacienda, y en

el de 25 de enero de 1854 sobre esta clase de recursos contra las sentencias de las audiencias de Ultramar. La palabra *casacion* es acaso la mas propia y digna que se ha empleado para denominar esta clase de recursos. La de *recursos de nulidad* que se daba por el decreto de 4 de noviembre de 1858 á los que han sustituido los actuales de casacion, ofrecia el inconveniente de confundirse con el *recurso de nulidad* ordinario que se interpone de las sentencias de los jueces inferiores para ante las audiencias, solo ó juntamente con la apelacion. La de *injusticia notoria*, suponía una ingnorancia tan notable, que rayaba en malicia y que desprestigiaba nuestra magistratura, rebajando la alta opinion de integridad, ó de honor y delicadeza de que debe ser limpio espejo. Ademas esta palabra, asi como la de nulidad señalaban y marcaban desde luego el vicio de la sentencia, terminantemente, infiriendo en su consecuencia cierta nota ó agravio á los jueces que la habian dictado. La palabra *casacion*, como si dijéramos *anulacion*, carece de todos estos inconvenientes, puesto que, ademas de no ser mal sonante, indica, no tanto que la sentencia es realmente viciosa, nula ó ilegal, cuanto que debe anularse; marca mas bien que la causa, el efecto, el cual es contingente, y depende siempre de la decision del Tribunal Supremo.

## § II.

*Sentencias de que puede interponerse el recurso de casacion.*

1504. Fundándose el recurso de casacion en la nulidad cometida ó en los perjuicios que causan las providencias judiciales contrarias al derecho, es consiguiente que se dé contra aquellas sentencias que no pueden enmendarse, revocarse ó suplirse en la primera ni en la segunda instancia, ni por ninguna otra via ó recurso legal, y en su consecuencia, contra las que no son ejecutorias, pues si hubiera algun otro remedio ordinario contra ellas, como podria enmendarse por estos medios el perjuicio causado, la infracción ocasionada ó el vicio de nulidad que en sí encierran, no existiria la causa que motiva y da lugar al recurso de casacion. Por esto dispone la Ley de Enjuiciamiento en su artículo 1010, que *el recurso de casacion se da contra todas las sentencias de los tribunales superiores que recaigan sobre definitiva, si concurren las causas que se espresan en los arts. 1012, 1013 y siguientes de la misma, que espondremos mas adelante.*

1505. En su consecuencia, es necesario para que haya lugar al recurso de casacion: 1.º Que la sentencia de que se interpone se halle dictada por un tribunal superior: 2.º Que sea definitiva: 3.º Que contenga vicio de nulidad ó sea contra ley ó doctrina admitida como legal por la jurisprudencia práctica de los tribunales.

1506. Entiéndese por sentencia de tribunal superior, la pronunciada por jueces que no tienen superior respecto del negocio en que recayó, y asi lo son los árbitros á quienes se comete un pleito en segunda instancia, pues en él hacen las veces de las audiencias ó tribunales superiores.

1507. Ha lugar á casacion, aun cuando las sentencias definitivas de las

audiencias recaigan sobre providencias dictadas por el inferior sobre cuestiones promovidas en actos de jurisdicción voluntaria, según se declara en la regla 14 del art. 1208 de la Ley de Enjuiciamiento. Así se halla ratificado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de setiembre de 1838, según la cual, la disposición de la regla 14 del art. 1208 de dicha ley, debe entenderse concretada á los actos de jurisdicción voluntaria, espresados en el párrafo 1.º del mismo. Véase también la del 19 de junio de 1839.

1308. No procede pues, la casación contra las sentencias definitivas de los jueces inferiores, aunque adolezcan de los vicios indicados, porque puede reclamarse contra ellas para ante el superior inmediato, por medio de la apelación y de los demás recursos que llevamos espuestos, y hacerse desaparecer aquellos vicios ó infracciones legales, revocándolas ó reformándolas. No ha lugar tampoco á la casación contra las providencias interlocutorias, aun cuando se hubiesen dictado por las audiencias, jueces ó tribunales de alzada, puesto que para enmendar sus vicios ó infracciones, queda el remedio de la súplica para ante el mismo tribunal. Si no se hace uso de estos remedios ó recursos ordinarios por las partes contendientes, se entiende, que consienten en las providencias viciosas y que aceptan sus consecuencias. Así se halla terminantemente ratificado por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Veamos las de 22 de octubre de 1857, 6 de octubre de 1858, 4 de marzo de 1859 y 14 de junio del mismo año, que versa sobre el caso de haberse interpuesto súplica por la parte que se sintió agraviada por una providencia interlocutoria de una audiencia y abandonando después este recurso, interpuso el de casación: el Tribunal Supremo declaró no haber lugar á él, considerando que la providencia de la audiencia fue consentida por la parte recurrente y causó estado, que la parte lejos de insistir en la súplica, prescindió de ella, y que el recurso de casación como extraordinario, no se da sino después de haber utilizado infructuosamente todos los ordinarios que las leyes conceden.

1309. Ofreciendo dudas y dificultades comprender exactamente que providencias son definitivas, y cuáles interlocutorias, aun consideradas en general, puesto que de estas últimas hay tres clases, algunas de las cuales se equiparan en sus efectos á las definitivas y tienen fuerza de tales, porque aunque recaen sobre un incidente que se promueve dentro ó con ocasión del juicio principal, terminan aquella cuestión definitiva é irrevocablemente, según espusimos en la sección 6, tit. 6, lib. II de esta obra, se acrecen mayormente aquellas dificultades, considerando dichas providencias relativamente á los recursos de casación. Así pues, para dar una guía sobre este punto, la nueva Ley de Enjuiciamiento en su artículo 1011, hace dos declaraciones basadas en la doctrina que llevamos expuesta.

Según la primera, se entiende definitiva para los efectos de la disposición del art. 1010, esto es, de que haya lugar al recurso de casación, lo que, aun cuando haya recaído sobre un artículo, ponga término al juicio y haga imposible su continuación. Todavía la dificultad de la materia ha ocasiona-

do, que á pesar de esta regla, se hayan interpuesto numerosos recursos fundados en ser la sentencia definitiva, los cuales ha declarado sin embargo improcedentes el Tribunal Supremo. Hé aquí las principales declaraciones pronunciadas sobre este punto y que creemos conveniente esponer, siguiendo el orden de preferencia en los juicios y de tramitación judicial que establece y adopta la Ley de Enjuiciamiento.

1310. Debemos pues hacernos cargo en primer lugar, siguiendo este orden, sobre si deben considerarse sentencias definitivas para el efecto de haber lugar al recurso de casación; las providencias de las audiencias, que recaen en las cuestiones ó incidentes sobre competencias de jurisdicción. Los autores que opinan por la negativa alegan «que tales providencias, no ponen término al juicio, ni hacen imposible su continuación, pues sea cual fuere la jurisdicción que se declare competente para el conocimiento del asunto, este habrá de continuarse hasta que se termine por los medios legales, y que por eso la ley, al tratar de los trámites precisos para dirimir las cuestiones de competencia, aunque permiten el recurso de casación, lo limita á su tiempo y lugar (art. 111 de la Ley de Enjuiciamiento, esto es, para cuando el juicio principal estuviese terminado por haber recaído en él la verdadera sentencia definitiva que causa ejecutoria y no sea posible ya mas controversia jurídica.» Pero contra estas razones puede alegarse que, si bien es cierto que las sentencias de las audiencias sobre competencias, no impiden que se siga el juicio sobre el asunto que dió motivo á la contienda jurisdiccional, terminan definitivamente la cuestión sobre la competencia, puesto que marcan el juez que debe entender de aquel asunto, y si este no fuese en realidad el componente, adolecería, tanto el procedimiento como la providencia que dictare, de un vicio de nulidad, que es la séptima de las nueve causas que designa el art. 1013 como fundamento del recurso de casación, á saber: la de incompetencia de jurisdicción en los casos en que no hubiere sido el Tribunal Supremo quien hubiere resuelto este punto. Además, el art. 111 citado no se refiere solamente, como se pretende, á la sentencia sobre el asunto principal, pues no dice que se pueda interponer el recurso en su tiempo y lugar, sino su caso y lugar; esto es, atendiendo á si la sentencia es contra ley ó doctrina legal, que se menciona en el art. 1012, ó á si existe defecto sustancial en el procedimiento, á que se refiera el art. 1013. Y aun cuando quiera admitirse que el art. 111, solo se refiere al 1013, regla 7.ª, no se deduce de ello, que no pueda interponerse el recurso mas que de la sentencia sobre el asunto principal, sino de esta ó de la que decide la competencia, pues no obsta á tal interpretación que se refiera el artículo citado al caso en que se hubiera ya resuelto la competencia; al espresar que para que haya lugar al recurso no ha debido haberla resuelto el Tribunal Supremo, puesto que para que se reclame la casación es siempre preciso que se halla pronunciado fallo decidiendo la competencia. Por otra parte, en el caso de no poder reclamarse inmediatamente después que se dictare la sentencia de segunda instancia, dirimiendo la competencia, y que hubiera que esperar á que se decidiera la cuestión objeto del litigio, se ocasionarían á las partes,

dilaciones y gastos grandísima importancia. Porque si despues de seguir este pleito en sus dos instancias y con todos sus incidentes, el Tribunal Supremo declarase, en virtud del recurso de casacion por incompetencia, que el juez que conoció de él no era competente, habria que remitir los autos al declarado tal, y seguirse otra vez otro litigio ante este, con sus dos instancias é incidentes para conocer del negocio principal. Por el contrario, proponiéndose por incompetencia el recurso de casacion inmediatamente despues que se pronuncia la sentencia que dirimió la contienda, se evitan los gastos y dilaciones del primer litigio sobre lo principal, pues declarado por el Tribunal Supremo, que juez es el competente, conoce este desde luego del asunto, sin que haya lugar ya á otro recurso de casacion por incompetencia, puesto que se está en el saco en que lo prohíbe la regla 7.<sup>a</sup> del artículo 1015, esto es, el de haber resuelto la contienda el Tribunal Supremo. Por estas consideraciones sin duda el Tribunal Supremo de Justicia ha establecido la jurisprudencia sobre este punto, admitiendo los recursos de casacion interpuestos inmediatamente de pronunciado el fallo que resuelve la competencia por varias sentencias que ha dado sobre este particular.

Tales son las siguientes por las que el Tribunal Supremo admitió y resolvió el recurso de casacion interpuesto contra sentencias de una audiencia, dirimiendo contiendas de competencia promovidas por inhibicion, inmediatamente que se pronunciaron, y sin esperar el fallo definitivo del pleito sobre lo principal.

1.<sup>a</sup> La sentencia de 25 de enero de 1858, declarando haber lugar el recurso, y que decidió á favor de la jurisdiccion ordinaria, interpuesto por infraccion de ley contra la providencia de apelacion de una audiencia, declarando competente á un tribunal de comercio á quien recurrieron los interesados, proponiendo la inhibitoria contra un juez ordinario que entendia del asunto de que se trataba, y el cual, negándose á inhibirse, dió ocasion á la contienda.

2.<sup>a</sup> La sentencia del 25 de diciembre de 1858 sobre recursos de casacion promovido contra la de una audiencia, dirimiendo la contienda de competencia que surgió entre dos jueces ordinarios, á consecuencia de haber el demandado ante uno de ellos, acudido ante el otro, en lugar de contestar á la demanda, pidiendo oficiara de inhibicion contra aquel como incompetente, y de haberse este negado á inhibirse, recibido que hubo el oficio inhibitorio.

3.<sup>a</sup> La de 28 de febrero de 1859 sobre recurso promovido contra providencia de la audiencia confirmatoria de la de un juez ordinario, por la que se inhibió del conocimiento del negocio de que se trataba, mandando remitir á un tribunal de comercio las actuaciones, á consecuencia de oficio inhibitorio que le pasó este, por haber acudido el interesado ante él, proponiendo la inhibicion contra el juez ordinario.

4.<sup>a</sup> La de 28 de junio de 1859, sobre providencia de la audiencia revocatoria de la de un juez ordinario que se declaró incompetente para entender del negocio que se le sometió, en vista de lo que arrojaban las probanzas

y contra cuya competencia habia reclamado el demandado. El Tribunal Supremo conoció de este recurso á pesar de haber revocado la Audiencia la sentencia de primera instancia y declaró que el conocimiento del negocio correspondia á la jurisdiccion ordinaria, y que se devolviera al juzgado que se inhibió de él para que procediese con arreglo á derecho, sin que para interponerse dicho recurso, se esperase á la decision del litigio en cuanto á lo principal, no obstante, estar las actuaciones muy avanzadas. Véase esta sentencia que ofrece algunas particularidades sobre la doctrina que esponemos. Véase tambien la de 26 de junio de 1860 citaba al fin del párrafo y números siguientes.

Sin embargo, por sentencia de 29 de noviembre de 1860, declaró el Tribunal Supremo improcedente en recurso de casacion contra el fallo de una Audiencia, decidiendo una competencia promovida por inhibitoria entre dos jueces de su territorio, fundándose dicho Tribunal en que la referida sentencia no hacia imposible la continuacion del juicio sobre la principal, puesto que en su día (esto es, despues de pronunciada la sentencia sobre este) podia ventilarse de nuevo el punto jurisdiccional, interponiendo dichos recursos por una de las causas del art. 1013 (la 7.<sup>a</sup>) de la Ley de Enjuiciamiento. El caso sobre que recayó fué el siguiente: Don Manuel Romero Ilzarbe, mayor de 20 años y menor de 25, acudió al juzgado de primera instancia de Carballino, solicitando que se le nombrase un curador *ad litem*, que le representara en la reclamacion que tenia que deducir contra su curador *ad bona*, don José Romero Vazquez, y estimada su solicitud, fue nombrado el procurador don José Alfeiran, y quien, previa su aceptacion, le fue discernido el cargo. Este, para preparar la demanda, pidió que Romero Vazquez evacuara ciertas posiciones, lo que así se mandó; y el Romero, antes de evacuarlas presentó en el mismo juzgado las cuentas de la tutela y curaduría de su sobrino, solicitando que se las aprobasen y que se le relevara del cargo, por las razones que alegó. Enterado de esta peticion el procurador Alfeiran, el nuevo curador *ad litem* del don Manuel, en union de su menor, acudió el juzgado de primera instancia de Santiago, donde el menor tenia su domicilio, para que oficiase de inhibicion al de Carballino; y hecho así, se formó competencia sobre cuál de los juzgados habia de conocer de la demanda de aprobacion de cuentas presentadas por el don José. Remitidas las actuaciones á la Audiencia de la Coruña para la decision de la contienda, la Sala tercera, por sentencia de 7 de diciembre del año de 1859, declaró que el conocimiento correspondia el juez de Carballino. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casacion, alegando que se habian infringido los arts. 2.<sup>o</sup>, 4.<sup>o</sup>, 5.<sup>o</sup> y 1256 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y las leyes 47 de Toro, 7, tit. 2, lib. 40, de la Nov. Recop., y 15, tit. 16, Part. 6. Dicha Sala de la Audiencia declaró no haber lugar por entonces á la admision del recurso, reservándose resolver para su caso y lugar, lo que correspondiera conforme el art. 111 de la citada Ley.

Para mayor ilustracion de esta materia, creemos conveniente esponer lo establecido por el Tribunal Supremo en dos decisiones de competencia, y



en una sentencia sobre recurso de casacion, por la importancia de la doctrina que contiene, y por ser análoga y poder servir de complemento á la que llevamos enunciada.

En las primeras, dadas en 12 de mayo de 1855 y 10 de febrero de 1857, se declara, que la decision del Tribunal Supremo que se limita á declarar mas competente una jurisdiccion que otra, cuando contienden dos que no son competentes, en un estado especial de un negocio, no establece competencia absoluta de aquella, ni sirve para deducir que no hubiere juzgado alguno mas competente, ó con mas razon legal para conocer.

La segunda estableció haber lugar al recurso de casacion por falta de competencia, cuando se conoce del incidente de audiencia del que ha sido condenado en rebeldía, aunque fuese á instancia del rebelde, en el juzgado de primera instancia, y se lleve la apelacion á la audiencia. El Tribunal se fundó: 1.º en que la falta de competencia era radical é incontestable, pues se habia conocido del incidente por el juzgado de primera instancia, y en apelacion por la audiencia, siendo asi que la Ley de Enjuiciamiento en su art. 1199 dispone que, «la audiencia que haya dictado la ejecutoria, á cuyo territorio corresponda el juzgado cuya sentencia haya quedado consentida, es quien debe declarar si procede ó no que se oiga al litigante condenado en rebeldía,» y en este supuesto ni el juzgado de primera instancia tuvo competencia para conocer por demanda, ni la audiencia para hacerlo por apelacion: 2.º en que, aun cuando por regla general, debiera perjudicar al demandante para reclamar la incompetencia, el haber él mismo llevado el incidente al juzgado de primera instancia por demanda y á la Audiencia por apelacion, prorogando asi la jurisdiccion, en su caso, al tenor de los arts. 2, 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento; y aunque tambien debiera perjudicarlo el no haber reclamado la subsanacion de la falta en primera ni en segunda instancia, segun el art. 1019 de la ley, estos artículos han de entenderse y aplicarse dentro del procedimiento y trámites autorizados por las leyes, y subordinados por lo tanto á los que determinan las instancias y recursos en los juicios, de suerte que en ningun caso la sumision espresada ó tácita de las partes legitime las instancias y recursos extraordinarios, no autorizados, ni menos aun escludidos por las leyes, en cuyo supuesto, el derecho público seria turbado á voluntad de los particulares, como sucederia en el presente caso, de dar otra estension y aplicacion á los arts. 2, 3 y 4 y 1019 citados: y 3.º en que la incompetencia inherente por lo dicho en el caso referido, á la sentencia de vista, no pudo reclamarse por la parte que lo hizo, pues una vez notificaba á la misma, no tenia contra ella otro recurso que el de casacion, en cuyo supuesto el art. 1020 de la ley, da lugar á la admision del mismo, aunque no hubiese precedido la reclamacion de parte, á que es referente el art. 1019.

No deben confundirse los casos espuestos y las resoluciones que recayeron en ellos, con los en que se reclama contra la incompetencia el mismo juez que conocè del negocio principal por escepcion declinatoria, formando artículo de incontestacion; pues en tal caso, como no se promueve cuestion

entre dos jueces que se crean competentes, como la reclamacion se hace dentro del procedimiento sobre lo principal, y como el auto en que declara el juez no haber lugar á admitir dicha escepcion, no imposibilita la continuacion del juicio, puesto que aquella puede examinarse y apreciarse al decidir sobre la cuestion principal, es aplicable aqui la doctrina de que debe esperarse para promover el recurso de casacion por incompetencia de jurisdiccion, ó fundamento en la causa 7.ª del artículo 1015 á que se pronuncie la sentencia definitiva sobre el fondo del negocio. Asi lo ha consignado el Tribunal Supremo en varias sentencias, de las cuales solo citaremos, como las mas notables, las siguientes:

1.ª La del 21 de mayo de 1858, declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra providencia de la Audiencia confirmatoria de la de un juez de primera instancia en que declaró admisible la escepcion de incompetencia por declinatoria, propuesta por el demandado, en vez de contestar á la demanda que se interpuso contra él ante dicho juez. El Tribunal Supremo confirmó el auto definitivo de la Audiencia, fundándose en que dicha sentencia no era sobre definitivo, ni tampoco de las que ponen término al juicio haciendo imposible su continuacion, toda vez que por lo contrario, obligaba al demandado á contestar á la demanda, dejando asi abierto el juicio para que siguiera por todos sus trámites.

2.ª La de 3 de marzo de 1860 en apelacion de haberse denegado la admision del recurso de casacion contra la sentencia de una Audiencia confirmatoria de la del juez de primera instancia, declarando no haber lugar á la admision del artículo de escepcion dilatoria de incompetencia de jurisdiccion. El Tribunal se fundó en que tal providencia no hacia imposible la continuacion del juicio, toda vez que en un dia podia agitarse de nuevo por causa de las comprendidas en el artículo 1015 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3.ª La de 25 de octubre de 1860, resolviendo no haber lugar al recurso de casacion contra la sentencia de un tribunal superior confirmatoria de la del inferior, declarando no haber lugar á la declinatoria de jurisdiccion que propuso el demandado. La interposicion del recurso se fundó en los artículos 1010 y 1012 y admitido, promovió el contrario la cuestion prévia de que trata el art. 1090 de la ley, por juzgar inadmisibile el recurso en atencion á que la sentencia de que se interpuso, si bien era definitiva en su género, no lo era en el sentido de la ley citada, puesto que solo decidia una simple declinatoria de jurisdiccion. El Tribunal Supremo se fundó, al declarar no haber lugar al recurso, en que siendo de competencia por declinatoria de jurisdiccion la cuestion promovida, no debió interponerse aquel con arreglo á los arts. 1010 y 1012 de la ley, en cuyo concepto lo admitia la sala sentenciadora, y en su consecuencia debió admitirse con arreglo á la causa 7.ª del 1015, despues de pronunciado el fallo sobre lo principal. Véase lo espuesto en el número 1516.

4.ª Por otra sentencia del dicho Tribunal Supremo de 26 de junio de 1860, le declaró no haber lugar á la admision de un recurso de casacion de provi-

dencia en que se inhibió el juez del conocimiento del negocio que se le habia sometido, no obstante no haberse propuesto contienda de jurisdicción por inhibición, ni cuestión de competencia por declinatoria, por no considerarse definitiva la providencia de que se interpuso el recurso, pues recaía sobre diligencias encaminadas á preparar un juicio. Este caso tiene semejanza con el en que un juez se declara incompetente para conocer de un negocio, por habersele pasado oficio inhibitorio por otro que se juzga competente, puesto que pidió el juez varios documentos á las autoridades superiores administrativas, necesarias para el juicio de que se trataba y que se le negaron de real orden, advirtiéndole que de aquel negocio se ocupaban las Cortes. Véase la sentencia de 29 de noviembre de 1860, arriba espuesta, despues de la cuarta que se cita como resolviendo competencias promovidas por inhibitoria.

De lo espuesto se deduce con mayor razon, que no há lugar al recurso de casacion hasta que se pronuncia sentencia sobre el fondo del negocio, cuando se propone la incompetencia como escepcion perentoria, puesto que de esta se conoce juntamente con el negocio principal. Asi se ha consignado por sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1860, en el recurso interpuesto contra la providencia de una audiencia confirmatoria de la del juez inferior en que decidió sobre el fondo del negocio, á pesar de haberse propuesto dicha escepcion.

1511. En cuanto á acumulacion de autos, no se consideran sentencias definitivas, y no se da el recurso de casacion contra ellas, las providencias denegándola. Asi, se ha declarado por sentencia de 20 de octubre de 1859, no haber lugar á dicho recurso contra sentencia que declaró no acumulable el juicio de deshaucio á otro que se seguia sobre renovacion del contrato de arriendo á que se referia aquel. El recurrente alegaba, que el fallo de la superioridad atribuía jurisdicción á un juez incompetente concurriendo la causa 7 del art. 1013, y que si bien, dicho fallo no recaía sobre definitiva, tenia fuerza de tal para la interposicion del recurso, puesto que la providencia que se habia dado de desacumulacion, ponía término al juicio de deshaucio, que acumulado al ordinario sobre renovacion del arriendo, se confundia con este, y aun cuando la ley que autorizaba espresamente dicho recurso, en esta materia, lo autorizaba la causa 7 del art. 1013, sobre incompetencia del juez, mediante á que toda cuestión sobre acumulacion envolvia la de competencia. El Tribunal Supremo fundó la negativa, en que dicha providencia no debia entenderse como definitiva de las á que se refiere el art. 1014 de la ley, por no poner término al juicio principal á que se refiere dicho artículo, ni hacia tampoco imposible su continuacion, antes por el contrario (decia la Audiencia) lejos de ello, dejaba espedito el curso á los dos acumulados. Véase tambien la sentencia de 21 de octubre de 1859, tomo 72 de Decretos, pág. 85.

1512. Respecto de las sentencias sobre incidentes de declaracion de pobreza, hay que distinguir los casos en que se concede ó no dicho beneficio. Se han considerado definitivas para los efectos de haber lugar á la

interposicion del recurso de casacion, las que deniegan á un litigante el beneficio de ser declarado pobre, puesto que imponiéndole la obligacion que no puede cumplir, de sufragar los gastos necesarios para seguir el juicio sobre lo principal, imposibilitan su continuacion y lo terminan de echo, segun declara la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1860, que es la mas explicita que se ha dictado sobre este punto. Mas por el contrario, no se consideran definitivas para poder recurrir de ellas á casacion, las sentencias por las que se ha concedido el beneficio de poder defenderse por pobre, pues no ponen fin á la cuestión principal ó sobre que va á seguirse pleito, ni hacen imposible la continuacion de este, ni aun privan al agraviado de que si el declarado pobre viniese á mejor fortuna, pueda aquel obtener otra declaracion contraria; doctrina que establece la sentencia de 10 de marzo de 1860, que es la mas importante, pronunciada sobre este particular.

1513. Tampoco se consideran definitivas las providencias que se dictan sobre incidentes preparatorios de un juicio, por no terminar el promovido sobre la cuestión principal, ni hacer imposible su continuacion. En su consecuencia, el Tribunal Supremo ha declarado no haber lugar al recurso de casacion interpuesto contra providencias en que se impusieron las costas á un litigante que intentó la preparacion de un juicio ordinario, pidiendo ciertos testimonios, por haber dejado pasar el término que se le señaló para designar lo que hubiera de testimoniarse. El Tribunal además de fundarse en la doctrina espuesta, espresó que menos debia concederse dicho recurso, habiéndose accedido á las pretensiones del que lo promovió. Asimismo ha declarado por otra de 12 de julio de 1860, no haber lugar al recurso de casacion, por las razones espuestas, contra la providencia desestimando la solicitud que en un accidente sobre nombramiento de curador *ad litem* de un menor, dedujo un pariente del mismo, para que se le entregasen los autos, á fin de formalizar la petición que en derecho procedia. Finalmente, por sentencia de 26 de junio de 1860, se ha declarado que la providencia inhibiéndose un juez de la práctica de diligencias encaminadas á preparar un juicio, y sobre las que no puede recaer sentencia definitiva para los efectos del art. 1010, distan mucho de merecer este nombre para que haya lugar contra ella al recurso de casacion.

1514. Como consecuencia del espíritu de la doctrina espuesta en el número anterior, no ha lugar al recurso de casacion, contra las providencias que deniegan ó repelan la admision de una demanda, por no haberse interpuesto en forma, pues no terminan el juicio ni hacen imposible su continuacion, puesto que queda á salvo al litigante su derecho para presentarse en otra forma ó llenando algunos requisitos, aun en el caso de exigirse indebidamente ó con error el cumplimiento de una formalidad, siempre que haya algun medio de acreditar, que no es legalmente posible llenarla, pues en tal caso se abriria de nuevo el pleito, pudiendo ejercitarse el mismo derecho. Esta doctrina se halla espuesta en sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1860. Y por sentencia del 16 del mismo mes y año, se

ha declarado que el art. 226 de la ley de Enjuiciamiento civil, por el que se previene la repulsion de las demandas que no se acomoden á las reglas establecidas en la misma ley, es aplicable á toda clase de demandas, sin exceptuar las incidentales, y que en su consecuencia, no ha lugar al recurso de casacion contra una providencia que deniega una demanda de recusacion que es inadmisibile.

1515. Segun la doctrina que acabamos de sentar, con cuya razon será improcedente el recurso de casacion contra providencias, que declarando improcedente la demanda por la forma en que fue propuesta, prescriben la en que debe sustanciarse, puesto que lejos de poner término al juicio, se indica por ellas el en que pueden ejercitarse. Asi se ha consignado por sentencia de 15 de febrero de 1858. Y por otra de 17 de abril de 1859 se ha declarado no ser definitivas, ni haber lugar al recurso de casacion contra ellas, las sentencias que dirigen el orden del procedimiento cuando queda espedito á las partes del ejercicio de sus acciones en el juicio y en la forma que corresponde con arreglo á las leyes. Asimismo, por sentencia de 14 de febrero de 1859, se ha declarado no proceder dicho recurso contra providencias que no impiden el curso ulterior del procedimiento, como son las que resuelven las cuestiones de personalidad para conseguir las apelaciones pendientes, sin que en manera alguna concluyan el pleito, pues al contrario, ponen en curso la prosecucion de las alzadas, y abren la puerta para que las partes puedan ejercitar sus acciones y derechos.

1516. Puede suceder, que aun cuando el juez admita la demanda, el litigante contrario encuentre en ella defectos ó crea asistirse motivos legales para contestar á ella, como si el demandante no justificó su personalidad ó no la formuló con arreglo á la ley ó no acompañó los documentos en que se apoya, etc. En tales casos, no ha lugar al recurso de casacion contra las providencias en que admite el juez el artículo de incontestacion ó declarando no haber lugar á él, puesto que puede continuarse, subsanando aquellos defectos. El Tribunal Supremo ha sentado esa doctrina por sentencia de 19 de mayo de 1858, sobre providencia en que se admitió el artículo de incontestacion, fundado en que la demanda adolecia de aquellos tres defectos. Por otra de 21 de mayo del mismo año, sobre providencia en que se desechó el artículo de incontestacion, declaró el Tribunal, que lejos de ponerse por ella término al juicio, dejaba abierta la puerta á él, para que siguiese por todos los trámites. Véanse tambien las sentencias de 4 de febrero y 9 y 21 de mayo y 6 de octubre de 1858.

1517. Por identidad de razon, no procede el recurso de casacion contra las providencias, denegando la entrega de autos al que no legitima su personalidad, pues no ponen término al juicio ni hacen imposible su continuacion: sentencia de 11 de mayo de 1860.

1518. Tampoco procede el recurso contra aquellas providencias que toma el juez para asegurar los intereses de las partes, pues no impiden estas usen de su derecho dónde y cómo les convengan. Asi se ha declarado por la misma sentencia de 11 de mayo de 1860, respecto de providencia

dictadas para poner en seguridad los bienes de una testamentaria. Véase tambien la de 5 de junio de 1858, sobre providencia mandando dar fianza lega, llana y abonada de responder de los frutos y rentas de los bienes, objeto del litigio y proceder, en su defecto ó su secuestro, en el caso que en ella se espresa; fundóse el tribunal en que dicha sentencia no causaba perjuicio irreparable, respecto de la cuestion de propiedad de dichos frutos.

1519. No es definitiva ni ha lugar al recurso de casacion contra ella, la providencia en que se manda la presentacion de documentos ó su exhibicion para testimoniarlos. Asi se ha determinado por sentencia del Tribunal Supremo del 11 de junio de 1860, en pleito sobre rendicion de cuentas á que aquellos se referian.

1520. Tampoco procede dicho recurso contra las sentencias que recaen sobre reclamacion de alimentos provisionales en juicios sumarisimos, porque no resuelven definitivamente, segun los arts. 1011 y 1012, pues no cierran irrevocablemente la reclamacion, puesto que puede entablarse demanda de alimentos en juicio ordinario, segun el art. 1218 de la ley de Enjuiciamiento; sentencias de 22 de enero de 1859 y de 16 de octubre de 1860.

1521. La providencia, previniendo el juicio de una testamentaria promovido á instancia de parte á quien se disputaba su personalidad legal para promoverlo, no debe considerarse como definitiva, porque no hace imposible la controversia del juicio sobre dicha personalidad, pues únicamente se considera aquella como parte legitima en su caso, para promover el juicio con arreglo á los arts. 406 y 463 de la ley, sin perjuicio del derecho que tuviera cualquiera otro para disputarle la cualidad de heredero: sentencia de 16 de octubre de 1857.

1522. Ha lugar al recurso de casacion por considerarse sentencias definitivas las que recaen sobre incidentes de terceria, aun de los promovidos en juicios ejecutivos, si por declarar el dominio ó el derecho preferente terminan la cuestion litigiosa, mas no si quedan á salvo los derechos en cuestion y puede seguirse el juicio sobre ellos. Asi lo ha consignado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 1858, sobre providencia por la que se mandó adjudicar á uno de los litigantes la finca de que se trataba, fundando el tribunal la negativa del recurso, en que en tal caso, habiendo impuesto á dicho litigante la obligacion de responder con la finca adjudicada al resultado de la terceria de preferencia deducida, no ponía la adjudicacion término á este juicio, ni hacia imposible su continuacion, pues por el contrario, dejaba espedito el derecho de preferencia que podian tener los terceros interesados en la misma finca.

Es asimismo definitiva la providencia que en un juicio de concurso decide de la legitimidad y graduacion de los créditos que constituyen el fondo y la sustancia de la cuestion litigiosa. Sentencia de 15 de abril de 1856.

Lo es tambien para los efectos del art. 1011, la providencia declarando desierta una apelacion y ejecutoriada, por consiguiente, una sentencia, porque pone término al juicio: sentencia de 18 de mayo de 1860.

La providencia denegando la reforma de la en que se declaró consen-

tida la sentencia restitutoria en un interdicto de recobrar, tiene el carácter de sentencia definitiva, en razón á que pone término á dicho interdicto, y procede por lo tanto la admision del recurso de casacion, cuando se funda en alguna de las causas del art. 1015 de la ley de Enjuiciamiento civil. Sentencia de 15 de junio de 1860.

1523. Son asimismo sentencias definitivas las providencias que ponen término al juicio decidiendo sobre el fondo del mismo: sentencia de 21 de enero de 1846, y de 22 de abril de 1850; la que contiene declaracion de derechos, aunque por equivocacion se baya dado á la instancia en que recayó la sustanciacion propia de las apelaciones de los autos interlocutorios: sentencia de 18 de noviembre de 1851; las que deciden del objeto de la demanda sin ulterior recurso: sentencia de 22 de abril de 1850.

Pero ténzase presente que las sentencias dictadas sobre el fondo de un litigio en que se condena al juez en costas, solo puede estimarse como definitiva y producir los efectos de tal para los que fueren parte en el pleito en que recayó, mas no para el juez que no litigó, respecto del cual, no procede el recurso de casacion, sino despues de haberse pronunciado sentencia, en virtud de súplica del mismo contra aquella: sentencia de 14 de junio de 1859.

1524. No se considera providencia definitiva ni procede contra él el recurso de casacion, el auto por el que no se da curso á una demanda contra el Estado, en razón á no justificar el demandante haber intentado previamente la via gubernativa, ni que la hubiese deducido dentro del término correspondiente: sentencia de 18 de setiembre de 1860.

1525. Tampoco tiene el carácter de definitiva, la providencia declaratoria de que el padre tiene derecho á fijar la residencia de sus hijos menores, durante el pleito de divorcio, donde crea convenirles, ya emane de la jurisdiccion voluntaria, ya de la contenciosa, puesto que sus efectos quedan subordinados á la resolucion de dicho pleito; y por lo tanto no debe admitirse contra ella el recurso de casacion: sentencia de 28 de junio de 1860.

1526. Asimismo, la providencia en que se da por contestada una demanda sin poner término al juicio, ni decidir si ha ó no lugar á oír al demandado no condenado en rebeldía, no puede entenderse como definitiva, para los efectos del art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento: sentencia de 7 de enero de 1861.

1527. Las sentencias que no tienen mas objeto que hacer cumplir lo ejecutoriado, con arreglo á las disposiciones de la seccion 1.ª, tít. 18 de la ley de Enjuiciamiento, no pueden considerarse comprendidas en los artículos 1011 y 1012 de la misma, no procediendo en su consecuencia contra ellas el recurso de casacion, pues no son, ni pueden ser tenidas por definitivas en el sentido legal de poner término á un litigio que lo habia ya tenido por la sentencia ejecutoria. Asi se ha consignado por sentencias de 10 de enero de 1859, 25 de abril y 15 de junio de 1860.

1528. Finalmente, por sentencia de 11 de junio de 1860, se ha declarado no proceder al recurso de casacion contra la sentencia que desestima

un recurso extraordinario de queja notoriamente improcedente, cual es la que tiene por objeto la nulidad de actuaciones y providencias, contra las cuales no se da recurso alguno, segun la ley.

1529. La segunda declaracion que hace la ley en su art. 1011, § 2.º, sobre la sentencia que se entiende definitiva para los efectos de haber lugar contra el recurso de casacion, es que *tambien se entienda tal la en que se declare haber ó no lugar á oír á un litigante condenado en rebeldía*. Necesario era que la ley hiciese espresamente esta declaracion para evitar toda duda que pudiera suscitarse, especialmente sobre la primera alternativa de este caso, si se atendia á la regla sentada en el § 1.º de aquel artículo, sobre que se entienda sentencia definitiva la que pone término al juicio y hace imposible su continuacion, puesto que pudiera decirse, que la providencia en que se declara haber lugar á oír á un litigante condenado en rebeldía, lejos de poner término al juicio, lo abre nuevamente. Esta declaracion de la ley se funda en que tales providencias tienen cierto carácter de definitivas, y en la conveniencia de evitar los graves perjuicios que se seguirian al que compareció lealmente al juicio, de las grandes dilaciones y gastos que se le originarian de tener que seguir un nuevo juicio en todas sus instancias, originado por la contumacia de su contrario. Por lo demás, esta disposicion se refiere á los casos que se señalan en el tít. 25 de la Ley, como pudiendo oírse al litigante declarado rebelde, y á las sentencias que pronuncian las audiencias sobre ellos, segun el art. 1199, y conforme se consigna en el 1200.

1530. Del espíritu de la disposicion del § 1.º del art. 1011, sobre que no haya lugar al recurso de casacion contra providencia que no ponga término al juicio ni haga imposible su continuacion, se sigue, que no lo haya contra las providencias definitivas de aquellos juicios que por no causar estado ó que por dejar abierta la puerta para seguir otro juicio mas estenso sobre lo mismo, prestan ocasion á que pueda enmendarse ó subsanarse el quebrantamiento de la ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales en la sentencia definitiva dada sobre aquellos. Por esto dispone el art. 1014 de la ley que *en los pleitos posesorios, en los ejecutivos y en todos los demás, despues de los cuales puede seguirse otro juicio sobre lo mismo que haya sido objeto de ellos, no se da recurso de casacion fundado en ser las sentencias contrarias á la ley ó doctrina legal*. Esto se funda en que en el juicio ejecutivo queda al litigante á salvo su derecho, cualquiera que fuese la sentencia que pusiera término al juicio, para promover el ordinario, conforme declara el art. 972, y en los interdictos, puede promoverse el juicio plenario de posesion ó de propiedad. Véanse los arts. 702, 719, 752, y lo que sobre ellos hemos espuesto al tratar de estos juicios. Esta disposicion ha sido ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencias de 7 de octubre de 1857, de 11 de febrero de 1860, de 21 de junio de 1859, en la que se consignó tambien, que no legitimaba dicho recurso, ni producía efecto alguno para legitimarlo, la acumulacion de autos indebidamente acordada y la de 11 de febrero de 1860. Pero segun

ya espusimos en los números anteriores, procede el recurso de casacion contra las sentencias que se pronuncian en los incidentes de tercería de un juicio ejecutivo, con las modificaciones que tambien sentamos. Véase la sentencia de 5 de junio de 1860.

Sin embargo, cuando la infraccion cometida en estos juicios ha sido de las reglas esenciales del procedimiento, como no puede ya subsanarse en el juicio plenario que ha lugar á entablar posteriormente, puesto que dichas formas son inherentes al juicio á que se referian, y como en su consecuencia faltando á ellas, no ha habido verdaderamente juicio, la ley declara que *si proceden los recursos de casacion que se funden en cualquiera de las causas espresadas en el art. 105, que son las de falta de algun procedimiento sustancial del juicio y que espondremos mas adelante: art. 1014.* Véanse las sentencias que acabamos de citar, la de 28 de setiembre de 1858; la de 15 de junio de 1860, en que se consigna, que la providencia denegando la reforma de la en que se declaró consentida la sentencia restitutoria en un interdicto de recobrar, tiene el carácter de sentencia definitiva, en razon á que pone término á dicho interdicto, y procede por lo tanto contra ella la admission del recurso de casacion, cuando este se funda en alguna de las causas del art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y ha sido interpuesto en tiempo y forma; y la de 7 de febrero de 1857, en que se declara que no da lugar al recurso por la imposicion de costas, por no estar comprendida en los vicios del procedimiento que señala el art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

1551. Pero la ley establece terminantemente una escepcion á la doctrina que llevamos espuesta, negando el recurso de casacion, ya se interponga sobre el fondo ó sobre la forma, esto es, ya se funde en infraccion de ley ó en haberse omitido los trámites esenciales del juicio, cuando la cuantía del negocio es en sí de poca importancia. En su consecuencia, determina, que *ni una ni otra clase de recursos proceden en los juicios verbales ni en los de menor cuantía. § 2.º del art. 1014.* Sin duda se ha fundado para esto, en la conveniencia de evitar que las partes se comprometan, impulsadas comunmente por amor propio, en los cuantiosos gastos que ocasiona este recurso extraordinario, cuyo solo depósito previo, escede en mucho á lo que importa la cuantía de lo que se litiga. Sin embargo, no creemos esta disposicion en armonía con los altos principios y los graves intereses sobre que versa el recurso de casacion, cuales son el velar por la rigurosa observancia y aplicacion de las leyes y por la uniformidad de la jurisprudencia, manteniendo incólume el sagrado depósito de la justicia. El interés privado es solamente un objeto accesorio en esta clase de recursos. Además, no es la mayor ó menor entidad de un negocio lo que constituye su importancia, pues además del precioso é incalculable valor de estimacion que tienen ciertos objetos, su valor es tambien relativo á las circunstancias y condiciones de cada persona, puesto que para unas son mas importantes ciertas cantidades que el duplo ó triplo de estas para otras. Por otra parte, los gastos que trae consigo el recurso pueden recaer sobre el litigante contrario, si

sostiene pretensiones injustas, puesto que él solo será condenado en las costas y en la pérdida del depósito, quedándole salvos é íntegros sus intereses al que sostuvo pretensiones justas, como premio de su buena fé. Y finalmente, si los litigantes consideran que les es perjudicial el recurso en buen hora que se avengan con la providencia definitiva que recayó sobre su litigio, como pueden hacerlo en los negocios que versan sobre cuantía considerable; pero no se cierre nunca al ministerio fiscal el derecho de interponer la casacion en cumplimiento de su deber de velar por aquellos objetos sagrados, conforme se le faculta respecto de los juicios de mayor cuantía por el art. 1202 de la Ley. «La cuantía de la cosa, en nada influye para la apreciacion de un medio que únicamente se dirige á hacer respetar la ley y á que se la dé en todos los casos su genuina inteligencia, dice el señor Seijas Lozano en su luminoso dictámen fiscal de 20 de junio de 1859, emitido en el expediente formado en el Tribunal Supremo de Justicia, con motivo del progresivo recargo en asuntos de casacion; el error, pues consiste en que todo el criterio de la casacion no es ni puede ser el de las instancias ó grados del juicio, por ser remedios esencial y absolutamente diferentes. Ambos corresponden á sentencias distintas, y pertenecen á instituciones diversas y aun de opuesta índole. La confusion que de uno y otro se ha hecho en la Ley de Enjuiciamiento, reputándolos uno mismo, y por lo menos de igual naturaleza, es precisamente la causa del mal que se lamenta...» «De nada influye para determinar la procedencia de la casacion que la cualidad de executorio la adquiera el fallo en una ó en ulteriores instancias, mas obtenida esta, ó la ley ha de autorizar su propia infraccion, lo que seria un anti-principio, ó ha de facilitar el remedio, la casacion, sin que deba consultar la cuantía del interés lastimado, sino la existencia de la violacion. El criterio, por consiguiente, para la admisibilidad de las instancias, no es aplicable á la casacion...» En buen hora la ley consulte al estatuir los diversos grados del juicio y su procedencia, la cuantía de la cosa, los efectos mas ó menos permanentes y trascendentales de un fallo; quizá no tuvo otro criterio que adoptar. Pero aplicar este á un remedio, respecto del cual para nada hay que tener en cuenta ni la cosa litigosa ni la duracion de sus defectos, seria un anti-principio, una desviacion de las reglas fundamentales de la lógica. Su criterio hay que buscarlo en la naturaleza misma del remedio, en el sujeto sobre que obra. ¿Se encamina él á reprimir toda violacion en el órden judicial? Pues trazada esta, su estension y tambien su limite, donde quiera que la violacion pueda existir, franquear debe la ley el medio de represion. Y no importa el abuso que hacerse pueda de él; aquella es harto poderosa para corregirlo, y debe ser bastante precavida para evitar que ese abuso engendre embarazos y otros inconvenientes.»

1552. Por el art. 3 del decreto de 4 de noviembre de 1858 sobre recursos de nulidad, no bastaba para que hubiera lugar á este recurso, que la sentencia contra la cual se interponia fuese definitiva y pronunciada por un tribunal superior, sino que era además necesario que no fuese conforme con

la sentencia de vista. De aquí resultaba, que podía aplicarse indebidamente la ley, sin que existiera el recurso extraordinario de nulidad, con solo pronunciar sentencia conforme á la de vista; y si bien esto se fundaba en la presuncion de que no era probable que se aplicara inexactamente la ley por dos tribunales diferentes en dos sentencias sobre un mismo asunto, una deplorable esperiencia habia venido á demostrar, que no siempre era cierta esta presuncion, y que la negativa de aquel recurso en tales casos, era á veces un estímulo, un peso que inclinaba la balanza de la justicia en casos dudosos, en que parecia nivelada, hácia el lado de la confirmacion de la sentencia de vista, para evitar que pudiera anularse esta por el Tribunal Supremo, quedando de tal suerte sin repararse la infraccion legal, ni el perjuicio inferido con ella á los particulares, y sin uniformidad la jurisprudencia. La nueva Ley de Enjuiciamiento, para evitar estos graves inconvenientes, ha desechado aquella disposicion, de manera que tendrá lugar en el día el recurso de casacion, bien sea conforme ó no la sentencia segunda á la primera.

1553. Otra de las circunstancias ó condiciones, que segun hemos dicho, requiere la Ley de Enjuiciamiento para que tenga lugar el recurso de casacion, es que este pueda fundarse en que la sentencia es contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, ó sin guardar las formas esenciales del juicio, arts. 1012 y 1013 de la Ley. En los dos primeros casos, la sentencia hiere el fondo del negocio, puesto que afecta á la cuestion objeto del litigio, decidiéndola sin atender al derecho, fuera de la ley, digámoslo así, y en su consecuencia, no ha habido verdadero fallo judicial, porque no puede llamarse así aquel en que se quebrantan las reglas de justicia, que son el alma de la legislacion. En el tercer caso, la sentencia afecta á la forma del procedimiento, pero como esta forma es esencial, como sirva para que se esclarezca debidamente la cuestion litigosa, y sin ella, el juicio, y por consiguiente, la sentencia ha venido á ser efimera é ilusoria, por haberse dictado sin el suficiente conocimiento de causa, sin la defensa necesaria ó sin la competencia debida, viene á afectar indirectamente el fondo del litigio. En los tres casos, pues, es justo abrir la puerta al recurso de casacion, para enmendar la infraccion legal y reparar los perjuicios causados con estas infracciones. Nos haremos cargo de ellas por separado.

1554. Se entiende, para que sea admisible el recurso de casacion, que la sentencia es contra ley, cuando se infringe, ora una ley escrita ó incluida en nuestros códigos ó colecciones legales, vigentes á la sazón, ó del derecho romano, si el juicio se ha seguido en alguna de las provincias regidas por este derecho, como en Cataluña, ora algun fuero, en las provincias donde todavía se halla en vigor, ora alguna costumbre ó uso que haya adquirido fuerza de ley, ora cuando se infringe algun contrato, porque este constituye ley especial para los contratantes. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1858 y de 16 de mayo de 1859.

Pero no ha lugar al recurso de casacion por infraccion de disposiciones

penales, porque estas no tienen aplicacion á las cuestiones civiles: sentencias de 29 de diciembre de 1859 y de 18 de enero de 1861. Tampoco procede el recurso, en el fondo, por la infraccion de leyes puramente formularias ó de procedimiento, pues tal infraccion solo afecta á las formas de este, y solo puede, respecto de ellas, interponerse el recurso de casacion en la forma, sino que debe existir infraccion de ley que afecte los derechos ú obligaciones de los litigantes: sentencias de 9 de diciembre de 1857, de 28 de marzo, de 18 de mayo de 1860 y de 27 de noviembre de 1860. No puede tampoco alegarse como motivo de casacion la supuesta infraccion de ley acerca de un punto que no interesa ni afecta al recurrente, respecto del cual, de cualquier modo que se resolviese, no podria alterar el fallo: sentencia de 7 de mayo de 1860. Asimismo, la falta de aplicacion de una ley relativa al caso que se debate, no puede reputarse como una infraccion de la misma, cuando el tribunal sentenciador deja de aplicarla por carecer de facultades para ello: sentencia de 8 de junio de 1860. Pero ha lugar á casacion por infraccion de la ley, cuando en la parte dispositiva de la sentencia se atribuye á las leyes lo que no dicen, suponiéndolas disposiciones que no contienen: sentencia de 28 de junio de 1860. El recurso de casacion solo procede contra lo decisivo de las sentencias y no contra los fundamentos de hecho y de derecho, que con mas ó menos oportunidad y acierto puedan consignarse en ella: sentencia de 18 de junio de 1857 y de 1.º de diciembre de 1860. Y en efecto, sabido es que es un principio general, que lo que constituye la decision judicial es su parte dispositiva y no los motivos ó considerandos, porque estos no son otra cosa que raciocinios que la ley prescribe, sin duda alguna, pero que no sujeta á ninguna forma. Podrá suceder que siendo la parte dispositiva conforme á la ley, sean los motivos ó considerandos de la sentencia contrarios á los principios del derecho ó á los de la moral, ó que afecten los intereses ó el honor de los particulares. En tales casos, no habrá lugar al recurso de casacion para hacer reformar los vicios de estos motivos, pero quedarán abiertas á la parte perjudicada ú ofendida las vias ordinarias de derecho para la reclamacion que proceda. V. Dalloz, *Repertoire, Cassation*, cap. 3. § 1.º, núms. 68 y 69.

Tampoco há lugar al recurso porque se hagan por el tribunal en su sentencia citas mas ó menos exactas de leyes en la parte dispositiva de su fallo, ó porque el tribunal sentenciador invoque en apoyo de su sentencia leyes importunas: sentencias de 29 de octubre y de 21 de setiembre de 1860.

1555. ¿Pero hasta qué punto debe ser la sentencia contraria á la ley? Por los antiguos recursos de injusticia notoria, se requería, segun indica su mismo nombre, que la infraccion de ley fuera clara y positiva; ley 2.ª título 22, lib. 2.º de la Nov. Recop. Sin embargo, en la práctica, rara vez ocurría que se justificara esta injusticia, sino que, como dice el señor conde de la Cañada, se atendía á si se deducía la injusticia del espíritu de la sentencia interpretada por la inteligencia que se daba al derecho, por la doctrina y por la práctica judicial.

El decreto de 4 de noviembre de 1858, espresaba en su art. 4.º, que para que se admitiera el recurso de nulidad, era necesario que la sentencia fuese *contraria á ley clara y terminante*. «Estas palabras, dice el señor Laserna en sus Motivos de la Ley, las consideró redundantes y peligrosas la comision encargada de formular la nueva Ley. «Si se les diera el valor que su sentido literal parece indicar, el recurso de casacion quedaria desnaturalizado; por esto sin duda el Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo y con sobrada razon, mas al espíritu que á la letra de la ley, no les habia dado importancia. Ni podia ser de otra manera: son raros, rarísimos los casos en que un tribunal sea tan ignorante ó tan prevaricador, que se atreva á faltar abiertamente á la ley: desde 1838, no se habia visto uno solo, y por el buen nombre para la alta opinion de integridad de nuestra magistratura, es de esperar que tampoco lo sea en lo sucesivo. Ignorancia tan supina en quien profesa la ciencia del derecho; prevaricacion tan escandalosa, darian siempre lugar á un procedimiento criminal, á una pena gravísima. No es este el principal objeto de los recursos de casacion, como tampoco lo era el de los de nulidad, cuya declaracion no infamaba ni rebajaba á los magistrados que pronunciaron la sentencia anulada; es, como repetidamente se ha dicho, completar el derecho escrito en la interpretacion usual, fijar la verdadera inteligencia de las leyes, y suplirlas en sus omisiones. Por esto, la comision suprimió los epítetos *clara y terminantemente*, con que en los recursos de nulidad se calificaba la infraccion de la Ley.» Asi, pues, no es necesario que la contrariedad de ley á que se refiere el art. 1012 de la de Enjuiciamiento, aparezca espresa, notoria ni terminantemente en la sentencia, sino que basta que se deduzca rectamente del espíritu de esta, aun cuando se haya tratado de incurrir la infraccion con sus palabras. Asi se deduce de la sentencia de 28 de junio de 1860, arriba citada, por la que se establece haber lugar al recurso de casacion por atribuirse á la ley lo que no dice o por suponerla disposiciones que no contiene.

No se considera que hay infraccion de ley cuando la sentencia no resuelve sobre todos los puntos que se indican en el juicio, con tal que decida sobre las pretensiones que se dedujeron en la demanda y en la contestacion con arreglo á la ley 16, tít. 22, Part. 3.ª, que exige haya íntima relacion y consecuencia entre los fallos y las demandas: sentencia de 14 de febrero y de 24 de marzo de 1860. Se entiende que la sentencia es conforme á la demanda, cuando se ciñe aquella á determinar lo que debe practicarse para que tengan cumplido efecto las cláusulas de una fundacion, cuya inteligencia es objeto de litigio: sentencia de 30 de enero de 1860. Mas no se considera, en su consecuencia, que hay infraccion, cuando la sentencia es contraria á escepciones que no se propusieron en tiempo oportuno, ni fueron motivo de prueba en el pleito: sentencias de 23 de junio de 1859, de 30 de abril y de 12 de mayo de 1860. Igualmente las sentencias que deciden sobre objetos que no se han reclamado, infringen la ley, que prescribe se contraigan á las peticiones hechas oportunamente: sentencia de 26 de marzo de 1860. Asimismo es contraria á la ley y nula por consiguiente, la sentencia

que se funda en títulos y motivos que no se han presentado ni discutido en el curso del litigio: sentencia de 3 de junio de 1860.

Respecto de los pleitos que versaren sobre la inteligencia de alguna cláusula de contrato ó testamento, no ha lugar al recurso de casacion, sino cuando la sentencia se hallase en manifiesta contradiccion con el tenor de aquellas: sentencia de 28 de octubre de 1859.

Finalmente, debe tenerse presente sobre esta materia, que cuando entre el testo de la edicion de las Partidas de Gregorio Lopez y el de la que publicó la Academia de la Historia, hay alguna divergencia en cosa sustancial, debe prevalecer el primero, sentencia de 27 de marzo de 1860.

1556. Hemos dicho ya, que puede fundarse el recurso de casacion, segun el art. 1012 de la Ley, en que la sentencia sea *contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*. Uno de los mas autorizados intérpretes de la ley, al hacerse cargo de esta disposicion, se espresa en estos términos: «La Ley pocas veces da nueva y espresa aprobacion á los principios capitales, á los dogmas inconcusos de la ciencia del derecho; tomándolos por base, edifica sobre ellos; no les da nueva sancion, porque seria absurdo dársela á lo que la recta razon, la conciencia universal del género humano y mil generaciones se la han dado; los considera de un orden superior; teme profanarlos si los toca, y sabe que están muy sobre la obra que emprende, y que son mas duraderos que ella, porque se derivan de la naturaleza racional del hombre y porque en todos los paises y en todas las épocas y en todas las circunstancias, son ley, sin necesidad de que como ley los formule el legislador.» Pero, ¿son acaso estos principios eternos de moral y de justicia, que están impresos en el corazon, en la conciencia humana á los que se refiere al art. 1012 de la Ley de Enjuiciamiento? No vacilamos en decidirnos por la negativa. Asi lo prueba el exigirse en dicho artículo, que la doctrina sea *admitida por la jurisprudencia de los tribunales*, esto es, admitida como *legal* por la jurisprudencia *práctica*, y si se refiriera á aquellos principios, serian atendibles en todo caso por suponerse como base de toda buena legislacion y guia segura de toda jurisprudencia sabia. La doctrina á que se refiere la ley, es la que se deduce del espíritu de la legislacion, la que se forma por medio de reglas de la interpretacion doctrinal y de teoremas deducidos de la ciencia del derecho. Si estas doctrinas, si estos teoremas se hallan completamente fuera de la ley, no serán admitidos por la jurisprudencia; y no tendrán la fuerza necesaria para dar lugar su infraccion al recurso de casacion. Asi se comprende que se lamentase el ilustrado fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, en el dictámen que llevamos citado, de que se diera dicho recurso por esta causa, fundándose en que apenas se dictará sentencia alguna contra la que no haya lugar á él porque apenas habrá ninguna que no esté apoyada en sentido opuesto por una doctrina, y asimismo en que semejante disposicion no está apoyada con el ejemplo de nacion alguna. En Francia, en efecto, no se admite el recurso de casacion cuando se infringe doctrina ó máxima de derecho que no se halla admitida en la legislacion. «En el hecho de haberse ocupado el legislador

de la confeccion de las leyes y de los códigos, en los cuales ha tratado de prever y precisar todos los principios, con cuyo auxilio debe funcionar la sociedad, dice Mr. Dalloz en su Repertorio, ha abrogado necesariamente, si la ley no reproduce su espíritu, esas máximas ó adagios, especies de reglas de derecho tradicional, pero vagas, arbitrarias, y por lo tanto peligrosas... En su consecuencia, la máxima de derecho que no se halla revestida con el carácter legislativo, no puede dar lugar al recurso de casacion.» Mas por nuestra parte, si juzgamos exagerada la importancia que se ha dado por el primer intérprete que citamos á la palabra *doctrina*, creemos asimismo que se la disminuye en demasia por el segundo. Nuestro derecho ha sabido pues, darle su justo valor, exigiendo que esta doctrina se halle apoyada por la jurisprudencia. En el artículo 5 del real decreto de 4 de noviembre de 1858, se consignó que se citara al interponer el recurso de nulidad *la doctrina legal infringida*, con cuya palabra *legal* daba á entender claramente que se habia aquella de deducir de las leyes ó que habia de tener carácter legal por hallarse admitida por la jurisprudencia. En el art. 194 de la real cédula de 20 de enero de 1855 para Ultramar, se da lugar al recurso de casacion por violacion de *doctrina legal recibida, á falta de ley, por la jurisprudencia de los tribunales*: una espresion semejante se encuentra igualmente en el real decreto de 20 de junio de 1852, respecto á las causas criminales por delitos contra la Hacienda pública. La nueva Ley de Enjuiciamiento ratifica en sus arts. 1015, 1027, 1029, 1039, 1060, 1064, 1073, la disposicion del 1012 sobre que haya lugar á casacion por infraccion de *doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales* y el 1025 en su § 2.º y los 1016, 1018, 1024, 1049, y 1074, espresan que dicha infraccion sea de *doctrina legal* ó de *derecho*. Véase tambien la sentencia de 10 de marzo de 1859.

1537. Para fundarse, pues, el recurso de casacion en infraccion de doctrina legal, es necesario, segun se consigna en sentencia de 10 de febrero de 1860, precisar cuál sea esta, á qué particulares se refiere, y que está admitida por la jurisprudencia de los tribunales. Por sentencia de 5 de junio de 1859 sobre pleitos de Ultramar, la doctrina legal solamente es título de casacion, cuando aparte de otras circunstancias, concurre la de faltar ley sobre la materia.

1538. En cuanto á las doctrinas admitidas ó no por la jurisprudencia de los tribunales, el Tribunal Supremo ha declarado estarlo la de que *quien es causa de la causa, lo es tambien de lo causado*: sentencia de 1.º de febrero de 1860: que *las obligaciones que nacen de contrato no alcanzan á otras personas que á las que contrajeron y á sus herederos*: sentencia de 15 de octubre de 1859: que *es mejor la condicion del que posee y que el que prueba que pertenecia una cosa á su padre, tiene á su favor la presuncion de que tambien le pertenece á él mientras no se acredite lo contrario*: sentencia de 12 de diciembre de 1859: que *el que ha el pro de la cosa, debe sentir el embargo de ella*: sentencia de 16 de diciembre de 1859: que *los tribunales tienen la obligacion de estimar en toda su fuerza probatoria las escrituras*

*cuya legalidad no ha sido cuestionada, y que no probando el actor, debe absolverse al demandado*: sentencia de 29 de diciembre de 1854, sobre recurso de nulidad, entendiéndose que no se infringe el principio de derecho *actore non probante reus absolvendus*, cuando el tribunal sentenciador, apreciando las pruebas, estima justificadas las pretensiones de la parte actora: sentencia de 28 de marzo de 1860: que *propuesta la apelacion y constando debidamente, queda interrumpido el lapso del término para interponer el recurso de casacion*: sentencia de 17 de diciembre de 1859: que *la negacion de un hecho legalmente probado no es aceptable en juicio sino por la demostracion afirmativa de otro de cuya existencia se deduce la absoluta imposibilidad del primero*; que *la prueba corresponde al demandante*; que *no dándola debe ser absuelto el demandado*; que *por un acto posterior no puede derogarse otro anterior*; que *nadie puede dar á otro mas derecho en una cosa que aquel que le pertenece, y que la voluntad del otorgante debe ser mas atendida que el sentido literal de las palabras*: sentencia de 25 de diciembre de 1857: que *ningun heredero puede determinar individualmente la parte en que cada uno de los otros debe responder de las deudas*: sentencia de 25 de enero de 1861: que *en materia de aguas debe respetarse el estado posesorio, especialmente cuando descansa sobre la posesion inmemorial*: sentencia de 30 de junio de 1860: que *en el aprovechamiento de las aguas pluviales se da siempre la preferencia al dueño de los terrenos superiores sobre el de los inferiores, si este no tiene título especial que constituya obligacion del primero, ó si renuncia al aprovechamiento de dichas aguas, y este derecho de preferencia no puede fundarse en la posesion, porque las aguas de lluvia, mientras no son recogidas, por su naturaleza no son susceptibles de ella, ni menos de retenerla ó ser continuada*: sentencia de 12 de octubre de 1860: que *la prueba del hecho incumbe al que lo afirma, y que aquel que lo confiese con circunstancias que lo destruyen y modifican está obligado á justificarlas*: sentencia de 28 de diciembre de 1860. Ultimamente ha declarado ser insostenible la doctrina de que el marido es el único administrador de los bienes de la mujer, sin distincion alguna: sentencias de 4 de marzo de 1848, 25 de junio de 1857 y 9 de enero de 1860.

1539. Por otra parte, ha consignado el Tribunal Supremo, que la sola opinion de los autores que han escrito sobre cuestiones de derecho, no constituye la doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los tribunales, de que habla la Ley de Enjuiciamiento civil, ni puede servir de fundamento para el recurso de casacion: sentencias del 27 de marzo y 22 de setiembre de 1860. Pero esto no se entiende respecto de las provincias donde se considera como ley la doctrina de los doctores, segun sucede en Cataluña, conforme á su Constitucion única, tit. 50, lib. 1.º de las de dicho Principado; mas para que sea admisible, es necesario que dicha doctrina sea aplicable al punto jurídico en cuestion, y además, que aparezca la uniformidad de ella y su aplicacion constante por los tribunales: sentencia de 4 de marzo de 1859.



*Sentencias sobre cuestiones de hecho y apreciación de pruebas.*

1540. Pasemos á examinar uno de los puntos, en materia de casacion, mas importantes, que mas dificultades ofrecen y que ha producido gran divergencia de opiniones entre los muchos autores que han escrito sobre él, y aun notable diversidad en las sentencias pronunciadas por los tribunales superiores, no solo en España sino en el extranjero. Nos referimos á los límites en que deben circunscribirse las atribuciones, la competencia del Tribunal Supremo, que entiende de la casacion, para apreciar, con relacion á este recurso, las cuestiones de hecho en que se ha fundado el tribunal *a quo*, al dictar su fallo, segun que estos hechos afecten mas ó menos al derecho, hasta llegar á constituirlo, punto de dificilísima apreciación, segun que se refieran á los contratos y demás actos é instituciones legales; segun sean relativos á la apreciación de las probanzas verificadas en los autos, y que sobre estas haya la ley prescrito mas ó menos detenidamente reglas á que deban sujetarse los jueces para graduar la fuerza de las pruebas, y en su consecuencia, segun que esta fuere la de testigos sobre la que parece haber dejado la nueva Ley de Enjuiciamiento civil mayor latitud que las anteriores á los jueces para apreciarla, por disponer en su art. 317, que los tribunales apreciaran, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

«La materia referente á las cuestiones de hecho y de derecho, dice el señor marqués de Gerona, en su *Exámen del recurso de casacion en España*, es la mas árdua, confusa y contradictoria de que pueden ocuparse los modernos organizadores. No sería posible reunir en algunos volúmenes en folio cuanto sobre este asunto se ha escrito hasta hoy en la vecina Francia, en Bélgica y en Italia. Fácil, facilísima cosa es estampar en el libro que la apreciación ó el error sobre un hecho no infringe ley alguna, ni es por consiguiente susceptible de casacion. Lo que no es fácil, lo que al contrario, es dificilísimo, lo que á veces toca en las regiones de lo imposible moral, es distinguir clara y precisamente el hecho del derecho, cuando se juzga ó se legisla.»

Y M. Dalloz en su Repertorio general de jurisprudencia, dice tambien: «Esta distincion que parece tan sencilla en teoría, hace nacer en su aplicacion las dudas mas embarazosas y da lugar á las cuestiones mas metafísicas. Por otra parte, el tribunal de casacion en Francia no ha trazado siempre el límite de sus atribuciones de una manera firme é invariable.»

Tratemos, pues, de sentar las reglas capitales que pueden servir de guia para vencer las diferentes dificultades que se ofrecen sobre las atribuciones que competen al Tribunal Supremo de Justicia, respecto de la calificación de los hechos en que ha fundado el tribunal *a quo* el fallo de que se interpone el recurso de casacion, considerándolas bajo los distintos aspectos que hemos indicado.

1541. Segun ya sentamos en el número 1497, no dan lugar á este re-

curso las cuestiones puramente de hecho, esto es, las que versan sobre hechos que no constituyen derecho, ó que aun cuando tengan relacion con la ley, el tribunal *a quo* los ha calificado conforme á las prescripciones legales. Esto se funda: 1.º en que la calificación, aunque sea errónea, que se haga de un hecho, si no infringe ley alguna, no afecta al objeto principal de los recursos de casacion, cual es velar por la exacta aplicacion é interpretacion de las leyes ó doctrinas legales; 2.º en que siendo variables y distintos los hechos que arroja un proceso, la declaracion de un error cometido al apreciarlos en un caso, no puede servir de ejemplar ni aplicarse en otro, y en su consecuencia, no hiere otro de los objetos esenciales de aquel recurso, á saber: la uniformidad de la jurisprudencia en la aplicacion de la ley; 3.º, en que de lo contrario, se rebajaria el prestigio y la dignidad de la magistratura, dando lugar á que se inculpara de ignorancia ó parcialidad á los jueces, puesto que se les acusaria de haber cometido errores en un punto tan sencillo como la calificación de simples hechos, y 4.º y último, se funda, en que entrar en el exámen de los meros hechos para decidir sobre ellos, sería convertir la casacion en una nueva instancia, contra la naturaleza de este recurso. «Como el tribunal de casacion, dice el célebre jurisconsulto Meyer, no se ocupa sino de la sola cuestion de derecho, sobre la cual debe decidir, y que interesa á la sociedad entera, todas las cuestiones de hecho, *todas aquellas en que la aplicacion de la ley no puede ser disputada*, están segregadas de su jurisdiccion.»

Esta doctrina se halla consignada terminantemente en la cédula sobre la organizacion y competencia de los tribunales de Ultramar, en cuyo art. 211 se dice, con referencia el recurso de casacion, que el Tribunal Supremo de Justicia en sala de Indias, habrá de atenerse respecto á los hechos, en la determinacion de dicho recurso, á la calificación de aquellos en que se haya fundado el tribunal *a quo*. Aunque la nueva ley de Enjuiciamiento civil no ha consignado en sus artículos esta prescripcion clara y terminantemente, omision de que tambien adolecia el decreto de 4 de noviembre de 1858, sobre recursos de nulidad, dando lugar á dudas sobre este punto, el Tribunal Supremo de Justicia ha interpretado las disposiciones de la nueva ley, fundado en su espíritu, en el sentido de la cédula citada de 30 de enero de 1855, interpretacion que se ha adoptado por los autores y consignándose terminantemente en numerosas decisiones de aquel tribunal. Así, por ejemplo, se ha establecido en sentencia de 22 de febrero de 1861, que el Tribunal Supremo debe atenerse, en cuanto á los hechos, á la apreciación que haga de ellos la sala sentenciadora, y en otra de 19 de abril del mismo año, que no son susceptibles de casacion los hechos apreciados en la sentencia ejecutoria, porque este recurso no tiene por objeto estimar ni averiguar si los tribunales han apreciado bien ó mal las cuestiones de hecho, sino en evitar que se cometan infracciones de leyes ó doctrinas admitidas por la jurisprudencia: en otra de 8 mayo del mismo año, que en el recurso de casacion no se puede prescindir de los hechos que establece el tribunal superior, cuando, no se ha invocado ley ni doctrina alguna

como infringida por dicha apreciacion. Véase tambien las de 23 de noviembre de 1854, 26 de marzo y 6 de diciembre de 1856, 4 de mayo. 23 y 26 de setiembre y 17 de diciembre de 1860, y de 25 de marzo, 26 de setiembre, 2 de octubre y 19 de diciembre de 1861.

No obsta á la interpretacion enunciada la disposicion del art. 1058 de la ley, sobre que el Tribunal Supremo, en la sentencia que pronuncie sobre los recursos de casacion, establezca con la separacion debida, los hechos y las cuestiones de derecho que se resuelvan, porque este artículo se refiere á los casos en que conociendo el tribunal de las cuestiones de derecho, ó de las de hecho que constituyen derecho para que está facultado, segun vamos á esponer, tienen que examinar los hechos, para apreciar si en la aplicacion á ellos del derecho, ó en la inteligencia de estos respecto del derecho á que se refieren ó que constituyen, ha habido ó no infraccion de ley ó de doctrina legal.

1342. Síguese de lo espuesto, que las audiencias ó el tribunal *á quo* tiene absoluta facultad, ó es *soberano*, segun el lenguaje de la jurisprudencia francesa, para apreciar los hechos ó las cuestiones puramente de derecho, de manera, que aun cuando estas apreciaciones sean erróneas, no están sujetas al recurso de casacion. Mas cuando los hechos contribuyen á constituir el derecho, bien sea con referencia á los contratos y demás instituciones legales, bien á las probanzas que sirven para hacer eficaz y realizable todo derecho, la apreciacion que de ellos haga el tribunal *á quo*, da lugar, si por considerarla errónea los litigantes reclaman contra ella, al recurso de casacion, y el Tribunal Supremo de Justicia debe admitir este recurso, y decidirlo con arreglo á la ley.

«Si la doctrina de que la apreciacion de los hechos y circunstancias entra en el poder soberano de los jueces del fondo, dice M. Dalloz en su Repertorio *art. Cassation*, cap. 13, § 3, núm. 1438, recibiese una aplicacion general y absoluta, podria en muchos casos consagrar, no solamente una sentencia evidentemente injusta, sino violar hasta cierto punto de ley del contrato. Por eso el Tribunal Supremo ha comprendido la necesidad de hacer una distincion y de modificar en favor de hechos probados por actos ó documentos auténticos, lo que aparece sobrado riguroso en esta opinion, por lo que se le vé bastante predispuesto á abrir la via de la casacion contra un error de hecho demostrado con un documento auténtico, siempre que este se haya presentado al tribunal *á quo* en el juicio en que se cometió el error. Y en el cap. 12, num. 1206: la facultad concedida al tribunal *á quo*, de apreciar soberanamente los hechos y las circunstancias materiales de los actos y contratos, de declarar su existencia y la voluntad ó la intencion de las partes, alcanza hasta á conferirles el derecho de apreciar igualmente, de un modo discrecional los actos y contratos, *en sus relaciones con la ley*, hasta conferirles el derecho de dar arbitrariamente á estos actos y contratos una calificacion legal cualquiera, sin que pueda ser nunca anulada su decision por el Tribunal Supremo? Aquí aparece la dificultad. Nada mas espedito en efecto y mas cómodo para los jueces que esta formula

tan lacónica: «atendiendo á lo que resulta de los hechos y circunstancias, etc. Con estas mágicas palabras se cree haber contestado á todo; pero bien mirado, se experimenta la necesidad de darse razon de estas fórmulas; se apodera de ellas la crítica, y en breve se comprende la necesidad de hacer distinciones. Convendria, pues, que se determinaran, sin limitarse solo á su alegacion, los pretendidos hechos y circunstancias: la sentencia deberia expresar cuál ha sido su objeto y sus límites, porque, ya se trate de anular ó de crear un contrato, es preciso que sean ciertos y determinados los términos de la convencion escrita ó verbal, puesto que la ley debe aplicarse á ella; y que no de otro modo podrá el tribunal de casacion cumplir su mision legal. De esta suerte se distinguirá tambien el hecho del derecho; el juez declarará el hecho, y despues aplicará á él el derecho. En el primer caso, será irrefragable su decision; en el segundo podrá ser examinada por el Tribunal Supremo. Si las consecuencias legales que se dan á los hechos son falsas ó viciosas, si el juez ha venido á formar ó á destruir un contrato creándose ó figurándose circunstancias, pruebas y alegaciones á que no reconoce la ley este poder, será anulada su decision; pues, en efecto, el derecho de los tribunales de investigar en los actos la intencion de las partes, no puede estenderse, en nuestro juicio, hasta á cambiar la naturaleza y la esencia de los contratos, ni á hacer que resulte de ellos un acto diferente del caracterizado por la ley. El tribunal de casacion puede, pues, apreciar los elementos de un acto y ver si en ellos aparecen otros caracteres diferentes de los que le atribuye el tribunal *a quo*. Si, por ejemplo, despues de haber este reconocido que el acto que se le somete presenta los caracteres constitutivos de tal ó cual contrato, v. gr. consentimiento, cosa sobre que recaiga y precio, que son las tres condiciones esenciales y constitutivas del contrato de compra venta, declara que este acto no es una venta, y le da los efectos de otro contrato, es indudable que en este caso, no hay solamente falsa apreciacion del acto, y sentencia evidentemente injusta, sino tambien violacion de los principios y de las leyes que determinan el contrato de compra venta, haciéndolo consistir en el consentimiento de las partes sobre la cosa y el precio. Si, por el contrario, habiéndose consignado exactamente los hechos, creó el Tribunal Supremo que la calificacion legal que el tribunal *a quo* les ha atribuido, está en la letra y en el espíritu de la ley, deberá sostener esta aplicacion, desechando el recurso: mas no por esto queda obligado en modo alguno á abdicar ó restringir sus poderes, reconociendo al tribunal *a quo* un derecho de apreciacion soberano que solo se le atribuye bajo ciertas limitaciones establecidas por la ley. Este sistema invistió del derecho de calificar los actos, los hechos y los contratos, en sus relaciones con las leyes, al poder del Estado, á quien se ha confiado especialmente esta mision para que se conserve el principio de unidad de las leyes. Al tribunal de casacion, colocado al abrigo de la influencia que pueden ejercer los hechos, debe confiarse el imprimir este movimiento uniforme en la jurisprudencia. Esta armonía es especialmente de apetecer en las materias que se refieran á las interpretaciones divergentes de todos

los tribunales, pudiéndose decir aquí con verdad: *non alia Romæ, alia Athenis, alia nunc, alia posthac*. Por otra parte, ¿en qué casos hace uso de tal poder el tribunal regulador, y reforma las calificaciones ilegales que el juez *a quo* ha dado á los actos? Casi siempre, cuando el error de los jueces, en su apreciación del carácter de los actos, ó negligencia en la consignación de los hechos que debían justificar su decisión, hacen evidentemente manifiesta la falsedad de la calificación que han atribuido á los hechos que han declarado constar, puesto que cuando puede existir algún medio para justificar, bajo el aspecto de legalidad, una decisión soberana, el tribunal debe mantener esta decisión. No hay duda que es sumamente difícil dar á cada acto, á cada contrato, la calificación legal que le pertenece, pero cuanto más difícil es la tarea, mayormente reclama la intervención de jueces superiores, de jurisconsultos de una larga experiencia, de hombres, en una palabra, que por la práctica de su larga carrera, por sus meditaciones, por sus luces, no menos que por su posición social, se hallan en cierto modo asociados al pensamiento del legislador. Y finalmente, en el cap. 16, § 1, núm. 4580 y 81, dice este autor: «Si es incontestable que el juez *a quo* tiene un poder soberano y exclusivo para apreciar los actos y los hechos, no debe permitírsele calificarlos arbitrariamente en sus relaciones con las leyes. De lo contrario, la misión del Tribunal Supremo de hacer respetar la ley conservar la uniformidad de la jurisprudencia en todos los tribunales del reino, sería imposible de realizar. El Tribunal Supremo usará, pues, del derecho de apreciación, siempre que bajo pretexto de interpretación atenten los tribunales á derechos que ha puesto bajo su protección la ley, ó cuando de los hechos consignados saquen una consecuencia ilegal, errónea ó contradictoria. Para ser respetado el poder del tribunal *a quo* debe, como todo poder que aspira á esto, ejercerse en sus límites legales; pues fuera de ellos, no tiene autoridad alguna. Si pues el tribunal *a quo* tiene el derecho de interpretar, no podrá menos de convenirse que solo puede ejercerlo cuando hay motivo de interpretación, es decir, cuando hay duda, incertidumbre, oscuridad en los textos cuya apreciación se le desiere. De lo contrario, no interpretaría los contratos, sino que los modificaría á su placer, y consignaría su propia voluntad en lugar de la de las partes.»

Esta doctrina se halla consignada en su mayor parte por nuestros autores y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.

El señor Gomez de Laserna, en un artículo inserto en la *Revista general de legislación*, tomo 15, pág. 318, dice lo siguiente: «En el caso de que un tribunal superior, después de reconocer los elementos constitutivos de un contrato, le da una calificación que legalmente no le corresponde, no podrá decirse que su apreciación no está sujeta al recurso de casación. Reconoce, por ejemplo, el tribunal superior que dos se han convenido, el uno en transferir al otro el dominio de una cosa determinada y cierta y este en pagar por lo que recibe cierto precio en metálico, y á pesar de que este acto tiene todos los caracteres esenciales del contrato de compra-

venta, es calificado en la sentencia como si fuera arrendamiento, no hay duda que la casación procede, porque no hay entonces una mala apreciación de los hechos, sino una mala aplicación del derecho, una violación de las leyes que fijan la naturaleza y condiciones del contrato de compra y venta. El señor marqués de Gerona, en el Exámen citado, sienta también, que el Tribunal Supremo admite el recurso de casación, cuando hay error, no en la apreciación de la prueba, sino en la calificación del acto ó del hecho á que se refiere, en sus relaciones con la misma ley, como v. gr., cuando una audiencia declara la existencia de un contrato de arrendamiento sobre hechos ó pactos á que la ley atribuye el carácter de usufructo, etc. Finalmente, el señor Seijas Lozado en un dictámen fiscal sobre este recurso, ratifica la doctrina que esponemos indicando de una manera luminosa la idea, que completamente aceptamos, de que el Tribunal Supremo, aun en el caso de conocer de la apreciación ilegal que hace el tribunal *a quo* de un acto ó contrato, no juzga del hecho sobre que esta versa, sino que no hace más que restablecer, reivindicar el derecho atacado, la ley quebrantada ó infringida. Suponiendo que en algunos casos se solidifiquen el hecho y el derecho, sin poder separarse ni distinguirse, para afirmar que esto no afectaría en nada á que existiera la línea divisoria entre el hecho y el derecho, cita el siguiente caso en apoyo de su proposición. Sucede á veces, dice, que la ley define un acto y establece los requisitos y solemnidades de que ha de estar revestido para que tenga fuerza legal y produzca efectos en juicio: tales son, por ejemplo las últimas voluntades. Supóngase que un tribunal declara testamento un acto que carece de los requisitos de la ley y que contra este fallo se interpone el remedio de la casación. ¿Qué es lo que examina el tribunal de casación? ¿Si las pruebas aducidas son bastantes para demostrar la certeza del que se supone testador? No, de ninguna manera. Lo que examina es el resto de la ley: si por esta son sustituibles las pruebas que ella requiere, las solemnidades que establece, por otras pruebas, por otras solemnidades. Si no lo son, entonces casa el fallo y hace observar la ley sin apreciar el valor racional de las otras pruebas, de las otras solemnidades, porque el criterio de la ley no puede ser subrogado por el de los tribunales. No juzga pues, el hecho, sino que define el derecho, por ligado que esté el uno con el otro.

Respecto de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo de Justicia en confirmación de esta doctrina, solo citaremos, la de 12 de octubre de 1860, en que se consignó, que no puede reputarse haber error de hecho en un convenio, cuando ha sido celebrado con pleno conocimiento del mismo por ambas partes de las contendientes, y si lo hubiere, debe ser imputable al perjudicado, según la regla 2.ª, tít. 54, Part., que dispone, que el daño que uno recibe por su culpa, lo debe imputar á sí, y en su consecuencia, que debe producir todos sus efectos el convenio celebrado con dichas condiciones: y por lo tanto: que la sentencia que manda devolver una cantidad pagada con arreglo al mismo, infringe la ley 1.ª, tít. 1.º, libro 10 de la Nov. Recop., y la regla de derecho citada; la de 14 de mayo de 1861

que establece, no se infringe la ley 1.<sup>a</sup>, lib. 10 de la Nov. Recop., ni hay violacion de contrato, cuando apreciando la sala sentenciadora que quedó cumplido el requisito condicional, estima libre de su compromiso al que se obligó condicionalmente: las de 18 de setiembre y 4 de octubre de 1860, sobre que tampoco se infringe la mencionada ley 1.<sup>a</sup> ni se contraría el principio sancionado por la misma, segun el cual, de cualquiera manera que aparezca que uno quiso obligarse, queda obligado, porque no establezca que deban dejar de cumplirse las obligaciones contraídas, sino que apreciando, por el resultado de los documentos y de las pruebas, cuáles son las que contrajeron uno y otro, les condena á ambos á su cumplimiento: la de 28 de febrero de 1861, sobre que no puede considerarse infringida dicha ley y fundarse en ella recurso, cuando el tribunal sentenciador estima que no hubo contrato; la de 2 de octubre de 1861, sobre que, cuando el recurso de casacion se funda en la equivocada apreciacion de los hechos, es necesario para que prospere, demostrar que se ha faltado á las prescripciones legales, para lo cual, debe atenderse y compararse las diversas clases de pruebas que se hayan dado por los litigantes: la de 24 de octubre de 1860, sobre que, cuando una parte no se compromete á dar ni hacer cosa alguna en retribucion de los servicios que otra le presta, no media entre ellas un contrato innominado, sino un mandato, y que la sentencia que condena al mandante al pago de los servicios prestados por el mandatario, sin haber estipulado espresamente que habian de ser retribuidos, es contraria á la doctrina legal fundada en la ley 20; tit. 12, Part. 5, que circunscribe el derecho del mandatario á reintegrarse de los pagos y espensas que hubiere hecho en cumplimiento del mandato, y finalmente, la de 25 de noviembre de 1861, sobre que no siendo oscura, dudosa, contradictoria, ni por consiguiente, interpretable la cláusula de un convenio, y apareciendo en ella esplicitamente consignado y determinado el mútuo consentimiento de las partes, la sentencia mandando su cumplimiento, no infringe ley alguna ni principio de derecho.

1543. La doctrina que acabamos de esponer respecto de las cuestiones de hecho que se refieren á los contratos y demás instituciones que establece el derecho, es igualmente aplicable tanto en regla general, como en las distinciones ó escepciones que hemos indicado, respecto de las cuestiones ó apreciacion de los hechos que se refieren á las probanzas de los juicios. Así, pues, es regla general que no há lugar al recurso de casacion, sobre cuestiones de mejor ó peor apreciacion que haga el tribunal *a quo* de las probanzas sobre los hechos, cuando no existen disposiciones legislativas que determinen las cualidades de la prueba de que se trata, dejándola al arbitrio ó discrecion del tribunal, ó cuando este se circunscribe en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio. Esto se funda en que, cuando la ley ha querido dejar á la prudencia é ilustracion de los juzgadores, la apreciacion de cierta clase de probanzas, ó la graduacion ó valoracion de las varias pruebas que presentan los litigantes contendientes, contrarias entre sí, y que se desvirtuan ó debilitan mas ó menos respectivamente,

cuando ha querido dejar al juez cierta latitud para que pueda combinar y graduar holgadamente la fuerza probatoria de todas ellas, por ser difícil que el legislador pueda determinarla préviamente, sin tener á la vista el caso á que se refieren, ni las demás pruebas que las desvirtuan, no hay en la letra, ni en el espíritu de la ley de procedimiento medio alguno para llevar en casacion el pleito al Tribunal Supremo de Justicia; porque la sentencia que en tal caso se pronuncie, podrá ser injusta pero no será nula, puesto que no ha habido infraccion de ley ni de doctrina legal, y el recurso de casacion solo procede por causa de nulidad, no por causa de injusticia; pues de lo contrario, perderia su carácter verdadero para tomar el de una tercera instancia con todas sus consecuencias. La sala no admite, dice el señor marqués de Gerona, en el Exámen citado, la casacion, donde la ley deja al arbitrio y discrecion de los tribunales la apreciacion de las pruebas sobre el hecho mismo.

Esta doctrina se halla consignada por varias sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, tanto en recursos de nulidad como en recursos de casacion. Así, pues, en sentencia de 15 de julio de 1848, dada con motivo de haber considerado una audiencia como prueba suficiente la efectuada por uno de los litigantes con partidas de bautismo y de casamiento, y con varias enunciativas consignadas en documentos auténticos, declaró el tribunal no haber lugar al recurso de nulidad que se interponia, por ser esta calificacion de la prueba, cuestion de hecho y de convencion moral, sin que se hubiese infringido ni podido infringir en esta parte ley alguna, por no existir disposiciones especiales que determinen las cualidades ó circunstancias de las probanzas en tales casos, y que limiten en el juez su derecho de apreciacion y de valoracion de las presentadas. En otra de 19 de octubre de 1855, declaró el tribunal, que al calificar la sala las pruebas practicadas por la parte actora, al apreciar todos los hechos consignados en el proceso, segun los méritos en él mismo resultantes, no infringió las leyes que se pretendian infringidas, leyes que si bien establecian el valor de algunas probanzas, no por eso escluidan el que á otras se les atribuia, debiendo resultar del exámen, apreciacion y comparacion de las que en cada caso se practicasen por ambas partes en los litigios, la decision judicial.

Ratificóse esta doctrina mas determinadamente por otra sentencia de 7 de enero de 1861, en que se consignó, que cuando los documentos presentados no constituyen prueba plena, ó cuando alguna de las pruebas practicadas no constituyen plena probanza, es preciso estar para la decision del pleito al resultado combinado de todas las pruebas hechas por las partes, y al apreciarlas la sala del modo que lo hizo en el caso de que se trataba, no habia infringido ninguna disposicion legal. Véase la sentencia citada en el número 1550.

1544. Asimismo, ha declarado el Tribunal Supremo, en general, que las cuestiones de hecho bajo la forma de si resultaba este probado ó no, no podian ser objeto de los recursos de nulidad: sentencia de 8 de octubre y de 24 de noviembre de 1854 sobre recurso de nulidad: Que la apreciacion

del resultado de las actuaciones y de la calificación de los hechos, es propio de las atribuciones del tribunal *a quo*: sentencia de 16 de enero de 1861. Que no compete al Tribunal Supremo, sin declarar previamente la casación, examinar si han sido bien aplicadas las leyes en la apreciación que de las pruebas hace la audiencia, pues de lo contrario equivaldría á juzgar sobre la cuestión de los hechos: sentencia de 13 de octubre de 1856. Que son extrañas á la naturaleza del recurso de nulidad, las cuestiones referentes á no haberse arreglado la sentencia á lo alegado y probado por las partes y á haber desconocido el principio jurídico que prohíbe á todos aumentar su riqueza con daño de tercero, puesto que para resolver semejantes cuestiones era menester apreciar las pruebas, lo cual toca privativamente á los jueces y tribunales superiores, como encargados de fallar los pleitos bajo el doble punto de vista del hecho y del derecho: sentencia de 14 de mayo de 1855.

Aunque en ninguna de estas sentencias que acabamos de esponer, ni en otras varias que omitimos por razón de la brevedad, se espresa que la facultad del tribunal *a quo* para apreciar la prueba sin dar lugar al recurso de casación, se limite al caso de que no infrinjere ley ó doctrina alguna legal no debe entenderse escluido por ellas en materia alguna, segun se ve, examinando los casos á que se refieren, pues en ninguno de ellos se apreció indebidamente la prueba por el tribunal *a quo*; debiendo advertirse, que el fundamento que se espresa en algunas para prohibir al Tribunal Supremo el conocimiento de dicha apreciación, cual es el ser ageno de sus atribuciones, conocer del hecho y del derecho, ó se refiere al caso en que la mala apreciación de la prueba no produzca nulidad, por no infringir ley ni doctrina legal, sino solo injusticia sobre el fondo del litigio, cuyo conocimiento es contrario al carácter de la casación, ó sobre recursos de nulidad en los cuales no podía en ningun caso el Tribunal Supremo, conocer sobre la cuestión principal objeto del litigio, inconveniente que ha desaparecido respecto de los de casación, pues la nueva ley faculta á dicho tribunal para ello, cuando la ejecutoria es contra ley ó doctrina legal.

1545. Por lo demás, la limitación indicada se espresa terminantemente en otras sentencias del Tribunal Supremo. Tales son la de 20 de marzo de 1858, en que se consigna ser doctrina inconcusa del Tribunal Supremo, que en las cuestiones de puro hecho, la simple apreciación de las pruebas, *mientras se encierra en los límites que las leyes fijan á la crítica racional y judicial criterio del tribunal sentenciador*, no es objeto del recurso de nulidad; la de 26 del mismo mes y año, que estableció en sus considerandos, que al fallar la sala de la audiencia, habia declarado que las pruebas de la parte demandante no son suficientes para justificar su acción..... que las apreciaciones de esta clase, *cuando al hacerlas no se ha quebrantado ley ni doctrina legal*, son de la esclusiva pertenencia del tribunal sentenciador, y que las hechas en el caso en cuestión, se reducian á la calificación de los hechos, y por lo mismo, el Tribunal Supremo no podia entrar en esta cuestión; la de 8 de mayo de 1861, segun la cual, debe estars

la apreciación de las pruebas hecha por el tribunal sentenciador, *cuando sobre ella no se ha citado determinadamente ley ni jurisprudencia infringida*; y finalmente, las de 7 y 18 de enero del mismo año que previenen, que la apreciación de las pruebas corresponde á la sala sentenciadora y no al Tribunal Supremo, *cuando aquella ha sido hecha sin cometer ninguna infracción legal*.

1546. Además, se ha declarado determinadamente la libertad del tribunal *a quo* para apreciar la prueba sobre daños y mejoras, por sentencia de 25 de noviembre de 1860, segun la cual la sala sentenciadora, al apreciar los hechos y calificar las pruebas documentales y de testigos sobre daños y mejoras, no puede infringir ley clara y terminante, porque no la hay para fijar las cualidades ó circunstancias de la prueba en tales casos, ni que limite al juez el derecho de valorar la prueba. Por otra sentencia del mismo año se ha consignado, que no se infringen las leyes relativas al abono de daños y perjuicios y á la calificación de las pruebas, cuando la sala sentenciadora, apreciando estas en debida forma, resuelve sobre aquellos lo que estima procedente. Véase tambien la de 7 de marzo de 1861.

Por otra de 12 de junio de 1861 se ha declarado, que no hay infracción de la ley 19, tit. 5, Part. 3, cuando la sala sentenciadora, al apreciar debidamente las pruebas, estima que el mandatario ó apoderado no se escedió de las facultades que en el poder le fueron conferidas.

Ha consignado tambien el Tribunal Supremo, que la apreciación de las pruebas sobre la necesidad y utilidad de la venta de bienes de menores, corresponde á la sala sentenciadora: sentencia de 12 de marzo de 1861: y asimismo, la de las pruebas sobre capacidad de testador y vecindad de los testigos del testamento: sentencia de 25 de marzo del mismo año.

Acerca de la prueba pericial, ha sentado tambien, que si bien las leyes 118 y 119, tit. 18, Part. 3, refundidas en su parte esencial en el artículo 290 de la de Enjuiciamiento civil, no califican de prueba acabada las declaraciones periciales, no prohiben por eso que los tribunales formen su juicio por el conjunto de todas las aducidas: sentencia de 2 de octubre de 1861.

1547. Mas si el Tribunal Supremo ha declarado no haber lugar al recurso de casación, cuando en la apreciación de la prueba, el tribunal *a quo*, no ha infringido ley ni doctrina legal alguna, por no existir leyes especiales que determinen la fuerza de cada probanza, ó por haber de combinarse los diversos medios de prueba propuesta por los contendientes, y siempre que el tribunal se circunscribe en los límites que la ley señala á la crítica racional y judicial criterio del juzgador, segun ya hemos visto en las decisiones espuestas, ha consignado, por el contrario, que procede dicho recurso, cuando el tribunal *a quo* no se encierre en estos límites, ó cuando existiendo leyes que determinan la fuerza probatoria ó la falta de eficacia legal de un medio de prueba, segun que concurren ó no en él las circunstancias y requisitos que exige el derecho para considerarle revestido de fuerza, ó no lo aprecia el tribunal debidamente, ya sea por no darle todo el valor que la ley

le concede, ya por atribuirle mayor fuerza de lo que tiene por derecho. Tal acaecería, por ejemplo, si presentándose en autos por un litigante un documento legalmente auténtico y sin el menor vicio, en que constara de una manera indubitable el hecho que alegaba como fundamento de su derecho, y cuando la parte contraria no lo combatiese legalmente ó no presentara otra prueba que lo desvirtuara, le negase el tribunal su fuerza probatoria, ó si por el contrario, presentándose un documento defectuoso, lo apreciara como instrumento público y legal, ó finalmente, si no se produjera ninguno de los medios de prueba reconocidos por derecho, sino que se alegaran circunstancias y actos que la ley no reconoce como medios probatorios, y el juez les diera el carácter de tales. Tal sucedería asimismo, si el juez hubiese recibido declaración á un litigante, bajo juramento decisorio, á solicitud del contrario, y habiéndolo aquel prestado con arreglo á las prescripciones legales, no lo considerase como prueba plena, faltando á lo dispuesto en el art. 294 de la ley de Enjuiciamiento civil, sobre que constituya plena probanza, no obstante cualesquiera otra que se presentare. No están facultados en tales casos los tribunales para apreciar discrecionalmente la prueba; si lo verifican sin sujetarse al derecho, cometen una infracción de ley y procede el recurso de casación; puesto que tiene este lugar siempre que hay infracción de ley ó de doctrina legal, bien se cometa interpretando ó aplicando indebidamente el derecho, bien calificando mal un hecho que constituye derecho ó apreciando indebidamente la prueba practicada en su derecho.

Esta doctrina está apoyada por los autores y consignada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si el juez, dice Dalloz, después de haber reconocido una circunstancia ó un hecho ó una prueba determinada, hace de ellos una calificación indebida ó errónea. Hay violación de un texto legal y lugar al recurso de casación. La sala admite y declara, dice el señor marqués de Gerona, en el Exámen citado, la casación, donde quiera que encuentra infringida una ley espresa, aun cuando esta ley sea reguladora de la prueba legal de los hechos. Si se dejara á los tribunales, dice el señor Gomez de la Serna, el derecho de apreciar soberanamente todo género de pruebas; si tanta fuera la latitud que se les diera, se abriría una ancha brecha á la inobservancia de las leyes, se anularían todos los esfuerzos que se están haciendo para uniformar la jurisprudencia, y sería una sombra vana la vigilancia que el Tribunal Supremo está llamado á ejercer por medio de los recursos de casación. Abogo por la libertad de los tribunales superiores respecto á los puntos en que la ley les concede el arbitrio que no debe negarles: pero enemigo de su omnipotencia, me opongo á que en las pruebas, bajo el pretexto de interpretaciones viciosas y torcidas, salten por encima de las leyes, tengan implícitamente el derecho de derogarlas, y vengán así, de un modo indirecto, á usurpar las funciones legislativas. Por esto, cuando hay una ley que establece la fuerza que debe tener un medio de prueba, y el juez, separándose de sus principios, falla en sentido opuesto, no cabe duda á mi juicio, que hay lugar al recurso, porque se ha infringido una ley en la

sentencia. Casos de esta naturaleza se encontrarán, entre otros, en los pleitos en que la prueba hecha sea instrumental, ó consista en la confesión de uno de los litigantes. Puede, pues, decirse, que en todos los casos en que los hechos que han servido de fundamento al juicio tienen ya su determinación y carácter probatorio establecido en la ley, ó lo que es lo mismo, cuando las relaciones entre el hecho y la ley han sido previstas y regladas ya de un modo cierto por el legislador, y sin embargo, el Tribunal Superior no las acata, y sustituye á la voluntad soberana su opinión individual, entonces hay sin duda lugar al recurso, porque no se trata de la apreciación de una prueba que la ley deja al poder discrecional del juez, sino de la infracción de una ley que por sí sola da lugar al remedio extraordinario de la casación.

Respecto á la jurisprudencia, creemos deber citar en primer lugar, la sentencia pronunciada por el Tribunal Supremo de Justicia, con fecha de 28 de junio de 1832 (dada en un recurso de nulidad que recayó sobre un caso de reconocimiento de paternidad, anulando una ejecutoria de una audiencia) ya por haber incurrido al darla en los dos defectos ó infracciones de ley indicadas, de no estimar prueba legal y completa la que lo era según la ley, y de calificar de prueba plena la que el derecho no reconoce como tal, ya por haberse pasado desapercibida esta importante decisión á la vista de respetables intérpretes, que pretenden no haberse desviado el Tribunal Supremo hasta la sentencia pronunciada en marzo de 1858, de la fórmula común de que no le competía examinar si habían sido bien apreciadas por la sala sentenciadora las pruebas, y no haberse considerado hasta entonces con jurisdicción para declarar la nulidad en el caso de que las audiencias, al hacer la apreciación de ellas quebrantasen alguna ley ó doctrina legal. El Tribunal Supremo consignó en los considerandos de dicha sentencia como doctrina, que *los tribunales no son árbitros de calificar de prueba plena la que no reconocen las leyes como tal, ni deben formar su criterio judicial fuera de las reglas establecidas por derecho; que tampoco pueden hacer uso de conjeturas, principalmente cuando tales decisiones conducirían á una grave perturbación del orden social en el interés únicamente de las personas que por su conducta se habían hecho gravemente criminales.*

1548. Acerca de la prueba de confesión, ha declarado el Tribunal Supremo que la sentencia que da valor á la confesión hecha en juicio vaga é indeterminadamente (v. g., no señalando, ni describiendo, ni fijando la parte de las fincas en cuestión y á que se refiere) infringe la ley 4, título 13, Part. 3, que prescribe, para que la confesión judicial perjudique á quien la hace y aproveche á su contrario, que la haga sobre cosa, cuantía ó hecho cierto ó concreto, y en su consecuencia, ha lugar al recurso de casación; sentencia de 4 de octubre de 1860. Asimismo ha consignado, que para que tenga aplicación la doctrina legal de que la prueba del hecho incumbe al que lo afirma, y que aquel que lo confiesa con circunstancias que lo destruyen ó modifican, está obligado á justificarlas, es indispensable que la confesión recaiga sobre el hecho fundamental origen de la obligación

que se quiere hacer valer, y no sobre otro por mas inductivo que sea: y en su consecuencia, habrá ó no lugar á la casacion, segun que el tribunal *a quo* aprecie ó no en este sentido la prueba: sentencia de 28 de diciembre de 1860.

1549. En cuanto á la prueba documental, ha declarado el tribunal supremo, haber lugar á la casacion por no apreciar el tribunal *a quo* debidamente esta prueba, cuando habiendo probado el demandante su intencion con documentos fehacientes, se absuelve de la demanda al demandado, por infringirse en tal caso la ley 1, tit. 14, Part. 3, pues aunque se ordena meramente en su letra, que no probando el demandante se absuelva al demandado lógica y necesariamente hay que inferir lo contrario en el caso inverso: sentencia de 10 de noviembre de 1860. Asimismo ha declarado, haber lugar á la casacion por apreciacion indebida de la prueba, cuando en caso inverso al anterior, no habiéndose practicado prueba alguna sobre uno de los extremos de la demanda por el demandante, condena el tribunal *a quo* al demandado, pues, se infringe la ley 1, tit. 14, Part. 3, que da por *quito* á este cuando no se justifica la demanda: sentencia de 22 de junio de 1860. En el caso que motivó esta sentencia, consideró el Tribunal Superior que no habia probado parte de su demanda el actor, por constar la cantidad que se referia en un libro de cuentas de una sociedad con correcciones y enmiendas y no haber sido reconocida esta partida por el demandado. En su consecuencia, declaró el tribunal, que no mereciendo fe en juicio los libros de cuentas de una sociedad, que además de carecer de las formalidades legales, tienen enmiendas y correcciones, si solo por ellos resulta el ingreso del capital social de las partidas que bajo este concepto reclama el socio demandante, únicamente pueden ser de abono las reconocidas por el demandado; que en dicho caso, si la sentencia declara abonable todo el capital que figura en la liquidacion presentado por el socio demandante, no habiendo el demandado reconocido mas que una parte de él, se infringe la ley 1, tit. 14, Part. 3. Asimismo ha declarado el Tribunal Supremo, haber lugar á la casacion por haberse apreciado la prueba documental indebidamente contra la siguiente doctrina que se consignó en los considerandos de la sentencia anulatoria. Que segun el espíritu de la ley 2, tit. 16, lib. 10, Nov. Recop. en el caso de haberse perdido los protocolos y registros, debe darse valor y plena fé á la primera copia de un documento público, socado del verdadero original por el mismo escribano que lo autorizó, cuando no se le opone vicio de falsedad, ni otro defecto que la falta de comprobacion ó de cotejo: que este principio, apoyado en las leyes y admitido en la jurisprudencia, no ha sido alterado por las nuevas disposiciones legales, que por el contrario, dan á las primeras copias el valor de una prueba acabada y perfecta; que no debe declararse la ineficacia de un documento público, solo por la falta de cotejo, cuando es notorio el extravío de los protocolos; y que en tal caso deben apreciarse los demás datos que se suministren para apreciar su autenticidad: sentencia de 24 de mayo de 1860.—Finalmente, por sentencia de 8 de noviembre de 1860 se anuló en recurso de casacion

otro fallo de una audiencia, que apreció la prueba en contra de la siguiente doctrina, consignada por el Tribunal Supremo en los considerandos de su sentencia. Que con arreglo á lo que prescribe la ley 115, tit. 18, Part. 3, cuando el escribano autorizante sostiene la verdad del otorgamiento de una escritura y los testigos instrumentales contradicen su aserto y niegan haberlo sido del acto, debe ser creído aquel y no estos, siempre que sea de buena fama y el documento concuerde con sus notas ó protocolo: Que siendo válida, como lo es, la escritura en el caso antedicho, con mayoría de razon debe serlo, cuando los testigos instrumentales están acordes con el escribano acerca de que el acto pasó como aparecia en la escritura: Que se infringe dicha ley de Partida en la sentencia que declara de ningun valor ni efecto una donacion contenida en un documento público, cuando este se halla revestido de todas las formalidades que el derecho prescribe para su validez, y á mayor abundamiento, el escribano autorizante es de buena fama y los testigos instrumentales aseveran que todo pasó tal y como aparece de la escritura.

1550. No obstante el rigor que demuestra la jurisprudencia porque se respete la prueba documental por el tribunal *a quo*, no ha podido menos de dejar á este sobre ella la libertad de combinarla con las demás pruebas aducidas, consecuente á la doctrina que llevamos sentada: asi, pues, ha consignado en sentencia de 2 de octubre de 1861, que por muy eficaz que sea la prueba documental, no es opuesto á las leyes ni á los principios de derecho, que para enervarla es de valor á otras pruebas resultantes de distintos documentos, aunque sean de carácter privado, ni aun á la prueba testifical, admitida tambien por la ley; y asimismo, por sentencia de 27 de diciembre de 1857, se declaró, que las leyes 1, 114 y siguientes, tit. 18, Part. 3, relativas al valor de los instrumentos, se contraen á los casos en que estos se presenten contra el mismo que los otorgó, y que tampoco basta para probar un hecho consignarle en un documento público, si este puede ser combatido legalmente, ó si la existencia de otro demuestra su ineficacia.

1551. Acerca de las facultades ó atribuciones que concede la ley al tribunal *a quo* para apreciar la prueba testifical practicada sobre cuestiones de hecho, sin dar lugar al recuso de casacion, existe entre los autores gran divergencia de opiniones á que ha dado ocasion la vaguedad, poca exactitud, y aun al parecer, contradiccion que se advierte en la diversidad de sentencias pronunciadas sobre este punto por el Tribunal Supremo.

El artículo 317 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil previene, que los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.

Esta disposicion ha sido esplicada por respetables autores en un sentido sobrado lato y absoluto, en nuestro concepto, hasta el punto de no dejar apenas lugar en caso alguno de apreciarse la prueba de testigos, al recurso de casacion.

1552. El señor Ortiz de Zúñiga, en su Práctica general forense, cuarta



edición, se espresa de esta suerte: En las cuestiones en que nunca ó rarisíma vez procede el recurso extraordinario de casacion, es en las de hechos justificados única y exclusivamente por testigos, porque en este punto la ley de Enjuiciamiento civil ha introducido una innovacion notabilísima en su art. 317..... «Dos testigos que sean de buena fama (decia la ley 52, tít. 16, Part. 3), é que sean á tales que los non puedan desechar por aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro, abonda para probar todo pleito en juicio.» Esta inflexibilidad en la tasa del valor de la prueba testimonial ha sido por muchos siglos un axioma jurídico, al cual han tenido los tribunales que someter su conciencia y subyugar su conviccion, á pesar de descubrir moralmente en muchas ocasiones la inverosimilitud, y tal vez hasta la falsedad de lo que esos dos testigos aseguraban. Pero la nueva ley, dejando al prudente criterio del juzgador una libertad razonable, le ha trasformado, de autómeta ó de instrumento mecánico, en un ser pensador é inteligente, capaz de ejercitar la sana crítica y de aplicar las reglas de la buena lógica al exámen de los hechos atestiguados por dos ó mas personas, y esta es la gran reforma verificada por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.»

El señor Gomez de la Serna, en los Motivos de las variaciones principales que ha introducido la ley de Enjuiciamiento en los procedimientos, al explicar el espíritu del art. 317, comparándole con el de las leyes de Partida, dice lo siguiente: «El número de testigos es la única circunstancia que nuestras leyes anteriores á la de Enjuiciamiento civil, quisieron que sirviera de norte para el fallo del juzgador; dos testigos contestes, se decia, hacen plena prueba; el juez debe someter á semejante testimonio su conciencia: en nada se apreciaban las circunstancias especiales de los testigos, mientras no eran motivo de tacha legal, el número, no la calidad, debia considerarse; en una palabra, los testimonios no se pesaban, sino que se contaban. Esto pareció á la comision absurdo, insostenible; el derecho romano lo rechazó; quiso y con razon dejar en este punto á la ciencia y conciencia de los jueces la apreciacion de los medios que debian formar su conviccion; no los sujetó inflexiblemente á lo que dijeran dos testigos desautorizados tal vez y cuyo testimonio, á fuerza de demasiado conteste, daba lugar á que se creyese que era amañado y estudiado hasta en las palabras, y que estaba bien aprendido. Quede al juez la libertad prudente y racional para formar su conviccion, no se le sujete á condiciones repugnantes, fiese mas en su buen juicio y en su responsabilidad, y no se le convierta en un autómeta, degradando su alto ministerio. Quanto mas se ensalcen las instituciones judiciales, mas ganará la justicia, mas ganará el pais. Por esto la comision, separándose del derecho anterior, proclamó un principio mas antiguo, mas racional, mas filósofo, á saber: que los jueces y tribunales apreciarán, segun las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos.»

1555. Por nuestra parte, reconociendo que la disposicion del art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, ha abierto un campo vasto al criterio del juzgador,

le ha dado mas latitud y holgura en la apreciacion de la prueba testifical, que nuestras leyes anteriores, segun espondremos mas adelante, consideramos las interpretaciones que acabamos de extraer, sobrado extensivas, y algo exageradas y poco exactas. Y en efecto, no es exacto decir, al menos con relacion á todas las leyes de Partida que graduan la prueba testifical, que el número de testigos fuese la única circunstancia que nuestras leyes quisieron que sirviera de norma al juez para su fallo, pues que en dichas leyes se atendió á la mayor veracidad, bondad y fama de los testigos, como lo prueba la ley 40, tít. 16, Part. 3, referente al caso en que los dichos de los testigos presentados por una de las partes fuesen contrarios á los de la otra, puesto que prescribe, que el juez crea á los que dicen la verdad ó que se acercan mas á ella, ó que son de mayor fama, *aun cuando los otros fueren mas*, y la 41 que versa sobre el caso de discordancia entre los testigos presentados por una misma parte, en la cual se previene que el juez debe creer á los que juzgase que se acercan mas á la verdad y que acuerdan mas con el fecho, *maguer que los otros fuesen mas*, de manera que el litigante puede probar su intencion por algunos *dellos que sean omes buenos*, con tal que los que dicen lo contrario *non sean mas ó mejores*. Por otra parte, la libertad que se deja al juez por estas leyes para apreciar qué testigos se acercan mas á la verdad y se acuerdan mas en el fecho, esto es, quienes aparecen mas verosímiles en sus declaraciones y mas exactos respecto de lo que se trata de averiguar, pueden tal vez suplir en parte lo diminutas y poco espresivas que aparecen nuestras leyes en la designacion de las tachas legales, puesto que el juez puede valuar en poco ó desechar la declaracion que le aparezca amañada, contradictoria, oscura, apasionada ó parcial. La prescripcion de la ley 52, tít. 16, Part. 3, sobre que dos testigos contestes y libres de toda excepcion, basten para hacer plena prueba, que es sin duda alguna la mas rigurosa y restrictiva del criterio del juez que aparece en nuestros códigos, ha adquirido gran parte de su rigidez por el modo absoluto y el rigorismo con que ha sido interpretada en la práctica, sin considerarla desvirtuada en modo y caso alguno por las otras pruebas mas ó menos incompletas presentadas por la parte contraria, aun cuando el juez estuviera persuadido moralmente de la inverosimilitud y falsedad de sus dichos. No debe perderse tampoco de vista, que todas las leyes de Partidas citadas en las reglas que fijan al juez para la apreciacion de la prueba testifical, no tanto se refieren á las declaraciones presentadas á este por escrito y que no recibió por sí esto es, á lo que entendia el derecho romano por testimonios, *testimonia*, medio probatorio que fue condenado por incompleto é ineficaz, sino principalmente á las declaraciones orales que recibe el juez de los mismos testigos, pudiendo observar su continente, su aspecto, (debiendo mirarles á la cara, como dice una ley de Partida) el tono de su voz y su manera de espresarse, si es firme y resuelta, ó balbuciente, ó vacilante; pudiendo carearlos y aclarar sus contestaciones con nuevas preguntas, para disipar las dudas que pueden ocasionar sus términos impropios ó su falta de esplicacion de ciertas circunstancias. Este procedimiento, lejos de rechazarlo el



derecho romano, fue el que se recomendó especialmente en la época de su restauracion como mas autorizado que el escrito. Y por esto escribía el emperador Adriano á Gabino Máximo: *Alia est auctoritas presentium testium, alia testimoniorum quæ recitari solent.* Y por eso remitía á un presidente de provincia un proceso en que no se le presentaban testigos, sino testimonios: *Quod crimina objecerit apud me Alexander Apro, et quia non probabat, nec testes producebat, sed TESTIMONIIS uti volebat, QUIBIS APUD ME LOCUS NON EST, NAM IPSOS INTERROGARE SOLEO, quem remis ad pævinciæ præsidem, etc.*

Examinadas é interpretadas las leyes de Partida estensiva y profundamente, aparecen que se fundaron, en lo general, en las reglas del racional criterio y de la sana crítica, segun hemos espuesto en el libro 2.º, número 1,008 al 1,027 de esta obra, aun cuando se note algo de rigorísimo, de diminuto y poco espresivo en varias de sus disposiciones. Estos defectos ha tratado de enmedar la nueva ley de Enjuiciamiento en su art. 317, mas al hacerlo, ha estado lejos de someter al libre arbitrio del juez la apreciacion de la prueba de testigos, puesto que la ha limitado *sujeláadole á observar las reglas de la sana crítica*, y que en su consecuencia, cuando infrinja estas reglas, infrinje el art. 317 de la ley, y ha lugar al recurso de casacion, segun se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo que espondremos mas adelante. La misma ley de Enjuiciamiento *tasa* en tres el número de testigos que bastan para probar en el juicio de despojo sobre este hecho, (art. 725) de acuerdo con nuestras antiguas leyes, que se fundaban para exigir un testigo mas, en este caso que en los ordinarios, en que como produce efectos en perjuicio de tercero esta prueba y no puede ser desvirtuada previamente por la de este, conviene asegurar la fuerza probatoria para evitar procedimientos injustos. Véase lo espuesto en el núm. 1,021, párrafo 5, lib. 2.º de esta obra.

1554. En apoyo de las reflexiones que acabamos de esponer, debemos citar la opinion de tres de los comentadores de la nueva ley de Enjuiciamiento, los señores Manresa, Miquel y Reus, quienes al hacerse cargo del primer precepto de la ley 52, tit. 16, Part. 3, sobre que el dicho de dos testigos contestes y libre de toda escepcion, bastan para hacer prueba plena, dicen lo siguiente: «Si se considera dicho principio como una regla general y absoluta para todos los casos, cual solia entenderse en la práctica, indudablemente ha sido modificado por el artículo que estamos comentando. Dos testigos, aunque estén contestes y sin tacha legal, no pueden hacer prueba plena, cuando sus declaraciones han sido desvirtuadas por algun otro medio de prueba, ó cuando los hechos sobre que declaran son iverosímiles en el órden material de las cosas, ó cuando no concurren en ellos las condiciones necesarias para poder apreciar los hechos debidamente sin temor de que puedan haber sido engañados. Pero fuera de estos casos, los jueces y tribunales no podrán menos de dar entera fé y crédito al dicho conteste de dos testigos libres de toda escepcion, cuando sean personas de buena fama, imparciales, de buen criterio y con las dotes necesarias para poder apreciar

los hechos cuales son en sí... Sostener lo contrario, seria proceder arbitrariamente y contra las reglas de sana crítica, y de consiguiente contra el precepto terminante del art. 317 de la ley.»

1555. A la última parte de este comentario, se ha hecho oposicion en un artículo inserto en la Revista general de legislacion, tomo 16, pág. 466, firmado por el señor Poblacion Fernandez diciendo: «No admitimos que deba darse entero crédito al dicho conteste de los dos testigos, porque la buena fama, la imparcialidad y el buen criterio no son cosas que en la mayoría de los casos, ni con mucho, se revelen por las circunstancias puramente esternas que la ley exige á los testigos. Un parentesco de quinto grado, por ejemplo, suele ser muchas veces motivo de mayor parcialidad que un parentesco de segundo ó de tercero, y sin embargo, no es tacha legal. Una amistad íntima, *completamente ignorada é improbable*, suele ser tambien motivo de parcialidad, y sin embargo, no estar al alcance del juez por el resultado de los autos. Mas fuerte que la amistad todavía, puede ser un beneficio del momento, y al que para corresponder tenga el testigo que declarar en favor del que se lo hizo. Nada mas frecuente que ver en las informaciones de pobreza el dicho de tres testigos contestes y libres de toda escepcion, y sin embargo, puede declararse pobre y se declara en efecto á la persona que esté mas distante de serlo. Las garantías que la ley exige á los testigos, ni son ni podrán ser nunca bastantes para que el juez pueda conocer por ellas la verdad de las declaraciones. La buena fama se supone mientras no se pruebe la mala que existe muchas veces, sin que se intente siquiera su prueba, por ser imposible. La imparcialidad se supone mientras no hay tacha legal, y aun sin haberla, pueden ser infinitos los motivos de parcialidad que impulsen al testigo á faltar á la verdad.»

1556. Concedemos por nuestra parte que podrá haber casos en que el juez no deba dar completa fé al dicho de dos testigos contestes, de buen criterio y con las dotes necesarias para apreciar los hechos sobre que declaran cuales son en sí, cuando á pesar de reconocerlos imparciales la ley, por no haberse alegado contra ellos alguna de las tachas que la misma establece, hay motivos para dudar de su parcialidad ó veracidad, por lo que resulta de autos ó por la forma como prestaron sus declaraciones, v. gr., por la falta de fuerza y seguridad, ó sobrada pasion con que declararon en pro ó en contra de algunas de las partes, puesto que ya hemos reconocido que nuestras leyes están diminutas y poco espresivas en la determinacion de las tachas, pero estos motivos han de resultar precisamente de lo que aparece en los autos, sin que en manera alguna influyan en el ánimo del juez las noticias ó circunstancias fuera del proceso, como se da á entender en las reflexiones anteriores. Es regla y principio inconcuso que el juez debe sentenciar *secundum allegata et probata*: de lo contrario seria convertir al juez de derecho en juez de hecho, á los tribunales en jurados, y esta infraccion de la regla y principio espuestos podria aplicarse, lo mismo á la prueba de testigos que á la documental y demás que establece el derecho, puesto que el juez podria saber judicialmente que el documento que se le

presentaba era falso ó que se hallaba desvirtuado por otro posterior que no aparecía en los autos. Mas cuando la prueba testifical se halla robustecida por el dicho de tres, cinco ó mas testigos contestes, libres de toda escepcion ó tacha legal y de todo motivo de parcialidad que apareciera en los autos, cuando han prestado sus declaraciones con seguridad, con aplomo, sin vacilaciones, sin dudas, con serenidad y templanza, y libre de toda pasion, sobre un hecho fácil de apreciarse y verosímil, y sin que por otra parte aparezca otra prueba alguna que pueda desvirtuar su dicho, puesto que para la combinacion y apreciacion de la diversidad de pruebas, reconoce la ley mas amplias facultades en el tribunal *a quo*, como encargado que es de apreciar todos los hechos para entender del fondo de la cuestion con arreglo á justicia, y que el tribunal de casacion solo puede conocer de este fallo, cuando se ha infringido abiertamente ley ó doctrina legal; cuando concurra una prueba testifical de estas ó semejantes circunstancias en apoyo ó en contra de un hecho, y el tribunal *a quo* no la considere prueba plena, desentendiéndose de ella y fallando en sentido contrario, creemos que procede arbitrariamente, que no aprecia la prueba testifical segun las reglas de la sana critica, que infringe, en su consecuencia lo dispuesto en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento y que há lugar contra este fallo al recurso de casacion.

1357. Sin embargo, autores respetables rechazan absolutamente y en todo caso el recurso de casacion por la apreciacion de la prueba testifical, dejando al tribunal *a quo* en plena libertad para esta apreciacion.

Así parece poder deducirse de la resolucion dada en la Revista general de legislacion, tomo 13, pág. 311, á una consulta que se propuso sobre esta materia en los términos siguientes: «¿Há lugar al recurso de casacion ó, por mejor decir, infringe la ley la sentencia que declara no justificado un hecho lógico y razonable que han afirmado cinco testigos contestes y conformes é intachables, contra el cual no se ha presentado la menor duda ni hecho prueba alguna?» La persona que proponía esta duda, indicaba su solucion diciendo: «El art. 317 autoriza á los jueces y tribunales para apreciar segun las reglas de la sana critica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos; pero ¿no infringen la ley los jueces y tribunales que contra las reglas de la sana critica declaran no justificado un hecho que lo es? y en el caso afirmativo ¿no corresponderia que el Tribunal Supremo diese lugar á los recursos que se entablaran contra estas sentencias? Verificar lo contrario seria fijar la jurisprudencia de que los jueces y tribunales puedan apreciar á su albedrío y á su libre antojo la fuerza probatoria de las declaraciones dadas en juicio, jurisprudencia absurda y contraria á la ley y á los buenos principios de legislacion.»

Al resolverse en la citada Revista esta consulta en sentido opuesto al del proponente, despues de copiar el párrafo de los *Motivos de la Ley* del señor Laserna, arriba espuestos, se razonaba en esta forma. «Las reglas de la sana critica, no el derecho escrito en siglos pasados, no la jurisprudencia seguida de antiguo por los tribunales, son las leyes que debe consultar el juez

para apreciar la prueba testifical: su conciencia y solo su conciencia ha de ser la guia de su fallo. Luego si el legislador lejos de buscar reglas generales, uniformes é inflexibles para lo que no podia prescribirlas, sin poner en tortura la conciencia del juez, ha consagrado el principio opuesto, dejando en prudente libertad á los juzgadores, mal puede decirse que en la apreciacion de la prueba testifical se infringe una ley que no existe. Tampoco puede alegarse infraccion de doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, porque prescindiendo de que contra una ley nueva no puede citarse la costumbre, y de que la costumbre en los casos que se han presentado á la apreciacion del Tribunal Supremo de Justicia, ha sido favorable á los principios que sostengo, la jurisprudencia solo puede versar sobre la inteligencia de la ley, aplicándola en su sentido mas genuino, interpretándola segun su espíritu y supliéndola en lo que es deficiente, pero no puede descender á los hechos que segun queda indicado, por su variedad infinita y por la imposibilidad de reducirlos á reglas preconstituidas y generales, se resisten á ser bien calificados y apreciados por el legislador, y que si pueden serlo por el juez en los diferentes casos que en la práctica se ofrecen, no se prestan las apreciaciones hechas en un juicio á ser base ni servir de norma para lo que en otro juicio deba determinarse.

«En las reminiscencias que nos quedan del derecho vigente antes de las últimas reformas, propendemos á interpretar por lo derogado lo que ha sido establecido para corregirlo; de aquí dimana, á mi modo de entender, que á algunos repugnen ciertas innovaciones que son una consecuencia necesaria de los nuevos principios admitidos. La exactitud de esta observacion aparecerá mas de lleno presentando la misma cuestion de la apreciacion de la prueba, no ya cuando se trata de testigos, sino de otro género de probanza, del reconocimiento de letra dudosa ó sospechosa. Segun nuestras leyes de Partidas, el juez, despues de oír á los peritos, quedaba en plena libertad para seguir ó desestimar su opinion. Esto mismo ha repetido la ley de Enjuiciamiento civil que en el art. 290 dice: que el juez haga por si mismo la comprobacion de letras despues de oír á los peritos revisores, y no tiene que sujetarse á su dictámen. Esto supuesto, ¿podria sostenerse antes de la Ley de Enjuiciamiento civil que habia recurso de nulidad por infraccion de ley, por haberse separado el juez en su fallo del dictámen pericial? ¿Podrá decirse ahora que esta causa da motivo al recurso de casacion? Contestándose, como creo que contestarán todos, que no puede decirse que el juez infringe la ley por no adherirse á la opinion de los revisores, y por lo tanto; que no há lugar al moderno recurso de casacion, ni al antiguo de nulidad, no cabe establecer una regla diferente, por lo que al recurso de casacion se refiere, cuando se trata de apreciacion de la prueba testifical.»

1358. Las consideraciones que acabamos de trasladar, si bien podrian ser exactas y aplicables al exámen en general de la disposicion del art. 317, ó de una regla general que hubiera que aplicar á los casos que pueden ocurrir y cuyas circunstancias y accidentes no pueden fijarse ni preverse por el legislador, no las creemos exactas y justas con referencia al caso pro-

puesto determinadamente, con todas las circunstancias necesarias para apreciar si aparece el hecho probado ó no completamente, y para aplicar á él la disposicion legal, atendiendo á los fueros de la equidad y de la justicia. Imponiendo la ley al juez el deber de apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, *segun las reglas de la sana crítica* sobre la certidumbre; esto es, sobre ese estado del ánimo que se ve impulsado á afirmar la realidad ó veracidad de un hecho por los motivos que excluyen la posibilidad del hecho contrario, y siendo aplicables aquellas reglas al caso propuesto, dado que concurren en él las circunstancias necesarias ó suficientes para producir la certidumbre, segun resultan en los autos, y que no pueden ser desvirtuadas por otras fuera de ellos, porque el juez tiene que sujetarse á los méritos del proceso, no puede dejar de apreciar como prueba plena aquellas declaraciones, sin dejar de seguirse las reglas de la sana crítica, sin infringir en su consecuencia el art. 317 de la ley, y dar lugar al recurso de casacion. Tal vez pudieran desvirtuarse las circunstancias enumeradas sobre las buenas cualidades de los testigos y sobre la exactitud de sus declaraciones, por la impresion desfavorable que á pesar de todo esto, produjeran en el juez, el aspecto de los testigos y el modo que tuvieran de prestarlas, pero esta observacion no puede militar en la materia de casacion de que tratamos; puesto que este recurso solo tiene lugar contra las sentencias de los tribunales superiores (art. 1010 de la ley) y que estos (fuera de algunos casos especiales en que se admite prueba testifical en segunda instancia) no ven ni examinan á los testigos, sino que tienen que atenerse á las declaraciones ó testimonios estendidos en los autos en primera instancia, que es donde se verifica su exámen. Existen, pues, en el proceso todas las circunstancias á que puede atenderse para apreciar la prueba testifical, y las mismas que tiene el Tribunal Supremo de Justicia para examinar la sentencia.

No juzgamos tampoco exacta la comparacion que se establece entre la facultad que concede al juez el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, para separarse del dicho de los testigos y la que le concedia la ley 418, tit. 18, Part. 5, para separarse de las declaraciones de los peritos sobre reconocimiento de letra dudosa ó sospechosa, pues en la primera, se limita aquella facultad, con la sujecion á las reglas de la sana crítica, y en la segunda, se le concede al juez ilimitadamente, y además se funda la ley para ello en que esta prueba *tuvieron los sabios antiguos que non era acabada*, mas por el contrario, la testifical puede serlo, y finalmente, en la prueba de reconocimiento concurre el juez á su formacion con el carácter de perito ó entendido en la materia por la gran práctica que tiene sobre ella, pues como dice la ley, *se deberá ayuntar* con aquellos omes sabidores, é catar, é escodriñar la letra, é la figura de ella, etc., de suerte que tiene cierta analogia con prueba de inspeccion ocular que hace el juez por sí mismo, pero en la prueba de testigos tiene que guiarse por lo que estos declaren sobre el hecho en cuestion, el cual ignora él enteramente, aplicando tan solo su criterio á la mayor ó menor veracidad ó exactitud que ofrecen las declaraciones.

1539. Con mayor razon creemos que se infringirá la prescripcion del artículo 317 de la ley, dándose lugar al recurso de casacion, cuando los jueces al apreciar la prueba testifical con relacion á la documental, graduen de insuficientes el número ó las cualidades de los testigos que han juzgado las leyes de antemano como bastantes para asegurar la autenticidad ó fuerza de todo documento, pues esto seria alterar indirectamente aquella prueba, infringiendo las leyes que la constituyeron; por lo cual deberán los jueces tener el mayor cuidado, al apreciar las declaraciones de los testigos sobre comprobacion ó reconocimiento de documentos, de limitarse á la veracidad y exactitud de sus dichos, respetando el número de aquellos y las cualidades prescritas por las leyes sobre las solemnidades de los documentos. Acerca de la interpretacion que debe darse al art. 317 de la nueva ley respecto de las disposiciones de las Partidas sobre el número de testigos necesario para probar la falsedad del otorgamiento ó contesto de documentos ó el pago de una deuda que constare por escritura pública ó sobre la apreciacion del dicho de testigos que contradicen ó afirman el contenido de un instrumento, véase lo que hemos espuesto en los números 1025 al 1027 del lib. 2.º de esta obra.

1560. Pasemos ahora á examinar hasta qué punto se halla ó no conforme con las doctrinas que llevamos espuestas la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia, sobre las facultades de que se halla revestido el tribunal *a quo* para apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Al hacernos cargo con este objeto de las sentencias principales dictadas sobre esta materia, cúmplenos advertir, que con el fin de suplir la gran dificultad que ofrecen para graduar la mayor ó menor exactitud y justicia con que el tribunal *a quo* ha verificado la apreciacion de la prueba, por no espresarse en ellas las circunstancias especiales de la practicada por las partes, esto es, el número de testigos presentados, sus cualidades, la manera de prestar sus declaraciones, y si estas fueron ó no desvirtuadas por otras pruebas, examinaremos, cuando lo juzguemos necesario, el caso sobre que versó la prueba, la apreciacion que de ella se hizo, y las leyes que se alegaron por los concurrentes como infringidas, sin atenernos únicamente á los considerandos ó declaraciones que se hacen en la sentencia, algunas veces poco ajustados á la cuestion sobre que versan y conteniendo en su consecuencia, declaraciones á veces sobrado extensivas ó demasiado restrictivas, con relacion á la misma.

1561. Uno de los magistrados mas autorizados de este tribunal, el señor marqués de Gerona, en su exámen del recurso de casacion, dice lo siguiente: La sala se abstiene cuidadosamente, en virtud de las disposiciones del art. 317, de juzgar sobre los hechos comprobados únicamente por medio de testigos, hechos cuya calificacion queda de hoy mas encomendada á la sana crítica de nuestros jueces y magistrados. No habiendo ya la ley civil que regule casuísticamente su criterio, tampoco puede existir infraccion alguna de esta clase en sus sentencias.

El señor Ortiz de Zuñiga, al sentar, segun hemos visto, que nunca ó

rarísima vez procede el recurso de casacion en las cuestiones de hechos justificados única y esclusivamente por testigos, desde la promulgacion de la ley de Enjuiciamiento, cita en comprobacion de este aserto, especialmente las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre, 26 de octubre y 23 de diciembre de 1857, las de 8 de febrero, 8 de mayo y 16 de noviembre de 1858, y las de 13 de mayo y 4 de junio de 1860.

1562. En efecto, por la sentencia de 15 de octubre se declaró, que la ley 52 citada, habia sido *radicalmente modificada* por el art. 517 de la ley de Enjuiciamiento, pero hay que advertir que no habiéndose especificado en la sentencia las circunstancias de la prueba testifical que se produjo, y haciéndose aquella declaracion de un modo incidental, no es posible graduar hasta qué punto respetó el Tribunal Supremo las facultades y las reglas de la sana crítica que siguió el tribunal *a quo* al hacer la apreciación de esta prueba.

1563. Por la de 26 de octubre, se declaró, que no tenia aplicacion despues de publicada la ley de Enjuiciamiento civil la 52, tit. 16, Part. 3; cláusula que aunque parece derogar todas las disposiciones de la ley citada de Partida, solo se referia á la prescripcion de que hacen plena fe en juicio dos testigos, contestes y libres de toda escepcion, puesto que este era el sentido en que se alegaba esta ley, y que por otras sentencias, la de 25 de diciembre de 59 y la de 20 de febrero de 1861, que mas adelante espon-dremos, se declaró vigente la disposicion final de esta ley. Por lo demás, no aparecen en esta sentencia las circunstancias de la prueba testifical que se produjo, y solo si que se presentó prueba documental por la parte contraria.

1564. Por la de 23 de diciembre se declaró, que los tribunales deben apreciar segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos con arreglo al art. 517 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que en la apreciación que tuvo la sala con sujecion al citado artículo, *no habia infringido las leyes 52 y 40 tit. 16, Part. 3, que solo pueden considerarse vigentes en cuanto no se opongan á la última.* Aunque tampoco aparece en esta sentencia la clase de pruebas que practicaron las partes, porque en ella solo se dice, que se hicieron por uno y otro litigante las pruebas que creyeron convenientes, se nota desde luego modificada por ella la cláusula absoluta de la de 26 de octubre sobre la ley 52 de Partida, puestó que solo la considera modificada en cuanto sea contraria al artículo 517 citado.

1565. Por la de 8 de febrero se declaró, que al apreciar la sala del modo que lo hizo, en los fundamentos de su sentencia, las pruebas presentadas por las partes en este pleito, obró en uso de las facultades que le concedia el art. 517 de la ley de Enjuiciamiento y *que promulgada dicha ley carece de aplicacion, EN CASOS COMO EL PRESENTE, la 52, tit. 16, Partida 3, citada como infringida; que asimismo las leyes 114 y 119, tit. 18 de dicha Partida, citadas tambien como infringidas en su referencia á documentos privados, exigen para su validez y eficacia en juicio la posterior deposicion de testigos, aun la de aquellos presenciales del acto, cuyos nombres apa-*

rezcan en el documento, que son por lo mismo, con arreglo á lo prescrito en el citado art. 517 tan inaplicables como la primera al citado recurso, y que ninguna de ellas habia sido por consiguiente infringida en la sentencia de que se trataba. Esta decision introduce una innovacion importante en nuestras leyes de Partida sobre la prueba testifical para corroborar ó hacer que produzca prueba completa un documento privado, por lo cual creemos oportuno esponer el caso sobre que recayó y es el siguiente: Un acreedor habiendo fallecido su deudor, demandó á la mujer de este, para que le pagara una cantidad que resultaba en papel sellado firmado por tres testigos, haber confesado su marido haber recibido de aquel, hipotecando para su pago un crédito que tenia contra un tercero. El actor dirigió su prueba á justificar con las declaraciones de dos de los tres testigos firmantes del documento su eficacia y validez, y la demandada solicitó el cotejo de la firma de su difunto marido, que apareceria en la obligacion, con otras indubitadas. Los peritos nombrados por las partes declararon, que las diferencias que advertian entre las unas y las otras firmas, les inducian á creer que la del vale habria sido imitada. La sala absolvió de la demanda á la demandada, é interpuso recurso de casacion contra esta sentencia, por considerarse infringidas las leyes 52, tit. 16, y las 114 y 119, tit. 18, Part. 3, declaró el Tribunal Supremo no haber lugar á él por las consideraciones espuestas. Por esta sentencia se consideró, pues, facultados á los jueces para apreciar con arreglo al art. 517 de la ley de Enjuiciamiento, como ineficaz la prueba á que se refiere la disposicion final de la ley 119 citada que dice: Que si alguna de las partes adujere en juicio alguna carta, para propar su intencion, que non sea fecha por mano de escribano público, si la otra parte, queriéndola desechar, muestra otra carta fecha por mano de aquel mismo ome, que es desemejante en todo á la primera en la letra é en la firma, si aquel que aduce la carta para probar con ella su intencion probare con dos testigos buenos é sin sospecha que juren é digan que vieron aquel cuyo nombre está escrito en ella facer aquella carta ó mandarla escribir, decimos que probándolo así, debe ser creido, maguer la otra parte mostrare otra carta escrita por mano de aquel mismo ome, que fuese semejante della en la letra é en la firma.

La sentencia de 8 de mayo de 1858, que tambien versa sobre la ley 119 de Partida citada, sirve en cierto modo de aclaracion á lo consignado en la anterior. Habiéndose procedido para el cobro de un crédito contra los bienes de un sugeto, se presentó su mujer reclamando preferencia por su crédito dotal. En su apoyo presentó dos documentos privados de fecha anterior á su matrimonio, el primero escrito por su marido y firmado por él mismo y el padre de la interesada, en el que confesaba aquel haberle este entregado una cantidad por cuenta de la dote de su mujer; y el segundo, firmado por los mismos y tres testigos, en que marido y mujer se daban por entregados de la otra mitad de la dote. El contrario opuso ser ineficaces dichos documentos, fraguados con objeto de defraudarle, como lo indicaba el ser dos de los testigos compadres del marido y el otro

oficial de la escribanía que desempeñaba el suegro de aquel, advirtiéndose además, que el papel sellado en que estaban escritos, tenía señales de haber sido estraído de algun espediente, señales, que en efecto, aparecieron en el reconocimiento efectuado. Las partes practicaron «la prueba testifical que creyeron conveniente» (no espresa sus circunstancias) reducida á si era ó no cierta la entrega de la dote, y recayó sentencia desestimando la demanda de tercería por considerar ineficaces los documentos presentados por la mujer, para acreditar su mejor derecho. Esta interpuso recurso de casacion, fundándose en que se habian infringido, entre otras, las leyes 114 y 119. tit. 18, Part. 3. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso considerando que las leyes 114 y 119 citadas, en su referencia á documentos privados, exigen para su validez y eficacia en juicio la posterior declaracion de los testigos presenciales que aparezcan en dichos documentos, y no escluyen la de otros que tengan conocimiento del hecho en cuestion, por lo cual viene á reducirse á testifical la prueba de la validez y eficacia de los mismos, y que bajo este concepto la Audiencia al calificar de ineficaces los documentos, en uso de la facultad que le concede el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, no habia cometido ninguna infraccion legal. En esta sentencia aparece mayormente que en la anterior el respeto á las disposiciones legales anteriores, puesto que hubo pruebas opuestas, practicadas por cada uno de los colitigantes, y que el juez tuvo que apreciarlas segun el resultado de su combinacion.

1566. Por la sentencia de 6 de noviembre de 58, se decidió, que en la apreciacion que habia hecho la Audiencia de las pruebas, con arreglo al art. 317 de la ley, no habia infringido ley alguna. No espresó las circunstancias de la prueba testifical practicada por las partes. Por las de 25 de mayo y 4 de enero de 1860, se corroboró que la ley 52, tit. 16, Part. 3, ha sido esencialmente modificada por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, en cuanto á la apreciacion y valor de la prueba; mas no se espresó la que habian practicado las partes.

1567. A estas decisiones pueden agregarse las de 27 de setiembre, 15 de diciembre de 1860, 28 de febrero, 6 de marzo y 2 de octubre de 1861. La primera consignó, que el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil, ha modificado esencialmente *la antigua legislacion relativa al valor de la prueba testifical, no siendo procedente por lo mismo que hoy se funde un recurso de casacion en la infraccion de dicha legislacion antigua*. De suerte, que atendiendo únicamente al testo de este fundamento ó considerando, no solo habria de entenderse radical ó esencialmente modificada por el art. 317, la ley 52, tit. 16, Part. 3, y demas á que se refieren las sentencias anteriores, sino *la legislacion antigua*, esto es, todas las leyes anteriores que versan sobre la fuerza probatoria de la prueba testifical. Pero examinando el caso sobre que versa esta declaracion, se advierte desde luego que (además de no espresarse las circunstancias de la prueba testifical que se practicó) en él solo se citó como fundamento del recurso de casacion la ley 52 mencionada de Partida, y que en su consecuencia, debe

circunscribirse á ella la declaracion; lo que se comprueba mayormente, atendiendo á las numerosas decisiones dadas con posterioridad por el Tribunal Supremo, y en que se declara que habrá lugar á la casacion, cuando se infrinjan las leyes anteriores sobre la valuacion de la fuerza de aquella prueba en que se consignan disposiciones dictadas conforme á las reglas de la sana crítica, segun espondremos mas adelante.

1568. La de 15 de diciembre hace una declaracion sobre apreciacion de prueba testifical combinada con la documental, para cuya perfecta inteligencia, creemos conveniente estractar el caso sobre que recayó y es el siguiente. La demandada solicitaba la declaracion de pobreza, presentando en su apoyo tres testigos y el duplicado del parte que dió la administracion de Rentas, de haber traspasado á un yerno suyo una fábrica; dos recibos de contribucion impuesta al mismo por dicha fábrica, y una factura de efectos vendidos á este, firmada por el demandante. Este impugnó dicha pretension, presentando una certificacion de un secretario de ayuntamiento, de la que resultaba que la demandada habia pagado cierta cantidad de contribucion por una casa que poseia. Oidos el promotor fiscal y el promotor de Hacienda, se opusieron á la declaracion de pobreza solicitada, y se pronunció sentencia en primera y segunda instancia negándola. Interpuso recurso de casacion fundado en la infraccion de la ley 52, tit. 16, y 114, tit. 18, Part. 3.ª, el Tribunal supremo declaró no haber lugar á él, fundándose en que la ley 52, tit. 16, Par. 3.ª, ha sido radicalmente modificada por el art. 317 citado que restablece otra regla para la apreciacion de la prueba testifical, siendo á esta y no á aquella, que se supone infringida, á la que ha debido atenerse la sala sentenciadora, como lo ha hecho para calificar el valor y mérito de la suministrada por la recurrente; y en cuanto á los papeles presentados como prueba documental, que el único en que se hablaba del traspaso de la fábrica, era el duplicado que se dió á la administracion de Rentas, el cual, estando, en cuanto al nudo hecho del traspaso á que se concretaba, autorizado no mas que con las firmas de mano agena de la demandada y de su yerno, solamente podria probar en su caso, contra estos, pero no contra un tercero á quien perjudicara en sus derechos ó intereses; base sobre la cual descansaba la sentencia, aplicando la doctrina consignada en las leyes 1 y 114, tit. 18, Part. 3.ª, cuya pretendida infraccion habia sido otro de los fundamentos del recurso; por lo cual la administracion misma que tuvo dicho documento privado por bastante para exigir del yerno la contribucion á que estaba afecta la fábrica, le negó todo valor y eficacia en el hecho de oponerse á la declaracion de pobreza que solicitaba la recurrente. En esta sentencia no encontramos que se verificase innovacion alguna respecto á las reglas de nuestras antiguas leyes sobre el valor de la prueba testifical, pues esta versaba sobre el hecho del traspaso de una fábrica, que se hallaba desvirtuado por el documento en que aparecia que la demandada era poseedora de una casa, y en su consecuencia, no podrá considerarse como pobre.

1569. Por la de 28 de febrero de 1861 se declaró, que la cuestion que

se ventilaba en aquel litigio era de hecho, acerca del cual se habia dado únicamente prueba de testigos, la cual habia sido apreciada por la sala sentenciadora en uso de sus facultades con arreglo al art. 317, y que contra esta apreciacion no se habia citado ley alguna infringida. No habiéndose especificado las circunstancias de la prueba testifical practicada, no nos es posible apreciar hasta qué punto se atuvo el tribunal al apreciarla á las reglas de la sana crítica.

1570. La sentencia de 6 de marzo versaba sobre un testamento otorgado en virtud de poder, y sobre la legitimidad y validez de una nota que se atribuía estar escrita por la poderdante con lapiz y en forma de carta, y en la que instituía heredero al apoderado. Los litigantes «practicaron pruebas de testigos, deposiciones y demás que creyeron útiles á su propósito», se dice en la sentencia, pero sin especificar las circunstancias de dichas pruebas, y el tribunal declaró no haber lugar al recurso, considerando que habiéndose practicado prueba pericial y de testigos, habia sido apreciada esta en uso de sus facultades por la sala sentenciadora, declarando sin valor la referida nota, sin que contra esta apreciacion se hubiese citado ley alguna como infringida.

1571. Ultimamente, la de 2 de octubre de 1861, se refirió á la apreciacion de la prueba testifical (sin espresarse las circunstancias especiales con que se practicó) en combinacion con la prueba documental y pericial, por lo que creemos conveniente insertar todos sus considerandos para su mayor inteligencia y por la copiosa doctrina que contienen. Consignóse, pues, en ellos, que cuando el recurso de casacion se funda, no tanto en la errónea aplicacion del derecho, como en la equivocada apreciacion de los hechos, lo primero que importa demostrar, es que al hacerla, se ha faltado á las prescripciones legales, para lo cual deben atenderse y compararse las diversas clases de pruebas que se hayan dado por los litigantes; que por muy eficaz que sea la prueba documental, no es opuesto á las leyes ni á los principios de derecho, que para enervarla se dé valor á otras pruebas resultantes de distintos documentos, aunque sean de carácter privado, ni aun á la prueba testifical admitida tambien por la ley; que en el caso conereto de este pleito, se han calificado pruebas de diversa naturaleza, y si bien no ha prevalecido la documental presentada por los recurrentes, no se ha hecho ver que al dar mas valor á la de los demandados, se haya infringido disposicion alguna legal, y por lo mismo, no puede decirse tampoco que se haya faltado á la ley 114; tit. 18, ni á las 118 y 119, tit. 18, Part. 3. Que, además, si bien estas dos leyes, refundidas en su parte esencial en el art. 290 de la ley de Enjuiciamiento, no califican de prueba acabada las declaraciones periciales, no prohiben por eso que los tribunales formen su juicio por el conjunto de todas las aducidas, que es lo que ha sucedido en este pleito, y que las leyes 28 y 29, tit. 16, Part. 3., han sido reformadas por el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento, dejando al recto juicio, y sana crítica de los jueces y tribunales la apreciacion de la prueba testifical. Las leyes 28 y 29 citadas versan sobre los testigos de referencia y de oídas,

mas no espresándose las circunstancias de la prueba testifical que se practicó, no podemos graduar exactamente hasta qué punto se atuvo la Audiencia á las reglas consignadas en nuestras antiguas leyes.

1572. Tales son las sentencias mas notables que ha pronunciado el Tribunal Supremo hasta el dia, y en las que aparecen declaraciones mas desventajasas á las leyes de Partida que versan sobre la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, bien se practique únicamente esta prueba, bien se encuentre en concurrencia ó en oposicion con la pericial, con la documental, ó con las demás que reconoce el derecho. Mas debe advertirse, que al hacer el Tribunal Supremo las declaraciones espuestas, al reconocer que se hallan radical y esencialmente modificadas por el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento las leyes de Partida á que en ellas se refieren, y en especial la 32, tit. 16 y 119, tit. 18, Part. 3, no ha declarado en manera alguna que deban entenderse derogadas ni abolidas todas las prescripciones que se contienen en ellas, ni ha reconocido en los jueces y tribunales la facultad de apreciar de un modo absoluto, y segun su arbitrio la fuerza de la prueba testifical, sino limitada á las reglas de la sana crítica, de manera que escederán de estas facultades los jueces, infringirán, no solo el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento, sino las disposiciones mencionadas, y citándose por los litigantes como infringidas, habrá lugar al recurso de casacion. Así lo ha reconocido espresamente el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, declarando unas veces que ha lugar al recurso por la apreciacion que hagan los jueces de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos *cuando por ella infrinjan alguna ley*, declaracion que implicitamente se comprende tambien en otras sentencias en que si bien no se espresa esta cláusula, al consignar que la sala ha apreciado bien la prueba testifical, se añaden las cláusulas, *al hacerlo como lo ha hecho, ó en el presente caso, ú observando las reglas de la crítica racional*, pues con ellas se viene á declarar, que si no hubiera procedido de esta suerte, que en otros casos en que las apreciara con infraccion de la ley ó contra las reglas de la sana crítica, habria lugar al recurso; otras veces que dicha apreciacion *se halla limitada á las reglas de la sana crítica*, y otras reconociendo y consignando espresamente *disposiciones de las leyes anteriores como dictadas conforme á estas reglas de la sana crítica y que los jueces debieren sujetarse á ellas*.

1573. La importancia de estas decisiones, en el sentido que acabamos de espresar, ha sido reconocida, como no podia menos, por escritores notables que opinan no haber lugar al recurso de casacion, por la apreciacion de la fuerza de la prueba testifical, en ningun caso ó rarisimas veces. Así, el señor Ortiz de Zúñiga, refiriéndose á las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo, en el primero de los tres conceptos, que hemos indicado, y que es á no dudar el menos explícito, se espresa en estos términos: «Debemos llamar especialmente la atencion sobre algunas sentencias, en que se usa de una fórmula que acaso haya pasado desapercibida, y que es sin embargo muy significativa, á saber: la que espresa que «al apreciar las

pruebas la sala juzgadora en uso de las facultades consignadas en el artículo 317 de la ley, no habia cometido ninguna infraccion legal», dándose con esto á entender, que aun al hacerse la apreciacion por una audiencia, es posible que se cometa alguna infraccion.»

1574. Entre las numerosas sentencias que ha dado el Tribunal Supremo, haciendo esta declaracion limitativa de las facultades del tribunal *a quo* merecen particular mención la de 6 de noviembre de 1858, que viene á contener tres de las cláusulas arriba indicadas, pues en ella se consignó, que con arreglo al art. 317, correspondia á los tribunales apreciar, *segun las reglas de la sana crítica*, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, y que *en la apreciacion que habia hecho la sala no habria infringido ley alguna*; la de 26 de octubre de 1857, segun la cual, al apreciar la sala la prueba de testigos, *no habia cometido ninguna infraccion legal*; la de 25 de diciembre de 57, en que se usa de la cláusula que la sala, apreciando, *como lo hizo*, las pruebas, no infringió disposicion legal. Pueden consultarse la de 5 de febrero, 27 de setiembre, 5 de noviembre y 5 de diciembre de 1859; y las de 16 de enero, 7, 16 y 28 de febrero, 7 de marzo, 9 y 27 de abril, y 11 de mayo 1861.

1575. La limitacion de que la apreciacion de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, se halla sujeta á las reglas de la *sana crítica*, se encuentra consignada terminantemente, entre otras sentencias, en la de 21 de mayo de 1860, que declara que en cuestiones de hecho, el Tribunal Supremo de justicia ha reconocido siempre la competencia exclusiva de las audiencias, para la apreciacion de la prueba de testigos, *con la única limitacion de que la hagan, segun las reglas de la sana crítica*, como se ordena en el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento; la de 18 de diciembre del mismo año, segun la cual, cuando la cuestion es de hecho y la prueba de testigos, debe estarse á la apreciacion de dicha prueba, que en uso de la facultad que le concede el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y *dentro del límite en él señalado*, haya hecho la sala sentenciadora, y la sentencia de 5 de abril de 1862; en que se declara, que la solucion de las cuestiones de hecho, sujetas á la prueba testifical, es de la exclusiva competencia de las Audiencias, con la *única limitacion* que contiene el artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento, esto es, que las pruebas sean apreciadas segun las reglas de la sana crítica. Véase tambien las dos sentencias de 5 de abril de 1862.

1576. Finalmente, ha reconocido el Tribunal Supremo contener nuestras disposiciones anteriores á la nueva de Enjuiciamiento, reglas de sana crítica, y que debe sujetarse á ellas el tribunal *a quo*, como consecuencia, en nuestro concepto de lo prescrito en el art. 317, en la sentencia de 20 de febrero de 1861, en la que, despues de declararse que la Ley de Enjuiciamiento ha modificado esencialmente lo dispuesto en la 32, tit. 16, Part. 3, así como en las demás relativas á la prueba testifical, se consigna, *que si bien no es contradictoria* con lo preceptuado en el art. 317 de la primera, la última parte de la segunda, en que se establece que no pueda estimarse pro-

bado ningun pleito por la declaracion de un solo testigo, precepto conforme (dice la sentencia), con las reglas de la sana crítica, la cual no puede apoyarse sobre tan débil y falible fundamento, la sala sentenciadora ha apreciado, no solo la declaracion de un testigo, sino la de otros espresamente designados en la sentencia, las del mismo demandado, y los demás datos del proceso, sin que por tanto haya infringido dicho artículo, ni precepto final de la ley 32 tit. 16, Part. 3.ª «De manera que al consignarse en esta sentencia que la ley 32 de Partida contiene en su final una disposicion fundada en las reglas de la sana crítica y que no es contraria sino conforme al art. 317 de la de Enjuiciamiento, se reconoce que esta ley 32 no se halla modificada radicalmente, sino respecto de sus demás disposiciones: y segun la diversidad de casos y circunstancias, y asimismo, que si se hubiera dado la sentencia contra aquella disposicion final, hubiera habido lugar al recurso de casacion, por infraccion de la misma, y en su consecuencia, se consigna en este fallo de un modo concreto, que habrá lugar á dicho recurso, cuando el tribunal *a quo* se desentienda de las reglas de la crítica racional que se contienen en nuestras leyes.

1577. Finalmente, esta declaracion, circunscrita á la ley 32, tit. 16, Part. 3, se encuentra consignada de una manera general en otra sentencia, en la de 4 de junio del mismo año, en que sentándose ser de la exclusiva pertenencia de la sala sentenciadora el apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos traídas á los autos para justificar ciertos hechos, se declara no haber lugar al recurso, porque la sala, al resolver las cuestiones de hecho *del modo que lo habia verificado*, no contravino al principio jurídico ni á las leyes de Partida que se citaban como infringidas en el recurso (y eran la 17, tit. 34, Part. 3, y la 2, tit. 15, y 5, tit. 18, Part. 6), *puesto que para semejante infraccion habria sido necesario que aquel ó estas prescribieran medios de prueba ó reglas de crítica que se hubiesen desconocido en la sentencia.*

1578. Resulta, pues, sobre esta importante cuestion, de lo espuesto, que el art. 317 de la nueva ley, ha dejado á los jueces mayor latitud y libertad que anteriormente para la interpretacion y aplicacion de nuestras antiguas leyes sobre la valoracion de la prueba testifical, facultándoles para desentenderse del rigorismo de sus prescripciones, especialmente de las 28, 29, 32 y 41, tit. 16, 118 y 119, tit. 18, Part. 3, en casos determinados y cuando apareciesen del proceso motivos fundados para sospechar de la imparcialidad de los testigos, aun cuando no se consignasen en las leyes como tachas legales, ó por otras razones atendibles (que convendrá consignarse en los considerandos de la sentencia) y mas principalmente cuando la prueba testifical fuese desvirtuada por otros testimonios contrarios de testigos ó de peritos, ó por otro género de pruebas legales; pero debiendo tener presente el juez, respecto de la apreciacion de la prueba testifical con relacion á la documental, lo que hemos espuesto en el núm. 1559. Que los jueces no podrán apreciar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, atendiendo á circunstancias ó datos que lleguen á su noticia sin consi-

tar en los autos: Que los jueces no podrán dejar de sujetarse en sus sentencias á las reglas de la crítica racional, que se hallan consignadas en nuestras antiguas leyes, tales como la de que no basta para constituir prueba plena la declaracion de un solo testigo y otras que en ellas se espresan, pues de no hacerlo así, se entenderán infringidas estas leyes y el art. 517 de la de Enjuiciamiento, habiendo lugar, en su consecuencia, al recurso de casacion. De lo contrario, dejar al juez en absoluta libertad de desentenderse de toda regla de sana crítica ó de establecer segun su arbitrio, las que deben considerarse como tales, en la apreciacion de la prueba testifical, desoir los repetidos clamores de los litigantes, autorizados con el apoyo de respetables juriconsultos que reclaman contra la arbitraria apreciacion de la prueba de testigos por parte de los jueces, cerrando enteramente la puerta al recurso extraordinario de casacion, en los casos de manifiesta infraccion de las disposiciones que contienen aquellas reglas de crítica, seria dejar en manos del juez la fortuna y el honor de las familias, puesto que se le facultaria para fallar á su antojo toda clase de litigios, porque con solo presentar el litigante á quien quisiera favorecer, prueba de testigos, podria el juez, bajo pretexto de la combinacion de pruebas y de la libre apreciacion de la testifical, considerar desvirtuadas todas las demás por esta, y desentenderse de ellas; y lejos de enaltecerse el elevado ministerio judicial, se mantendria en pie un motivo perenne para sospechar de su rectitud y justificacion, con desprestigio de su dignidad y de su augusto decoro.

*Sentencias dictadas sobre pleitos en que no se observaron las formalidades esenciales de los juicios.*

1579. Como consecuencia indirecta de darse el recurso de casacion contra las sentencias que no se sujetan á las leyes ó doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los tribunales, y á que se refiere la cuestion sobre que recaen, há lugar tambien á dicho recurso, cuando no se observaron en el juicio los trámites ó formalidades sustanciales ó que la ley ha creído necesarias para el exacto conocimiento de los hechos en que se funda el derecho de los litigantes, y para asegurar la aplicacion de las leyes á los derechos que les asisten, con arreglo á equidad y justicia, pues aunque la sentencia aparezca arreglada á la ley ó doctrina referente á lo que de los autos resulta si estos se hallan incompletos y se procede sobre datos y alegaciones parciales ó inexactas, no puede apreciarse la cuestion del litigio con la exactitud que requiere la ley para garantizar su justicia, y de consiguiente, se considera que es viciosa la sentencia. Esta doctrina la juzga de tal importancia la ley, que al paso que no concede el recurso de casacion, segun ya hemos dicho, fundado en ser las sentencias contrarias á la ley ó doctrina legal, en los pleitos posesorios, en los ejecutivos y en todos los demás, despues de los cuales puede seguirse otro juicio sobre lo mismo que fue objeto de ellos, porque en este, pueden corregirse los defectos de aquella sentencia, declara, que procede aquel recurso cuando se funda en la omision ó quebrantamiento de las forma-

lidades esenciales del juicio que determina el art. 1013 de la ley de Enjuiciamiento, por considerarse, que no se ha realizado en forma el juicio rápido y breve que la ley ha creído conveniente establecer á favor de las partes que quieren celebrarlo antes del juicio plenario. Véase lo espuesto en el número 1530.

1580. Las causas ó trámites cuya omision determina el art. 1013 de la ley, como dando lugar al recurso de casacion por considerarlos esenciales para el juicio son nueve, las siete primeras de las cuales son análogas á las marcadas respecto de los recursos de nulidad por el decreto de 4 de noviembre de 1858, á saber:

1.<sup>a</sup> *Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias, de los que debieran haber sido citados para el juicio, ó por haberse hecho el emplazamiento sin observarse las formalidades que requiere la ley, para su validez, y que espusimos en la seccion 2.<sup>a</sup>, tit. 6, lib. 2.<sup>o</sup> de esta obra. Esta disposicion es una consecuencia del principio de que á nadie debe condenarse sin oírsele, siendo vicioso cuanto se actuase en contra suya. El interesado podrá, pues, reclamar contra esta nulidad desde que la supiere para que se reponga el proceso, y si no fuese atendido, pedir la casacion de la ejecutoria que se hubiese dictado con este vicio. Sin embargo, no procederá esta reclamacion, si compareciera al juicio en tiempo en que no habia aun sufrido perjuicio alguno para aquella omision, porque se entiende haberse subsanado el vicio con el hecho de comparecer y gestionar la parte interesada; así se consigna en sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1860 y 21 de setiembre de 1861; y por otra de 3 de octubre de 1860, en que se declara, que la falta de emplazamiento de una parte en primera instancia, queda subsanada con el hecho de haber comparecido adhiriéndose á la apelacion de la sentencia y de haberse sentenciado con dicha parte la segunda instancia.*

Respecto del juicio ejecutivo, se ha declarado por sentencia de 26 de octubre de 1861, que no puede decirse que falta el emplazamiento en él, ni puede alegarse esta causa como fundamento del recurso de casacion, cuando además de haberse practicado por cédula el requerimiento al pago, segun previene el art. 955 de la ley de Enjuiciamiento civil, y de haberse mostrado parte en los autos el ejecutado por medio de procurador, es citado de remate en su persona.

En el interdicto, de adquirir y en el de recobrar, cuando se diere la fianza de que trata el art. 724 no es necesario el emplazamiento, y en su consecuencia, no es su omision motivo para el recurso de casacion: así se ha declarado por sentencia de 15 de junio de 1858. Pero es necesario en el interdicto de adquirir, despues de dictado el auto posesorio, sin perjuicio de tercero, se haga el emplazamiento de las personas que pudieran tener interés en él, á no que se suspendiera la posesion de dicho acto: sentencia de 30 de noviembre de 1860.

Acerca de las personas que deben ser emplazadas para el juicio, véase lo espuesto en los números 566 y 567 del libro 2 de esta obra, debiendo



añadir aquí únicamente, para su complemento, que según sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1861, en el caso de ejercitarse la acción de división de herencia únicamente contra el coheredero que se apoderó de los bienes hereditarios, no es esencial para la validez de la sustanciación del juicio el emplazamiento de los demás interesados en la misma herencia, contra quienes no se dirigió la demanda, toda vez que de semejante omisión no puede resultar á estos indefensión ni perjuicio, y conforme á la de 3 de octubre de 1860, cuando en un interdicto de adquirir comparece un tercero reclamado en concepto de poseedor de los bienes como usufructuario de ellos, contra la posesión conferida al demandante, debe sustanciarse con aquel el interdicto, sin que sea necesario emplazar al que se reputa propietario de tales bienes.

2.<sup>a</sup> *Falta de personalidad en el litigante ó en el procurador que le haya representado*, pues no militando ni concurriendo las cualidades y circunstancias que requieren la ley para considerar recta é imparcialmente verificados sus actos y alegaciones en juicio, viene á resultar una falta de indefensión respecto de ellos, y á veces es lo mismo que si no se les oyera, ó bien, refiriéndose la sentencia á personas que no tienen verdadero derecho para ser partes así en aquel litigio, adolece en su consecuencia del vicio de nulidad. Véase sobre las personas que tienen ó no personalidad en juicio lo espuesto en la sección 2.<sup>a</sup>, tít. 1, lib. 2 de esta obra.

Mas no podrá reclamarse esta nulidad cuando se acredite la personalidad durante las actuaciones y antes de originarse perjuicios atendibles por aquella falta, pues queda subsanada desde luego: así se declaró por sentencia de 29 de noviembre de 1859 en un caso en que la acreditó la parte por un testimonio de un pleito seguido con el contrario y ejecutoriado, y la de su procurador, con un poder general á pleitos otorgados por la misma hacia años y con el cual venia representándola en todos los litigios, y por otra de 9 de mayo se ha declarado, que no puede oponerla escepcion de falta de personalidad para ser demandado, el que, con hechos repetidos, se ha reconocido obligado á todas las responsabilidades del contrato que sirve de fundamento á la demanda. Asimismo, por sentencia de 11 de febrero de 1860, se ha consignado no proceder el recurso contra la declaración de haber decaído el derecho de un litigante por no haber practicado las diligencias conducentes á completar su personalidad dentro del término que al efecto se le hubiere señalado.

3.<sup>a</sup> *Falta de citación para sentencia en cualquiera de las instancias*. Creemos conveniente advertir que esta disposición debe entenderse como refiriéndose á las sentencias definitivas sobre el fondo del negocio, ó á las sobre incidentes ó artículos que tienen fuerza de tales, mas no respecto de las interlocutorias según ha sido necesario declarar por sentencia de 21 de octubre de 1859. Respecto de los incidentes no es necesaria la citación de las partes al llamar los autos á la vista, sino cuando ha mediado prueba: sentencia de 12 de octubre de 1860.

Asimismo, el interesado que no habiendo sido parte en un pleito en pri-

mera instancia, comparece voluntariamente en la segunda á seguir la apelación, como por el hecho de no haber salido al juicio hasta entonces, se obliga á tomar los autos en el estado que tengan no puede fundar el recurso de casación en no haber sido emplazado ni citado para sentencia en la primera instancia, pues quedan por el propio hecho de su presentación subsanadas aquellas faltas: sentencia de 12 de noviembre de 1861.

4.<sup>a</sup> *Falta de recibimiento á prueba en cualquiera de las instancias cuando proceda con arreglo á derecho*. Esta disposición se funda, en que siendo la prueba tan necesaria para el esclarecimiento de la cuestión litigiosa que versa sobre hechos, puede decirse que se suprime el juicio, cuando se deniega indebidamente. En tales casos, podrán los litigantes recurrir á casación, alegando y probando ser procedente la prueba, por no versar sobre puntos de derecho, sino de hecho, si bien aun con relación á estos, podrá ser improcedente, si como dice el art. 257 de la ley, convinieron todos los litigantes en ellos ó en que no se recibiese el pleito á prueba, puesto que cada uno puede renunciar al derecho introducido á su favor, ó si por solicitarse la prueba en segunda instancia, no concurriesen las circunstancias que para recibirla marca el art. 869. Así se ha consignado por sentencia de 20 de diciembre de 1856 que declaró, no ser suficiente alegar la falta de prueba, cuando se practicó ó intentó otra en primera instancia sobre los mismos puntos ú otros contrarios á los que se pretendió justificar en la segunda, por la de 30 de enero de 1860, sobre que no procede el recurso cuando se han denegado diligencias informativas solicitadas en la última instancia, si la cuestión es de puro derecho y conformes con esto las partes no solicitaron el recibimiento á prueba en ninguna de las instancias. Véase también las de 22 de octubre de 1857 y de 4 de febrero de 1860.

5.<sup>a</sup> *Falta de citación para alguna diligencia de prueba, que haya podido producir indefensión*; porque no pudiendo usar de su derecho la parte no citada, no es justo que sufra los perjuicios que por ello se le originen. Lo mismo sería si la citación se hiciese restringiendo el término que marca la ley.

Como puede no ocasionar indefensión la falta de citación para alguna diligencia de prueba, y conviene no dar lugar á que la malicia de las partes dilate los litigios indebidamente, deberá el que reclame la nulidad, alegar y probar la circunstancia de la indefensión, cuya apreciación ha creído deber dejar la ley al recto juicio de los tribunales. Asimismo habrá lugar al recurso por esta causa, como disponia el decreto de 4 de noviembre, por identidad de razón y con mayor motivo, cuando no se hubiere notificado el auto de recibimiento á prueba, pues esta falta contiene implícitamente la falta de citación para todas las diligencias de prueba.

6.<sup>a</sup> *Denegación de cualquiera diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión*. Esta causa, análoga á la anterior, aunque de mayor importancia, se funda en la misma razón de privarse á las partes de un medio de esclarecer la cuestión litigiosa y de apoyar sus derechos, y en su consecuencia, de viciarse el juicio, supri-

miendo las garantías con que la ley ha querido coadyuvar á la rectitud del fallo. Debiendo ser la prueba admisible segun las leyes, no procederá el recurso, cuando, como se declara en sentencia de 14 de diciembre de 1858, la prueba denegada fuere impertinente, ni tampoco por la denegacion de recibimiento á prueba en segunda instancia cuando aquella no está comprendida en ninguno de los casos del art. 869 de la ley de Enjuiciamiento; sentencia de 6 de febrero de 1860; ni tampoco, cuando se recibe un pleito á prueba en primera instancia, y se practica toda la que las partes estiman conveniente, y es improcedente producirla en la sucesiva por no alegarse hechos nuevos, ó cuando lo que se intenta probar son presentimientos y deseos que están fuera del alcance de la prueba: sentencia de 21 de abril de 1860. Asimismo, la causa 6.<sup>a</sup> espuesta no se refiere á actuaciones que solo pueden decretarse para mejor proveer, segun se declara en sentencia de 31 de marzo de 1859, en un caso en que se habia renunciado por las partes á toda diligencia probatoria; y en sentencia de 22 de febrero de 1862, en que se consignó, que despues de citadas las partes para sentencia, no puedan los jueces admitir pruebas ni justificaciones de ninguna clase, y que es potestativo en los tribunales el estimar ú ordenar que se practiquen diligencias para mejor proveer. Háse declarado tambien por sentencia de 22 de marzo de 1860, que en el interdicto de recobrar cuando el actor presta fianza para que no se dé audiencia al despojante, no deben admitirse á este documentos en la apelacion, y por otra de 23 de junio de 28 de abril de 1860, que procede el recurso cuando se deniega la admision de la informacion de testigos ofrezcida para justificar la pobreza, pues esto equivale á la denegacion de una diligencia de prueba.

7.<sup>a</sup> *Incompetencia de jurisdiccion, en los casos en que no haya sido el Tribunal Supremo quien hubiere resuelto este punto.* Esta disposicion se refiere tanto á la incompetencia que proviene de conocer un juez de un negocio que por su naturaleza es de un orden ó clase jurisdiccional diferente de la á que dicho juez pertenece (en las jurisdicciones á que es aplicable el recurso de casacion), v. g., la mercantil, ordinaria, de hacienda, cuanto á la que resulta de conocer un juez de un negocio, que aunque pertenece por su naturaleza al orden ó clase de jurisdiccion que él ejerce, no es de su competencia por ser los litigantes de diferente domicilio, ó hallarse sito el objeto litigioso fuera del territorio jurisdiccional, etc. Véase lo espuesto en el núm. 456 y siguiente del libro 1.<sup>o</sup> de esta obra. Esto se entiende en el caso de que los litigantes no se hayan sometido á su jurisdiccion espresamente ó prorogádosela de un modo tácito, como se entenderá cuando proponen la escepcion de declinatoria é de incompetencia de jurisdiccion, ó la contienda de competencia por inhibitoria, ó cuando procediesen de alguno de los modos espuestos en la seccion 9, tit. 1, lib. 1.<sup>o</sup> de esta obra, pues entonces no podrá promoverse el recurso de casacion, segun se consigna tambien en el art. 1,019.

Fúndase la disposicion espuesta, en que considerándose al juez, que careciendo de jurisdiccion ó de competencia de atribuciones, entiende sobre

un asunto, sin autoridad alguna, no producen efecto y son nulos enteramente los actos que verifica en el juicio si no se reclama contra ellos.

La limitacion de no haber lugar por esta causa al recurso, cuando el Tribunal Supremo hubiese resuelto ya sobre la competencia, se apoya en la conveniencia de no quebrantar la regla de decreto, *non bis in idem* evitando costas y dilaciones innecesarias, y en atender al prestigio de la magistratura, no poniendo á un mismo tribunal en el compromiso de dictar sobre un mismo caso decisiones contradictorias.

Aunque puede reclamarse contra la impotencia de los jueces por *declinatoria*, esto es, acudiendo ante el juez que conoce de un asunto y á quien se considera incompetente, para que se separe de su conocimiento y remita los autos al que se considera ser competente, ó por *inhibitoria*, acudiendo ante el juez que se crea competente para que dirija oficio al que se estime no serlo, para que se inhiba del negocio y le remita los autos, el artículo 1,015 de la ley, al designar como pudiendo promoverse el recurso de casacion fundándose en esta causa 7.<sup>a</sup>, se refiere por regla general al caso en que se hubiese reclamado por declinatoria contra la incompetencia del juez, puesto que no puede fundarse el recurso por esta causa en los artículos 1,011 y 1,012, porque la sentencia de un tribunal que decide sobre la escepcion declinatoria de incompetencia, no se considera como definitiva para el efecto de poner término al juicio y hacer imposible su continuacion, pues por el contrario, deja abierta la puerta al juicio para que se siga por todos sus trámites sobre lo principal, y en su consecuencia, deberá esperarse á su dia, esto es, á que recaiga sentencia definitiva sobre el fondo del negocio, y entonces se propondrá, fundándose en la causa 7.<sup>a</sup> del art. 1,015, esto es, en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Por eso sin duda se vale la ley en su art. 1,015, de las mismas palabras que el 257 que determina como escepcion dilatoria la de «incompetencia de jurisdiccion.» Véase lo espuesto al final de la pág. 468 de este tomo.

Asi lo ha consignado el Tribunal Supremo de Justicia: 1.<sup>o</sup>, en sentencia de 21 de mayo de 1848, declaratoria de no ser admisible la apelacion de un fallo en que la audiencia confirmó el de su juez ordinario, desestimando la cuestion de competencia promovida ante él por declinatoria y fundada en los arts. 1,011 y 1,012 de la ley. El Tribunal Supremo confirmó, pues, dicho auto en el sentido de no haber habido lugar á la *admission* del recurso: 2.<sup>o</sup>, la de 3 de marzo de 1860, análoga á esta, y en que el Tribunal Supremo declaró, que la sentencia definitiva del artículo de declinatoria de jurisdiccion, no hacia imposible la continuacion del juicio, puesto que en su dia podia agitarse de nuevo por causa de las comprendidas en el art. 1,033 de la ley: 3.<sup>o</sup>, la de 25 de octubre de 1860, en la que se mandó quedara sin efecto la providencia de una audiencia, declarando inadmissible el recurso de casacion interpuesto de su fallo, confirmando el de un juez que desestimó la declinatoria de jurisdiccion propuesta por el demandado, fundándose en los arts. 1,011 y 1,012 de la ley. El recurrente se apoyó en que la sentencia de que se habia interpuesto el recurso, si bien era definitiva en su gé-

nero, no lo era en el sentido de la ley, esto es, en el de poner término al juicio, puesto que solo decidía una simple declinatoria. Véase también la sentencia de 28 de junio de 1859.

Tampoco ha lugar al recurso de casación por esta causa, cuando no se promueve la declaratoria en tiempo y forma, ó se contesta sobre lo principal del pleito, aunque se proteste de nulidad, y se interponga el recurso de la sentencia definitiva sobre el fondo, fundándose en la causa 7.<sup>a</sup> del artículo 1.013, según se ha declarado por sentencias de 26 de octubre de 1861 y 28 de febrero de 1862.

Por el contrario, cuando la cuestión de incompetencia se promueve por inhibición, como el debate se sigue entre dos jueces diferentes y viene á instaurarse otro juicio distinto del interpuesto sobre el fondo del negocio, como el procedimiento se halla fuera de este juicio, y la decisión de la audiencia pone fin á la contienda que aquí constituye la cuestión principal, se considera esta sentencia como definitiva y que pone término al juicio é impide su continuación, principalmente si se decide que corresponde al conocimiento del fondo del asunto al juez requirente ó que no conocía de la demanda. Véase lo espuesto en el núm. 1.510, en especial, al fin. Por eso puede recurrirse á casación de la sentencia del Tribunal Superior, desde luego y sin esperar á que se decida sobre lo principal del negocio, y fundándose en los arts. 1.014 y 1.012 de la ley. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 25 de enero de 1858, sobre un recurso de casación, interpuesto desde luego de pronunciarse un fallo de una audiencia determinando que correspondía el conocimiento de un negocio al tribunal de comercio, contra lo resuelto por sentencia de un juez de primera instancia de la jurisdicción ordinaria, negándose á inhibirse de dicho conocimiento, requerido para ello por el tribunal de comercio, ante quien propuso la inhibitoria el demandado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, anulando la sentencia de la audiencia y decidiendo á favor del juez ordinario, á quien dispuso que se pasaran los autos para que procediera con arreglo á derecho, esto es, para que conociera del fondo del negocio. Asimismo, por otra de 28 de febrero de 1859, decidió el Tribunal Supremo un recurso interpuesto desde luego de fallo de una audiencia confirmatorio del de un juez de primera instancia, en que se inhibió del conocimiento de un negocio, para lo cual le requirió el tribunal de comercio, ante quien había propuesto el demandado la competencia de jurisdicción por inhibitoria. El Tribunal confirmó la sentencia de la audiencia.

Fundados en esta última sentencia, han opinado algunos intérpretes, que por identidad de razón, deberá también haber lugar al recurso, interpuesto desde luego de fallo de una audiencia confirmatorio del de un juez en que se inhibe del conocimiento de un negocio, aun cuando la cuestión de competencia se hubiera propuesto por *declinatoria*, porque dicha sentencia hace imposible la continuación del juicio en el juzgado en que se interpuso la demanda. Mas á la admisión de esta doctrina, parece oponerse una sentencia del Tribunal Supremo, dada en 8 de enero de 1862, en re-

curso de casación que se interpuso fundado en ser la sentencia contra ley y doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, desde luego de pronunciado un fallo de una audiencia declarando corresponder el conocimiento de un asunto, á otro juez ordinario distinto de aquel ante quien se había entablado la demanda, y el cual había desestimado la excepción de incompetencia que propuso ante él el demandado. El Tribunal Supremo se fundó en que contra las decisiones de las audiencias sobre cuestiones de competencia, con arreglo al art. 111 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se da otro recurso que el de casación, en su caso y lugar, circunstancias que no se habían verificado en aquel caso.

Mas apoyo ha encontrado en el Tribunal Supremo, la doctrina deducida á *contrario sensu*, de la anterior, de que no debe entenderse que hace imposible la continuación del juicio la sentencia pronunciada por el juez de primera instancia y la audiencia declarando no inhibirse del conocimiento de un negocio aun cuando se haya propuesto la incompetencia de jurisdicción por inhibitoria ante otro juez ordinario. Así se deduce de la sentencia de 30 de noviembre de 1860, confirmando la de una audiencia denegatoria de la admisión del recurso de casación interpuesto de sentencia, decidiendo una competencia propuesta por inhibición y sostenida entre dos jueces de la jurisdicción ordinaria, á favor de aquel ante quien se había entablado la demanda. La audiencia declaró no haber lugar *por ahora* á la admisión del recurso, *reservándose resolver para su caso y lugar* lo que correspondiese, con arreglo al art. 111 de la ley de Enjuiciamiento, y el Tribunal Supremo apoyó su fallo confirmatorio, en que la sentencia de la audiencia no hacía imposible la continuación del juicio, puesto que en su día podría ventilarse de nuevo el punto jurisdiccional por causa de las espresadas en el art. 1.013 de dicha ley. Esta sentencia se dió á pesar de haberse dictado otra en sentido inverso, en 25 de diciembre de 1858, puesto que por ella se decidió haber lugar á un recurso interpuesto desde luego del fallo de una audiencia confirmatorio del de un juez de primera instancia, negándose á inhibirse del conocimiento del de un negocio, á que se le requirió por otro juez ordinario, ante quien propuso la inhibitoria el demandado, surgiendo, en su virtud, cuestión de competencia.

8.<sup>a</sup> *Haber concurrido á dictar sentencia uno ó mas jueces, cuya recusación, intentada en tiempo y forma, se hubiese denegado siendo procedente.* Fundándose la recusación de los jueces, según dijimos en el núm. 98 del lib. 2 de esta obra, en existir motivos atendibles para temer que no han de fallar con la imparcialidad debida, sino movidos de prevención, de interés personal ó de otras pasiones que pudieran ofuscar su entendimiento ó hacer vacilar en sus manos la balanza de la justicia, la ley faculta para interponer el recurso de casación, cuando se denegó aquel remedio interpuesto en el tiempo y en la forma que espusimos en el tit. 2 del libro 2 de esta obra, porque puede adolecer el fallo de uno de los vicios principales, á evitar el cual, se dirigen no solo todos los motivos de casación espresadas, sino todas las leyes de procedimiento, cuyo objeto es la rectitud y justicia

en la decision de los litigios. Lo mismo deberá entenderse por identidad de razon; cuando concurriesen á dictar sentencia el juez cuya recusacion hubiera sido admitida.

Esta disposicion 8.<sup>a</sup> se refiere, tanto á la primera como á la segunda instancia, segun lo da á entender su mismo testo, puesto que en él no se usa de la palabra *magistrados* con que se designa generalmente á los jueces que conocen en segunda instancia, sino de la de *jueces*, aplicable á los que conocen de la primera y de la segunda, y segun se deduce de los principios de derecho sobre procedimientos, puesto que si no se remediara el defecto de la sentencia de primera instancia, pronunciada por un juez parcial, vendria á conocerse del pleito en una sola instancia, faltando la garantia de las dos que han creído necesarias las leyes para esclarecer debidamente el derecho de los litigantes, porque se haria ilusoria la primera, y aun podria tal vez viciarse la segunda, si el fallo parcial del primer juez y los considerandos sofisticos en que lo fundara, fascinaban á los magistrados, ó hacian impresion en su ánimo. Sin embargo, no faltan intérpretes que opinan referirse aquella disposicion á solo la segunda instancia, fundados en el art. 1010 de la ley, que suponen conceder el recurso de casacion solo contra las sentencias de segunda instancia, sin advertir que dicho artículo da desde luego por supuesto, como es naturalmente necesario, que aquellas sentencias han de haber recaído sobre las de primera instancia, y que para que existan es preciso que hayan existido estas: lo que quiere decir el art. 1010, con aplicacion á este caso, es que no podrá proponerse el recurso de casacion, desde luego que se deniega la recusacion en primera instancia, ó desde que se pronunció sentencia definitiva en esta, sino que habrá que esperar á que se siga la instancia segunda y recaiga sentencia del tribunal superior sobre definitiva del inferior.

Pero en el día ya no cabe cuestion sobre este punto, puesto que se halla consignada la doctrina que esponemos en sentencia del Tribunal Supremo de justicia de 18 de mayo de 1860, sobre un recurso de casacion fundado en haberse recusado á un juez de primera instancia, si bien por no haber cumplido el recusante con el requisito del párr. 2, del art. 123 de la ley, sobre que el recusante firme el escrito de recusacion con el letrado, se declaró no haber lugar al recurso, pues no cumpliendo con lo prescrito en dicho artículo, no puede tenerse por intentada la recusacion en tiempo y forma para los efectos de la causa 8.<sup>a</sup> del art. 1015 de la ley. Véase tambien la sentencia de 8 de febrero de 1862 dictada en el mismo sentido, sobre un caso análogo.

Quando se declare que ha lugar al recurso por esta causa, se anulará la providencia en que se desestimó la recusacion, y quedará sin efecto todas sus consecuencias, y por consiguiente, se alzará la condenacion de costas y la multa á que se refieren los arts. 155, 156 y 157 de la ley.

9.<sup>a</sup> *Haberse dictado la sentencia por menor número de jueces del señalado por la ley;* porque en este caso, no concurren en el fallo las circunstancias y garantías de conocimiento, luces y esperiencia que ha creído

necesarias exigir la ley para formar una decision tan concienzuda y profunda cual conviene á la sentencia ejecutoria. Lo mismo deberá entenderse cuando concurriesen á dictar sentencia un juez suspenso, ó cuando tratándose de dirimir una discordia, no fuese uno de los dirimientes en el Tribunal Supremo, el presidente, y en las audiencias, el regente, segun lo dispuesto en el art. 56 de la ley.

1581. Tales son las causas que determinadamente espresa en el art. 1015 como las únicas porque puede interponerse el recurso de casacion. Así, pues, no bastará para fundarlo por infraccion de forma, citar otras faltas del procedimiento ó formularias del juicio, que no sean de las comprendidas en dicho art. 1015, por considerarse que afectan al fondo de la cuestion. Así se ha declarado por numerosas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, entre las que solo citaremos la de 27 de febrero de 1858, por la que se consignó, que aunque no se haya observado estrictamente la disposicion 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del art. 355 de la ley, este defecto, ni está incluido entre los que enumera como causa de nulidad el 1015, ni afecta al fondo de la cuestion: declaración que se ratificó por las de 18 de marzo y 26 de octubre de 1861, refiriéndose á la falta de la esposicion de los hechos y fundamentos de derecho en la sentencia; la de 28 de junio de 1858, segun la cual, la infraccion de los arts. 254, 256, 260 y 355 no puede servir de base á aquel recurso, porque afectando á la forma del procedimiento, no es de las comprendidas en el art. 1015; la de 24 de mayo de 1861, que declaró no proceder el recurso aunque la sentencia contra la cual se interponga, tenga *en su forma* el carácter de definitiva, no siendo la causa de nulidad ninguna de las espresadas en el art. 1015 de la ley, y la de 4.<sup>o</sup> de marzo de 1860, que declaró no proceder el recurso por la inobservancia de los arts. 19 y 355, en cuanto se interpuso una apelacion sin firma de letrado, considerando, que este defecto en la preparacion de la apelacion no anuló por sí mismo el auto en que fue admitida, pues no se sanciona que sean fundamentos de nulidad los citados arts. 19 y 355, ni son de las causas que en el 1015 se espresan como tales.

Sin embargo, podrá proponerse recurso de casacion, fundado en infraccion de ley ó de doctrina, respecto de la infraccion de aquellas prescripciones de la ley de Enjuiciamiento que no contienen solo reglas formularias del juicio, sino que afectan al fondo de la cuestion, como se deduce de los fundamentos de las sentencias anteriores, y mas determinadamente de la última, relativa á las faltas sobre preparacion de la apelacion, puesto que se fundaba para denegar el recurso en la circunstancia de no haberla anulado la apelacion, con lo que daba á entender que de lo contrario, ó si el juez la hubiese denegado indebidamente, hubiera procedido la admision del recurso por los trámites que indicamos al tratar de la apelacion y que espresa la misma ley. Así lo consignó espresamente el decreto de 4 de noviembre de 1858, sobre recursos de nulidad en la causa 6.<sup>a</sup> del art. 4 sobre los casos en que habia lugar á él por defecto en la forma del procedimiento. Lo mismo sucederia si se hicieran ilusorios los efectos de procedimientos esen-

ciales del juicio, como si no se notificase el auto de prueba ó la sentencia definitiva, causas que tambien espresaba el decreto de 4 de noviembre citado en el art. 4, y que no es necesario especificar por ser un principio del procedimiento que no puede causar perjuicio á un litigante ninguna providencia que no se le hubiera notificado en forma debida.

Igualmente procederá el recurso respecto de las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento que se refieren á la declaracion de los derechos de los litigantes, como son las que determinan la fuerza de las probanzas, ó los requisitos que deben concurrir para determinar un derecho en sí ó para ejercerlo, pues los tribunales no podrán desentenderse de ellas y declarar en sentido contrario, sin cometer infraccion de ley, y sin dar motivo al recurso de casacion. Asi lo hemos demostrado anteriormente, apoyándonos en numerosas decisiones del Tribunal Supremo, respecto á la apreciacion de las pruebas, y en cuanto á las demás disposiciones, solo citaremos la sentencia de 26 de junio de 1859 que declaró haber lugar al recurso por infraccion del art. 482 de la ley que prescribe las circunstancias que deben concurrir para que haya lugar á la declaracion de pobreza de un litigante, por no haberlas apreciado debidamente el juez, y la de 20 de octubre de 1858, que declaró proceder el recurso por infraccion del art. 674, sobre que no se dé curso á la demanda de retracto que no se interponga en el juzgado competente dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, por haberla admitido el juez trascurrido este término.

1882. Además, para que los recursos fundados en las causas espresadas en el art. 1013 pueden ser admitidos, es indispensable que se haya reclamado la subsanacion de la falta en la instancia en que se haya cometido y en la siguiente, si ha sido en la primera: art. 1019 de la ley. Esta disposicion, análoga á del art. 5 del decreto de 4 de noviembre de 1858, se funda, como dice el señor Gomez de la Serna, en sus *Motivos de la ley*, «en que el litigante que consiente en su daño una infraccion de esta, y no la reclama, usando de los remedios ordinarios que tiene, y espera al fin del pleito para reclamar ó no, segun le sea favorable ó adversa la sentencia, no merece este beneficio, que la ley reserva, y con razon, á solo los agraviados que han tenido lealtad para esponer los defectos en que tal vez haya incurrido el juez por inadvertencia, y no han podido conseguir su reforma. Abrir el juicio fuera de estas condiciones, seria inmoral y tendria á los tribunales en perpétua ansiedad, sin saber hasta qué punto podian establecerse los recursos.» Además conviene que se reclame desde luego, para que pueda subsanarse la falta, evitando las cosas y dilaciones consiguientes á verificarse su reforma avanzado ya el procedimiento, ó por el recurso de casacion y que el litigante contrario sepa tambien hasta qué punto renuncia el perjudicado á los recursos que la ley deja á su favor, para poder calcular los medios de su defensa, ó los límites hasta que puede ceder de su derecho en una transaccion. Mas como á nadie pueden perjudicar las omisiones que no está en su arbitrio evitar, si la causa que motivó el recurso ha tenido lugar

en la última instancia, y cuando no haya habido probabilidad de reclamar contra ella, se admitirá el recurso aunque no haya precedido la reclamacion de que habla el artículo anterior: art. 1020. (Véase las sentencias de 25 de mayo, 18 y 23 de abril y 9 de noviembre de 1861.)

Respecto al modo de hacer la reclamacion de la subsanacion de la falta, cuando esta se origina de providencia judicial, véase los diversos procedimientos espuestos en los números 1458 y 1459, segun la diversa clase de nulidades que contuviesen. Si se originasen de omisiones del juez ó del litigante contrario, advirtiéndola en el primer acto judicial al que haga el perjudicado, ó en el primer escrito que presente, protestando contra ella y usar del recurso de casacion en su tiempo y lugar. Asi se deduce de la sentencia de 21 de noviembre de 1860, que declaró que en los juicios ejecutivos, debe tenerse por reclamada en forma la subsanacion de la falta de personalidad en el procurador del ejecutante, para el efecto de que proceda la admision del recurso de casacion fundado en tal motivo, cuando el ejecutado ha hecho dicha reclamacion, como causa de nulidad, al formalizarse oposicion en primera instancia, y en la segunda, en el acto de la vista.

Asimismo, por sentencia de 27 de setiembre de 1861, se ha declarado que no basta alegar contra la falta que se supone cometida en el procedimiento, para que se entienda hecha la espresada reclamacion, sino que debe pedirse especial y determinadamente la subsanacion de la misma, como omision que no subsanada, dará fundamento al recurso de casacion, y que la reclamacion referida puede hacerse en la segunda instancia por escrito, y aun verbalmente en el acto de la vista, pidiendo se haga constar en autos por certificacion fehaciente.

Véase tambien las demás circunstancias que deben concurrir en la interposicion del recurso, tanto sobre el fondo como sobre la forma, para que pueda ser admitido, designadas en el art. 1023 de la ley.

### §. III.

*Del tribunal y salas del mismo competentes para conocer de los recursos de casacion.*

1885. El conocimiento de los recursos de casacion corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, el cual, por su elevada categoria, por ser el superior de los demás tribunales sobre que ejerce jurisdiccion y por la ilustracion que en él hace presumir su larga práctica y su consumada experiencia en el conocimiento de los negocios judiciales, puede cumplir mejor que otro alguno el importante objeto del remedio extraordinario de la casacion, cual es, el de velar por la recta y genuina aplicacion de las leyes y por la conservacion de las buenas doctrinas admitidas por la jurisprudencia, corroborando esta, ó constituyendo otra nueva, con arreglo á los progresos hechos en la esencia, y revistiéndola del prestigio y autoridad convenientes

ciales del juicio, como si no se notificase el auto de prueba ó la sentencia definitiva, causas que tambien espresaba el decreto de 4 de noviembre citado en el art. 4, y que no es necesario especificar por ser un principio del procedimiento que no puede causar perjuicio á un litigante ninguna providencia que no se le hubiera notificado en forma debida.

Igualmente procederá el recurso respecto de las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento que se refieren á la declaracion de los derechos de los litigantes, como son las que determinan la fuerza de las probanzas, ó los requisitos que deben concurrir para determinar un derecho en sí ó para ejercerlo, pues los tribunales no podrán desentenderse de ellas y declarar en sentido contrario, sin cometer infraccion de ley, y sin dar motivo al recurso de casacion. Asi lo hemos demostrado anteriormente, apoyándonos en numerosas decisiones del Tribunal Supremo, respecto á la apreciacion de las pruebas, y en cuanto á las demás disposiciones, solo citaremos la sentencia de 26 de junio de 1859 que declaró haber lugar al recurso por infraccion del art. 482 de la ley que prescribe las circunstancias que deben concurrir para que haya lugar á la declaracion de pobreza de un litigante, por no haberlas apreciado debidamente el juez, y la de 20 de octubre de 1858, que declaró proceder el recurso por infraccion del art. 674, sobre que no se dé curso á la demanda de retracto que no se interponga en el juzgado competente dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, por haberla admitido el juez trascurrido este término.

1882. Además, para que los recursos fundados en las causas espresadas en el art. 1013 pueden ser admitidos, es indispensable que se haya reclamado la subsanacion de la falta en la instancia en que se haya cometido y en la siguiente, si ha sido en la primera: art. 1019 de la ley. Esta disposicion, análoga á del art. 5 del decreto de 4 de noviembre de 1858, se funda, como dice el señor Gomez de la Serna, en sus *Motivos de la ley*, «en que el litigante que consiente en su daño una infraccion de esta, y no la reclama, usando de los remedios ordinarios que tiene, y espera al fin del pleito para reclamar ó no, segun le sea favorable ó adversa la sentencia, no merece este beneficio, que la ley reserva, y con razon, á solo los agraviados que han tenido lealtad para esponer los defectos en que tal vez haya incurrido el juez por inadvertencia, y no han podido conseguir su reforma. Abrir el juicio fuera de estas condiciones, seria inmoral y tendria á los tribunales en perpétua ansiedad, sin saber hasta qué punto podian establecerse los recursos.» Además conviene que se reclame desde luego, para que pueda subsanarse la falta, evitando las cosas y dilaciones consiguientes á verificarse su reforma avanzado ya el procedimiento, ó por el recurso de casacion y que el litigante contrario sepa tambien hasta qué punto renuncia el perjudicado á los recursos que la ley deja á su favor, para poder calcular los medios de su defensa, ó los límites hasta que puede ceder de su derecho en una transaccion. Mas como á nadie pueden perjudicar las omisiones que no está en su arbitrio evitar, si la causa que motivó el recurso ha tenido lugar

en la última instancia, y cuando no haya habido probabilidad de reclamar contra ella, se admitirá el recurso aunque no haya precedido la reclamacion de que habla el artículo anterior: art. 1020. (Véase las sentencias de 25 de mayo, 18 y 23 de abril y 9 de noviembre de 1861.)

Respecto al modo de hacer la reclamacion de la subsanacion de la falta, cuando esta se origina de providencia judicial, véase los diversos procedimientos espuestos en los números 1458 y 1459, segun la diversa clase de nulidades que contuviesen. Si se originasen de omisiones del juez ó del litigante contrario, advirtiéndola en el primer acto judicial al que haga el perjudicado, ó en el primer escrito que presente, protestando contra ella y usar del recurso de casacion en su tiempo y lugar. Asi se deduce de la sentencia de 21 de noviembre de 1860, que declaró que en los juicios ejecutivos, debe tenerse por reclamada en forma la subsanacion de la falta de personalidad en el procurador del ejecutante, para el efecto de que proceda la admision del recurso de casacion fundado en tal motivo, cuando el ejecutado ha hecho dicha reclamacion, como causa de nulidad, al formalizarse oposicion en primera instancia, y en la segunda, en el acto de la vista.

Asimismo, por sentencia de 27 de setiembre de 1861, se ha declarado que no basta alegar contra la falta que se supone cometida en el procedimiento, para que se entienda hecha la espresada reclamacion, sino que debe pedirse especial y determinadamente la subsanacion de la misma, como omision que no subsanada, dará fundamento al recurso de casacion, y que la reclamacion referida puede hacerse en la segunda instancia por escrito, y aun verbalmente en el acto de la vista, pidiendo se haga constar en autos por certificacion fehaciente.

Véase tambien las demás circunstancias que deben concurrir en la interposicion del recurso, tanto sobre el fondo como sobre la forma, para que pueda ser admitido, designadas en el art. 1023 de la ley.

### §. III.

*Del tribunal y salas del mismo competentes para conocer de los recursos de casacion.*

1885. El conocimiento de los recursos de casacion corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, el cual, por su elevada categoria, por ser el superior de los demás tribunales sobre que ejerce jurisdiccion y por la ilustracion que en él hace presumir su larga práctica y su consumada experiencia en el conocimiento de los negocios judiciales, puede cumplir mejor que otro alguno el importante objeto del remedio extraordinario de la casacion, cual es, el de velar por la recta y genuina aplicacion de las leyes y por la conservacion de las buenas doctrinas admitidas por la jurisprudencia, corroborando esta, ó constituyendo otra nueva, con arreglo á los progresos hechos en la esencia, y revistiéndola del prestigio y autoridad convenientes

para infundir el respecto necesario al carácter de generalidad y uniformidad que es de esencia suya.

1584. La ley considera tan importante este carácter y ha tratado de conservarlo tan escrupulosamente, que para evitar que se falsee por la falta de unidad y armonía que pueda advertirse en los diversos fallos que emanaran de las diferentes salas de que tiene que componerse el Tribunal Supremo, si conocieran indistintamente todas ellas de recursos de casacion de una misma clase, puesto que aunque pertenecientes estas salas al mismo Tribunal Supremo, no podría menos de originarse dudas sobre las decisiones de cada una de ellas á que debería atenderse, cuando recayendo sobre una misma cuestión, la resolverian en sentido diverso ó contrario, ha determinado la ley conozca siempre una misma sala de los recursos sobre el fondo y otra de los sobre la forma. En su consecuencia, despues de consignar en el art. 1015, que *corresponde al Tribunal Supremo de Justicia conocer de estos recursos*, previene que *se distribuirán de esta manera: La sala primera conocerá de los que se funden en que la sentencia sea contra la ley, ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales. La sala segunda, de los que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1015.*

Mas como puede suceder que un mismo recurso se funde en las dos causas de infraccion del fondo y de la forma, dispone la ley en su art. 2016, consecuente rigurosamente en su objeto, que *si el recurso se hubiere interpuesto por ser el fallo contra ley ó doctrina legal, y á la vez por cualquiera de las causas consignadas en el art. 1015*, esto es, por infraccion de las formas especiales del procedimiento, *conocerá primero de él la sala segunda, limitándose al punto de su competencia*, esto es, á si ha habido el quebrantamiento de dichas formalidades, pues como en tal caso se anula todo lo actuado desde que se cometió la falta y devuelve el proceso al tribunal *a quo* para que lo reponga al estado que tenia anteriormente y para que lo sustancie y determine de nuevo con arreglo á derecho, segun previene el art. 1061 que espondremos mas adelante, como no se considera verdaderamente sentencia el primer fallo que dictó el tribunal *a quo*, fundado en un proceso que adolecia de aquel vicio, no debe ni puede el Tribunal Supremo proceder al conocimiento del recurso de casacion, bajo el aspecto de haberse dictado aquella sentencia contra ley ó doctrina, lo cual vendria á resultar, ó por lo menos se ocasionarian costas y dilaciones innecesarias á las partes, si conociera de la infraccion sobre el fondo, antes que de la infraccion sobre la forma, puesto que al conocer de esta, habria que anular todo lo practicado y resuelto. Asi, pues, *si la sala declara haber lugar al recurso, se devolverán los autos al tribunal de que procedan para su reposicion, segun hemos dicho, art. 1017, mas si declarara no haber lugar al recurso, se pasarán los autos á la sala primera para que lo sustancie y determine en la parte que tenga por fundamento la infraccion de la ley ó doctrina legal: art. 1018.* Véase la sentencia de 27 de abril de 1858 en que se ratificó esta descripcion.

1585. Las mismas reglas se siguen, por identidad de razon, respecto de las apelaciones que se interponen para ante el Tribunal Supremo, de la providencia de la Audiencia que denegase la admision del recurso, ó cuando se promueve la cuestion prévia á que se refiere el art. 1090, por haberse admitido indebidamente, pues segun los arts. 1073, 1074 y 1092 de la ley, conoce la sala primera de las referentes á recursos sobre el fondo, y la segunda de las relativas á recursos sobre la forma, ó sobre el fondo y la forma á la vez, si bien en este caso no tiene que pasar los autos á la sala primera, cuando declarase que procede la apelacion por haber lugar al recurso, porque para esta providencia no examina el fondo de la cuestion, sino mas bien una cuestion de procedimiento, esto es, si está bien ó mal interpuesta la apelacion, por proceder ó no el recurso con arreglo á lo prescrito en el art. 1025.

#### § IV.

*Interposicion de los recursos de casacion ante las audiencias, y modo de proceder estas cuando los admiten ó deniegan.*

1586. Siguiendo lo establecido por nuestras leyes, tanto respecto de las apelaciones, como de los antiguos recursos de injusticia notoria y de nulidad, sobre que deban interponerse ante el tribunal que dictó las sentencias que los motivaron, previene la nueva ley, que *todos los recursos de casacion se interpondrán en la sala de la audiencia que haya dictado la sentencia contra la cual se intenten: art. 1021.*

1587. *El término para interponer el recurso es de diez dias: art. 1023*, los cuales principiarán á contarse desde el siguiente al de la notificacion de la sentencia, segun decia el art. 7 del decreto de 4 de noviembre de 1858, que designó igual plazo para los recursos de nulidad, y se deduce de la regla general que sienta el artículo 25 de la ley de Enjuiciamiento. Respecto á si corre este plazo ó á si deben computarse en él los dias de vacaciones de los tribunales, hay que distinguir, si el recurso versa acerca de asuntos sobre que tienen las salas estraordinarias facultad de actuar durante aquellos, con arreglo al decreto de 25 de junio de 1858, en cuyo caso correrán, segun se declaró por sentencia de 26 de enero de 1860, respecto de los que versan sobre cuestiones de competencia, aunque se promuevan por declinatoria, ó si versan sobre asuntos acerca de los que no tengan las salas dicha facultad de actuar en variaciones, en cuyo caso no correrán, segun se declaró por sentencia del 1.º de junio de 1859, sobre fallo de un juicio ordinario petitorio, espresando que en este asunto, ni aun darse cuenta podia de la interposicion del recurso, y que la real orden de 25 de junio que uniformó la diversa práctica de los tribunales sobre este punto, determinando los negocios sobre que podian actuar las salas estraordinarias de vacaciones, modificó esencialmente la inteligencia de las disposiciones en que se habia

para infundir el respecto necesario al carácter de generalidad y uniformidad que es de esencia suya.

1584. La ley considera tan importante este carácter y ha tratado de conservarlo tan escrupulosamente, que para evitar que se falsee por la falta de unidad y armonía que pueda advertirse en los diversos fallos que emanaran de las diferentes salas de que tiene que componerse el Tribunal Supremo, si conocieran indistintamente todas ellas de recursos de casacion de una misma clase, puesto que aunque pertenecientes estas salas al mismo Tribunal Supremo, no podría menos de originarse dudas sobre las decisiones de cada una de ellas á que debería atenderse, cuando recayendo sobre una misma cuestión, la resolverian en sentido diverso ó contrario, ha determinado la ley conozca siempre una misma sala de los recursos sobre el fondo y otra de los sobre la forma. En su consecuencia, despues de consignar en el art. 1015, que *corresponde al Tribunal Supremo de Justicia conocer de estos recursos*, previene que *se distribuirán de esta manera: La sala primera conocerá de los que se funden en que la sentencia sea contra la ley, ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales. La sala segunda, de los que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1015.*

Mas como puede suceder que un mismo recurso se funde en las dos causas de infraccion del fondo y de la forma, dispone la ley en su art. 2016, consecuente rigurosamente en su objeto, que *si el recurso se hubiere interpuesto por ser el fallo contra ley ó doctrina legal, y á la vez por cualquiera de las causas consignadas en el art. 1015*, esto es, por infraccion de las formas especiales del procedimiento, *conocerá primero de él la sala segunda, limitándose al punto de su competencia*, esto es, á si ha habido el quebrantamiento de dichas formalidades, pues como en tal caso se anula todo lo actuado desde que se cometió la falta y devuelve el proceso al tribunal *a quo* para que lo reponga al estado que tenia anteriormente y para que lo sustancie y determine de nuevo con arreglo á derecho, segun previene el art. 1061 que espondremos mas adelante, como no se considera verdaderamente sentencia el primer fallo que dictó el tribunal *a quo*, fundado en un proceso que adolecia de aquel vicio, no debe ni puede el Tribunal Supremo proceder al conocimiento del recurso de casacion, bajo el aspecto de haberse dictado aquella sentencia contra ley ó doctrina, lo cual vendria á resultar, ó por lo menos se ocasionarian costas y dilaciones innecesarias á las partes, si conociera de la infraccion sobre el fondo, antes que de la infraccion sobre la forma, puesto que al conocer de esta, habria que anular todo lo practicado y resuelto. Asi, pues, *si la sala declara haber lugar al recurso, se devolverán los autos al tribunal de que procedan para su reposicion, segun hemos dicho, art. 1017, mas si declarara no haber lugar al recurso, se pasarán los autos á la sala primera para que lo sustancie y determine en la parte que tenga por fundamento la infraccion de la ley ó doctrina legal: art. 1018.* Véase la sentencia de 27 de abril de 1858 en que se ratificó esta descripcion.

1585. Las mismas reglas se siguen, por identidad de razon, respecto de las apelaciones que se interponen para ante el Tribunal Supremo, de la providencia de la Audiencia que denegase la admision del recurso, ó cuando se promueve la cuestion prévia á que se refiere el art. 1090, por haberse admitido indebidamente, pues segun los arts. 1073, 1074 y 1092 de la ley, conoce la sala primera de las referentes á recursos sobre el fondo, y la segunda de las relativas á recursos sobre la forma, ó sobre el fondo y la forma á la vez, si bien en este caso no tiene que pasar los autos á la sala primera, cuando declarase que procede la apelacion por haber lugar al recurso, porque para esta providencia no examina el fondo de la cuestion, sino mas bien una cuestion de procedimiento, esto es, si está bien ó mal interpuesta la apelacion, por proceder ó no el recurso con arreglo á lo prescrito en el art. 1025.

#### § IV.

*Interposicion de los recursos de casacion ante las audiencias, y modo de proceder estas cuando los admiten ó deniegan.*

1586. Siguiendo lo establecido por nuestras leyes, tanto respecto de las apelaciones, como de los antiguos recursos de injusticia notoria y de nulidad, sobre que deban interponerse ante el tribunal que dictó las sentencias que los motivaron, previene la nueva ley, que *todos los recursos de casacion se interpondrán en la sala de la audiencia que haya dictado la sentencia contra la cual se intenten: art. 1021.*

1587. *El término para interponer el recurso es de diez dias: art. 1023*, los cuales principiarán á contarse desde el siguiente al de la notificacion de la sentencia, segun decia el art. 7 del decreto de 4 de noviembre de 1858, que designó igual plazo para los recursos de nulidad, y se deduce de la regla general que sienta el artículo 25 de la ley de Enjuiciamiento. Respecto á si corre este plazo ó á si deben computarse en él los dias de vacaciones de los tribunales, hay que distinguir, si el recurso versa acerca de asuntos sobre que tienen las salas extraordinarias facultad de actuar durante aquellos, con arreglo al decreto de 25 de junio de 1858, en cuyo caso correrán, segun se declaró por sentencia de 26 de enero de 1860, respecto de los que versan sobre cuestiones de competencia, aunque se promuevan por declinatoria, ó si versan sobre asuntos acerca de los que no tengan las salas dicha facultad de actuar en variaciones, en cuyo caso no correrán, segun se declaró por sentencia del 1.º de junio de 1859, sobre fallo de un juicio ordinario petitorio, espresando que en este asunto, ni aun darse cuenta podia de la interposicion del recurso, y que la real orden de 25 de junio que uniformó la diversa práctica de los tribunales sobre este punto, determinando los negocios sobre que podian actuar las salas extraordinarias de vacaciones, modificó esencialmente la inteligencia de las disposiciones en que se habia



fundado otra sentencia del mismo tribunal de 17 de junio de 1858, decidiendo en sentido contrario.

1588. *El procurador puede interponer los recursos de casacion, sin necesidad de otro poder que el que haya tenido para seguir la última instancia:* art. 1025. Esta disposicion, aunque distinta de la adaptada en el artículo 7 del decreto de 4 de noviembre de 1838, sobre que el recurso de nulidad se interpusiera por procurador autorizado con poder especial y en los demás recursos extraordinarios de justicia notoria y segunda suplicacion, es conforme con las de nuestras antiguas leyes, que no exigian este poder para interponer la apelacion. La nueva ley ha querido tal vez evitar que por carecer de este requisito el procurador transcurriera aquel breve plazo y perdieran las partes el importante y estremo remedio de la casacion. Por otra parte, el procurador no puede perjudicar á su representado, siguiendo este recurso de tan importantes consecuencias sin su consentimiento, puesto que en cualquiera estado del recurso, puede este separarse de él, bien por medio de procurador autorizado con poder especial, bien presentando escrito por sí mismo, segun dispone el art. 1045.

1589. *En los escritos en que se interpongan los recursos, se citará la ley ó doctrina infringida en la sentencia, si se fundan en alguna de estas causas. Si se fundan en alguna de las causas espresadas en el art. 1015, se espresará la omision ó falta que se hubiese cometido:* art. 1024. Esto tiene por objeto que la audiencia pueda comprender si es fundado y está bien interpuesto el recurso y es admisible en su consecuencia, conforme á lo dispuesto en el art. 1025, y además, fijar los puntos cuya infraccion no da por consentida el recurrente. Esta determinacion especifica es tan importante, que no basta que se diga vaga y genéricamente que reúne la sentencia del inferior vicios radicales y prescripciones contrarias á derecho, segun se ha declarado por sentencia de 17 de abril de 1857; ni es conforme á las prescripciones legales citar genérica y confusa ó indeterminadamente en globo uno ó mas títulos de los cuerpos legales, y doctrinas ó principios de derecho, sino que se deberá precisar la ley ó leyes que se consideren infringidas, coarctándolas á la cuestion del litigio, pues no haciéndose así, no procede la admision del recurso: sentencias de 22, 28 de febrero, 25 de abril de 1860, 17 de abril y 10 de octubre de 1861, y respecto al recurso que se funda en infraccion de doctrina, es indispensable para fundarlo, precisar cuál sea esta doctrina, á qué particulares se refiere y que esté admitida por la jurisprudencia de los tribunales: sentencias de 10 de febrero, 6 de diciembre de 1860 y 27 de abril de 1861. Asimismo, se ha declarado, que para que proceda el recurso por las causas espresadas en el art. 1015, no basta referirse á él en el escrito, sino que es indispensable la designacion concreta de la causa, porque solo así se puede examinar la cuestion de si la en que se funda es ó no de las que en dicho artículo se espresan, segun se dispone en el art. 1025: sentencia de 27 de abril de 1859.

1590. Conviene tener sumo cuidado en hacer las citas referidas con toda exactitud en los escritos en que se interpongan los recursos, para evitar su

inadmision por el tribunal superior, ó que no sean estimados por el Supremo, si son inexactas, y en especial, cuando el recurso se funda en las causas del art. 1015, puesto que no puede hacerse ya despues variacion, enmienda ni ampliacion alguna, segun el art. 1049 de la ley, que solo faculta para hacer citas distintas de las leyes ó doctrinas legales de las designadas como infringidas al interponer el recurso, respecto de las que se fundasen en la infraccion de fondo, al devolver las partes los autos que se comunican con el apuntamiento á sus letrados para que se instruyan en el Tribunal Supremo. Véase lo que esponemos mas adelante sobre esta disposicion.

1591. *Interpuesto el recurso, la sala que dictó la sentencia, sin trámites ni sustanciacion alguna, y en su consecuencia, sin conferir traslado al contrario y mandando dar cuenta, examinará si concurren las circunstancias siguientes:*

*En los recursos que se funden en infraccion de ley ó de doctrina legal:* 1.º *Si la sentencia contra que se interpone, ha recaido sobre definitiva, puesto que disponiendo el art. 1010, que solo se dé contra estas el recurso de casacion es inadmisibile el que se interponga contra otras que no lo sean ó que no tengan la fuerza de tales, segun ya espusimos. 2.º Si se ha interpuesto en tiempo, á saber, dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion de la sentencia; 3.º Si se ha citado la ley ó doctrina legal quebrantadas.*

*En los recursos que se funden en una de las causas espresadas en el art. 1015:* 1.º *Si la sentencia contra que se interpone, ha recaido sobre definitiva; 2.º Si se ha interpuesto en tiempo; 3.º Si se ha designado la omision ó falta en que se funde, ó si son ó no de las espresadas en el art. 1015; 4.º Si se ha reclamado la omision ó falta de la manera prevenida en el art. 1019, con la modificacion establecida en el 1020: art. 1025.*

1592. Verificado este exámen, la sala dictará en seguida sentencia admitiendo ó denegando el recurso. Toda otra cuestion es de la esclusiva competencia del Tribunal Supremo, y debe reservarse para su decision: art. 1025. No deberá, pues, el tribunal *a quo* entrar en la cuestion misma sobre que versa el recurso, examinando si procede ó no la nulidad por haber habido ó no la infraccion de ley, doctrina ó trámite esencial que se cita, ó por estar ó no admitida por la jurisprudencia la doctrina alegada, pues además de que esto seria juzgar él propio sus providencias ó sus actos, si el recurso recaia sobre infraccion en la segunda instancia, inconveniente que tienen por objeto evitar aun los recursos ordinarios de la apelacion, etc., carece para ello de la competencia de atribuciones y de la autoridad que solo residen en el Tribunal Supremo de Justicia, único que en su dia debe declarar si procede ó no el recurso por haber ó no habido nulidad. Por eso y para evitar tales inconvenientes, se ha limitado cautamente la ley en su art. 1025, á determinar las circunstancias esternas del recurso, esto es, si se ha interpuesto en término; si se han citado las leyes que se suponen in-

fringidas, etc. La jurisprudencia ha venido también á confirmar estas prescripciones, declarando, que para admitir ó denegar las audiencias los recursos en el fondo, solo deben examinar si concurren los tres requisitos que marca el art. 1025, reservando toda otra cuestion al juicio del Tribunal Supremo, como espresamente se dispone en el mismo, prescindiendo absolutamente de si la ley ó doctrina citadas pudieron ó no ser infringidas, lo cual corresponde á aquel determinar: sentencia de 16 de noviembre de 1859: que la audiencia para resolver sobre la admision del recurso en la forma, carecia de facultades para apreciar la procedencia ó improcedencia del trámite cuya omision servia de fundamento al recurso: sentencias de 28 de setiembre de 1859 y 28 de noviembre de 1860.

1593. La última prescripcion del art. 1025, se refiere, como se consigna en estas sentencias, al exámen que debe hacer el tribunal superior de las circunstancias que determina aquel artículo, para decidir si procede ó no la admision del recurso. Asi, pues, cuando el litigante que lo propuso, acude desistiendo de él á dicho tribunal podrá éste admitir su desestimiento, puesto que con ello no hace mas que reconocer el derecho que tiene todo litigante de renunciar al beneficio introducido á su favor sin perjudicar al contrario, quien aquí sale por la inversa favorecido. Asi se evita la dilacion y las costas que podría originar la remision de los autos del Tribunal Supremo para resolver sobre este incidente.

1594. *La providencia que dictare la sala, admitiendo ó denegando estos recursos será fundada. Cuando se admita, se espresará que concurren para hacerlo todas las circunstancias necesarias al efecto, que se referirán; y cuando se deniegue, se espresarán las circunstancias que fallen con individualidad y precision: art. 1026.*

*Ejecucion de las sentencias del tribunal a quo.*

1595. *Las sentencias contra las cuales se hubiese interpuesto y aun admitido recurso de casacion ó apeládose contra su inadmission, pueden llevarse á efecto, si el que las hubiese obtenido lo pidiere y fueren conforme con las de primera instancia: art. 1068 y 1075.* Esta disposicion consigna la doctrina reconocida en las demás disposiciones legales sobre recursos extraordinarios de que no basta que estos se interpongan, ni aun que se admitan, para destruir la presuncion de que la ejecutoria es una verdad legal y ha sido pronunciada conforme á derecho, y en su consecuencia, para suspender sus efectos, como sucede generalmente en las apelaciones. Una innovacion se ha introducido, sin embargo, acerca de este punto en la legislacion sobre recursos extraordinarios, á saber, que haya conformidad en las sentencias, puesto que no se exigia esta circunstancia en los recursos de nulidad por el decreto de 4 de noviembre de 1858, ni por el de 25 de enero de 1855; pero la nueva ley sin duda ha creido deber fortalecer la presuncion de la legalidad de la sentencia con aquella circunstancia, considerando que no existiendo en el dia las tres instancias, como para los recursos de nulidad y para los de casacion sobre negocios de Ultramar, no

tenia bastante fuerza aquella presuncion, cuando solo habia una sentencia en pro y debilitada por otra en contra. La misma facultad se consignaba respecto de los recursos de segunda suplicacion en la ley 18, tit. 22, lib. 11 de la Nov. Recop.; previniéndose que «si dieren dos sentencias de toda conformidad, se ejecuten, y aunque no fueren de toda conformidad, se ejecuten en lo que fueren conformes;» aclaracion que creemos aplicable á los recursos de casacion, á no ser que en la parte que difiera de la sentencia primera la segunda, sea inseparable de la en que fuere conforme á ella, pues entonces no podrá ejecutarse antes de decidir sobre el recurso, segun se deduce del espíritu del art. 3 del decreto de 4 de noviembre de 1858, en combinacion con el de la presente ley.

1596. En consideracion á lo espuesto, creemos, que deberán tenerse por sentencias conformes las que lo sean en su parte resolutive sobre la cuestion del litigio, no obstante se hagan en ella reservas que no alteren lo decidido por el inferior, segun se ha declarado en sentencia de 25 de diciembre de 1857, respecto de las que deben tenerse por conformes para la realizacion del depósito requerido en el art. 1027, la cual creemos aplicable á la ejecucion de las sentencias, como asimismo lo declarado por otra de 17 de enero de 1860, sobre que la condena de costas en segunda instancia no altera la conformidad absoluta entre esta sentencia y la del inferior. Directamente sobre esta materia se ha declarado, que la sentencia que absuelve de la demanda, como resolutoria de la cuestion que fue objeto del pleito, guarda con aquella entera conformidad: sentencia de 27 de febrero de 1861. Véase el número 1620.

1597. Pero no basta para que se ejecuten las sentencias que haya conformidad entre ellas y que la pida el que la hubiera obtenido; es necesario prevenir que el vencido pueda quedar defraudado en sus derechos, en el caso de que prosperando el recurso, se negara aquel á indemnizarle en debida forma. Con este objeto dispone, pues, la ley, conforme con lo que se ha prevenido siempre en los demás recursos extraordinarios, que *para que el tribunal pueda acceder á la ejecucion de la sentencia, contra la cual se hubiese interpuesto recurso de casacion, se necesita que el que pida la ejecucion preste antes la fianza bastante, á satisfaccion del tribunal, para responder de cuanto recibiere ó pidiere recibir, caso de ser anulada la ejecutoria: art. 1069.* Esta fianza podrá ser cualquiera de las que establece el derecho, con tal que sea suficiente para llenar el objeto espresado, sobre lo cual deberá entender la sala que dictó la sentencia, segun la prescripcion del art. 1070, de que *sobre la calificacion de la fianza, deberá prestarse audiencia al que hubiese interpuesto el recurso, antes de proceder á aprobarla.*

1598. *Pedida la ejecucion de la sentencia y concedida por la sala, desde luego ó en sentencia de vista, si negada, se interpusiese la súplica correspondiente para ante la misma sala, se mandará estender certificacion de ella y de lo demás que el tribunal superior, oyendo á las dos partes, estime necesario para su cumplimiento. Esta certificacion quedará en el tribunal*

superior, remitiéndose en seguida los autos al Supremo: art. 1071; asimismo, deberá remitirse otra al juez inferior para que proceda á ejecutar la sentencia.

*Consignacion del depósito.*

1599. No basta para que tenga curso y efecto decidiéndose sobre él el remedio de la casacion, que se interponga este debidamente, y que se admita por el tribunal *a quo*. Con el fin de que los litigantes, en vez de consultar los sentimientos de equidad y justicia, se dejen arrebatar de un interés ciego ó de amor propio estremado, ó de pasiones de odio ó de rivalidad, haciendo uso de un recurso costoso con perjuicio suyo y de la parte contraria, se ha exigido siempre por nuestras leyes, para la prosecucion de los recursos extraordinarios, el depósito de ciertas cantidades. Véase la ley 2, tit. 22, lib. II, Nov. Recop., respecto de los recursos de segunda suplicacion; la 2, tit. 25, lib. II, acerca de los de injusticia notoria, en asuntos comunes; el art. 458 del Código de comercio, en los de la misma clase sobre negocios de comercio; el art. 8 del decreto de 4 de noviembre de 1858, sobre los de nulidad; y el art. 199 del decreto de 23 de enero de 1855, sobre recursos de casacion en Ultramar, que admite en sustitucion de la cantidad metálica la fianza hipotecaria por doble cantidad. Sin embargo, hánse opuesto argumentos atendibles contra el depósito, diciendo ser suficiente represion para no intentarse recursos extraordinarios, los dispendios que estos ocasionan, y la condena de costas y resarcimiento de daños y perjuicios; pero contra esto ocurre desde luego, que es desconocer el corazon humano, y la fuerza de ciertas pasiones, juzgar que basten á servirles de freno y de rémora estas solas pérdidas, y que por otra parte, es sumamente justo y equitativo que se dé á la parte contraria alguna indemnizacion de las molestias y pérdidas difíciles de calcular en juicio, que le hace experimentar el recurso, que es uno de los objetos del depósito, puesto que segun dispone el art. 1065, la mitad de él se entregará al que hubiere sostenido la ejecutoria, como indemnizacion de perjuicios. Además, la nueva ley ha circunscrito los casos en que há lugar al depósito, y rebajado las cantidades proporcionales, mayormente que las leyes anteriores, con el objeto de no dificultar tanto el recurso.

1600. Asi, pues, dispone, que á la remesa de los autos al Tribunal Supremo ha de proceder, si el recurso es por infraccion de ley ó de doctrina, admitida por la jurisprudencia de los tribunales, el depósito de 4,000 reales en metálico, requiriendo además, que las sentencias de primera y segunda instancia sean conformes de toda conformidad; pues no siéndolo, se remitirán los autos sin exigir depósito alguno: art. 1027. Si el recurso es por una de las causas espresadas en el art. 1015, precederá á la remesa de los autos el depósito de 2,000 reales, sean ó no conformes las sentencias de primera instancia: art. 1028.

*En los casos en que la cantidad, objeto del litigio, sea inferior*

á 12,000 reales, no podrá esceder el depósito que se exija de la sexta parte de ella si el recurso se funda en infraccion de la ley ó de doctrina admitida como jurisprudencia por los tribunales, ni de la dozava parte si se funda en cualquiera de las causas espresadas en el art. 1015: art. 1029. Si el que interpusiere el recurso litigase por pobre, bastará que preste caucion de pagar dichas sumas, si fuese condenado á su pérdida y viniese á mejor fortuna, que es lo que se verifica en los demás depósitos y responsabilidades pecuniarias como consecuencia de los beneficios que dispensan las leyes á favor de los que carecen de medios de fortuna: art. 1052.

1601. Desde luego se advierte en esta disposicion una rebaja considerable respecto de la cantidad en que antes consistia el depósito, puesto que por el decreto de 4 de noviembre se requerian 10,000 reales, rebaja mucho mas notable si se atiende el aumento de la riqueza y al menor valor de la moneda en el dia: y para evitar que aun pudiera ser excesiva esta cantidad, cuando el interés del litigio, por ser de poca monta no guardase cierta proporcion con ella, ha fijado en el art. 1029 cantidades proporcionales á este interés: hé aquí, pues, una de las reformas que ha introducido la nueva ley para no dificultar el recurso tanto como las anteriores por la imposibilidad y excesivo gravámen de verificar un depósito tan considerable. Acerca de la graduacion de las cantidades litigiosas, conviene consultar el artículo 201 del decreto de 23 de enero de 1855.

1602. Con el mismo objeto ha exigido respecto del recurso sobre infraccion en el fondo, que haya conformidad en las sentencias, lo que no se prescribia en los antiguos recursos de nulidad, ni podia prescribirse, porque solo podian interponerse de las sentencias de revista que no fuesen conformes con las de vista. Ha tenido, pues, presente la nueva ley, la mayor presuncion de que interpone el recurso temerariamente el litigante que ha sido condenado por las dos sentencias, que no el que lo fue por una. Es cierto que la ley no establece esta distincion en el recurso que se interpone por violacion en la forma, pero esto es una consecuencia del objeto primordial que se ha propuesto de facilitar tales recursos mas que los de infraccion sobre el fondo, porque la infraccion de las formas esenciales del procedimiento son las garantías de los derechos que confieren las demás leyes, y porque sino han sido subsanadas, anulan el juicio, y no pueden repararse sus consecuencias en otro juicio posterior, razon y por eso ha admitido la ley este recurso en los interdictos y juicios ejecutivos y demás espuestos en su lugar, y no por infraccion de ley.

1603. Acerca de las sentencias que deben considerarse conformes para el efecto de prestarse el depósito, deberá atenderse á si lo son en su disposicion resolutoria de la cuestion principal, objeto del litigio, esto es, á la parte que declara, absuelve ó condena, mas no á la parte referente á los fundamentos de hecho ó de derecho, que pueden ser distintos en una sentencia que en otra, y sin embargo, producir decisiones uniformes; ni á las ampliaciones ó reservas accesorias que no afectan esencialmente al punto capital del juicio. Por eso se ha decidido por sentencia de 25 de diciembre

de 1857, que procede el depósito, si la sentencia de segunda instancia es conforme á la de primera en su parte resolutive, no obstante haberse hecho en ella reservas, que por innecesarias no se pidieron por ninguna de las partes, ni alteran lo decidido por el inferior; y asimismo, cuando se condena en costas en segunda instancia, pues tal condena no altera la conformidad absoluta entre esta sentencia y la del inferior, indicando únicamente que fue temeraria, en el concepto de la sala, la solicitud del que apeló: sentencia de 17 de enero de 1860; y por el contrario, que no pueden estimarse conformes, para los efectos del art. 1027 de toda conformidad, las sentencias de primera y segunda instancia, cuando en esta se impone mayor responsabilidad que en aquella, como sucede, si la primera condena á la entrega de los frutos producidos solamente, y la segunda á la de los producidos y debidos producir, y que por lo tanto, no procede en este caso el depósito para la admision del recurso de casacion: sentencia de 16 de octubre de 1860: é igualmente que la alocucion *conformes de toda conformidad* escluye toda interpretacion, circunscribiendo y limitando la prescripcion legal á la absoluta y completa conformidad de las sentencias en su parte dispositiva, sin que baste que sean conformes en algunos puntos, si difieren en otros literal y sustancialmente, y que por lo tanto, no existe entre ellas conformidad en el sentido escrito de la ley, por lo cual no procede el depósito: sentencia de 3 de mayo de 1858; y por último, que no deben considerarse conformes las sentencias, cuando la de primera instancia reservó á los demandantes el derecho que creyeran competérles sobre la venta de una finca y sobre las mejoras hechas en esta, y la segunda sentencia amplía esta reserva á los perjuicios que los demandantes hubieran sufrido por la falta de estabilidad de las adquisiciones que hicieron, y á las costas que se les habian ocasionado y ocasionaren por el mismo motivo, pues se habia ampliado notablemente la reserva de la primera sentencia por la segunda.

1604. Dedúcese, pues, de lo espuesto, que no procede el depósito:  
1.º Cuando el recurso se funda en infraccion de ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, y no son conformes de toda conformidad las sentencias de primera y segunda instancia, y en su consecuencia, si aquella es revocatoria de esta: sentencia de 3 de febrero de 1859; 2.º Cuando la sentencia de segunda instancia no es revocatoria ni confirmatoria de la primera, sino que recae sobre algun incidente de aquella instancia; 3.º Cuando el litigio no versa sobre cantidad fija ni se trata en él de derechos, cuya cantidad, ni aun aproximadamente pueda estimarse: sentencia de 23 de octubre de 1857.

1605. Puede suscitarse incidente en el tribunal *a quo*, cuando no exija el depósito á quien debiera realizarlo, ó cuando lo requiera á quien se halla exento de ello, sobre si es ó no procedente, ó sobre la cantidad en que debe consistir, con arreglo á las disposiciones espuestas; en cuyo caso lo resolverá la sala ante quien se interpuso el recurso, habiendo lugar á apelacion de la decision que dictare, para ante el Tribunal Supremo: segun se vé en

la sentencia de 3 de mayo de 1858 que recayó sobre apelacion de fallo dictado por una Audiencia, en que mandó al admitir el recurso de casacion al recurrente, que verificase el depósito, y el Tribunal Supremo revocó la providencia de la sala en el concepto en que fue apelada.

1606. El art. 1050 de la ley, prescribe, que el depósito *se constituiria en el Banco Español de San Fernando (denominado hoy Banco de España)*; pero algunas audiencias providencian que se verifique en la Caja de Depósitos, atendiendo á que en estas devenga interés la cantidad depositada y no en el Banco, y á que ofrece aquella la misma seguridad que este, fin principal que se ha propuesto la ley, para que el Tribunal Supremo pueda disponer la aplicacion de depósito, conforme el art. 1063, al dictar sentencia. *El documento de resguardo que el Banco ó sus comisionados en las provincias dieren se unirá á los autos*: art. 1050.

1607. *El depósito ha de verificarse y acreditarse dentro de diez dias siguientes á la notificacion del auto en que el recurso sea admitido*: art. 1051; ó en el caso de haber denegado la admision del recurso ó del depósito el tribunal *a quo* y de haberse apelado de esta providencia, para ante el Tribunal Supremo, y revocándola este, admitiendo el depósito ó el recurso en que proceda aquel, contados desde que se publique en la *Gaceta de Madrid* la sentencia revocatoria: art. 1089.

1608. *Si no se hiciere el depósito por quien debia hacerlo, ó aun cuando se haya hecho, no se acreditare debida y oportunamente en los autos, previa una rebeldia, se declarará desierto el recurso; pero si no se acusare rebeldia, en cualquier tiempo en que se hiciere ó acreditare haberse hecho el depósito, se hará la remesa de los autos al Tribunal Supremo, como si aquel se hubiera verificado*: art. 1055.

1609. Segun se ha declarado por sentencia de 3 de enero de 1860, el término de diez dias que fija el art. 1051, para verificar y acreditar el depósito, es aplicable á la caucion que prestan los litigantes pobres, en sustitucion de aquel, y pasado dicho término, sin haberse prestado la caucion, y acusada la rebeldia, es inevitable la desercion del recurso.

1610. *Acreditado el depósito ó prestada la caucion en los autos en que el que haya interpuesto el recurso se defienda por pobre, se remitirán estos de oficio, segun diremos mas adelante*: arts. 1033 y 1036.

*Reclamaciones contra la denegacion ó la admision del recurso.*

1611. Como si se dejara de un modo omnimodo y absoluto al tribunal *a quo* la facultad de declarar, con mas ó menos fundamento, con mas ó menos razon, la admision ó inadmission del recurso, se estimularia la negligencia, apatia ó escaso celo en la estricta interpelacion de las leyes, confiéndose el poder de hacer ilusorio el remedio estremo y tan importante de la casacion, no solo para el beneficio privado, sino para la causa pública, interesada en la exacta aplicacion del derecho y en la recta administracion de justicia, la ley de Enjuiciamiento abre la puerta á dos remedios contra

la inadmisión declarada por la audiencia y contra la admisión impropcedente del recurso.

1612. Así, pues, para el caso de la inadmisión impropcedente del recurso ha adoptado el remedio general de la apelación, prescrito ya por las disposiciones anteriores sobre recursos extraordinarios, según se vé en el artículo 2 del decreto de 4 de noviembre de 1838, disponiendo en su artículo 1072; *que la providencia en que se denegase la admisión de los recursos de casación, es apelable para ante el Tribunal Supremo, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la misma.*

1613. *Interpuesta en tiempo y forma la apelación, se remitirán los autos origuiales al Tribunal Supremo á costa del apelante, y con citación y emplazamiento de los procuradores de las partes, para que estas puedan presentarse dentro de treinta días en dicho Tribunal:* art. 1073. Mas si se hubiese pedido ó pidiere el cumplimiento de la sentencia, en los casos que ya hemos espresado de ser conforme con la anterior y prestando el solicitante la fianza necesaria, *se podrá antes de remitir los autos al Tribunal Supremo la certificación espresada en el art. 1071, espuesto en el número 1597; art. 1076; y no se harán los emplazamientos hasta que vaya á hacerse la remesa de los autos al Tribunal, para que no trascurra el plazo sin poder utilizarlo los litigantes.*

1614. Para el caso de admitir el tribunal *a quo* un recurso de casación que pudiera ser impropcedente por no haberse llenado las circunstancias que requiere el art. 1015, y tanto mas perjudicial para la parte y la causa pública, cuanto que ataca mas directamente que el recurso por inadmisión, la presunción de que en la ejecutoria se ha interpretado y aplicado con toda justicia y rectitud el derecho, puesto que parecería reconocer implícita é indirectamente el tribunal *a quo* que adolecía de algun vicio de nulidad su ejecutoria, en el hecho de admitir un recurso que no procediera, establece la ley en su art. 1090, otro remedio distinto de la apelación, aunque análogo á este y que ocasiona menos dilaciones y costas. Así, pues, faculta en su art. 1096, al que obteniendo una ejecutoria contra la cual se hubiera interpuesto y admitido por el Tribunal Supremo recurso de casación, creyese que no debió admitirse, el promover la cuestión prévia de si es ó no procedente, en el mismo Tribunal Supremo, y de cuya tramitación trataremos al esponer el procedimiento que se sigue en este tribunal sobre los recursos de casación.

*Remisión de los autos al Tribunal Supremo para la resolución del recurso.*

1615. Los autos de que se interponga en el tribunal *a quo* el recurso de casación, para ante el Supremo, se remitirán *por el primer correo á costa del que lo haya interpuesto al presidente del Tribunal Supremo de Justicia, con citación y emplazamiento de las partes, para que se personen en él á usar de su derecho dentro de treinta días:* art. 1053. *La citación y emplazamiento se harán á los procuradores de las partes:* artículo 1054.

*Los autos en el que se haya interpuesto el recurso se defiendan por pobre, se remitirán de oficio:* art. 1056.

1616. *Juntamente con los autos, se remitirá certificación á la letra de los votos reservados que pueda haber, los cuales perderán el carácter de secretos y correrán con el pleito:* art. 1037. Esta prescripción se hallaba consignada anteriormente por real órden de 11 de enero de 1854, fundándola en que pueda apreciar y calificar el tribunal en sus fallos la diversidad de opiniones de los magistrados de las audiencias y en evitar al propio tiempo los graves inconvenientes que origina el no tenerlas desde luego á la vista en todos los casos en que ha mediado divergencia de pareceres para formar sentencia. Esta última cláusula nos induce á creer, contra la opinión de algun intérprete, que deberá remitirse dicha certificación de votos secretos, aun cuando se trate de apelación de providencia denegatoria de la admisión del recurso, ó de la consignación ó no consignación del depósito ó fianza; además de que, si bien en estos casos no se entra en la calificación de la sentencia, se examina si era ó no procedente la admisión del recurso ó la consignación del depósito, y conviene ver las opiniones de los magistrados. Solamente no habrá necesidad de aquella certificación, cuando la sentencia se haya dictado por tres magistrados, porque entonces, habiendo habido precisamente conformidad, no hay diversidad de opiniones á que poder atender.

1617. El decreto de 8 de noviembre, en su art. 9, requería que se acompañara tambien un informe en que el tribunal *a quo* manifestara los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo, pero esto ya no es necesario, porque tales fundamentos se encuentran en las sentencias, desde que por la nueva ley se requiere por regla general que estas se funden.

#### § IV.

##### *Procedimiento en el Tribunal Supremo.*

1618. Debiendo atenerse el Tribunal Supremo en los recursos de casación, á examinar si ha habido ó no infracción de ley ó doctrina legal ó quebrantamiento de forma esencial del juicio, en vista del procedimiento y sentencia del tribunal *a quo*, y no pudiéndose de consiguiente, admitir nuevos datos ni probanzas sobre la cuestión, objeto del litigio, porque esto sería convertir el recurso en una tercera instancia haciéndole perder su naturaleza y objeto, contra lo prescrito por la ley, y además si se decidiera con pruebas y datos que no se habían producido en el tribunal *a quo*, no podría referirse la sentencia de casación á infracción de ley cometida por la de este, quien si se le hubieran presentado aquellos datos y probanzas, podría haber fallado en otro sentido, la sustanciación de estos recursos en aquel Tribunal es sumamente sencilla y análoga á la que se sigue en las audiencias sobre apelación de sentencias interlocutorias.

1619. Así, pues, *llegados los autos al Tribunal Supremo, pasados á la*

la inadmisión declarada por la audiencia y contra la admisión impropcedente del recurso.

1612. Asi, pues, para el caso de la inadmisión impropcedente del recurso ha adoptado el remedio general de la apelación, prescrito ya por las disposiciones anteriores sobre recursos extraordinarios, segun se vé en el artículo 2 del decreto de 4 de noviembre de 1838, disponiendo en su artículo 1072; que la providencia en que se denegase la admisión de los recursos de casación, es apelable para ante el Tribunal Supremo, dentro de los cinco dias siguientes al de la notificación de la misma.

1613. Interpuesta en tiempo y forma la apelación, se remitirán los autos origuiales al Tribunal Supremo á costa del apelante, y con citación y emplazamiento de los procuradores de las partes, para que estas puedan presentarse dentro de treinta dias en dicho Tribunal: art. 1073. Mas si se hubiese pedido ó pidiere el cumplimiento de la sentencia, en los casos que ya hemos espresado de ser conforme con la anterior y prestando el solicitante la fianza necesaria, se podrá antes de remitir los autos al Tribunal Supremo la certificación espresada en el art. 1071, espuesto en el número 1597; art. 1076; y no se harán los emplazamientos hasta que vaya á hacerse la remesa de los autos al Tribunal, para que no trascorra el plazo sin poder utilizarlo los litigantes.

1614. Para el caso de admitir el tribunal *a quo* un recurso de casación que pudiera ser impropcedente por no haberse llenado las circunstancias que requiere el art. 1015, y tanto mas perjudicial para la parte y la causa pública, cuanto que ataca mas directamente que el recurso por inadmisión, la presunción de que en la ejecutoria se ha interpretado y aplicado con toda justicia y rectitud el derecho, puesto que pareceria reconocer implícita é indirectamente el tribunal *a quo* que adolecia de algun vicio de nulidad su ejecutoria, en el hecho de admitir un recurso que no procediera, establece la ley en su art. 1090, otro remedio distinto de la apelación, aunque análogo á este y que ocasiona menos dilaciones y costas. Asi, pues, faculta en su art. 1096, al que obteniendo una ejecutoria contra la cual se hubiera interpuesto y admitido por el Tribunal Supremo recurso de casación, creyese que no debió admitirse, el promover la cuestión prévia de si es ó no procedente, en el mismo Tribunal Supremo, y de cuya tramitación trataremos al esponer el procedimiento que se sigue en este tribunal sobre los recursos de casación.

*Remisión de los autos al Tribunal Supremo para la resolución del recurso.*

1615. Los autos de que se interponga en el tribunal *a quo* el recurso de casación, para ante el Supremo, se remitirán por el primer correo á costa del que lo haya interpuesto al presidente del Tribunal Supremo de Justicia, con citación y emplazamiento de las partes, para que se personen en él á usar de su derecho dentro de treinta dias: art. 1053. La citación y emplazamiento se harán á los procuradores de las partes: artículo 1054.

Los autos en el que se haya interpuesto el recurso se defiendan por pobre, se remitirán de oficio: art. 1056.

1616. Juntamente con los autos, se remitirá certificación á la letra de los votos reservados que pueda haber, los cuales perderán el carácter de secretos y correrán con el pleito: art. 1037. Esta prescripción se hallaba consignada anteriormente por real órden de 11 de enero de 1854, fundándola en que pueda apreciar y calificar el tribunal en sus fallos la diversidad de opiniones de los magistrados de las audiencias y en evitar al propio tiempo los graves inconvenientes que origina el no tenerlas desde luego á la vista en todos los casos en que ha mediado divergencia de pareceres para formar sentencia. Esta última cláusula nos induce á creer, contra la opinión de algun intérprete, que deberá remitirse dicha certificación de votos secretos, aun cuando se trate de apelación de providencia denegatoria de la admisión del recurso, ó de la consignación ó no consignación del depósito ó fianza; además de que, si bien en estos casos no se entra en la calificación de la sentencia, se examina si era ó no procedente la admisión del recurso ó la consignación del depósito, y conviene ver las opiniones de los magistrados. Solamente no habrá necesidad de aquella certificación, cuando la sentencia se haya dictado por tres magistrados, porque entonces, habiendo habido precisamente conformidad, no hay diversidad de opiniones á que poder atender.

1617. El decreto de 8 de noviembre, en su art. 9, requería que se acompañara tambien un informe en que el tribunal *a quo* manifestara los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo, pero esto ya no es necesario, porque tales fundamentos se encuentran en las sentencias, desde que por la nueva ley se requiere por regla general que estas se funden.

#### § IV.

##### *Procedimiento en el Tribunal Supremo.*

1618. Debiendo atenerse el Tribunal Supremo en los recursos de casación, á examinar si ha habido ó no infracción de ley ó doctrina legal ó quebrantamiento de forma esencial del juicio, en vista del procedimiento y sentencia del tribunal *a quo*, y no pudiéndose de consiguiente, admitir nuevos datos ni probanzas sobre la cuestión, objeto del litigio, porque esto seria convertir el recurso en una tercera instancia haciéndole perder su naturaleza y objeto, contra lo prescrito por la ley, y además si se decidiera con pruebas y datos que no se habian producido en el tribunal *a quo*, no podria referirse la sentencia de casación á infracción de ley cometida por la de este, quien si se le hubieran presentado aquellos datos y probanzas, podria haber fallado en otro sentido, la sustanciación de estos recursos en aquel Tribunal es sumamente sencilla y análoga á la que se sigue en las audiencias sobre apelación de sentencias interlocutorias.

1619. Asi, pues, llegados los autos al Tribunal Supremo, pasados á la

sala correspondiente, y *personado el que haya interpuesto el recurso, se pasarán al relator para que forme el apuntamiento*, ó bien para su continuacion, en el caso de que habiéndose apelado del auto de la audiencia en que no admitió el recurso, se hubiere formado ya aquel: art. 1038.

1620. *Mas, si no se hubiera personado el que haya interpuesto el recurso, transcurridos los treinta dias del emplazamiento, acusada que le sea una sola rebeldia por su contrario, se declarará desierto el recurso, condenando á aquel en las costas y devolviendo los autos á sus espensas al tribunal de que proceden:* art. 1039; para que mande proceder á la ejecucion de la sentencia como si no se hubiera interpuesto dicho recurso. Se condena en costas al recurrente que no comparece, porque es justo que pague los gastos acasionados quien recurrió sin la reflexion debida.

1621. *Además, en la providencia en que se declare desierto el recurso, se mandará devolver el depósito, si se hubiere constituido, despues de aplicada la parte que fuese necesaria al reintegro de la condena de costas:* artículo 1040. No se condena en este caso á la pérdida del depósito al recurrente como en el de declarar el Tribunal Supremo no haber lugar al recurso, segun previene el art. 1062, porque desistiendo en su principio, se supone que no tuvo temeridad marcada al interponerlo, ó bien que se arrepintió de ello, cuando por otra parte no habia ocasionado al contrario dispendios considerables. *Pero si no se acusare rebeldia, se continuará sustanciando el recurso en cualquier tiempo en que se presente el que lo interpuso:* artículo 1041, porque siendo un principio del procedimiento que mientras no insta la parte contraria, usando de su derecho, no debe procederse de oficio á la prosecucion del proceso, permanece, aun cuando el recurrente tarde á personarse, en el mismo estado que durante el término del emplazamiento. Este plazo solo se señala en beneficio del contrario, para que use, pasado que fuere, del derecho de acusar al recurrente la rebeldia con el fin de que se declare desierto el recurso, y si aquel es apático en usar de su derecho no puede quejarse de que la ejecutoria quede amenazada de impugnarse en casacion.

1622. *Por el contrario, si no se personare la parte que haya obtenido la ejecutoria transcurridos los mismos treinta dias, se estenderá la sustanciacion del recurso con los estrados del tribunal, y si se personare durante ella, se le tendrá por parte de allí adelante, sin que en ningun caso retroceda la sustanciacion:* art. 1042, puesto que se supone renunció á los beneficios de que pudo usar durante las actuaciones anteriores y que consintió en ellas. Como este litigante no promovió el recurso, y lo sigue á pesar suyo contra su voluntad, obligado por el contrario, no procede á acusarse la rebeldia si no se persona, porque en este caso no hace mas que renunciar á su derecho y beneficio, y antes favorece al recurrente, no oponiéndosele en el recurso, Mas si recurriere en casacion al mismo tiempo que el otro, segun suele ocurrir cuando no se conforma con la ejecutoria por creer que ha infringido tambien leyes que á él le favorecian, como en este caso tiene el carácter de recurrente, si no se personare en el término del emplazamiento, se le podrá

acusar la rebeldia por el contrario y procederse conforme á los arts. 1039 al 1041, haciendo del depósito que deberá asimismo haber consignado, la aplicacion que espresa el art. 1040. Si el que se considera vencedor en la ejecutoria, se adhiriere al recurso interpuesto por el vencido, deberá llenar las formalidades necesarias para la interposicion del recurso, y en su consecuencia, consignar el depósito, porque de lo contrario, podria buscar de esta manera la responsabilidad á que la ley sujeta al recurrente. Así se deduce de una sentencia dictada en un recurso de nulidad en 5 de junio de 1851.

1623. *En cualquiera estado del recurso puede separarse de él el que lo haya intentado, porque todos pueden renunciar al beneficio que la ley les concede. Para tenerlo por separado, será necesario que presente poder especial el procurador ó que el mismo interesado suscriba el escrito en que se separe, en el cual deberá ratificarse ante la sala, para evitar suplantaciones en la firma y el perjuicio consiguiente:* art. 1044. Se requiere poder especial en el procurador por esta separacion, á diferencia que para la interposicion del recurso porque el interesado puede destruir los efectos de esta última, separándose, mas no los de la separacion que pudiera verificar maliciosamente su procurador sin su anuencia, pues con ella le privaria irrevocablemente del derecho de continuar el recurso.

1624. Esta separacion produce diferentes efectos, segun el estado del procedimiento en que se verifica. *Cuando la separacion del recurso se hace antes de concluirse la sustanciacion, esto es, como se indica mas adelante, antes de mandarse traer los autos á la vista, se mandará á devolver el depósito, por la misma razon que ya hemos indicado, de considerarse que no se han causado aun graves perjuicios al contrario; mas si se verificase despues de haberse mandado traer los autos á la vista, se devolverá solo la mitad de él, dándose á la otra mitad la aplicacion ordinaria:* art. 1044, esto es, dándose la mitad de este ó cuarta parte de la cantidad depositada, al que hubiese sostenido la ejecutoria, como indemnizacion de perjuicios, pues ya son atendibles por lo avanzado del procedimiento en que se hizo la separacion, y conservándose en el Banco la otra mitad ó cuarta parte del depósito para el pago de costas cuando se desestima el recurso que interpone el ministerio fiscal, segun previenen los arts. 1063 y 1098.

1625. *Formado que sea el apuntamiento por los relatores, por el orden de fechas con que han recibido los autos, se entregará con los autos por su orden á las partes, esto es, primero al recurrente y despues al contrario, para que se instruyan sus respectivos letrados, por término de veinte dias á cada una:* art. 1046. *Este término podrá prorogarse por diez dias mas, á petición de cualquiera de las partes, si el tribunal encontrase ju ta causa para ello:* art. 1047, segun la dificultad de la cuestion y la gravedad de los motivos que han podido impedir al letrado instruirse de ellos en aquel plazo.

1626. *Al devolver los autos las mismas partes manifestarán bajo la firma de su letrado y procurador su conformidad con el apuntamiento ó las*

omisiones ó inexactitudes que á su juicio puedan haberse en el cometido, para que se subsanen ó rectifiquen: art. 1048.

1627. *Tambien podrá al devolver los autos el que haya interpuesto el recurso por ser la sentencia contra ley ó doctrina legal, citar otras distintas de las que designase como infringidas al interponerlo. Despues ni por escrito ni de palabra podrá alegar la infraccion de ningunas otras:* artículo 1049. Esta facultad se funda en la conveniencia de que pueda el recurrente con el detenido estudio de la sentencia, ó consultando á distinguidos jurisconsultos, ó por el dictámen de su letrado en la corte, fijar con mas acierto las causas que cree mas conducentes para demostrar la nulidad de la sentencia. Además, estas nuevas citas no hacen innovacion alguna en los autos que se remitieron por el tribunal *a quo*, y á los cuales se ha de atener el Supremo para decidir el recurso, segun ya hemos espuesto, ni tampoco impiden ni restringen la impugnacion del contrario, puesto que puede hacerla en el día de la vista y tiene para meditarla desde que se entregan los autos con el apuntamiento para instruccion de su letrado despues que los tuvo el recurrente, y en su consecuencia con las nuevas citas de leyes ó doctrinas. Por eso la ley prohíbe que pueda este hacerlas despues. « Lo que debe evitarse, dice el señor Laserna en sus Motivos de la Ley, es la sorpresa que en el acto solemne de la vista podria hacerse al que obtuvo la ejecutoria, y esto se consigue, no permitiéndole alegar despues lo que no haya dicho al tiempo de devolver los autos, lo que el contrario no haya podido ver, estudiar y meditar con toda detencion. Asi hay siempre entre los contendientes la igualdad que es una de las condiciones mas apetecibles en los juicios.

1628. Mas esta facultad no se permite en los recursos en la forma, pues segun se previene en el párrafo tercero de dicho art. 1049, *en los recursos que se funden en las causas que espresa el art. 1015, no podrá hacerse variacion de ninguna clase*, esto es, en los recursos sobre quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Apóyase esta diferencia, en que consistiendo estas causas en hechos poco numerosos, que están determinados en la ley, que no es fácil confundir ni aplicar equivocadamente y que han debido quedar fijados precisamente al reclamar que se subsane su falta en primera ó segunda instancia, se presume que no dejaron de citarse al interponer el recurso por falta de exámen sino porque se renunció á alegarlos.

1629. *Conformes las partes en el apuntamiento, ó hechas en él las rectificaciones que la sala haya mandado de las pedidas por ellas, despues de oido el informe del ponente, con arreglo al art. 37, se traerán los autos á la vista con citacion:* art. 1050. La vista de estos recursos, es decir, de los de esta naturaleza que estuvieren pendientes, *tendrá lugar por el orden riguroso de las fechas*, art. 1051. *Si por cualquiera causa no pudiese verificarse la vista en el dia designado, volverá á señalarse otro á la mayor brevedad, evitándose en lo posible alterar el orden establecido:* art. 1052.

1630. *Ni en las vistas, ni antes ni despues de ellas, puede admitirse en el Tribunal Supremo ningun documento que las partes presentaren:* artícu-

lo 105; disposicion que se funda en que debiendo, segun ya hemos indicado, el Tribunal Supremo conocer tan solo de si se ha quebrantado por el tribunal *a quo* la ley, doctrina ó forma esencial del procedimiento, y no de si el fallo es ó no justo, debe atenderse únicamente á lo que obra en los autos sobre que recayó la ejecutoria y que pudo influir en ella; pues no seria justo decir, que habia el juez de primera instancia ó la audiencia, verificado aquellas infracciones con documentos ó datos que no habian podido tener en cuenta por no haberse producido en primera ni en segunda instancia. Aunque esta disposicion solo se refiere espresamente á documentos, debe entenderse tambien aplicable á las demás clase de pruebas, inclusa la de confesion, por militar, respecto de ellas, iguales razones.

1631. *Para la vista de los recursos, deberán concurrir siete ministros, de los cuales uno será el ponente, número igual al requerido en el art. 15 del decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad y que no es fácil aumentar mientras no se compongan las salas de mas ministros que los que las forman en el dia. La ley ha atendido mas que al número, á la superior ilustracion y grande esperiencia y práctica que supone concurrir en los magistrados de este elevado tribunal, respecto de los del tribunal *a quo*:* art. 1054. *Si faltaren uno ó mas ministros en cualquiera de las dos salas primera ó segunda, que segun ya hemos dicho y se consigna en el art. 1015, deben conocer de estos recursos, la primera de los que se funden en el fondo, y la segunda de los que en la forma, se completará el número con los de las otras, por riguroso turno que principiará por los mas antiguos:* art. 1056. *Y si faltare el presidente de cualquiera sala, loemplazará el del tribunal ó los de las otras salas por turno en igual forma:* art. 1056. La ley en estas disposiciones ha atendido al turno riguroso por no establecer preferencias que redundan en desdoro de los demás magistrados, y ha supuesto á todos los de este alto cuerpo, iguales en ciencia y celo para dictar los fallos con toda equidad y justicia.

1632. *Concluida la vista, se pronunciará sentencia dentro de los veinte dias siguientes, al en que aquella hubiera terminado,* art. 1057. *La sentencia deberá ser fundada, estableciéndose con la separacion debida los hechos y las cuestiones de derecho que se resuelvan en sus respectivos resultandos y considerando, como se previene en el art. 555, acerca de las sentencias de los juicios ordinarios; y despues de ellos, comprenderá la declaracion correspondiente y arreglada á las diversas alternativas que abraza, de haber ó no lugar al recurso y de haberse fundado este en infraccion de ley ó doctrina, ó en quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, conforme vamos á esponer.*

1633. *Si el Tribunal Supremo juzgare que la ejecutoria no es contra ley ni doctrina legal, de lo cual corresponde entender á la sala primera, segun el art. 1015 ó que no se ha cometido la falta sobre el procedimiento en que se haya fundado el recurso, ó que no es de las que pueden motivarlo, con arreglo á derecho, esto es, á los arts. 1015 y 1019 y 1020, lo cual compete á la sala segunda, segun dicho, art. 1015, declarará no haber lugar*



á él, condenando en las costas y pérdida del depósito al que lo hubiere interpuesto en los casos en que se haya constituido [dicho depósito: art. 1062, pues se presume que fue litigante temerario el que contra la opinión y fallo de los magistrados de una audiencia, pretendió haber cometido una infracción legal. La mitad de la cantidad depositada, á cuya pérdida se condenase, al que haya interpuesto el recurso; se entregará al que hubiere sostenido la ejecutoria, como indemnización de perjuicios y de las vejaciones que se le han causado con aquel recurso temerario, y que no pueden ya apreciarse en el fallo del tribunal *a quo*, puesto que ya se pronunció y que ha sido confirmado por el Supremo, conservándose la otra mitad en el Banco ó caja de depósito en que se hubiese consignado, para los efectos que expresa el art. 1098, esto es, para pagar, cuando se desestimase el recurso ó apelación que interpone el ministerio fiscal, según diremos más adelante, las costas causadas á la otra parte.

1654. Si el Tribunal Supremo, esto es, su sala primera, estimare que la ejecutoria es contra ley ó doctrina admitida como jurisprudencia por los tribunales, que se hayan citado oportunamente ó la sala segunda, que se ha cometido una ó más de las faltas expresadas en el art. 1013, sobre quebrantamiento de formas esenciales del juicio, declarará haber lugar al recurso, casando y anulando la ejecutoria, y mandando devolver el depósito constituido antes de la remesa de los autos, si este hubiere tenido lugar: art. 1059. No se condena en este caso al que obtuvo la ejecutoria á la pérdida del depósito ni al pago de las costas, porque se supone en él buena fe y falta de temeridad puesto que sostuvo una opinión apoyada por el fallo del tribunal *a quo*.

1855. Pero en este caso de anularse la sentencia de dicho tribunal, bien sea por infracción en el fondo ó en la forma, es preciso pronunciar otro fallo que decida la cuestión objeto del litigio. Acerca del tribunal y sala que debe pronunciar esta nueva sentencia sobre el fondo del pleito, cuando la anterior se anuló por ser contraria á la ley ó doctrina legal, es una cuestión gravísima en que se hallan discordes los autores y las disposiciones legislativas sobre los diferentes recursos extraordinarios de esta naturaleza.

1856. Algunos, atendiendo á que el objeto y base fundamental del recurso de casación es evitar la infracción de las leyes, ó doctrinas legales y velar por su verdadera, general y uniforme aplicación, debiendo en su consecuencia limitarse á declarar si se ha cometido ó no esta infracción, y no reconociendo la ley la tercera instancia, sientan que hecha esta declaración, ha terminado la competencia del tribunal en todo caso, y que los tribunales sustituidos para fallar sobre la cuestión que motivó el litigio, son los que pueden y deben decidir acerca de ella para enmendar ó salvar la infracción de la ley que declaró existir aquel tribunal. Y esta fue la doctrina adoptada por el decreto de 4 de noviembre de 1838, en cuyos arts. 18 y 21 se dispuso, que cuando el Tribunal Supremo declarase haber lugar al recurso por ser el fallo contrario á la ley, devolviera los autos al tribunal *a quo* para que sobre el fondo de la cuestión determinara en última instancia lo que estimare

justo por siete ministros que no hubieran intervenido en los anteriores fallos y que entre el fallo del tribunal *a quo* ó del inmediato, en procesos devueltos ó remetidos, por consecuencia de la declaración de nulidad, no hubiera lugar á recurso alguno, salvo el de responsabilidad contra los ministros que lo dictaren, pero debiendo, aunque estos incurrieren en ella, ser siempre firme su determinación y tener fuerza de cosa juzgada entre los litigantes. Mas este sistema ofrece el inconveniente de afectar en cierto modo á la libertad del tribunal *a quo* ó de que pudiera tacharse su fallo de adolecer de este vicio, si lo dictaba en el sentido de la declaración hecha por el Tribunal Supremo, puesto que podía dejarse influir de su autoridad y ciencia ó del temor de que le exigiera la responsabilidad correspondiente, y si por el contrario, fallaba en sentido inverso, se relajaba el respeto y subordinación de la gerarquía judicial, y se amenguaba el prestigio de aquel elevado cuerpo, haciendo ilusoria su declaración, por quedar en pie siempre aquel fallo.

Para evitar este inconveniente, se ha establecido en Francia, que si el tribunal *a quo* reproduce su primer fallo, pueda interponere nuevamente recurso de casación contra él, decidiéndolo el Tribunal Supremo en pleno, y si anulare la sentencia, se remitirán los autos al tribunal *a quo* para resolver de nuevo sobre el fondo, pero teniendo que sujetarse al fallo de aquel sobre el punto de derecho. Mas este procedimiento ocasiona considerables gastos y origina dilaciones perjudiciales, además de que en él viene á reconocerse en cierto modo la competencia del Tribunal Supremo para conocer del fondo del negocio en este caso, puesto que si bien no pronuncia él mismo el fallo, prescribe al tribunal *a quo* el sentido en que debe dictarlo.

1657. Los autores y legislaciones que adoptan el sistema de que falle sobre el fondo el mismo tribunal que decidió el recurso de casación, se hallan divididos, sobre si debe entender la misma sala ú otra distinta, y en el primer caso, si deberá fallar en el acto de declarar el recurso, ó en otro distinto y con nueva vista. La instrucción de 50 de octubre de 1853 y el real decreto de 20 de junio de 1852, sobre jurisdicción de hacienda, adoptaron el sistema de entender otra sala distinta, y compuesta de mayor número de magistrados; pero este sistema ofrece el inconveniente de que si ambas salas deciden en igual sentido, se aumentan innecesariamente los gastos, y si la sala que conoce sobre el fondo decide el negocio en sentido contrario al interpretado, por la que conoció de la declaración de nulidad, infunde desconfianza sobre el acierto del tribunal, y relaja y desvirtua en cierto modo la fuerza y autoridad de la jurisprudencia que establece, destruyendo además su uniformidad, que es uno de los objetos principales de estos recursos.

1658. El real decreto de 25 de enero de 1853, admitió en el art. 214 el sistema de que la misma sala que decidió el recurso llamara de nuevo los autos á la vista para fallar sobre la cuestión conforme á los méritos del proceso, pero este sistema origina los gastos y dilaciones consiguientes á una nueva vista y á un nuevo fallo, que son innecesarios. Ni aun existe á su

favor la observacion que hacen algunos de que de esta suerte podrán tanto el relator como los abogados de las partes, estenderse mayormente en el apuntamiento y en sus informes á todos los hechos y razones que se refieren al fondo, cuando si se conociera de este en el mismo acto y vista de declararse la nulidad, tendrian que concretarse á lo relativo á la ley ó doctrina infringidas. Esta observacion la creemos fuera de su lugar y contraria á la indole de la casacion, cuando se refiere á infraccion de ley ó doctrina, puesto que entonces como no adolece de vicio alguno el procedimiento, y solo hay que verificar la reforma respecto del fallo, debe dictarse este conforme á los méritos del proceso que sirvió para pronunciar la sentencia primera declarada nula por ser contraria á la ley ó doctrina, segun prudentemente advirtió el real decreto de 23 de enero citado: pues si se diera lugar á nuevas alegaciones sobre el fondo, vendria á autorizarse una nueva instancia, ya que no en el fallo, en una parte tan esencial como es la instruccion y que tanto influye sobre este. Aquella observacion podria ser útil y estar en su lugar refiriéndose á la nueva sentencia que hay que dictar cuando se anula la pronunciada primeramente con quebrantamiento de las ormas esencialmente del juicio, porque entonces há lugar á instruir de nuevo el proceso ó á formar nuevamente los autos, desde la diligencia ú omision que originó la nulidad, y en su consecuencia, á nuevas alegaciones y aun probanzas, si aquella se causó antes de la prueba; pero este no es el caso de que aqui se trata, ni ha ofrecido dudas para su resolucion, segun espondremos mas adelante.

1639. Asi, pues, los autores de la nueva ley de Enjuiciamiento ilustrados con los resultados de la experiencia y el exámen de estos diversos sistemas han conciliado del mejor modo posible las ventajas de todos ellos, evitando sus inconvenientes y han adoptado, á semejanza la ley de Enjuiciamiento mercantil en los recursos de injusticia notoria, y de los antiguos recursos de este nombre que decidia el Consejo de Castilla, que la misma sala del Tribunal Supremo que declara la casacion, resuelva sobre el fondo del negocio. Para ello establecen en su art. 1060, que *si el recurso se hubiese fundado en infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, dictara el tribunal*, esto es, la sala primera que es la que conoce de esta clase de recursos segun el art. 1013 a CONTINUACION de la sentencia en que declaró la nulidad de la del tribunal *a quo*, PERO SEPARADAMENTE, sobre la cuestion objeto del pleito, la sentencia que crea conforme á los méritos de los autos y á lo que exigieren la ley ó doctrina quebrantadas en la ejecutoria. Requiere la ley que se dicten con separacion estas dos sentencias porque la que declara la nulidad, esto es, si la ley ó doctrina citadas han sido infringidas, tiene por objeto un interés público, el de uniformar la jurisprudencia y hacer la recta aplicacion de las leyes, y debe publicarse para que llegue á noticia de todos, puesto que se hallan interesados en conocer este fallo, como que es una especie de interpretacion práctica y auténtica de la ley, que puede servirles de guia para apreciar debidamente sus derecho, y sujetar á él su reclamacion en juicio; lo cual no milita respecto de la otra senten-

cia sobre el fondo del pleito ó que aplica la ley ó doctrina infringidas á la cuestion litigiosa, puesto que afecta únicamente intereses privados que constituyen tan solo ley entre estos. Y por eso se dispone en el art. 1064, que *la primera sentencia que se pronuncie en los recursos fundados en ley ó en doctrina admitida por la jurisprudencia*, esto es, la que decide sobre haber lugar á la nulidad, mas no la segunda sentencia que es la que se refiere á la cuestion litigiosa, *se publicará en la Gaceta de Madrid é insertará en la Coleccion legislativa*, de oficio y sin obligar á los litigantes á satisfacer cantidad alguna por su insercion, pues esta tiene solo una mira de interés público.

1640. Cuando se declara haber lugar al recurso por infraccion en la forma, no existen dificultades sobre el tribunal que debe dictar la nueva sentencia, porque el Supremo no ha examinado ni declarado sobre si hubo infraccion alguna de ley ó de doctrina en el fallo, ni indicado en su consecuencia el sentido en que debe pronunciarse el nuevo, puesto que se limitó al exámen y declaracion de si se hallaba viciado de nulidad el procedimiento, por alguna falta ú omision sustancial, y al hacer esta subsanacion el tribunal *a quo* no puede contradecir ni oponerse á lo declarado por aquel, porque necesariamente tiene que subsanar el vicio. Asi, pues, segun el articulo 1061 de la ley, *si el recurso se hubiese fundado en alguna de las causas espresadas en el art. 1013, el tribunal mandará en el mismo fallo en que anule la ejecutoria, devolver los autos al tribunal de que procedan para que, reponiéndolos al estado que tuvieron cuando se cometió la falta que haya dado motivo á la casacion, los sustancie y determine*, si tuvo lugar en segunda instancia, ó haga sustanciar ó determinar con arreglo á derecho, si tuvo lugar en primera, por el juez inferior competente. El art. 19 del real decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad prevenia, que en este caso se sustanciara el proceso por ministros diferentes de los que tomaron parte en los fallos anteriores: el decreto de 23 de febrero de 1855 sobre recurso de casacion en negocios de Ultramar, adoptó esta disposicion, pero limitándola á solo la mayor parte de los ministros: la ley de Enjuiciamiento la ha omitido absolutamente, tal vez, porque no es de presumir prevencion alguna por parte de magistrados proyectos, contra quien fundó el recurso en nulidades de tramitacion, y no en la sentencia misma que pronunciaron. Como este fallo afecta tambien al interés público, puesto que tiene por objeto uniformar la jurisprudencia, *deberá publicarse en la Gaceta Oficial de Madrid é insertarse en la Coleccion legislativa*; art. 1064. Para dictar esta nueva sentencia podrá admitirse á las partes todas las alegaciones, datos y probanzas que puedan tener lugar conforme á las leyes de procedimiento, en el que reste practicar desde el en que se cometió la falta ú omision que dió lugar al recurso, por las razones que ya hemos espuesto.

1641. Puede ocurrir tambien, que el recurrente funde su recurso en haberse infringido diferentes leyes ó doctrinas legales ó cometidose varias de las faltas ú omisiones en el procedimiento consignadas en el art. 1013, ó

aquellas y estas á un mismo tiempo, y que no exista infraccion respecto de unas leyes y sí de otras, ó no haya infraccion de ley y sí falta en el procedimiento. En el primer caso, el Tribunal Supremo declarará *no haber lugar al recurso* respecto á las leyes citadas que no considere infringidas, y *haber lugar á él* por ser contraria la sentencia á otra ú otras (que se espresarán) de las leyes cuya infraccion se alegó, y á continuacion, pero separadamente, dictará sentencia sobre la cuestion objeto del litigio con arreglo á las leyes que juzgue le son aplicables. Asi se ha decidido por sentencia de 12 de octubre de 1839. Por identidad de razon, cuando se recurra citando infraccion en el fondo y en la forma, y el tribunal juzgase que no existe aquella, pero sí esta, declarará *no haber lugar al recurso* por no haberse infringido tal ley ó tales leyes citadas, y *haber lugar á él*, por haberse cometido en el procedimiento tal falta ú omision, y en el mismo fallo en que anule la ejecutoria, mandará devolver los autos al tribunal de que procedan, para que los reponga al estado que tenian cuando se cometió la falta y los sustancie ó haga sustanciar conforme á derecho. Asi se deduce del espíritu de la sentencia de 12 de octubre citada.

1642. Mas, al conocer el Tribunal Supremo de Justicia de los recursos de casacion, ¿tendrá que circunscribirse *siempre y en todo caso* á hacer en su sentencia las declaraciones de haber ó no lugar al recurso, ateniéndose exclusivamente á si existen las infracciones de ley ó doctrina legal ó el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, citadas ó alegadas por el recurrente, de manera que no pueda por sí y de oficio atenerse á las infracciones que resultaren de los mismos autos, adoptando la declaracion que juzgare conveniente, para evitar que se vicie la jurisprudencia y procurar que sea uniforme? Para resolver esta dificultad debe distinguirse, si las infracciones mencionadas afectan al orden público en la administracion de justicia, de una manera esencial, ó si pertenecen solamente á la clase á que se refieren los arts. 1012 y 1013 de la ley. Respecto de las infracciones que afectan al orden público, como por ejemplo, las que consistan en incompetencia de jurisdiccion por razon de la materia, esto es, en haber conocido el tribunal *a quo* de un asunto de naturaleza puramente militar ó eclesiástica, el Tribunal Supremo podrá hacerse cargo de esta clase de infracciones por sí y de oficio, con tal que resulten de los autos, y deberá arreglar á ellas su fallo, declarando *no haber lugar á decidir el recurso*, puesto que en rigor no existió verdadero juicio ni verdadera sentencia, por falta de juez para celebrarlo y dictar el fallo. Asi lo persuaden los principios sobre el procedimiento, que permiten al juez suplir de oficio los defectos que afectan á la causa ó interés público. «El Tribunal Supremo, dice Dalloz en su Repertorio de Legislacion, art. *Casacion*, cap. 48, § 1, núm. 1825, puede tener en cuenta nuevas causas de casacion cuando afectan al orden público, con tal que resulten de la naturaleza del debate ó de los vicios del proceso que tiene á la vista. Como estos motivos puedan suplirse de oficio por el juez, se considera que siempre se hallan sometidos á su apreciacion, sin que pueda ser causa para no tenerlos en cuenta la circunstancia de

no haberse alegado por las partes, como sucede respecto de los motivos que solo afectan el interés privado de las mismas, y despues de aducir por ejemplo, en el núm. 1830, la incompetencia por razon de materia, dice que el tribunal puede *suplirla de oficio*, segun lo prueba la sentencia del tribunal de casacion de 12 de junio de 1812, cuando resulta de los autos, mas no entregándose el tribunal á una especie de pesquisa para su averiguacion. Pero el Tribunal Supremo no está obligado ni puede apreciar por sí, interponiendo su noble oficio las infracciones á que se refieren los artículos 1012 y 1013 de la ley, porque á pesar del vicio ó defecto que infieren en el procedimiento y en el fallo, este vicio no entraña una nulidad que por sí misma haga perder al juicio y á la sentencia su carácter de tales (pues para que en todo rigor haya juicio basta que concurren á él partes legítimas y que se dicte sentencia sobre la cuestion controvertida por juez competente, esto es, con jurisdiccion para conocer de aquella *materia*, ó lo que es lo mismo, con autoridad y ciencia) sino que es necesario que reclamen debidamente las partes contra aquellas infracciones ó vicios para que se declare nulo el juicio ó sentencia, suponiéndose, de no hacerse esta reclamacion, que los litigantes consintieron en ellas ó que, si lo hicieron indebidamente no espresando las infracciones cometidas, no tienen derecho para que se supla su falta por el tribunal, de oficio, porque este no puede favorecer con su autoridad y ciencia á ninguna de las partes supliendo sus medios de defensa, sino solo al apreciar los que emplearon, al dictar el fallo, con arreglo á ellos. Sin embargo, como estas infracciones de ley ó de doctrina legal afectan en cierto modo al interés público, en cuanto no sea respetada la recta aplicacion de las leyes, y se quebranta la jurisprudencia introduciéndose en los tribunales precedentes que pueden originar funestas consecuencias en lo sucesivo, la ley tratando de conciliar el que no se infiera lesion alguna á tan sagrados objetos y que recobren todo su imperio las leyes infringidas, con que se respete tambien la voluntad de los litigantes y la igualdad que debe dejarles en lo relativo á la defensa de sus derechos la autoridad judicial, no haciendo por sí declaracion alguna á que ellos no dieron lugar con sus alegaciones y demandas, ha conferido, segun espondremos mas adelante, al ministerio fiscal la facultad de reclamar contra las ejecutorias que creyese contrarias á la ley ó doctrina legal, mas para el solo efecto de uniformar la jurisprudencia, y despues de adquirir la ejecutoria la autoridad de cosa juzgada y de producir en cuanto á las partes todos sus efectos. Este modo de conciliar el interés de los litigantes y el de la causa pública, haciendo que produzca efecto la ejecutoria respecto de aquellos, y no para constituir jurisprudencia, no podria verificarse si fuese el Tribunal Supremo quien apreciara por sí aquellas infracciones al mismo tiempo que conocia de las reclamaciones de las partes, porque no habiendo dictado aun su fallo sobre la ejecutoria ni adquirido esta autoridad de cosa juzgada, la decision que dictara sobre ella, influiria necesariamente en los derechos de los litigantes. Véase lo que esponemos al tratar del recurso que puede interponer el fiscal.

1643. Mas, ¿cómo deberá proceder el Tribunal Supremo cuando el tribunal á quo, fundándose en la oscuridad, insuficiencia ó falta de ley, ó de doctrina legal, hubiere dictado ejecutoria, guiándose mas ó menos exactamente por razones de analogía, de equidad y demás reglas y medios legales para la interpretación de las leyes? ¿Podrá declararse haber lugar al recurso fundado en ser la sentencia contraria á la ley por haberse interpretado esta mas ó menos inexactamente? Para resolver esta cuestion con mas claridad, es necesario reseñar las principales y diversas disposiciones legales y doctrinas sobre las facultades de los jueces en la interpretación y aplicacion de las leyes.

Las principales leyes que restringen las facultades de los jueces en la interpretación y aplicacion de las leyes son; la ley 14, tit. 1, Part. 1, que atribuye al legislador la interpretación y declaracion de las leyes oscuras; la 11, tit. 22, Part. 3, que previene á los jueces cuando dudaren «en qué manera deben dar su juicio» «en razon de las pruebas e de los derechos que á mas las partes mostraron,» deben consultar á juriscultos, y si no saliesen de sus dudas por este medio, deben remitir el pleito al rey para su resolución; la ley 3, tit. 2, lib. 3 de la Nov. Recop., segun la cual, cuando ocurriese alguna duda en la interpretación y declaracion de las leyes debe recurrirse al legislador, y los arts. 86 y 90 del reglamento provisional para la administracion de justicia que previenen que cuando á las audiencias les ocurriese alguna duda de ley ó de alguna otra cosa que esponder relativa á la legislacion, acordarán sobre ello en tribunal pleno, despues de oír al fiscal ó fiscales, y con insercion del dictámen de estos y de los votos particulares, si los hubiese, consultarán á S. M. por medio del Tribunal Supremo, el cual dirigirá á S. M. con su dictámen estas consultas, y hará tambien por sí mismo y en la propia forma las que considere necesarias en igual caso para la mejor administracion de justicia.

Mas contra estas leyes se alega por los que opinan que el juez tiene amplia facultad en la interpretación de las leyes para proceder á su aplicacion, que en ellas se trata solamente de la interpretación que por via de autoridad hace el legislador en general, y en aquellos casos en que por la oscuridad absoluta de la ley no se puede deducir una interpretación equitativa por medio de la interpretación usual ó de costumbre ó por la judicial ó de doctrina. Véase á Gregorio Lopez en la ley 14 de Partida citada y á don Sancho Llamas, quien en su comentario á la ley 1 de Toro, dice: «Esta limitacion de interpretar las leyes debe entenderse en el concepto de que á nadie le sea permitido apartarse de la mente de la ley, pues en otro sentido no cabe duda que así al juez como al jurisculto les está permitido interpretar las leyes por medio de la interpretación doctrinal, pero no legal y canónica, segun lo da á entender Antonio Perez en su comentario al tit. 14 del Código, de legibus, núm. 48. En favor de esta doctrina existen, la ley 3, tit. 2, Part. 1, que establece, que en defecto de la ley, ó en caso de que esta sea oscura, recurra el juez á la costumbre legitima que sobre aquella materia existiese; la ley 2, tit. 22, Part. 3, que disponiendo en su

final que ningun juez non debe hacer esto (el recurrir al soberano) *por escusarse de trabajo*, nin por alongamiento de pleito, nin por miedo, nin por amor ó desamor que haya á ninguna de las partes si non porque non sabe escoger el derecho tan bien como debía e queria ca si de otra quiso le ficiese, debe por ende recibir pena, segun entendiese el rey que la meresco, parece que prescribe al juez que recurra á la interpretación por via de doctrina, la regla 36, tit. 34, Part. 7 que recomienda al juez la interpretación por analogía, cuya disposicion dice así: Non se pueden hacer las leyes sino sobre las cosas que suelen acaescer á menudo, e por ende non ovieron los antiguos cuidado de las hacer sobre las cosas que ocurrieron pocas veces, porque tovieron *que se podria juzgar por otro caso de ley semejante, que se fallase escrito*; la nota 2, tit. 2, lib. 3 de la Nov. Recop., que permite á los jueces recurrir para la aplicacion de las leyes á la doctrina de los autores de reconocida autoridad que interpretaron sus disposiciones, y el art. 226 de la Constitucion de 1812, que establece que los tribunales no pueden suspender la ejecucion de las leyes.

Además, la variacion operada últimamente en el régimen de gobierno, la nueva independencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y las reformas verificadas en la gerarquía y atribuciones de los tribunales, han venido á apoyar estas doctrinas y la opinion de los que sostienen que los jueces y tribunales no pueden escusarse ni abstenerse de juzgar á pretesto del silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley.

El señor Escriche, en su Diccionario de legislacion, artículo *Ley*, se expresa en los siguientes términos, sobre las consecuencias de seguirse la opinion contraria. «La administracion de justicia quedaria embarazada á cada paso y los interesados habrian de estar largos años sin obtener la declaracion de sus derechos; el gobierno se veria abrumado con el peso de una multitud inmensa de cuestiones particulares y el poder legislativo, que no puede dar sino disposiciones generales y uniformes para lo sucesivo, ó bien tendria que expedir nuevas leyes para que con arreglo á ellas se decidiesen los casos ya pasados, ó bien habria de descender á tomar conocimiento de cada negocio aislado, invadiendo de este modo las atribuciones judiciales. Obligados están, pues, los jueces y tribunales, cualesquiera que sean las dudas y dificultades que se les presenten, á seguir y fallar los pleitos y las causas, recurriendo á las reglas de buena interpretación, y solo en abstracto y en general, sin contraerse á negocios pendientes entre partes, podrán hacer consultas, esponiendo la necesidad de aclarar ciertas leyes que les parezcan ambiguas ó de dar otras nuevas que completen las ya existentes en la forma que quieren los arts. 86 y 90 del reglamento para la administracion de justicia. . . . Si se consultan (al rey) casos que no pueden resolver los tribunales por estar enteramente muda sobre ellos la ley ó presentar ambigüedades difíciles de aclarar, ó ser esta tan incompleta que no los abrace (y seguramente habrán de ser todos ó casi todos de esta clase, como es fácil conocer por el hecho de la necesidad de hacer la consulta) entonces habrá de pasarlos á las Cortes para que hagan una nueva ley ó

interpreten y declaren la antigua ó la suplan y hagantan completa y redonda como se necesita. ¿Y habrá de estar entre tanto, quizá durante el transcurso de muchos años, detenido y paralizado el pleito? ¿Y podrá la prepotencia ó intriga de una de las partes burlar así, ó eludir ó dilatar la declaración de los derechos de la otra? Antiguamente, como que el rey reunía en su persona la soberanía plena, podían los tribunales obtener la respuesta en breve tiempo; pero ahora tal vez desaparecerían primero las partes interesadas, y dado que se obtuviese la declaración ó ley que se solicitaba, ¿había de decidirse por ella un negocio ya pasado, contra el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo? Esto equivaldría á descender el poder legislativo á tomar conocimiento de los asuntos que ofrecen dificultad, y á juzgarlos según su arbitrio, invadiendo de este modo las atribuciones judiciales y haciendo las veces de un gran jurado.

Otro profundo juriconsulto y magistrado, el señor don Nicolás María Garelly, en su discurso de apertura del Tribunal Supremo de Justicia, pronunciado el 2 de enero de 1847, fijaba y resolvía esta cuestión con las siguientes palabras. «Incumbe al magistrado, como natural intérprete de la ley, ya suplir lo que esta omitió, ya modificar su testual severidad, con presencia de la variedad de circunstancias, de tiempos, lugares y personas que no pudo ó no alcanzó á prever el legislador. La justicia es compañera inseparable de la equidad, y el magistrado que hiciese alarde de un puritanismo legal, en vez de entendido y recto, merecería mas bien los dictados de injusto é insensato. Pero el ejercicio de esta gran potestad discrecional es sumamente aventurado, porque su menor ensanche conduce á la caprichosa arbitrariedad y fuera por demás dictar leyes si hubiese de desaparecer su firmeza al tiempo de aplicarlas, según la justa observación de Quintiliano. Para evitar escollo tan peligroso, preciso es atenernos á dos reglas. Si se trata de *suplir*, el camino seguro son *las analogías*, máxima consignada en nuestros códigos. Cuando sea indispensable *modificar*, debe servirnos de norte la *equidad evidente*. Todavía si la letra y el espíritu de la ley no dan lugar á una interpretación racional, el deber del magistrado es aplicarla ó consultar al legislador, si la aplicación ofrece *graves inconvenientes* en sentir suyo. Y este es también el camino seguro cuando la ley ofrece tal oscuridad que no puede formarse un juicio cabal acerca de su mente.

Sin embargo, en este estado de la cuestión sobre los límites á que debe circunscribirse la interpretación judicial, se ha publicado el Código penal, en cuyo art. 272 se consigna, que el juez que maliciosamente se negase á juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión. Los señores Ortiz de Zuñiga y Castro y Orozco, explican esta disposición diciendo: «Este artículo es un apremio aplicado á jueces egoístas, melancólicos ó irresolutos: solo en el caso de dictar sentencia manifiestamente injusta, es cuando tienen responsabilidad como tales juzgadores según el Código, y por ello una vez que hayan estudiado bien la ley y estén ciertos de que no van directamente contra sus dis-

posiciones, no hay por qué tener escrúpulos que cederán siempre en perjuicio de la justicia ó de un tercero. Donde la ley calle, sea oscura ó insuficiente, ya saben el partido que deben adoptar en buenos principios de jurisprudencia. Si se trata de causa criminal, la interpretación debe ser favorable al reo. En los negocios civiles también hay reglas que pueden consultar para la mayor seguridad de su conciencia. En los casos de duda y en todos los omitidos por la ley, jamás incurren en responsabilidad adoptando el partido que les parezca mejor en su conciencia.» Juzgamos sin embargo algún tanto extensiva esta interpretación, porque suponiendo el adverbio maliciosamente en el juez que se niega á juzgar intención de causar perjuicio ó favorecer á alguna de las partes ó á un tercero, ó de evitarse el trabajo de juzgar, según dice la ley de Partida, no se deduce que deba entenderse que incurre el juez en la pena prescrita en el art. 272, mientras no exista esta intención ó malicia, cuando alegue fundadamente oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley, y falta de analogía, de costumbre y demás medios que guían á la recta aplicación de las leyes. Los señores don Tomás María Vizmanos y don Cirilo Álvarez Martínez explican dicho artículo de esta suerte: «Es un principio de derecho que el juez que se niega á juzgar á pretexto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley, se hace culpable de denegación de justicia. Ninguna de estas circunstancias es fundamento bastante para suspender la decisión de un negocio civil ó criminal. En el silencio de la legislación está la jurisprudencia, están los principios de derecho, están el sentido común y la razón de analogía. Pues si el simple hecho de negarse á juzgar se condena en las legislaciones modernas como un hecho punible, ¿con cuánta mas razón sucederá así cuando el juez que tal haga proceda maliciosamente á sabiendas de que no hay en la ley oscuridad ni insuficiencia?»

Aplicando las doctrinas espuestas á la cuestión que hemos propuesto sobre el modo de proceder el Tribunal Supremo en los recursos de casación en el caso referido, opinamos, que siempre que el tribunal *a quo*, por aparecer realmente oscura ó insuficiente la ley sobre la cuestión litigiosa, ó por no existir la ley espresa y aplicable directamente á ella, dictara la ejecutoria fundada en el espíritu de las disposiciones legales que tratan directamente de la materia, ó en otras análogas, ó en la costumbre legítima, ó en los demás medios que auxilian la interpretación judicial, el Tribunal Supremo deberá declarar no haber lugar al recurso, aun cuando los litigantes pretendiesen que hubo infracción de ley, puesto que el juez al resolver la cuestión litigiosa de esta suerte, no hizo mas que atenerse á las prescripciones legales sobre la interpretación y aplicación de las leyes. Mas si el tribunal *a quo* á pretexto de insuficiencia, oscuridad ó falta de ley, dictara la ejecutoria contraria á los principios legales, ó á la equidad y justicia, deberá declarar el Tribunal Supremo que ha lugar al recurso anulando la sentencia. Esta doctrina puede apoyarse en la sentencia de 28 de junio de 1860 que declaró haber lugar al recurso por atribuirse á la ley lo que no dice, ó por suponerla disposiciones que no contiene. Esta declaración deberá dictarse aun

cuando los litigantes no hubieran citado la ley infringida, si esta afectaba al orden público en el sentido que llevamos espuesto. Si solo interesase á la uniformidad de la jurisprudencia, el fiscal es quien deberá interponer el recurso en interés de la ley, de que se tratará mas adelante, produciendo todos sus efectos la ejecutoria entre las partes.

1644. *Contra ninguna de las sentencias definitivas que el Tribunal Supremo dicte sobre los de casacion hay ulterior recurso:* art. 1065, porque no reconociéndose tribunal ninguno superior á este, no puede esperarse que se decida la cuestion nuevamente con mayor acierto, y porque tiene suficientes garantías de ser arreglada á toda justicia la que recayó sobre autos que han sufrido ya el exámen de tres tribunales. Mas las providencias interlocutorias son suplicables ante la misma sala que las hubiese dictado dentro de tercero dia: art. 1067, porque recayendo sobre la tramitacion en el Tribunal Supremo, v. gr. sobre la admision mas ó menos amplia de las rectificaciones que proponen las partes al apuntamiento ú otro punto accesorio ó incidental, no ha habido sobre él tan maduro exámen ni es justo quede resuelto por una sola providencia. Se interpone la súplica ante la misma sala que la dictó y no ante otra, segun se dispone respecto de las audiencias en el art. 66, para evitar contradicciones sobre un mismo punto entre los mismos magistrados de un tribunal.

1645. *Dictadas las sentencias, el tribunal en todos los casos, devolverá los autos á costa del que los haya traído, con certificaciones de las mismas sentencias, en las cuales se comprenda la tasacion de costas si hubiese habido condena y literal la providencia recaída:* art. 1067.

*Apelacion por no admitir el recurso el tribunal a quo.*

1646. Cuando de la providencia en que niega la admision del recurso, el tribunal *a quo* se hubiese interpuesto apelacion para ante el Tribunal Supremo, dentro de los cinco dias siguientes al de la notificacion, segun ya espusimos, con arreglo al art. 1072 de la ley, y aquel tribunal hubiere remitido los autos originales al Supremo á costa del apelante y con citacion y emplazamiento de los procuradores de las partes, para que estas puedan presentarse dentro de treinta dias en él, *conocerá la sala primera, de las apelaciones que se refieren á recursos fundados en infraccion de ley ó de doctrina admitida por la jurisprudencia, y la sala segunda de las que se refieren á las que se funden en alguna de las causas espresadas en el art. 1045, con el fin de que se conserve la unidad en la jurisprudencia, conociendo una misma sala siempre, de los recursos de una misma clase, segun ya digimos anteriormente: arts. 1073 y 1074.* El procedimiento que se sigue en el Tribunal Supremo para sustanciar estas apelaciones, viene á ser igual al que se sigue para decidir el recurso de casacion, con las diferencias, de que el término para comunicar los autos á las partes es de diez dias; que la vista se efectúa en sala ordinaria ante tres ministros; que ha de dictarse el fallo á los tres dias de determinada la vista; que la sentencia debe in-

sertarse en la *Gaceta* en los cinco dias siguientes á su fecha, y que no tiene aqui lugar lo dispuesto en los recursos de casacion acerca del depósito ó caucion suficiente, porque no hay obligacion en las apelaciones de consignar depósito alguno, puesto que pudiendo resultar no proceder el recurso, por confirmarse la sentencia apelada, no ha llegado el caso de prestarse aquel, segun lo dispuesto en el art. 1051, por carecer del principal objeto que tiene, cual es, indemnizar en cierto modo al contrario de los vejámenes y gastos que se le ocasionan en la prosecucion del recurso, segun ya hemos indicado y aparece del espíritu del art. 1044, que manda devolver el depósito cuando la separacion del recurso se hiciese antes de haberse mandado traer los autos á la vista, pues se considera que hasta entonces no se han causado aquellos gastos y gravámenes. Siendo, pues, iguales á los trámites del recurso, los de las apelaciones, esceptuadas las diferencias referidas, debe tenerse presente para la inteligencia de estos lo espuesto sobre aquellos.

1647. *Asi, pues, recibidos los autos en el Tribunal Supremo, y luego que se presente el apelante, se pasarán al relator para que forme apuntamiento:* art. 1077. *Para hacer este apuntamiento para las vistas de las apelaciones, se seguirá el orden establecido respecto á los que deben formarse para la de los del recurso de casacion:* art. 1080.

1648. *Si no se personase el apelante, transcurrido que sea el término del emplazamiento y acusada una rebeldía, se declarará desierta la apelacion, condenándolo en las costas, y devolviendo á sus espensas los autos al tribunal de que procedan con certificacion de la sentencia en que se haya declarado la desercion. En esta certificacion se incluirá la tasacion de costas:* art. 1078 de la ley. *Si no se acusase la rebeldía, cualquiera que sea el tiempo en que se persone el apelante, seguirá la sustanciacion del recurso:* art. 1079. El fundamento de estas disposiciones es el mismo espuesto sobre los arts. 1059 y 1041, análogos á estos.

1649. Tambien creemos aplicable á las apelaciones, en caso de que deje de presentarse el apelado transcurrido el término del emplazamiento; lo dispuesto en el art. 1042, sobre que se entienda la sustanciacion del recurso con los estados del tribunal, y que si se personase durante ella, se le tenga por parte de allí adelante, sin que en ningun caso retroceda la sustanciacion.

Lo es igualmente lo prescrito en el 1043, sobre que en cualquier estado del recurso puede separarse de él el que lo haya intentado, y que para tenerlo por separado, será necesario que presente poder especial de procurador, ó que el mismo interesado suscriba el escrito en que se separe, en el cual deberá ratificarse.

1650. *Formado el apuntamiento se entregará con los autos para su orden y por término de diez dias á las partes para instruccion de sus letrados:* art. 1081.

*De aqui adelante y hasta la vista, se observarán las reglas establecidas respecto á los recursos de casacion en los arts. 1048, 1050, 1051, 1052*

y 1055: art. 1982. En su consecuencia, al devolver los autos las mismas partes manifestarán bajo la firma de su letrado y procurador, su conformidad con el apuntamiento y las omisiones ó inexactitudes que á su juicio puedan haberse en él cometido. Estando conformes las partes con el apuntamiento, ó hechas en él las rectificaciones que la sala estime justas, de las por ellas solicitadas, y despues de oír el dictámen del ponente, con arreglo al art. 57, se traerán los autos á la vista, con citacion de las partes. La vista tendrá lugar por el orden riguroso de las fechas en que se hayan mandado traer los autos: si por cualquiera causa no pudiese verificarse en el dia designado, volverá á señalarse otro á la mayor brevedad, evitándose en lo posible alterar el orden que queda establecido. Ni en las vistas, ni antes ni despues de ellas, puede admitirse en el Tribunal Supremo ningun documento que las partes presentaren. Aquí se funda esta disposicion en que tratándose solo de una cuestion sencilla, como referente á un punto estérno, el de examinar si concurren en la interposicion del recurso las circunstancias del art. 1025, y si aparecen de los autos los hechos alegados, no debe complicarse la cuestion produciendo nuevos documentos que por otra parte y generalmente no conducirían á nada.

1651. *La vista de estas apelaciones, se verificará en sala ordinaria, compuesta á lo menos de tres ministros, de los cuates uno será ponente; artículo 1083.* En su consecuencia, podrán concurrir mas ministros cuando se juzgare útil.

*Verificada la vista, se dictará sentencia dentro de los tres dias siguientes, en lugar de los veinte que se conceden para el recurso, porque aquí solo se trata de una cuestion sencilla y fácil y de pronta apreciacion: artículo 1084.*

*Le sentencia será fundada, en los términos antes prevenidos respecto á los recursos de casacion, esto es, estableciéndose con la separacion debida los hechos y las cuestiones de derecho que se resuelvan. Si fuese confirmatoria, se condenará en costas al apelante: art. 1085, por su temeridad en recurrir contra el fallo justo del tribunal a quo. Nada se dice en este artículo ni en los demás, sobre partida de depósito, porque en estas apelaciones no hay obligacion de consignar depósito alguno, segun hemos dicho en el núm. 1644.*

1652. *Contra las sentencias que recaigan sobre apelacion, no se da recurso alguno, puesto que ya se verificaron dos instancias, que son las que se conceden en general para los juicios: art. 1086.*

1653. *Estas sentencias se publicarán dentro de los cinco dias siguientes á su fecha en la Gaceta de Madrid é insertarán en la Coleccion legislativa, porque tambien sirven para uniformar la jurisprudencia sobre los casos en que procede ó no la interposicion de estos recursos: art. 1087.*

1654. *Publicada la sentencia, si hubiese sido confirmatoria, se devolverán los autos en la forma establecida en el art. 1067, esto es, á costa del que los haya traído, con certificacion de la misma sentencia, en la cual se comprenderá la tasacion de costas y si hubiere sido revocatoria, se pro-*

*cederá á sustanciar el recurso en la forma que queda prevenida por la sala á quien corresponde: art. 1088, esto es, por la primera, si el recurso versa sobre infraccion en el fondo, y por la segunda, si sobre infraccion en la forma, conforme el art. 1015.*

1655. *Los términos para constituir el depósito, que solo procede cuando revocándose la sentencia apelada, se prosiga el recurso de casacion, y no cuando por ser confirmada, no se siga este, y los demás trámites establecidos para los casos en que los tribunales superiores admitan los recursos empezarán á correr y contarse en los que hubiese apelacion, desde la publicacion en la Gaceta de dicha sentencia revocatoria: art. 108.*

*Cuestion previa promovida en el Tribunal Supremo contra la admision del recurso de casacion por el tribunal a quo.*

1656. Cuando el tribunal a quo admite un recurso de casacion, puede el que obtuvo la ejecutoria, si juzgare no haber debido admitirse, promover sobre ello, un incidente ó cuestion prévia ante la sala del Tribunal Supremo á quien corresponde conocer del recurso, para que haga esta declaracion segun faculta el art. 1090 de la ley, que ya espusimos y fundamos anteriormente.

1657. *Pero esta cuestion prévia deberá promoverse antes de pasar los autos al relator; porque, despues, no tendrá lugar en ningun caso, presumiéndose consentida la admision del recurso: art. 1091.* Esto se funda, segun dice uno de los redactores de la ley; el señor Laserna, en que el silencio que guarda la parte acerca de un agravio que puede reclamar, aun despues que su talento ha tenido los autos en su poder por todo el tiempo necesario para enterarse de la injusticia, hace con razon creer que nada ha tenido que alegar contra la admision del recurso, y da un carácter desfavorable y sospechoso á cuanto diga contra lo que de hecho tenia consentido.

1658. *La cuestion prévia de que habla el artículo anterior, se sustanciará y decidirá siguiendo los trámites y en los mismos términos establecidos respecto de las apelaciones de las sentencias denegatorias de los recursos de casacion. El apuntamiento se limitará á esta cuestion sobre la improcedencia de la admision del recurso: art. 1092.*

1659. *Si se confirmare la sentencia, en que se hubiere admitido el recurso, desestimándose por lo tanto la reclamacion contra su admision, se procederá á sustanciarlo, como si se hubiera promovido la cuestion prévia, ampliándose el apuntamiento á cuanto fuese necesario al efecto: artículo 1093. Si se revocase y declarase no procedente ni admisible el recurso, se devolverán los autos al tribunal superior á costa del que lo hubiese interpuesto, con certificacion de la sentencia pronunciada: art. 1094; pues entonces no hay que entender ya sobre la casacion.*

1660. *La sentencia en que se declarase bien admitido el recurso, deberá contener la condena de costas de la cuestion prévia, al que lo haya promo-*

vido: art. 1098, pues no por haber obtenido la ejecutoria, debe dejar de satisfacer los gastos que originó, promoviendo este incidente contra la providencia justa del tribunal *a quo* limitada tan solo á declarar que procedia la admision del recurso.

*Recursos de casacion ó instancias del ministerio fiscal.*

1664. Teniendo por objeto los recursos de casacion, procurar primariamente la exacta aplicacion de las leyes y la uniformidad de la jurisprudencia, y secundariamente, que se administre rectamente justicia á los particulares, y numerándose entre las funciones del ministerio fiscal, las de sostener la defensa judicial de los intereses de la sociedad y del Estado, y la observancia de las leyes que considere quebrantadas, no podia menos de facultársele para interponer los recursos de casacion bajo estos dos conceptos.

1662. En su consecuencia, dispone el art. 1096 de la ley, acerca del primero, que *el ministerio fiscal puede en los pleitos en que sea parte interponer recursos de casacion, cuando los considere procedentes, y apelar de las providencias en que se denegare su admision, y promover asimismo, por identidad de razon, la cuestion prévia ante el Tribunal Supremo cuando creyese que no ha debido admitirse aquel.* Refiriéndose esta disposicion de la ley al caso en que fuese parte el ministerio fiscal en un pleito, no hace mas que equipararle á los demás particulares en el ejercicio de aquel derecho.

1665. Para ello deberá acomodarse á las reglas establecidas por la ley y que llevamos espuestas, dictadas en general, respecto de los litigantes; pero en atencion á las consideraciones que merece el funcionario que se halla revestido de aquel elevado carácter y á las garantías que ofrecen sus altas funciones de que las ejercerá con todo celo, rectitud y buena fe para no causar á las otras partes los vejámenes y gastos consiguientes á la prosecucion de un recurso indebido, la ley le exime de la obligacion de prestar el depósito que requiere en el particular que recurre á casacion. Sin embargo, ya que no conceptúe preciso ó conveniente indemnizar de aquellos gravámenes al contrario que habiendo obtenido á su favor la ejecutoria venciese tambien en el recurso, la ley ha prescrito que se le satisfagan las costas que se le ocasionaren. Asi, pues, cuando fuese desestimado el recurso de nulidad ó casacion, interpuesto por dicho ministerio, ó confirmada la sentencia de que hubiese apelado, las costas causadas á la otra parte, deberán satisfacerse de los fondos retenidos, y procedentes de la mitad de los depósitos cuya pérdida haya sido declarada. Lo mismo sucederá, ó deberá hacerse, cuando el citado ministerio se separe de un recurso, ó de apelacion intentada contra providencias en que se hubiere denegado su admision: art. 1098. E igualmente en los demás casos en que hay condena de costas, segun los arts. 1059, 1078 y 1095, esto es, cuando por no presentarse al ministerio fiscal durante el emplazamiento se decla-

rase por desierto el recurso de casacion ó de apelacion, ó si se confirmase la sentencia en que se admitió el recurso, y sobre la que promovió la cuestion prévia.

1664. Como pudiera ocurrir, que recayeran varias condenas en costas en recursos interpuestos por el fiscal, y no hubiera bastantes fondos de depósitos para satisfacerlas y como sea justo y conforme á derecho que los acreedores mas antiguos sean preferidos á los mas modernos, previene el art. 1099, que *el pago de costas, de que habla el artículo que precede, se hará por riguroso orden de antigüedad y con sujecion á lo que permitan los fondos existentes.*

1665. Respecto del segundo caso, prescribe la ley en su art. 1100, que *el ministerio fiscal puede tambien en los pleitos en que no haya sido parte, y cuyas ejecutorias creyere contra ley ó doctrina admitida por la jurisprudencia, interponer recurso de casacion.* Esta clase de recursos adoptada á imitacion de otros países y en especial de la vecina Francia, que los califica de recursos en interés de la ley, porque tienen por particular objeto mantener la uniformidad de la jurisprudencia y la exacta interpretacion de las leyes ha sido mirada por algunos como una medida sumamente sabia al paso que otros han juzgado que encierra graves inconvenientes.

1666. Fundan sus elogios los primeros, en que no interponiendo siempre los litigantes particulares el recurso de casacion, aun cuando juzguen que ha habido infraccion de ley ó doctrina en la sentencia del tribunal *a quo* y sean perjudicados por esta, ya porque se detienen ante el temor de los vejámenes y gastos de aquel recurso extraordinario, ó por la poca entidad de los intereses que pueden obtener con la nueva revision del proceso, bien por la incertidumbre de poder probar la nulidad en la cuestion juzgada contra ellos, ó finalmente, porque ponen término al litigio por medio de una transaccion, sino se introdujera este recurso especial quedaria sin defensa la integridad de las leyes y sin la vigilancia y proteccion debida la administracion de justicia, viciada para casos posteriores por prácticas y ejemplares funestos.

El deber, pues, de un gobierno verdaderamente ilustrado, es, y en ello se interesa la autoridad pública, no permanecer inactivo á vistas de estos ataques dirigidos contra la magestad de la ley, y no dejar subsistir al menos sin una protesta patente y eficaz, precedentes y errores fatales que sirviendo de monumentos de rebelion á la ley, pudieran perturbar á la sociedad. De aquí, pues, la conveniencia de adoptar el recurso en interés de la ley, como una de las mas importantes atribuciones del ministerio público y como un medio eficaz de conseguir el tan deseado objeto de uniformidad la jurisprudencia en toda la monarquía.

1667. En vano oponen los que reprueban este recurso, que cuando las partes se aquietan con la sentencia, cuando cualquiera que sea el resultado del recurso, siempre ha de ser subsistente, no debiera otorgarse aquel remedio; que además en el caso de que este prosperase, cederia en desdoro de los tribunales y de la administracion de justicia, porque declarar nula una



sentencia, decir el primer tribunal de la nacion de un modo solemne que en un fallo ha sido quebrantada la ley ó doctrina adoptada por la jurisprudencia de los tribunales, y sin embargo, producir este fallo todos sus efectos, esta especie de contrasentido causa cierta alarma y estrañeza.

1668. Mas á esto puede contestarse, que esta alarma y estrañeza se experimentarán mayormente *a contrario sensu*, cuando se considere que aquella ejecutoria injusta no solo produce sus efectos en perjuicio del litigante vencido, cosa que no es muy de sentir, puesto que tuvo en su mano destruirla, recurriendo á casacion y que no lo hizo, sino tambien en perjuicio de todos los demás para lo futuro, porque si se la deja pasar sin el correctivo correspondiente, puede introducir una jurisprudencia viciosa, falseando la recta interpretacion y aplicacion de las leyes. La sociedad quedará pues mas tranquila sobre este punto, cuando sepa que aun cuando queda en algun caso determinado dictarse un fallo contrario á la ley ó á las doctrinas legales, éstas no quedan nunca oscurecidas ni ahogadas con aquella decision, sino que recobran su imperio y aparecen en su pristino esplendor y brillo.

Por estas consideraciones tal vez se introdujo ya este recurso en España en el real decreto de 20 de junio de 1852 sobre causas de contrabando, art. 86, y en el de 23 de febrero de 1855 sobre recursos de casacion en Ultramar. La nueva ley de Enjuiciamiento no ha hecho, pues, mas que aplicarlo al procedimiento en negocios civiles. Además en ella se ha procurado evitar los principales inconvenientes á que podia dar ocasion, con previsoras disposiciones que sobre él ha adoptado.

1669. En primer lugar, solo autoriza para interponerlo al ministerio fiscal. Y en efecto, el cuidado de hacer que vuelvan en lo sucesivo á la verdadera y justa aplicacion de la ley, los tribunales que se hubieran desviado de ella, y de evitar que pudieran contaminarse los demás con este mal ejemplo, no podia corresponder á simples particulares. Derecho tan eminente solo debia atribuirse á esa rama de la magistratura encargada de las funciones del ministerio público y cuya mision es representar á la sociedad ó al Estado en las contiendas judiciales.

1670. Además, previene en su art. 1102, *que si los interesados no han hecho uso del mismo recurso en tiempo hábil, no les afectarán las resultas del interpuesto por el ministerio fiscal, ni la ejecutoria se podrá anular ni alterar en lo mas mínimo*, de manera, que aun cuando el tribunal juzgue que ha habido infraccion de ley ó doctrina en la sentencia ejecutoria, no podrá decidir sobre el fondo del litigio ó sobre la cuestion que se ventila en el pleito, como le faculta para hacerlo el art. 1060 en los recursos ordinarios, sino que solo declarará haberse cometido infraccion designando la ley ó doctrina infringida. *El fallo que se pronuncie dice por esto el art. 1102 citado, solo servirá para formar jurisprudencia sobre la cuestion legal que haya sido discutida y resuelta en el pleito.* La casacion pronunciada en interés de la ley, dice Dalloz en su Repertorio, no tiene influencia alguna en los derechos de las partes determinadas ya por la sen-

tencia del tribunal *á quo*, la cual produce todos sus efectos entre ellas y no puede menos de ejecutarse porque adquirió la autoridad de cosa juzgada: poco importa que su decision les sea favorable ó perjudicial, ni que se dictara ó no con infraccion de ley, porque no podria admitirse á las partes á prevalerse de la declaracion del recurso ó de su vicio de nulidad, ni tampoco podria el mismo ministerio público apoyarse en el fallo ó declaracion del Tribunal Supremo para poner en cuestion el punto juzgado. Esta medida al parecer algo estraña, no puede considerarse como injusta, ni aun como una medida rigurosa, puesto que la parte solo puede imputar á su negligencia ó á su olvido voluntario en no interponer por sí el recurso, el perjuicio que le resultó de la condena que recayó en contra suya:

1671. Por último, segun el art. 1101, *estos recursos pueden interponerse en cualquiera tiempo*. La generalidad con que se espresa esta prescripcion ha dado motivo á que la censuren algunos intérpretes bajo el concepto de que pueda el ministerio fiscal interponer el recurso inmediatamente despues de publicada la ejecutoria y sin esperar á que transcurra el término concedido á las partes para usar de este remedio, por considerarla contraria á la esencia de dichos recursos y á los principios de que en las contiendas judiciales no debe ejercerse nunca la accion fiscal en beneficio de uno de los litigantes, para no establecer desigualdad en las condiciones de estos como se verificaria respecto del que fue vencido en la ejecutoria si el fiscal recurriera antes de terminar dicho plazo, porque se le alentaria á interponer el recurso por su parte, en vista de la opinion del fiscal de que la sentencia se habia pronunciado contra ley ó doctrina. Pero esta interpretacion no es exacta. El artículo de la ley ha respetado aquel principio como lo respeta la legislacion y jurisprudencia francesa, de que ha sido tomado. En ella se establece que para que pueda interponer este recurso el ministerio fiscal, es necesario que haya transcurrido el término que la ley concede á las partes para recurrir por sí á casacion, sin que lo hayan verificado ó sin que hayan consentido la ejecutoria. Es, pues, necesario, dice Dalloz, que la sentencia haya adquirido la autoridad de cosa juzgada, y como á veces no es posible saber esto de un modo fijo, porque puede adolecer de alguna nulidad la notificacion que se hiciera en rebeldía de la sentencia del tribunal *á quo*, ó por el plazo que se concede para comparecer los juicios en rebeldía, se ha establecido que debe dejarse transcurrir tres meses desde que aquella se dictó sin que las partes hayan recurrido á casacion, para que pueda interponer el fiscal el recurso en beneficio de la ley, mas si las partes consintieron en la ejecutoria, puede hacer uso el fiscal de este derecho desde luego.

En este sentido se faculta tambien al fiscal para interponer dicho recurso, en el decreto de 20 de junio de 1852 sobre jurisdiccion de hacienda, puesto que se dispone art. 86, que cuando *no apelare ninguna de las partes del fallo del juez de primera instancia* ó cuando se conformaren todas con él, llevará el juez á efecto la sentencia, remitiendo los autos originales al fiscal, el cual en su vista, podrá interponer el recurso de casacion ó el de responsabilidad contra el juez, y que por sentencia del Tribunal Supremo

de 18 de setiembre de 1860 se ha declarado, que el recurso de casacion, que segun el art. 86 referido puede interponer el fiscal sin limitacion de tiempo contra las sentencias de los jueces de primera instancia de que no se apele por ninguna de las partes, debe suponerse establecido en interés esclusivo de la ley y para fijar la jurisprudencia, cuando se interponga fuera del término de diez dias, pero de ningun modo en perjuicio de los procesados. De suerte, que por estas palabras se da á entender, que el fiscal ha de interponer el recurso para que se entienda que lo hace en interés de la ley, pasado el término de los diez dias que se concede en general para interponerlo como parte interesada en el juicio, cuyo carácter tiene tambien el fiscal como defensor de la hacienda pública.

Y este mismo sentido de haber de dejar transcurrir dicho plazo el fiscal, es el en que debe entenderse la disposicion del art. 1101 de la ley de Enjuiciamiento, sobre que pueda interponerse el recurso en interés de la ley en cualquier tiempo, pues esta cláusula se refiere al tiempo despues de finalizado el plazo concedido á los litigantes para recurrir en casacion, como si dijera, sin limitacion de tiempo transcurrido que fuera este. Asi se deduce tambien de que teniendo el recurso del fiscal por objeto suplir la omision de las partes en recurrir, para que no deje de declararse si ha habido ó no infraccion de ley en aquel caso, no es necesario ni debe ejercitarse euando aquellas interpusieran el suyo, porque basta con este para que el Tribunal Supremo haga aquella declaracion.

En cuanto á la duracion del ejercicio de este derecho, ó de la interposicion del recurso, por el fiscal en interés de la ley, no se halla limitada por término alguno, de suerte que puede verificarlo siempre, ó pedir para el mantenimiento de los principios legales la declaracion del error ó infraccion de la ley cometidas, cualquiera que sea el tiempo trascurrido desde su perpetracion.

Tambien podrá el fiscal interponer este recurso en beneficio de la ley, segun hemos indicado en el número 1,642 cuando el tribunal *a quo*, á pretesto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley, hubiese dictado una sentencia contraria á las doctrinas legales ó á los principios de derecho, por no haberse atendido á las reglas de analogía, á la costumbre, á la equidad y demás medios que guian á la recta interpretacion de las leyes. Procede en tal caso este recurso, porque interesa fijar la jurisprudencia sobre el punto controvertido en aquel pleito, esto es, determinar el sentido ó la aplicacion que deba darse á la ley ó á las doctrinas legales en casos análogos, respetando, sin embargo, como ya hemos dicho que se respeta lo resuelto por la ejecutoria. Fúndase tambien esta doctrina en la sentencia de 28 de junio de 1860 en que se establece, que ha lugar al recurso de casacion por atribuirse á la ley lo que no dice, ó por suponerla disposiciones que no contiene, que es lo que viene á verificarse en el caso de que tratamos. Véase lo espuesto en el número 1,555. Cuando absolutamente no pueda hacerse una declaracion equitativa por falta absoluta de ley, de doctrina, de jurisprudencia, de analogías y principios legales para decidir aquel caso,

creemos que deberá el fiscal recurrir al legislador en abstracto y en general, sin contraerse á negocio pendiente entre parte, y sin promover el recuso de casacion en interés de la ley, esponiendo la necesidad de aclarar la ley oscura ó de dar otra nueva que complete la ya existente en la forma que prescriben los arts. 86 y 90 del reglamento provisional para la administracion de justicia. La doctrina espuesta se deduce del art. 200 de la real cédula de 30 de enero de 1855 sobre recursos de casacion para Ultramar que faculta al fiscal para entablar el recurso de casacion en interés de la ley, para que se fije la jurisprudencia, ó en su caso, se promueva la interpretacion auténtica, quedando firme entre partes la sentencia que motivó el recurso.

Algunos intérpretes opinan que debe promoverse tambien la interpretacion auténtica cuando el fiscal ha interpuesto el recurso contra una ejecutoria conforme á una ley antigua en desuso, y que aunque no derogada espresamente, está en contradiccion con los principios que hoy rigen en el derecho, ó que ha hecho aplicacion de una ley que se presta fundadamente á interpretaciones contrarias. En tal caso opinan que el tribunal deberá decidir: «no ha lugar al recurso y lo acordado» que será elevar á S. M. la oportuna consulta para que por quien corresponda se aclare ó interprete auténticamente la ley ó se decrete lo conveniente para lo sucesivo. Pero en nuestro concepto no procede en tales casos promover la interpretacion auténtica ni para establecer una ley nueva ajená á toda cuestion anterior, ni para formar jurisprudencia sobre casos análogos al que dió motivo á ella. En el caso de fundarse el tribunal *a quo* en una ley desusada y contraria á los principios de derecho vigentes, deberá el Tribunal Supremo declarar haber lugar al recurso por infraccion de doctrina legal, puesto que en la interpretacion del derecho no debe atenderse á la letra de las leyes sino á su espíritu, y los principios legales son preceptos que de este se deducen, y derogatorios de toda disposicion anterior contraria á ellos. En el caso de que la ejecutoria se fundara en una ley que daba motivo á interpretaciones contrarias, si estas eran legales y conformes á la razon, cualquiera que fuese la interpretacion adoptada por el tribunal *a quo*, deberia el Supremo declarar no haber lugar al recurso, porque no habia infraccion alguna de ley ni de doctrina legal, pues el Tribunal *a quo* estaba en su derecho adoptando la interpretacion que creyera mas justa, y á lo mas habria error en aplicar la menos clara ó menos ajustada á la letra ó al espíritu de la ley, y el mero error, ni aun la injusticia en el fallo, no da lugar al recurso de casacion segun ya hemos dicho. Véase lo espuesto en el núm. 1642.

1672. El fiscal no podrá fundar su recurso en un documento ó título no producido en el tribunal *a quo*. Asi se deduce por analogia de la prohibicion que hace el art. 1055 de la ley de admitir el Tribunal Supremo ningun documento que presentaren las partes ante él. Cualquiera que sea el carácter especial de este recurso tiene el Tribunal Supremo que decidir por el resultado de los autos remitidos por el tribunal *a quo*, segun ya hemos dicho al esponer el art. 1055.

1675. Acerca de la sustanciacion de estos recursos, dispone el art. 1101 de la ley, que *una vez interpuestos, habrán de sujetarse á los trámites establecidos para los demás, porque en ellos se halla garantizado el interés de la ley, por ser tambien este uno de los principales objetos de aquellos recursos. Mas los interpuestos exclusivamente en beneficio de la ley se sustanciarán y decidirán sin citar ni emplazar á ninguno de los litigantes, puesto que no pudiendo resultar de la declaracion que dicte en ellos el Tribunal Supremo, ni ventaja para la parte que tiene interés en que se declare contener infraccion de ley la sentencia del tribunal a quo, ni perjuicio á la parte á quien interesa que se declare no contenerla, no debe hacerse á estas aquella intimacion, que supone siempre cierto interés ú obligacion en personarse en el juicio. Pero esto no impide que si los litigantes se presentan voluntariamente, se les oiga, entregándoles los autos para instruccion y citándolos para la vista.* Esta concurrencia de los litigantes tiene por objeto que puedan alegar sus razones en derecho sobre que la sentencia del tribunal a quo se ha pronunciado ó no contra ley ó doctrina legal, para que el Tribunal Supremo lo declare así y la ley infringida se aplique rectamente en lo sucesivo ó disipe la alarma social que produjo aquella infraccion, mas no para que deje de producir ninguno de sus efectos respecto de sus derechos la ejecutoria, pues en cuanto á ellos, adquirió ya irrevocablemente la autoridad de cosa juzgada, sin que puedan ya combatirla en este sentido. Sin embargo, no solamente puede ser útil esta audiencia de los litigantes en interés de la ley, coadyuvando al ministerio fiscal en la alegacion de las razones que demuestran que hubo ó no infraccion de ley, sino que puede ser beneficiosa á aquellos mismos, porque ambos tienen un sagrado é inestimable interés moral, el vencedor por la ejecutoria el de patentizar que no goza de su derecho por una mala aplicacion de la ley, y el vencido, que no por haber sucumbido en el tribunal a quo procedió infundadamente en el sostenimiento de su derecho, ni dejaba de asistirle la ley; si hubiera sido rectamente aplicada.

1674. Las sentencias que recaigan en estos recursos deberán publicarse tambien en la *Gaceta de Madrid*, é insertarse en la Coleccion legislativa, segun la disposicion del art. 1064 sobre los demás, que debe entenderse aplicable á aquellos, aunque no lo espese la ley.

## TITULO XII.

### De los recursos de fuerza.

#### SECCION I.

##### DE LOS RECURSOS DE FUERZA EN GENERAL.

#### §. I.

##### Definicion de los recursos de fuerza y sus diferentes clases.

1675. Por recurso de fuerza en sentido lato, se entiende la súplica ó reclamacion respetuosa que el que se siente perjudicado por algun esceso que cometen las autoridades ó jueces eclesiásticos en el ejercicio de sus atribu-

ciones, eleva al monarca ó á los tribunales ó autoridades seculares, para que lo remedien, haciéndoles observar las leyes de la Iglesia y del Estado.

La palabra *fuerza*, que segun la ley 1, tit. 10, Part. 7, «es cosa que es fecha á otro tortíceramente, de que non se puede amparar el que la recibe», se encuentra usada con aplicacion á los escesos de los jueces en la administracion de justicia, en la ley 4, tit. 10, Part. 7, en la cual se compara al juez que negase una apelacion procedente con *el que ficiese fuerza por armas*; porque, dice la ley, muy fuertes armas han para facer mal, aquellos que tienen voz del rey, cuando quieren usar mal del lugar que tienen. La ley referida hacia esta aplicacion relativamente á las causas criminales y al juez secular que negando la apelacion «ficiese ó prendiese ó matase ó deshonorase» á alguno. Sin embargo, nuestros jurisconsultos del siglo XIV, no repararon en aplicarla en general á los jueces eclesiásticos por los escesos que cometieran en el ejercicio de la jurisdiccion temporal eclesiástica, á pesar del significado duro y violento de aquella palabra, mucho mas aplicada á los abusos en juicios civiles, en que no podian inferirse los graves daños que en los criminales, que era á los que se referia la ley de Partida citada.

1676. Los recursos de fuerza son de diferentes clases, segun que las autoridades eclesiásticas abusan de su autoridad en actos de jurisdiccion contenciosa ó de jurisdiccion voluntaria, en actos judiciales ó estrajudiciales.

Respecto de los abusos en el ejercicio de la jurisdiccion contenciosa, son de tres clases los recursos de fuerza. Denominanse 1.º *en conocer y proceder*, las reclamaciones que el que se siente agraviado por el juez eclesiástico que conoce de una causa profana ó secular, ó temporal, no sujeta á su jurisdiccion, eleva á los tribunales seculares para que obliguen al juez eclesiástico á desistir de su conocimiento; 2.º *en el modo de proceder*, la reclamacion contra el juez eclesiástico que conoce de causa de su competencia, pero sin observar los trámites establecidos por las leyes, para que se le obligue á guardarlos; y 3.º *en no otorgar*, la queja contra el juez eclesiástico que deniega una apelacion procedente para que se le obligue á admitirla. Véanse las leyes 5, 6, 7, tit. 2, lib. 2; ley 4, tit. 1, lib. 4 y el artículo 1104 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Estos recursos de fuerza, y especialmente los en conocer y proceder que son los que dan ocasion á mayor número de casos, reciben distintas denominaciones, ó se distinguen en diversas especies, segun las diferentes materias ó negocios sobre que versan ó que los motivan,

Asi, por ejemplo, se denominan ó hay recurso de fuerza:

1.º De inmunidad ó asilo, el cual tiene lugar, cuando acogido un reo á una iglesia, los jueces eclesiásticos intentan inhibir á los seglares que proceden contra él legítimamente, por ser su delito de los esceptuados por su gravedad del beneficio de la inmunidad por los sagrados cánones, ó por sostener que aprehendieron al reo fuera de lugar sagrado, y el juez seglar acude á la autoridad civil para que le deje el eclesiástico espedita su juris-

1675. Acerca de la sustanciacion de estos recursos, dispone el art. 1101 de la ley, que *una vez interpuestos, habrán de sujetarse á los trámites establecidos para los demás, porque en ellos se halla garantizado el interés de la ley, por ser tambien este uno de los principales objetos de aquellos recursos. Mas los interpuestos exclusivamente en beneficio de la ley se sustanciarán y decidirán sin citar ni emplazar á ninguno de los litigantes, puesto que no pudiendo resultar de la declaracion que dicte en ellos el Tribunal Supremo, ni ventaja para la parte que tiene interés en que se declare contener infraccion de ley la sentencia del tribunal a quo, ni perjuicio á la parte á quien interesa que se declare no contenerla, no debe hacerse á estas aquella intimacion, que supone siempre cierto interés ú obligacion en personarse en el juicio. Pero esto no impide que si los litigantes se presentan voluntariamente, se les oiga, entregándoles los autos para instruccion y citándolos para la vista.* Esta concurrencia de los litigantes tiene por objeto que puedan alegar sus razones en derecho sobre que la sentencia del tribunal a quo se ha pronunciado ó no contra ley ó doctrina legal, para que el Tribunal Supremo lo declare así y la ley infringida se aplique rectamente en lo sucesivo ó disipe la alarma social que produjo aquella infraccion, mas no para que deje de producir ninguno de sus efectos respecto de sus derechos la ejecutoria, pues en cuanto á ellos, adquirió ya irrevocablemente la autoridad de cosa juzgada, sin que puedan ya combatirla en este sentido. Sin embargo, no solamente puede ser útil esta audiencia de los litigantes en interés de la ley, coadyuvando al ministerio fiscal en la alegacion de las razones que demuestran que hubo ó no infraccion de ley, sino que puede ser beneficiosa á aquellos mismos, porque ambos tienen un sagrado é inestimable interés moral, el vencedor por la ejecutoria el de patentizar que no goza de su derecho por una mala aplicacion de la ley, y el vencido, que no por haber sucumbido en el tribunal a quo procedió infundadamente en el sostenimiento de su derecho, ni dejaba de asistirle la ley; si hubiera sido rectamente aplicada.

1674. Las sentencias que recaigan en estos recursos deberán publicarse tambien en la *Gaceta de Madrid*, é insertarse en la Coleccion legislativa, segun la disposicion del art. 1064 sobre los demás, que debe entenderse aplicable á aquellos, aunque no lo espese la ley.

## TITULO XII.

### De los recursos de fuerza.

#### SECCION I.

##### DE LOS RECURSOS DE FUERZA EN GENERAL.

#### §. I.

##### Definicion de los recursos de fuerza y sus diferentes clases.

1675. Por recurso de fuerza en sentido lato, se entiende la súplica ó reclamacion respetuosa que el que se siente perjudicado por algun esceso que cometen las autoridades ó jueces eclesiásticos en el ejercicio de sus atribu-

ciones, eleva al monarca ó á los tribunales ó autoridades seculares, para que lo remedien, haciéndoles observar las leyes de la Iglesia y del Estado.

La palabra *fuerza*, que segun la ley 1, tit. 10, Part. 7, «es cosa que es fecha á otro tortíceramente, de que non se puede amparar el que la recibe», se encuentra usada con aplicacion á los escesos de los jueces en la administracion de justicia, en la ley 4, tit. 10, Part. 7, en la cual se compara al juez que negase una apelacion procedente con *el que ficiese fuerza por armas*; porque, dice la ley, muy fuertes armas han para facer mal, aquellos que tienen voz del rey, cuando quieren usar mal del lugar que tienen. La ley referida hacia esta aplicacion relativamente á las causas criminales y al juez secular que negando la apelacion «ficiese ó prendiese ó matase ó deshonorase» á alguno. Sin embargo, nuestros jurisconsultos del siglo XIV, no repararon en aplicarla en general á los jueces eclesiásticos por los escesos que cometieran en el ejercicio de la jurisdiccion temporal eclesiástica, á pesar del significado duro y violento de aquella palabra, mucho mas aplicada á los abusos en juicios civiles, en que no podian inferirse los graves daños que en los criminales, que era á los que se referia la ley de Partida citada.

1676. Los recursos de fuerza son de diferentes clases, segun que las autoridades eclesiásticas abusan de su autoridad en actos de jurisdiccion contenciosa ó de jurisdiccion voluntaria, en actos judiciales ó estrajudiciales.

Respecto de los abusos en el ejercicio de la jurisdiccion contenciosa, son de tres clases los recursos de fuerza. Denominanse 1.º *en conocer y proceder*, las reclamaciones que el que se siente agraviado por el juez eclesiástico que conoce de una causa profana ó secular, ó temporal, no sujeta á su jurisdiccion, eleva á los tribunales seculares para que obliguen al juez eclesiástico á desistir de su conocimiento; 2.º *en el modo de proceder*, la reclamacion contra el juez eclesiástico que conoce de causa de su competencia, pero sin observar los trámites establecidos por las leyes, para que se le obligue á guardarlos; y 3.º *en no otorgar*, la queja contra el juez eclesiástico que deniega una apelacion procedente para que se le obligue á admitirla. Véanse las leyes 5, 6, 7, tit. 2, lib. 2; ley 4, tit. 1, lib. 4 y el artículo 1104 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Estos recursos de fuerza, y especialmente los en conocer y proceder que son los que dan ocasion á mayor número de casos, reciben distintas denominaciones, ó se distinguen en diversas especies, segun las diferentes materias ó negocios sobre que versan ó que los motivan,

Asi, por ejemplo, se denominan ó hay recurso de fuerza:

1.º De inmunidad ó asilo, el cual tiene lugar, cuando acogido un reo á una iglesia, los jueces eclesiásticos intentan inhibir á los seglares que proceden contra él legitimamente, por ser su delito de los esceptuados por su gravedad del beneficio de la inmunidad por los sagrados cánones, ó por sostener que aprehendieron al reo fuera de lugar sagrado, y el juez seglar acude á la autoridad civil para que le deje el eclesiástico espedita su juris-

dicción: ó cuando el juez seglar solicitase del eclesiástico que le entregue al reo y aquel se negase á ello sin la caucion oportuna que debe darse. Leyes del tit. 4, lib. 1 de la Nov. Recop., y en especial la 6.

2.º Sobre ejecucion de sentencias, cuando los jueces eclesiásticos se propasan á prender á legos ó á secuestrar sus bienes, sin invocar el auxilio del brazo seglar, como les está prevenido por las leyes 4, 9 y 32 del tit. 1, lib. 2 de la Nov. Recop.

3.º Sobre esponsales y depósitos de personas, cuando el juez eclesiástico admite demandas de esponsales sin que se acredite haberse celebrado estos por escritura pública, ó niega la admision de las interpuestas con este requisito, ó procede al depósito de personas sin implorar el auxilio del brazo seglar, conforme á la ley 18, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Recop., y á los arts. 1277, 1278, 1301 y 1302 de la de Enjuiciamiento civil.

4.º Sobre cobranzas de tributos y contribuciones de los clérigos, cuando los jueces eclesiásticos se entrometen á cobrarlos en los casos en que corresponde hacerlo á las autoridades reales, ó cuando correspondiendo á aquellos por convenios celebrados entre las potestades espiritual y temporal, usan de medios que no están al alcance de la jurisdiccion que ejercen. Leyes 5, tit. 7, Part. 5, 18 y 19, tit. 1 y 15, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recopilacion, y real cédula de 19 de julio de 1760.

Finalmente, habrá lugar de interponer el recurso de fuerza siempre que los jueces eclesiásticos se escudieren de sus atribuciones, bien fuese conociendo en materias eclesiásticas y contra personas sujetas á su jurisdiccion, bien contra personas y en causas no pertenecientes á la jurisdiccion de la Iglesia. Véase lo espuesto acerca de los límites de esta jurisdiccion relativamente á la secular y de los de la secular respecto de la eclesiástica en la seccion II, tit. 4, lib. 1 de esta obra.

1677. Distingúense tambien los recursos de fuerza, en recursos pura y esclusivamente de fuerza, y en recursos de proteccion y fuerza; distincion que conviene marcar con toda exactitud, por su importancia para apreciar debidamente el origen y fundamento de estos recursos.

1678. No han faltado jurisconsultos distinguidos que han opinado que en las palabras proteccion y fuerza se designaba una misma clase de recursos. El señor Rodriguez Vaamonde, en la discusion en el alto Cuerpo colegislador del proyecto de ley sobre organizacion y atribuciones del Consejo de Estado, decia sobre este punto lo siguiente: «Las ideas de proteccion y fuerza son correlativas. Diciendo proteccion se supone que hay alguien á quien proteger, pues ese protegido es un oprimido por la fuerza, y cuando se dice recurso de fuerza, remedios para alzar la fuerza, es preciso que haya un superior, una autoridad que tenga el derecho y el poder para darle auxilio y proteccion; por eso se llaman de proteccion. Por manera que se llaman de proteccion respecto al soberano, que es quien protege; se llaman de fuerza con respecto al juez que es quien la causa y á la persona que la sufre. Esa es la diferencia que yo encuentro entre esos dos negocios. De suerte que yo no puedo comprender que haya recursos de proteccion sin que

haya recursos de fuerza, ni que haya recursos de fuerza sin que al mismo tiempo existan recursos de proteccion. Diario de Sesiones del Senado del 23 de febrero de 1859.

Y el señor Arrazola decia en la misma sesion: la proteccion y la fuerza difieren á veces en lo que la especie del género y se lamentaba que algunos hayan confundido la proteccion especial de regulares en los actos de visita con la proteccion general de regulares que no son mas que recursos de fuerza en el modo ó en no otorgar. Así es que donde quiera que se habla de proteccion, decia, va espresado *el amparo del poder real* contra la fuerza, y donde se habla de fuerza, va espresada la *proteccion real* contra la fuerza, siendo el escudo, la égida de los que acuden á él. ¿Por qué, pues, ha prevalecido esta voz fuerza? Dijo don Alonso el Sabio en las Partidas: «Fuerza es en el derecho el mal que torticeramente se nos hace, y de que ome no puede defenderse,» y dijo en otra parte hablando del rey, «y entonces conocerán los suyos que es bueno, cuando les libre de la fuerza y repare el entuerto.» Y partiendo de aquí y tomando la fuerza como un vejámen contra derecho de que no es posible defensa en una cosa en que se manda ser obediente á las autoridades, es como se ha hecho técnica la palabra fuerza. Quede, pues, sentado que fuerza y proteccion significan una misma cosa, como no se añada una palabra calificativa y se diga, proteccion de regulares, proteccion del concilio de Trento.»

Mas estas ideas, si bien, en nuestro juicio, son exactas, en la acepcion general y en el sentido comun de aquellas palabras, no las creemos fundadas en el testo y en el espíritu de nuestras disposiciones legales sobre esta materia, puesto que en ellas se califica constantemente de recursos de proteccion á determinados recursos de fuerza, y nunca á los demás, segun espondremos mas adelante, y en su consecuencia, no es para el legislador indiferente ni idéntico el uso de una ú otra de aquellas calificaciones.

1679. Otros escritores sientan que los recursos de proteccion se distinguen de los de fuerza en que estos se introducen contra las providencias dimanadas de la jurisdiccion contenciosa, y los primeros se proponen mas particularmente contra actos de la jurisdiccion voluntaria ó gubernativa. Véase las obras sobre procedimientos judiciales del señor Ortiz de Zúñiga, y de los señores Laserna y Montalban. Pero esta distincion no marca una regla segura sobre estos recursos, puesto que los hay de proteccion que se promueven contra actos de jurisdiccion contenciosa, como el de proteccion de visita de regulares, para referirnos á la cita del señor Arrazola, y los hay que se llaman de fuerza que versan sobre actos de jurisdiccion voluntaria, segun veremos mas adelante.

1680. Una idea mas elevada indicó otro ilustrado individuo del alto Cuerpo colegislador, el señor Tejada. «Hay una inmensa diferencia, decia, hay una diferencia esencialísima en las materias del derecho y en los cánones que la Iglesia tiene por su asentimiento, entre los recursos de fuerza y los recursos de proteccion. Los de fuerza son los que se interponen de la accion de los tribunales, los que levantan la autoridad judicial civil, la

fuerza que se supone que hace una persona eclesiástica, un juez eclesiástico. Los recursos de fuerza, que los tiene definidos el derecho en las tres clases que todos conocen, son propios de actos civiles, de actos privados, de derecho personal, de materias judiciales, de materias privadas. Pero acerca de los recursos de protección e tá bien terminante la ley de la Novísima, hecha á principios del siglo pasado: los recursos sobre la Dignidad real y sus derechos, sobre el Patronato real y sus derechos, sobre los derechos y regalías de la Corona, estos son los recursos de protección. No son recursos de fuerza, son recursos que la misma ley llama *recursos al real auxilio*. De modo que así como los primeros se invocan de una manera dura y hasta vulgar con la palabra *fuerza*, porque se refiere á un súbdito, porque se refiere á un juez, en los otros no se emplea la palabra *fuerza*, sino la de *auxilio*; los que consideran violados los derechos de las regalías de la Magestad, de la Dignidad real, del Patronato del reino esos recurren al real auxilio. El recurso del real auxilio tiene un carácter gubernativo, económico, esencialmente tuitivo, como dicen los jurisconsultos, de protección, de alta protección, no de derecho civil, individual, sino de prerogativas, de facultades del soberano, de cosas, de personas que están bajo la autoridad del soberano, y que solo acudiendo al soberano mismo, es como se impetra el auxilio que necesita la persona oprimida para salir adelante con su derecho.»

Mas no obstante lo elevado de estas reflexiones, no podemos reconocer exactitud en ellas, siendo mas aplicables á los recursos de retención de que hablaremos mas adelante, que á los de protección y fuerza. La frase *al real auxilio*, equivalente sin duda á la de *protección*, se encuentra citada, no ya en el epígrafe de la ley 14, tit. 2, lib. 2.º de la Nov. Recop., dada por don Felipe V en 16 de julio de 1702, que es sin duda á la que se referia el señor Tejada, puesto que trata de las causas del Patronato, sino en el epígrafe del referido tit. 2.º, comprensivo de leyes que versan sobre los diferentes recursos de fuerza, incluso los llamados de protección del concilio de Trento, que es á los que se refiere verdaderamente aquella frase. Y en efecto, las palabras *protección* y *auxilio* denotan el socorro, amparo ó ayuda que se presta por una persona á favor de otra, para librarla de la opresión que sufre, mas no pueden aplicarse con exactitud á los actos que verifica una persona en favor de sí propia para librarse de la opresión ó agravios que se le infieren. Estos actos se llaman propiamente de *tutición* y *defensa*, y la persona que los ejecuta se dice que se defiende, y no que se auxilia ó protege. Así se consigna espresamente en la ley 14 citada, puesto que en ella se dice, que «en las causas de real Patronato se ejercita la jurisdicción *tuitiva*, mandando venir á la cámara los autos, y reteniéndolos en caso de estimarse por de Patronato, á lo cual se procede por provisiones regias, y proceso que se dice *per contemptum Regiæ dignitatis*, cuyo remedio es mas lleno y perfecto que el de la fuerza y mas propio para la *defensa* del Patronato, con el cual no se necesita el recurso vulgar de las fuerzas, antes bien, es impropio de la autoridad real y su poder decir se le hace fuerza y

agravio.» Sin embargo, en la misma ley se consigna, que puede haber recursos de fuerza en las causas de Patronato por incidencia de cuestiones entre las partes, y en las leyes anteriores á esta, que son las 12 y 13, se determina la autoridad que debe conocer por via de fuerza de los pleitos tocantes al Patronato real.

1681. Los recursos á que se refiere verdaderamente la palabra *protección*, se hallan determinados espresamente de una manera exacta y constante en nuestras leyes sobre esta materia y en nuestros autores mas acreditados, y que corresponde al verdadero sentido de esta palabra y á la aplicación que de ella se hizo en su origen. Segun estas leyes y autoridades, los recursos de protección son los que versan sobre agravios inferidos por jueces eclesiásticos ejerciendo su jurisdicción contra lo prescrito por las leyes de la Iglesia, contra personas eclesiásticas, para que el monarca haga que los jueces eclesiásticos procedan con arreglo á sus cánones y decisiones en virtud de la obligación que tiene y se ha impuesto de prestar á la Iglesia su auxilio, y en consecuencia de la mútua protección que dehan darse ambas potestades para el mas fácil y pronto cumplimiento de su misión respectiva. No se refieren, pues, estos recursos á los abusos que cometen los jueces eclesiásticos, invadiendo ó usurpando la jurisdicción secular, ó no observando las leyes civiles sobre el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica, pues en tales casos la acción de la autoridad ó potestad civil no hace mas que reivindicar su jurisdicción, sus derechos propios, declarando que la autoridad eclesiástica usurpa sus atribuciones ó infringe las leyes civiles, y aun cuando se dice que presta su protección al agraviado por aquellas invasiones, esto debe entenderse en el sentido general y comun de la palabra *protección*, mas no en el sentido de que preste y auxilie á la potestad eclesiástica. Esta doctrina la vemos consignada en nuestras leyes, las cuales al usar de la palabra *protección* solo se refieren á los recursos que tienen el objeto referido, y son todos los que versan «sobre la ejecución, cumplimiento, conservación y defensa de lo ordenado en el Santo Concilio de Trento,» como dice el epígrafe de la ley 13, tit. 1, lib. 1 de la Nov. Recop., dada por Felipe II en 1561, por la que se admitió en España lo dispuesto en este Concilio, declarándose el Soberano su protector y defensor, segun se ve por estas palabras: «Y habiéndonos S. S. enviado los decretos del dicho Santo Concilio, Nos, como rey católico y obediente y verdadero hijo de la Iglesia, queriendo satisfacer y corresponder á la obligación en que somos, y siguiendo el ejemplo de los reyes nuestros antepasados de gloriosa memoria, habemos aceptado y recibido, y aceptamos y recibimos el dicho Sacro Santo Concilio, y queremos que en estos nuestros reinos sea guardado, cumplido y ejecutado, y daremos y prestaremos para la dicha ejecución y cumplimiento y para la conservación y defensa de lo en él ordenado *nuestra ayuda y favor*, interponiendo en ello *nuestra autoridad y brazo real*, cuanto sea necesario y conveniente.»

Así, pues, son recursos de fuerza y protección:

1.º El que se interpone cuando dos jueces eclesiásticos compiten sobre

el conocimiento en primera instancia, recurriéndose á la potestad secular para que declare que hace fuerza en conocer el que usurpa la jurisdicción y quede el otro juez libre para ejercer esta.

Así se declara en la ley 17, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recop., espresando que este recurso tiene lugar en virtud del *derecho protectorio* ó del Santo Concilio de Trento, por determinarse en él los jueces eclesiásticos que deben conocer en primera y segunda instancia.

2.º Los que se establecen contra el Nuncio y los tribunales superiores eclesiásticos cuando impiden y perturban el ejercicio de la jurisdicción que corresponde en primera instancia á los ordinarios. Así se consigna en la ley 6, tit. 4, lib. 2 de la Nov. Recop., diciéndose, que «no pudiendo mantenerse el buen orden de la disciplina eclesiástica si los súbditos no permanecen sujetos á sus superiores inmediatos, y si estos no tienen espedita y libre su jurisdicción ordinaria para el conocimiento y determinación de sus causas en primera instancia, tan recomendada por el concilio de Trento, por el breve de facultades del Nuncio y repetidas constituciones pontificias, como ofrecida observar por el concordato del año 1757 y el de 1640, obligándose en este la Nunciatura á no perjudicar en manera alguna á los ordinarios en sus primeras instancias. . . se encarga á los jueces de apelación que observen lo dispuesto por el Concilio y Concordatos sin perjudicar en manera alguna las primeras instancias de los ordinarios, quienes deberán defender con celo y constancia su jurisdicción, dando cuenta al Consejo de las contravenciones é impedimentos por medio de su fiscal, para que interese su oficio en la *protección y tuición* de la autoridad de los ordinarios á quienes S. M., como *especial protector del Concilio de Trento y sagrados cánones*, no dejará de dispensar su soberano *amparo y protección*, por medio del Consejo encargado estrechamente por las leyes de que se observe y cumpla lo dispuesto y ordenado por el Concilio de Trento.

3.º Los que se promovían antes sobre protección de regulares cuando los jueces superiores de estos, el Nuncio de Su Santidad ó la Rota Española, en sus procedimientos judiciales, ó los visitadores y superiores de los mismos regulares, en las medidas que en las visitas y demás acordaban contra ellos, no se sujetaban á lo dispuesto en la sección 25 de *Regularibus* del referido Concilio de Trento para que el Soberano, interponiendo su *protección*, procurase su observancia. Véanse las leyes 1, tit. 26, lib. 1, y 2, 3, y 6, tit. 4, lib. 2 de la Nov. Recop. La obligación de la potestad secular para dispensar su protección y amparo en el cumplimiento de estas disposiciones, se funda en el cap. 22 de la sección 25 citada del Concilio, en que se leen estas palabras: *Hortatur etiam Sancta Synodus omnes Reges, Principis, Respub. et Magistratus, et in virtute Sanctæ obedientiæ præcepit, ut velint prædictis episcopis, Abbatibus, ac Generalibus et cæteris Præfectis in superius contentæ reformationis executionem suum auxilium et auctoritatem interponere, quoties fuerint requisiti, ut sine ullo impedimento præmissa recte exequantur ad laudem Dei Omnipotentis.*

En el reglamento provisional para la administración de justicia, se cali-

fica también de recursos de *protección* á los interpuestos sobre la ejecución del Concilio de Trento, y á los de regulares: art. 90.

Entre los autores que califican de recursos de protección á los de fuerza que llevamos enumerados, solo citaremos entre los antiguos al célebre Salgado que titula su obra sobre esta clase de recurso *De regia protectione vi oppressorum et appellantium a causis et iudicibus ecclesiasticis*, y entre los modernos al Excmo. señor don José Alonso, quien en su *Tratado teórico práctico de los recursos de fuerza y protección*, Part. 1, lib. 1, tit. 1, sección 2, dice lo siguiente: Es unánime el consentimiento de todos los tiempos en orden á la obligación que por especial recomendación y encargo de Cristo tienen los príncipes seculares cristianos de proteger la Iglesia y sus determinaciones canónicas. Así lo espresan diferentes Santos Padres, cuyas obras son tan conocidas y están tan manejadas en esta parte, que es supérfluo darlas aquí á conocer. Los reyes de España desde Recaredo desempeñaron fielmente este encargo. Pero además de este concepto general, tienen aquellos otro mas especial, procedente de haberse declarado protectores del Concilio de Trento y de su exacto cumplimiento en su reino respecto de cuanto en él se estableció.»

1682. No faltan jurisconsultos que consideran impropio que se aplique á los recursos de protección la calificación de recursos de fuerza. Así el señor Escriche en su Diccionario de Legislación, palabra, *Concilio de Trento*, después de sentar que el Consejo de Castilla conocía de los recursos de fuerza y protección, dice que suprimido este Consejo conoce el Tribunal Supremo de España é Indias de los recursos de *protección* «y no usa de la palabra *fuerza*. Así lo espresó también el señor Carramolino en la discusión en el Senado del proyecto de ley sobre atribuciones del Consejo de Estado. Pero esta doctrina no está conforme con nuestras disposiciones legales, puesto que califican de recursos de *fuerza* á los de *protección del Concilio de Trento*, las leyes 10 y 11, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recop., la 9, tit. 2 del mismo libro, á los de protección de regulares; y el art. 90, § 10 del reglamento provisional para la administración de justicia dice que corresponde al Tribunal Supremo conocer de los recursos de *fuerza ó protección* de regulares.

1683. Dáse también á algunos recursos conocidos con el nombre general de fuerza, la calificación especial de recursos de retención. Tales son por ejemplo, los de retención de causas sobre asuntos del real Patronato y los de retención de bulas, breves y rescriptos apostólicos que se opongan á las regalías de la corona, al orden y gobierno ó leyes del reino, al Concilio de Trento y á la disciplina eclesiástica. Esta calificación es mas propia y adecuada que la de fuerza al objeto de dichos recursos, puesto que se reduce á retener los documentos ó los autos que inferen el agravio ó la usurpación de atribuciones. Por esta razón sin duda, al mencionar la ley 14, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recop., que en las causas sobre patronato real se daban dos remedios, uno de fuerza y otro de retención, espresa que estos remedios son *distintos en naturaleza*: por eso también el reglamento provisional para la

administracion de justicia atribuye al Tribunal Supremo el conocimiento de las demandas sobre retencion de bulas, breves y rescriptos apostólicos y de los negocios contenciosos del real Patronato, sin usar de la palabra recursos de fuerza.

Mas, sin embargo, el hallarse calificados de recursos de fuerza los sobre negocios del real Patronato en las leyes 12 y 13, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recop., y el contenerse algunas disposiciones sobre bulas en el mismo tit. 2, lib. 2 de la Nov. que trata de los recursos de fuerza, como se vé en la ley 22 que previene no se admita bula ni breve contra estos recursos; el tratarse de la retencion de bulas en el título siguiente 3.º de dicho libro, usándose de la palabra fuerza, en la ley 1, que versa sobre el modo de predicar las bulas y de proceder los diputados comisarios de ellas, y sobre todo, el tener por objeto su retencion, impedir que ofendan las regalías ó las leyes, disciplina y gobierno del reino, ha dado ocasion á que se designen estos recursos como de fuerza en la práctica constante del foro y por varios escritores y autoridades, entre ellas el Colegio de abogados de Madrid, quien en su célebre informe sobre las conclusiones de Valladolid insertó en la Real provision de 6 de setiembre de 1770, consignó que los recursos de retencion son verdaderas especies de los que se llaman de fuerza ó proteccion, apoyándose en la autoridad de Salgado, que dice, que la retencion es recurso de fuerza, que el monarca puede declarar cometerse esta respecto de las bulas que tienen vicios de obrepcion ó subrepcion, ó causan violencia ó pueden perturbar la tranquilidad pública, suplicando de ella á Su Santidad para que mejor informado, pueda remediar estos inconvenientes.

## § II.

### Origen de los recursos de fuerza.

1684. Acerca del verdadero origen de los recursos de fuerza se han sostenido animadas y largas controversias entre los tratadistas y juriscónsultos, segun han propendido á estender mas ó menos los límites de las potestades y jurisdicciones eclesiástica ó secular, ó á fortificar y agrandar bajo este punto la esfera del sacerdocio ó del imperio.

1685. Los señores Goyena, Aguirre y Montalban, en el Febrero reformado, movidos, en nuestro juicio, de cierto espíritu de regalismo, se esplican sobre este particular en los términos siguientes:

«Constituidas las sociedades, no pudieran subsistir sin los auxilios de la religion, ni esta produjera los saludables efectos que todos los días se experimentan, si no hubiera un gobierno separado del civil, y una escala de autoridades que velasen sobre el cumplimiento de los sagrados preceptos que le constituyen.

»Reconocida en España la religion católica como religion del Estado, preciso es buscar en el Evangelio la clase de autoridad que ejercen sus ministros y los límites á que deben circunscribirse: art. 41 de la Constitucion de 1837.

»Jesucristo, fundador de la religion católica, trazó la línea divisoria entre los dos poderes civil y eclesiástico, con las memorables palabras *regnum meum non est de hoc mundo*.

Bajo este principio, estableció la jurisdiccion eclesiástica, cuando dirigiéndose á San Pedro, dijo: *tu est Petrus et super hanc petram edificabo ecclesiam meam; et tibi dabo claves regni cælorum: et quodcumque ligaveris super terram, erit ligatum et in cælis: et quodcumque solveris super terram, erit solutum et in cælis*: San Mateo, cap. 16, vers. 19.

»Esta misma y esclusiva potestad se confirió á los apóstoles, y de estos se ha trasmitido á los obispos sus legítimos sucesores.

»Pero como los excesos de los cristianos pueden salir de la esfera de los pecados, para determinar que la jurisdiccion criminal no compitiera á las autoridades eclesiásticas en la correccion de los delitos, dice el apóstol San Pablo: *Omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit, non enim est potestas nisi á Deo... itaque, qui resistit potestati. Dei ordinationis resistit, Dei enim minister est tibi in bonum: si autem malum feceris, time, non enim sine causa gladium portat. Dei enim minister est, vindex in iram, ei, qui malum agit*: San Pablo á los rom., cap. 13, v. 1 y siguientes.

»Se ve, pues, por los testos insertos, que la autoridad de los apóstoles se redujo á las cosas espirituales y demás pertenecientes al gobierno de la Iglesia, con exclusion de las profanas y temporales, y que el conocimiento de estas últimas, así como el de los delitos comunes civiles, permaneció á cargo de las autoridades seculares supremas y sus magistrados, tanto en los casos en que los reos fuesen legos como en el de que fuesen eclesiásticos.

»Por espacio de algunos siglos la potestad eclesiástica se circunscribió á los extremos rigurosos de su jurisdiccion; pero sucediendo los tiempos, se fue ensanchando paulatinamente en virtud de concesiones de los príncipes de tal modo, que llegaron á conocer los tribunales eclesiásticos de las cosas de los clérigos, á quienes se concedió la escepcion de no poder ser emplazados ante los juzgados seculares por demandas contra sus cosas ó sus personas.

»En la época de Constantino el Grande, se ven los primeros ensanches de la jurisdiccion eclesiástica, y los obispos empezaron á conocer de las causas pertenecientes á las personas, las cosas y los derechos de los eclesiásticos, tratadas hasta entonces ante los jueces seculares. La piedad de este emperador, ó tal vez una razon política, les concedió que por sí mismos juzgasen y dirimiesen sus competencias, segun Graciano. Pasado algun tiempo el clero no miró esta gracia (que prescindimos sea cierto ó no fuese dispensada por Constantino), como tal, sino como un deber en restituírle un derecho que pretende emanar del derecho divino; pero sin mas que pasar la vista por las autoridades espuestas, se convencerá el error de semejante doctrina.

»Del mismo modo estendieron los límites de su jurisdiccion al conocimiento de varios asuntos puramente profanos, por iguales concesiones de



la potestad secular, fundada en razones mas ó menos justas; tales como la intervencion en el cumplimiento de las cargas piadosas, en la publicacion de los testamentos y formacion de inventarios.

«El deseo de aumentar el poder que algunas autoridades ambicionaban y los abusos de su potestad en el modo de proceder, dieron márgen á los agravios que se irrogaron á los legos, y con estos agravios nacieron los recursos de fuerza.»

1686. Respetando la autoridad de los ilustrados escritores cuyas ideas acabamos de esponer, no nos es posible admitir, por creerlas inexactas, ni la interpretacion que hacen de los textos sagrados que citan, ni las consecuencias que de ellos deducen para establecer el origen de los recursos de fuerza.

Y en efecto, aun cuando de los varios textos sagrados y disposiciones canónicas que espondremos mas adelante, no se dedujera un fundamento en que apoyar la jurisdiccion temporal de la Iglesia, no es necesario texto alguno que espresamente la establezca, como lo es para establecer la jurisdiccion espiritual eclesiástica.

El Salvador del mundo dió espresa y determinadamente á los apóstoles esta potestad espiritual, enviándolos con la misma con que habia sido enviado por el Padre para la salvacion humana, porque sin esta delegacion hecha por Jesucristo no pudiera haberla recibido la Iglesia. Mas en cuanto á la otra clase de jurisdiccion, no era necesario declaracion esplicita, porque bastaba el mero hecho de haber instituido Jesucristo, como instituyó en su Iglesia una sociedad visible, perfecta y verdadera con su régimen y gobierno, sus magistrados los apóstoles y entre ellos un superior en jurisdiccion y dignidad á los otros, para que se entendiese que esta sociedad tenia en su misma institucion todo el poder propio y necesario de otra cualquiera república para su buen régimen y duracion perpétua, y era forzoso que tuviera y de todo ello asi se deducia, facultad propia de hacer leyes, imperio y jurisdiccion para exigir su cumplimiento y establecer penas y tribunales para juzgar y aplicarlas; la sociedad visible de gobierno no visible distinta de lo civil, con cosas y personas peculiares á la misma como las tiene esta, y sobre las cuales habia de aplicar tambien su potestad como otra sociedad cualquiera. Instituida, pues, la Iglesia de esta suerte para que fuese depositaria de la potestad espiritual, adquirió la sociedad eclesiástica como consecuencia de dicha potestad, la otra clase de jurisdiccion que tiene de comun con las demás sociedades políticas. En este sentido y por la excelencia de dicha potestad espiritual puede decirse que esta es la propia de la Iglesia, y que por causa de ella fundó Jesucristo la Iglesia, determinando las leyes pertenecientes á la religion y á la felicidad eterna de los individuos que en esta república se contienen, y no cuidándose tanto de marcar el mando y los derechos en lo relativo á lo que tenia de comun con las demás sociedades, Y esta fue la razon porque cuando Pilatos preguntó á Jesucristo si era rey de los judios, le contestó el Señor, que su reino no era de este mundo. No porque Jesucristo no fuese rey verdadero de este mundo ó tu-

viera limitada la potestad de mandar á los hombres el que era dueño de todas las cosas y habia recibido de su Padre el poder de juzgar (Joann. 22), sino para manifestar que su principal solicitud versaba sobre los puntos de religion y eterna felicidad de los hombres. Asi es que no dijo: *regnum meum non est hujus mundi, ó non est in hoc mundo*, mi reino no está en este mundo, sino no es de este mundo, *non est de hoc mundo*; no dijo: *nunc regnum meum non est hic*, no está aquí, sino, *nunc regnum meum non est hinc*, (Santo Tomás, lect. 4, cap. 18 en el Evangelio de San Juan). Decí que su reino no es de aquí, equivale á decir que no es de este mundo, porque no ha tenido origen de ocasiones humanas, ó por eleccion de los hombres, sino de otra procedencia, de su mismo Padre; San Crisóstomo en Job. Homil. 83, pág. 496, tomo 8. No negó el Señor que era rey como hombre, sino que dió á conocer que no era tal rey como pensaba Pilatos por conspiracion del pueblo súbdito del emperador (San Agustin), y que si bien era rey, no habia manifestado su reino, pues habia venido á ser juzgado y á redimir muriendo al género humano y entrar así en su gloria y juzgar (San Agustin). Tenia, pues, la regia potestad, pero no la habia manifestado administrando el reino temporal (Santo Tomás). Mi reino no es de este mundo, es decir, comenta San Agustin, soy rey, pero no te alarmes por eso, ni temas que usurpe el mando al emperador; no te agites ni te arrojes por temor á ningun crimen, como hizo Herodes degollando tantos inocentes, figurándose que venia á quitarle la corona.» Mi reino no es de este mundo, añade San Cirilo, transitorio y terrenal, creado en tiempo y destinado á perecer con él, sino por el contrario, sempiterno, celestial, de cuya gloria gozarán todos los que observen mi santa ley. La Iglesia, dice, esplicando este texto, el sabio obispo de Canarias don Judas José Romo, en su obra sobre la Independencia constante de la Iglesia hispana, que es el reino de Dios, estará en la tierra hasta la consumacion del mundo, espone el Crisóstomo; pero como peregrina, de tránsito, como un viajero que va afanado en busca de su felicidad hasta llegar al término de sus deseos. Hé aquí el sentido literal y místico de la respuesta de Jesucristo de que abusan tanto los novadores. Su reino no es de este mundo, bien sea que se adopte por la potestad temporal el despotismo, la forma monárquica, la republicana, la constitucional ó mista, la Iglesia no se mezcla ni tiene que intervenir en ello, su término final es la salvacion de las almas y el reino de los cielos, y con tal que no la pongan obstáculos en tan noble empresa, camina tranquila por la carrera que Dios le ha señalado. Ahora bien, la carrera que Dios le ha señalado comprende la estension del universo; y esta mision ha de cumplirse necesariamente.... y debiendo los apóstoles y sucesores predicar y enseñar á todas las gentes del mundo, segun la palabra y el ejemplo de su divino Maestro, no están autorizados para establecerse en la tierra y formar el gobierno que sufrague al cumplimiento de su divina mision. ¡Cómo han de predicar la fe de Jesucristo si no crea los correspondientes y necesarios o bispos! ¡Cómo han de descargar á los obispos de su obligacion, si no crean presbiteros y diáconos! ¡Cómo los

han de formar según los cánones si no inspeccionan sus estudios....! Háse dicho por los novadores que la iglesia carece de autoridad disciplinal para ejercer su gobierno, y yo veo que los apóstoles en Jerusalem nombran obispos; veo tambien que estando encargados antes por sí mismos de la distribución de las limosnas, varían la disciplina, encomendando este ministerio á los diáconos; veo que se demarcan en grande sus respectivos campos en los que habian de sembrar la fe, y por consiguiente, sin salir de los primeros actos públicos de la Iglesia congregada, encuentro que ejerció al instante la autoridad de nombrar sus obispos y ministros, disponer de sus bienes y acomodar la demarcacion al mejor desempeño de sus ministeriales.»

1687. Acerca del testo de San Pablo: «Toda alma está sujeta á una potestad mas sublime, (tc.)» no debe perderse de vista que según los santos padres, el testo de San Pablo debe entenderse como refiriéndose á toda potestad legitima sin escluir ninguna; y siendo la potestad eclesiástica verdadera y legitima y mas sublime que la secular, se debe entender el testo citado como refiriéndose mucho mas á aquella potestad que á esta. Asi San Bernardo en la epístola 42 á Enrique, obispo de Senes, dice, que si se debe prestar sumision y obediencia á las potestades del siglo por el testo citado, mucho mas debe prestarse á los sacerdotes, ó sea á los pastores de la Iglesia, y principalmente al vicario de Cristo. Mucho antes de San Bernardo, demostró San Basilio el Grande que el testo citado debe entenderse tambien de la obligacion que tienen algunos de sujetarse á sus superiores eclesiásticos. (Sermon ascético núm. 2.) Y el mismo apóstol San Pablo en la epístola 2.ª á los corintios demostró, que podia usar de la severidad de los castigos, según la potestad que se le habia dado por el Señor, y en su consecuencia que tiene potestad la Iglesia de usar de dicha severidad, la cual ejerce, no por concesion de los hombres, sino de Dios mismo; con lo cual da á entender el apóstol, que entre la potestad mas sublime á que debe estar toda alma sujeta, debe comprenderse la eclesiástica. Finalmente, San Juan Crisóstomo en la 15.ª homilia sobre la epístola segunda á los corintios enseña, que debe admitirse otro principado superior al político, y tal es el de la Iglesia del cual habla San Pablo al decir, *obedite praepositis vestris et subjacite eis*, y observa al fin, que este principado es tanto mas escelente del político cuanto es mas sublime el cielo de la tierra.

1688. A los testos sagrados espuestos en contra de la jurisdiccion temporal eclesiástica agregan otros autores el del cap. 12, vers. 11 de San Lucas, sobre el mismo Señor contestó á uno que le pedia fuese árbitro en la particion de bienes de una herencia *¿quién me constituyó juez y distribuidor entre vosotros?* Mas á esto se contestó, que si no entendió en la particion de dicha herencia, no fue porque no tuviese potestad para ello, puesto que según dice el Apocalipsis: *habet scriptum in fenore suo rex regum et Dominus Dominantium*, cap. 18, v. 16, v. San Cipriano, lib. 2, *adversus judeos*, num. 30), y que leemos en el Evangelio, antes de su pasion: *omnia dedit ei Pater in manus*; San Juan, 13, v. 3, y Santo Tomás dice:

cap. 13, lect. 4.ª) *In potestate ejus dedit Deus Cristo homini ex tempore que tamen fuerant in potestate filii ab aeterno*, sino porque no quiso dividir la herencia para quitar el vicio de la codicia en quien le proponia su division; mas no por esto debe entenderse que prohibiera á sus ministros hacer de jueces por bien de la paz ó por librar á los pobres de la opresion. Asi es que muerto Jesucristo ejercieron los apóstoles, no solo la potestad espiritual que les habia dado el Señor en las cosas sagradas y divinas, sino la potestad que tenian como magistrados puestas al frente de la sociedad cristiana para regirla y gobernarla, y administrar justicia en varios casos. San Agustin en el sermón 24 sobre el salmo 118 dice: que el apóstol San Pablo se habia constituido á sí y á los demás obispos en jueces eclesiásticos. *Maligni infirmos premunt, et causas suas ad nos ferre compelunt, quibus dicere non audemus, dic homo quis me constituit judicem aut divisorem inter vos? Constituit enim talibus causis ecclesiasticis apostolus cognitores, in foro prohibens judicare christianos*. Asi escribia San Pablo á Timoteo. «No recibas acusacion contra el presbítero sino con dos ó tres testigos. (Epíst. 1 ad Timot. cap. 5, v. 19). El mismo San Pablo dice en otro lugar (*de operibus monach*, cap. 29), que preferia ocuparse en trabajos manuales á sufrir las tumultuosas perplejidades de causas ajenas, sentenciando como juez sobre negocios seculares, ó cortándolos como mediador amigable, añadiendo á continuacion; *quibus non molestiis idem affixit apostolus non utique suo sed eos qui per eum loquebatur arbitrio*: y en otros varios pasajes amenazó á los corintios con azotes, asegurándole estar pronto á castigar toda desobediencia, y fulminó penas contra un corintio que cometió incesto con su hijastra: (Apóst. 1 ad corinth. 10, 6, ad corinth. 5.)

1689. Entre los principales testos sagrados en que se apoya la existencia de la jurisdiccion eclesiástica, solo citaremos el del capítulo 18, versículo 15 de San Mateo, que dice: si ha pecado vuestro hermano, reprehendedle á solas; si no os escucha, llamad á uno ó dos testigos, y si tampoco os escucha, decírselo á la Iglesia, y si no escucha á la Iglesia, tenedlo por publicano y por pagano. Este testo marca los requisitos propios del juicio eterno, acusador, reo, juez, conocimiento de causa y sentencia. Y si se quiere entender que en él solo se refiera San Mateo á la jurisdiccion eclesiástica espiritual de la Iglesia, citaremos la célebre epístola 1 de San Pablo á los Corintios, cap. 6, v. 1 y siguientes, que principia: *¿Hay alguno de vosotros que se atreva á citar á juicio á otro ante el tribunal de los iníquos y no ante los cristianos apud sanctos?* y en el que declaró el apóstol, que el poder temporal no tenia verdadera jurisdiccion sobre los cristianos, sino que esta era propia de la Iglesia. Es cierto que no faltan quienes interpretan este testo, diciendo, que en él solo trató San Pablo de reprender á los corintios su falta de caridad, exhortándoles á que prefieran al mas humilde de los fieles á los jueces paganos en las cuestiones litigiosas, que solo les aconsejó que pusieran sus diferencias entre los fieles y las terminasen sin discusiones forenses, en un juicio arbitral, sin carácter de verdadero juicio y sin mas fuerza en sus decisiones que la que le daban los

mismos que se sometían á su cumplimiento voluntariamente, que puesto que en el testo referido no designó al obispo ú otro sacerdote, no reconoció jurisdicción en ellos para juzgarles; que para esto hubiera sido necesario señalar en dicho testo las frases que declaraban la incompetencia, y en cuya virtud se creaba el tribunal que habia de aplicar en la Iglesia la jurisdicción que se le trasmitía; hubiera sido indispensable hallar en él la comision concedida á uno de los ministros de la Iglesia, únicos que en ella ejercen la autoridad confiada por Jesucristo á los apóstoles. Para contestar cumplidamente á esta observacion, conviene trasladar el testo íntegro de San Pablo. Dice así. *Audet aliquis vestrum habens negotium adversus alterum, judicare apud inicos et non apud sanctos, an nescitis quoniam sancti de hoc mundo judicabunt? et si in vobis judicabitur mundus, indigni estis qui de minimis judicetis? nescitis quoniam Angelos judicabimus? quanto magis secularia? Secularia judicia si habueritis contemptibiles qui sunt in Ecclesia illos constituite ad judicandum... Sic non est inter vos sapiens quisquam qui possit judicare inter fratrem suum?* Lo esplicito, enérgico y severo de estas palabras no permiten ver en ellas un mero consejo, sino un precepto. La palabra *sanctos* de que se vale aquí San Pablo al reprender á los corintios, porque no sometían sus controversias á los cristianos, indica claramente que se refirió á los ministros sagrados, á los obispos, y lo mismo revela la frase en que les dice: *nescitis quoniam angelos judicabamus? Quanto magis secularia?* esto es, ¿no sabéis que resolvemos sobre las cosas sagradas y espirituales, pues con cuánta mas razon no hemos de entender en los asuntos seculares y profanos? estableciendo aquí San Pablo el fundamento de la jurisdicción temporal de la Iglesia en la jurisdicción espiritual que es su verdadera base, según hemos sentado. Pudiera favorecer tambien esta interpretación la frase de que acudiera antes que á los jueces paganos á los mas sabios, á los mas idóneos de los cristianos, *contemptibiles*, puesto que los mas sabios eran los ministros sagrados, los obispos: mas aun conviniendo en que San Pablo quiso referirse con esta frase á los simples fieles, aconsejando el juicio arbitral, esto no destruiria el precepto y la declaracion enunciadas, de que los ministros sagrados eran competentes para conocer de los negocios profanos, y solo indicaria la caridad y mansedumbre con que ha procedido siempre la Iglesia, para establecer la paz y concordia entre los fieles, sin reparar en ceder de su autoridad, reconociendo al juicio arbitral y los demás medios estrajudiciales.

1690. Esta doctrina la vemos apoyada aun en autores nada sospechosos por sus ideas á favor de la autoridad secular. Walter, en su Manual de derecho eclesiástico universal, párrafo 177, dice lo siguiente: «Desde el tiempo de los apóstoles estaba recomendado á los cristianos el no someter sus reclamaciones al juicio secular y transigirlas amistosamente ó ponerlas en manos del obispo. Lo que no pasaba de exhortacion para los legos era obligacion para el clero que debe dar ejemplo y modelo de caridad cristiana: por eso se prohibió con penas eclesiásticas el citar un clérigo á otro de su clase para ante un juez ordinario, porque debian dirigirse á su obispo y dar este cuenta a

*sinodo.*» Así, pues, según este testo, los obispos entendían de los pleitos de los clérigos por derecho propio, ejerciendo verdadera jurisdicción, ó adquiriendo fuerza sus decisiones, no en virtud del consentimiento de las partes, sino por efecto de dicha jurisdicción competente; y solo respecto de los pleitos de los legos, puede decirse que entendieran como árbitros, bien fueran los obispos, bien otros cristianos doctos.

1691 De la carta citada de San Pablo, así como de varios testos de los Santos Padres y de los Concilios, se deduce que los obispos entendían de los negocios judiciales de los fieles y en especial de los clérigos en los tres primeros siglos de la Iglesia, mientras el imperio romano estuvo en poder de los gentiles. Y no solamente ejercían esta jurisdicción por derecho propio, sino tambien por razones de conveniencia y de necesidad en la época á que nos referimos, aun en lo tocante á los pleitos sobre asuntos temporales de los seculares, puesto que, regida la sociedad civil por emperadores paganos, era conveniente y aun necesario evitar que concurrieran los cristianos á los tribunales de los gentiles, porque haciéndoles jurar en ellos por el genio de los emperadores y por los falsos dioses, era de temer que apostatasen de sus creencias, sino tenían la fuerza y la fe suficientes para confesar, y arrostrar el martirio. Es cierto que en estos tiempos no aparece con toda claridad y distincion y en todo su desarrollo la jurisdicción eclesiástica, porque no hallándose sancionada ni reconocida la existencia de la Iglesia por los emperadores, antes por el contrario, perseguida rigurosamente, se veía obligada á ocultarse en el silencio y en la oscuridad de las catacumbas, no tenía relaciones directas y públicas con la sociedad temporal, ni gozaba de la conveniente libertad exterior para consignar y desenvolver sus derechos. Mas dada la paz á la Iglesia por Constantino el Grande y reconocida de un modo oficial y público la legitimidad y aun la necesidad de su existencia, pudo ostentar y desarrollar las instituciones que constituyen su poder, según las reglas dictadas por su Divino Fundador, y la jurisdicción para ejercerlo, y apareció ya claramente la estension y límites de sus atribuciones. Sin embargo, la Iglesia al desenvolver su existencia y sus relaciones con el poder civil, agradecida á los emperadores cristianos por los beneficios que la dispensaban, les concedió el ejercicio de parte de sus facultades jurisdiccionales que no afectan á la jurisdicción espiritual, y aun reclamó su intervencion y amparo para el mas pronto y espedito ejercicio de sus atribuciones, no existiendo ya temor de que pudiera cometerse esceso ni usurpacion alguna por príncipes iluminados con la luz del Evangelio, al paso que ella por su parte interpuso tambien su benéfica influencia para el sostenimiento y libre desarrollo del poder soberano secular, arreglándose entre el sacerdocio y el imperio concordias que armonizaron y favorecieron el ejercicio de ambas potestades. En su consecuencia; si bien se reservó la Iglesia el conocimiento de los negocios ó causas espirituales de todos los fieles, así clérigos como legos, pues todos los que por el bautismo pertenecen á la clase de hijos de la Iglesia, están subordinados á la autoridad de la misma en orden á las cosas sagradas y divinas, é igualmente

el conocimiento en general de lo civil y criminal respecto de los clérigos, los cuales están sujetos al juicio de la Iglesia, aun en los negocios temporales, no por razón de la naturaleza del asunto, que como temporal pertenece á la potestad secular, sino como súbditos de la Iglesia, como personas constituidas en una dignidad especial, y que por lo tanto deben ser juzgadas por ella y en ciertos casos castigadas con penas especiales eclesiásticas, tales como la suspensión de orden ú oficio, se descargaron los magistrados de la Iglesia del conocimiento de ciertos asuntos propios de la administración civil ó que se rozaban con ella, y que habian estado á su cargo, por no ser conveniente llevarlos á los tribunales de los infieles, por las razones ya indicadas, y toleraron que compareciesen á veces los clérigos en los tribunales seculares cuando eran demandados, y la intervencion del poder temporal en otros asuntos semejantes. De esta suerte, se trazó la línea divisoria entre las dos potestades y se determinaron los cosas y personas propias de cada una, con acorde armonía y mútua protección y auxilio. Y de estas concordias tomaron fundamento las alteraciones y desmembraciones que sucesivamente han ido sufriendo los tribunales eclesiásticos respecto del conocimiento de ciertos asuntos que se les habian atribuido en tiempos y circunstancias especiales. Tales son, por ejemplo, las controversias que incidentalmente ocurrían al entender en las causas matrimoniales, sobre dotes, alimentos, donaciones esponsalicias, etc., los negocios sobre testamentarias, los interdictos posesorios sobre bienes beneficios; sobre pago de derechos en las causas funerarias, aparatos fúnebres y violaciones de sepulturas y otros varios que en el día pertenecen á la jurisdicción secular.

1692. Algunos escritores sin embargo han sentido, que elevada con Constantino la verdadera religion al solio, la jurisdicción de la Iglesia no recibió mas alteracion que la autoridad que la ley civil concedió á las sentencias arbitrales de los obispos, y que la jurisdicción eclesiástica no se estendió á lo temporal en virtud de su naturaleza, y se fundan, en que para que así fuese, tenia que ser disminuida la del mismo imperante, y que «es absurdo creer que este, en premio de su conversion fuese lastimado en sus esenciales derechos, que un emperador cristiano tuviese menos atribuciones que un emperador gentil y perseguidor de la Iglesia.» Pero este fundamento cae por su base, porque si al convertirse al cristianismo los emperadores abjuraban los errores del paganismo, y reconocian la religion del Crucificado, y daban vida pública á la institucion de la Iglesia, ¿cómo habian de conservar el ejercicio de una jurisdicción que correspondia á esta potestad, y que tenian los emperadores gentiles como consecuencia natural de no reconocerla? Las ventajas que consiguieron los emperadores sobre este particular con su conversion, fue la influencia benéfica de la Iglesia en el orden y tranquilidad del Estado y el conocimiento é intervencion que tuvieron en el ejercicio de ciertas facultades jurisdiccionales que antes estaba en manos de la Iglesia, según hemos indicado.

1693. Otros autores han creído ver en ciertas disposiciones de los em-

peradores, autorizada su intervencion y conocimiento en ciertos negocios eclesiásticos. Para contestar á esta opinion, dejaremos hablar á un escritor de reconocida autoridad y talento, que por estar escribiendo actualmente en la vecina Francia, donde se han hecho invasiones tan notables en la jurisdicción eclesiástica, por tener el carácter de seglar y ocupar una posicion oficial en el gobierno, no aparecerá sospechoso; tal es M. Dalloz, quien en su Repertorio de legislacion, palabra *Culte*, cap. 3, art. 1, núm. 215, dice lo siguiente:

«En tiempo de Constantino habiendo llegado á ser la religion cristiana la region del imperio, fueron los emperadores de derecho sus protectores. Pero no por eso aparece que se mezclaran en reprimir directamente los abusos ó las infracciones eclesiásticas, sino que se limitaban á provocar el juicio canónico de la Iglesia, sin pronunciarlo ellos mismos. Para las medidas que habia que tomar en los diversos casos que ocurrían, se entendían con los representantes que enviaba el Papa para este efecto, y que se llamaban *apocrisarios*. Justiniano, en la novela 6, cap. 3, no admite recurso al emperador sino por medio de los apocrisarios. Así era muy difícil recurrir directamente al emperador, y en todo caso se hacia con el concurso y por medio de los apocrisarios del Papa ó de los patriarcas. En la novela 83, el mismo emperador, que fue tal vez el que mas se mezcló en los negocios eclesiásticos, no teme decir: «Si se trata de un delito eclesiástico que deba castigarse con penas canónicas, que sentencie solo el obispo, sin participacion de los jueces de la provincia, porque no queremos que conozcan de tales asuntos los jueces civiles, pues es necesario que se instruyan canónicamente y que sean castigados los culpables con penas eclesiásticas, según las santas y divinas reglas á que no se desdeñan de conformarse nuestras leyes.» Estas disposiciones no permiten admitir la existencia del recurso directo al soberano, como juez supremo de las diversas causas que lo motivan entre nosotros, lo cual no impide que hayan intervenido los soberanos en esta época, en los asuntos de la Iglesia, *pero á instancia suya*, y para sancionar sus decisiones, ó que hayan usado en circunstancias extraordinarias, directamente de su poder, para reprimir atentados públicos y violentos contra la autoridad de los obispos. Nada prueba contra esto el apoyo que dieron á ciertas sectas, porque la intervencion de los emperadores para sostenerlas, no se verificaba en oposicion de la potestad eclesiástica, sino al contrario, reconociéndola. Por eso no resolvían las cuestiones por decretos imperiales, sino oponiendo Concilios á Concilios. (Véase M. Affre, *DE L'APPEL COMME D'ABUS*, Part. 1, cap. 1). De Marca cree que la intervencion de los emperadores de Constantinopla tenia lugar en ciertos casos en que habia violacion manifiesta de los cánones (*De concord. sacerdot. et imper.*, lib. 4 cap. 7). En cuanto á los pasajes de las Novelas que se podrian oponer ó que se han opuesto, no prueban nada contra el juicio canónico. Así la novela 123 prohíbe escomulgar antes de haber examinado si lo permiten las santas reglas; pero no somete al poder civil el exámen de la causa y no permite el recurso sino al superior eclesiástico (Nov. 123, cap. 11). La novela 137, lejos de pro-

bar la intervencion del emperador en la sentencia de las causas canónicas, prueba todo lo contrario. La sentencia de estas causas se halla reservada formalmente á los metropolitanos, á los arzobispos, á los obispos, segun los casos: cap. 5). El emperador se limita á recordar las reglas antiguas y á mandar de nuevo que sean respetadas (cap. 4 y siguientes). De esta suerte se habia entendido entonces la proteccion que daba el poder civil á la autoridad eclesiástica.

Ademas no seria de estrañar que hubiera habido alguna intrusion en la jurisdiccion de la Iglesia por parte de la potestad civil, en una época que acababa de salir de la dominacion del paganismo, en la que la potestad civil reunia en sí el conocimiento y direccion de las cosas divinas y humanas, de lo sagrado y lo profano, del arreglo del culto y de los negocios temporales, y en la que no era fácil establecer exactamente los limites de las respectivas potestades secular y eclesiástica, reunidas en una sola durante tantos siglos, por derecho, y por costumbre, y cuando por otra parte, no era ni aun conveniente, al entregar á la Iglesia el uso y ejercicio de sus atribuciones, dejarla sin el auxilio y amparo de la potestad civil, tan necesario para evitar los desacatos y falta de obediencia de un pueblo no acostumbrado á reconocer la potestad eclesiástica separada de la civil, é impregnado aun de las ideas del paganismo.

1694. Mas por otra parte, lejos de verificar los emperadores romanos las innovaciones que se pretenden en la jurisdiccion eclesiástica, sancionaron el privilegio del fuero clerical, ya por sí mismos, ya á súplica y requerimiento de los ministros eclesiásticos que reclamaban su observancia como un derecho que existia anteriormente. Así Constantino en la Constitucion que dirigió á Ablavio, y que la es la 42 del Código Teodosiano, *De Episc. et Cleric.*, reconoció como competentes á los obispos para entender en los negocios de todos los cristianos, y en su consecuencia, de los clérigos. En la 47 del mismo Código y título se reconoció que los clérigos debian ser juzgados por los tribunales eclesiásticos. San Hilario dirigió á Constantino la exhortacion siguiente sobre este punto.

«Provea su Clemencia que todos los jueces encargados de la administracion de las provincias y á quienes solamente debe pertenecer el cuidado y solicitud de los negocios públicos, se abstengan en todas partes de los asuntos religiosos, y que en lo sucesivo no se adelanten á conocer, ni usurpen ni crean tener conocimiento de las causas de los clérigos. *Ut omnes ubique judices... non usurpent et putent se causas cognoscere clericorum.*» Y Barobio dice, que la ley 12 citada se dió por aquel emperador en virtud de la exhortacion de San Hilario. Justiniano consignó tambien este privilegio del fuero, en la Novela 76.

Si pues este privilegio se hallaba declarado por los emperadores, inútil parecerá citar las disposiciones de los Concilios y los testos de los Santos Padres que por su parte lo otorgaron y prescribieron. Pueden verse, sin embargo, los sinodos 3 y 4 de Cartago, que imponen la pena de degradacion á los clérigos que declinando la autoridad eclesiástica, se sometieren á la

de los tribunales civiles, el de Milevi, el de Antioquia, el de Aquileya, que condenó al obispo Paladius, por haber acudido á un tribunal civil, y el de Calcedonia, y respecto de los Santos Padres, véase á San Atanasio, *Histor. Arrian.*, á San Agustin y San Ambrosio, *Opera omnia.*

1695. Mas de cuanto llevamos dicho sobre la jurisdiccion de la Iglesia para conocer en los pleitos y causas de los clérigos, no debe entenderse de modo alguno, que estos se hallasen emancipados del poder de los principes temporales, pues por el contrario, la índole genial del cristianismo, sus máximas, sus preceptos, prescriben la obediencia, respeto y sumision á la autoridad civil, segun se ve por algunos de los testos que llevamos citados, autoridad que se considera en el Evangelio como emanada del mismo Dios.

Así, pues, á los clérigos esta prevenido espresamente por el Cristianismo el pago de los tributos al César, la sumision á las leyes civiles, la obediencia á las potestades temporales, *etiam discolis*, como súbditos que son del Estado, y el Cristianismo condena severamente toda desobediencia y alzamiento contra la autoridad legitima. Por esto nos demuestra la historia que el imperio de los Césares, de los gentiles y aun de los tiranos, no sufrió jamás contradiccion alguna de los cristianos de los primeros siglos, sino que por el contrario, los mejores ciudadanos, los mas fieles y respetuosos súbditos del imperio romano, eran los adoradores de la Cruz, no obstante ser aborrecida, despreciada y perseguida de muerte por el orgullo y furor supersticioso de los emperadores idólatras.

De todo lo espuesto se deduce lógicamente, que la Iglesia ha ejercido la jurisdiccion respecto de los eclesiásticos en negocios seculares desde su nacimiento bajo el gobierno de los apóstoles; que continuaron en ella sus sucesores los obispos durante el imperio, y persecucion de los gentiles; que Constantino Magno y demás principes cristianos que le sucedieron, hallándola ya en la Iglesia, la reconocieron, respetaron y confirmaron en sus leyes; y en fin, que los reyes y potestades temporales no se la dieron, aunque por honrar á la Iglesia, estendieron su inmunidad, concediéndole diferentes exenciones y franquicias, sino que teniéndola ya en sí misma la república cristiana desde su origen, la atacaron y protegieron, en lo cual no la dispensaron una gracia, sino que cumplieron con el deber de principes cristianos, dejándola en el ejercicio de un derecho en que siempre la conocieron.

1696. El régimen y disposiciones espuestas sobre las atribuciones y limites de la jurisdiccion civil y eclesiástica fueron adoptadas y seguidas, tanto en Italia como en España durante la dominacion de los romanos en este país. Invadido posteriormente por los pueblos del Setentrion, siguióse por los godos igual régimen y forma administrativa, si bien con las alteraciones que requeria la nueva Constitucion goda, segun nos demuestran las sabias disposiciones canónicas de las asambleas y concilios celebrados en los primeros tiempos de su dominacion, en que se trató de satisfacer las necesidades de la Iglesia y de armonizar debidamente sus atribuciones y facultades y jurisdiccionales con las del poder civil, para apoyarse mutuamente en

beneficio del Estado, llegando á adquirir su perfeccion y complemento con la abjuracion por Recaredo del Arrianismo, y su conversion al Catolicismo. Asi, pues, al paso que se daba á los obispos cierta influencia en los negocios del Estado y en la jurisdiccion secular, los soberanos ejercian tambien importantes prerogativas y notable influencia en los de la Iglesia. Respecto de la influencia del clero, vemos en los célebres concilios de Toledo regularizarse la disciplina de la Iglesia, introduciendo la paz, el órden y la estabilidad en el gobierno del reino, dirigir y templar la politica episcopal, el espíritu indócil y agreste de los bárbaros, por medio de leyes sabias igualmente ventajosas á la religion que á los vasallos; adoptar disposiciones sobre puntos mistos de temporales y religiosos, (aunque algunos escritores los han calificado de puramente temporales y politicos, pero impropriamente, pues la Iglesia tenia pleno derecho para resolver sobre ellos, aun sin contar con los soberanos, con cuya iniciativa y beneplácito se daban); tales eran, por ejemplo, las del Concilio III de Toledo, sobre la conducta que debian observar los jueces en la persecucion de la idolatría, y sobre la vigilancia activa y vivísima que debian ejercer respecto á los reos de infanticidio. Vemos asimismo, atraer naturalmente á la competencia de los concilios, la influencia moral que ejercia el clero, efecto de su saber y virtudes, el conocimiento de ciertos asuntos judiciales, autorizarse en los cánones y en las leyes del Fuero Juzgo, á los obispos para amonestar á los jueces á proceder con rectitud y para intervenir en los juicios como acompañados de estos en los casos de recusacion y aun para enmendar sus sentencias; Concilio IV de Toledo y leyes 22, 23, y 28, tit. 1, lib. 2 del Fuero Juzgo.

Acerca de la influencia que ejercian los soberanos en la jurisdiccion y negocios eclesiásticos, la Corona Gótica ejercia, segun sienta Masdeu en la España Crítica, tomo 11, § 9, á quien no se calificará de sospechoso, las regalías de dar órdenes y publicar decretos para bien de los fieles, de impedir las violencias de los jueces eclesiásticos, de nombrar obispos, y de convocar y confirmar los concilios provinciales.

Pero esta mútua influencia de ambas potestades no se ejercia con ese espíritu de rivalidad, de predominio, que en los tiempos modernos, sino con el noble objeto de protegerse y apoyarse ambas potestades eclesiástica y secular recíprocamente y de robustecer la autoridad del sacerdocio y del imperio, para la mayor prosperidad de la Iglesia y del Estado. La Iglesia ejercia su influencia para apoyar la de la Corona, en una época en que solamente la sancion religiosa podia poner las leyes al abrigo de la barbárie y rebeldía, y contando con el beneplácito del soberano; y los monarcas ejercian aquellas facultades, no en virtud de sus derechos mayestáticos, por su real investidura y carácter de soberanos sino como protectores de la Iglesia, con anuencia y beneplácito de la misma, y con importantes restricciones. «La facultad de legislar el rey en usuntos eclesiásticos, se debe entender, dice un escritor moderno, con la precaucion debida en asuntos de mera disciplina esterna y accidental: si fuera de esta se ve el rey legislando en puntos de dogma, moral ó disciplina esencial de la Iglesia, es solo en apoyo de

as decisiones concilares y de acuerdo con los obispos. En aquella íntima alianza entre el Altar y el Trono, si aquel cubria á este con su sagrado manto, el segundo esgrimia la espada contra los que acometian al primero.» Asi, por ejemplo, respecto de la eleccion de los obispos, no podian verificarla los reyes á su arbitrio, sino oyendo al Primado de Toledo y dejando íntegros los derechos del Metropolitano, y respecto de la facultad de impedir las violencias y coacciones de los jueces eclesiásticos en el ejercicio de su jurisdiccion, no resolvia el soberano sobre el fondo del negocio, sino sobre el mero hecho de la coaccion ó denegacion de justicia y como protector de la Iglesia. Asi se determina en el célebre cánón 12 del Concilio XIII de Toledo, que dispone la intervencion del soberano en el caso de que el agraviado por un obispo en una sentencia, no fuese oido por dos metropolitanos á quienes hubiera acudido reclamando contra aquel fallo.

Algunos escritores han creido encontrar en este cánón el origen de los Recursos de Fuerza, en el sentido propio de esta palabra, sin considerar que en él solo se facultaba al Monarca para interponer su autoridad temporal con el objeto de que se oyera en juicio por el Metropolitano competente al perjudicado con su denegacion de justicia, pero sin avocar al Soberano á sí, ni conferir á la jurisdiccion secular ó civil la competencia en el conocimiento de aquel negocio. De manera, que solamente pueden encontrarse en esta disposicion rastros ó fundamentos del recurso de fuerza de *no otorgar*, que se conoce en el dia, y aun respecto de este, considerándolo, no con referencia á los *Recursos de Fuerza*, en el sentido verdadero de esta palabra, sino á los Recursos de *Proteccion*, puesto que el Monarca interponia su autoridad en el caso mencionado, sobre un agravio inferido por jueces eclesiásticos, los Metropolitanos que ejercian su jurisdiccion sin observar lo prescrito por las leyes de la Iglesia y contra una persona eclesiástica, con el objeto de que aquellos jueces procedieran con arreglo á los cánones y decisiones pontificias, y puesto que esta autoridad la interponia el Monarca en virtud de la proteccion y auxilio que debia á la Iglesia, consentida y aun reclamada por ella como consecuencia de la necesidad de protegerse ambas potestades secular y eclesiástica recíprocamente para el mas fácil y pronto cumplimiento de su mision respectiva, que es en lo que consiste el carácter y la esencia de los *recursos de proteccion*, segun hemos espuesto en el número 1681. Hé aquí para la mayor claridad é ilustracion de lo que acabamos de esponer, el texto del cánón 12 á que nos referimos. «*Huod si ante iudicium quis Episcoporum in tahum (clericorum vel Monachorum) personas excommunicationis sententiam præmiserit, illis penitus quos ligaverint absolutis, in se illam noverit retorqueri sententiam; quod etiam inter Metropolitanos convenit observari, si prægavatus quis a Metropolitano proprio ad alterius provinciæ Metropolitanum molestiam præsuræ suæ agnoscendum detulerit; aut si invaditus á duobus Metropolitanis ad regios auditus negotia sua perlaturus accesserit, et ob hoc excommunicationis jugulum á proprio Episcopo illi videatur infigi, hoc tantum est observandum, etc.*»

1697. El verdadero origen de los Recursos de Fuerza, no se encuentra

en España, en cuanto á la aplicacion de esta palabra, dura en demasia, á los abusos de los jueces eclesiásticos en el ejercicio de su jurisdiccion, hasta el siglo XV en el que, en las luchas apasionadas hasta la injusticia, que se trabaron entre los defensores de la jurisdiccion eclesiástica y los de la secular, no repugnaron los jefes de este último partido, en aplicar á los abusos de sus adversarios aquella palabra, que solo se halla aplicada por la ley 4, tit. 10, Part. 7, respecto de los *jueces seculares* que negaban una apelacion procedente en causa criminal, *prendiendo, hiriendo, matando ó deshonorando* al apelante, y aun esta aplicacion se hacia solo de una manera indirecta, por via de comparacion con el que hacia fuerza con armas, puesto que aquella denegacion con las circunstancias y consecuencias referidas, venia á ser verdaderamente de tanta gravedad como dicha fuerza.

1698. En cuanto al origen en España de los Recursos de Fuerza en el verdadero sentido de esta palabra, y consignado en disposiciones claras, terminantes y generales, es la opinion mas fundada, que solo data del siglo XVI, que es la fecha que llevan las leyes del tit. 2.º, lib. 2.º de la Novísima Recopilacion, que son las que tienen aquel carácter, pues si bien se encuentran varios acuerdos y cédulas dictadas con anterioridad por nuestros soberanos, tales como la cédula de la reina doña Maria de Molina, madre de don Fernando IV, á favor de los alcaldes de Toledo y la dictada en 1554 por el rey don Pedro á favor de Toribio Fernandez, que cita el exagerado regalista don Juan Sempere, en su historia del Derecho español, lib. 3.º, capítulo 12, estas disposiciones se referian á hechos particulares, siendo su objeto acudir con el real auxilio á proteger á los súbditos que se veian amenazados por acuerdos y conminaciones de la autoridad eclesiástica, ó bien defender las atribuciones que correspondian á la jurisdiccion secular, mas no el de dictar por sí solos y de una manera general y terminante una declaracion de que la jurisdiccion eclesiástica se escedia de su competencia, ó invadia los limites de la civil. Citanse tambien por los escritores hechos históricos y vários casos en que los reyes entendieron en contiendas entre eclesiásticos y legos, pero esto se verificó ó por requerirlo ó disculparlo lo apremiante de las circunstancias ó por conseguirlo ó haberlo concedido por convenios ó concordatos la misma autoridad eclesiástica, como por vía de arbitrazgo, ó por un ciego y exagerado celo en defender y aun estender los limites de la jurisdiccion secular, en las contiendas que á veces se trababan entre el sacerdocio y el imperio sobre los limites de sus jurisdicciones respectivas.

A estas disposiciones y hechos históricos pudiera entenderse que se refieren las cláusulas de las leyes del lib. 2, tit. 2, de la Novísima Recopilacion sobre que el alzamiento de las fuerzas correspondia á los monarcas, «asi por derecho como por costumbre inmemorial,» si es que no se refieren á solo los recursos de proteccion, pues de considerarse como refiriéndose á los de fuerza igualmente, no pueden entenderse sino con respecto al derecho que tienen y han tenido los soberanos de defender la jurisdiccion secular contra las invasiones que indebidamente haga en ella la autoridad eclesiástica, pero

tomando parte en el conocimiento y determinacion de la controversia esta autoridad en union con la secular, segun espondremos en el párrafo siguiente con alguna estension, puesto que es la gran dificultad que ofrece esta materia.

El mismo autor de la Historia del Derecho español, don Juan Sempere, á pesar de su exagerado regalismo, nos suministra reflexiones en el lib. 2.º, cap. 25, que sirven para confirmar las interpretaciones que hemos consignado, puesto que al tratar de las luchas y controversias que se sostenian, hasta la exageracion y el abuso, entre los que trataban de estender los limites de la jurisdiccion eclesiástica y los que se afanaban por ampliar los de la secular, dice lo siguiente: «Mientras muchos eclesiásticos y canonistas se ocupaban en forjar falsas decretales y cánones conciliares... para estender todo lo posible la jurisdiccion espiritual y la autoridad pontificia, los legistas no se descuidaban en *discurrir* otros medios legales para contener sus abusos; tales fueron los llamados en España *Recursos de Fuerza y de Retencion de bulas*, con cuya *práctica* se suspendia la ejecucion de las opuestas á los derechos nacionales y se obligaba á los obispos á reponer sus autos contrarios á la administracion de justicia. Véase el *Diccionario de Derecho canónico* del Abate Andrés, traducido y adicionado por don Isidro de la Pastora y Nieto, art. *Recursos de Fuerza*.

1699. En la misma Francia, cuya legislacion ha ido tan lejos en los recursos de fuerza, conocidos allí con el nombre de *appel comme d'abus, apelacion por abusos* ó contra abusos ó excesos, puesto que internan en materias espirituales, no se conocieron, en el verdadero sentido de aquella palabra, hasta el siglo XV. Asi lo consigna entre otros Dalloz, en su *Repertoire de Legislation*, art. *Culte*, números 216 al 221, cuya profunda y erudita doctrina creemos oportuno estraer, por la importancia de la materia y la influencia que han ejercido en parte, en nuestra patria, algunas de las disposiciones á que se refiere.

«Sin entrar en discusion, dice este célebre escritor, sobre los hechos que se han alegado durante los quince primeros siglos y que tienen por objeto consignar, que la apelacion por abuso asciende á los siglos XIII ó XIV, nos contentaremos con invocar sobre la época en que se usó este remedio por la primera vez, testimonios nada sospechosos.» «Es constante, dice Fevret, que desde el reinado de Carlos VI hasta los de Luis XII y Francisco I, apenas se practicaba otro remedio en estos reinos, en favor del interés público, que el de las apelaciones al futuro Concilio... Debe pues creerse, que en caso de que la apelacion como abuso sea muy antigua en cuanto al efecto, solo se usaron estas apelaciones en los reinados de Luis XII y Francisco I, en cuanto á la forma y modos de proceder.» Fevret, del Abuso, lib. 1.º, capítulo 2.º, tit. 1.º. Van Espen, considera como indudable (*convenit inter zelatissimos hujus apellationis patronos*) que esta clase de apelaciones no se habian usado hasta Francisco I. Estos dos autores que constituyen sobre esta materia las autoridades mas importantes se apoyan para sostener su opinion en el testimonio de Aufrere, presidente del Parlamento de París, quien es-

cribiendo á fines del siglo XV ó principios del XVI decia: «En este reino en que la autoridad eclesiástica abusa notoriamente de su jurisdiccion ó de su poder, aun contra los clérigos, se conceden cartas de cancelleria, llamadas vulgarmente apelaciones por abuso notorio. Siempre he dudado cómo podian fundarse en derecho, aunque los oficiales de los Parlamentos daban muchas razones sobre ello, pues no obstante, yo no he oido decir ni visto jamás una sola vez que se haya resuelto sobre estas apelaciones, sino que se anulaban ó que no se oia á los apelantes como á tales, porque no se debe apelar de juez espiritual al secular.» Aufrerio, in add. resp. clem. 1, de offic. ord. reg. 2, núm. 30). *Nullus a curia praelatorum appellat ad curiam regiam*, decia Pedro de Cugnieres.—Sin embargo, los abusos eclesiásticos habian originado quejas en diferentes épocas, en ocasiones extraordinarias, acudiéndose aun al mismo soberano desde el reinado de San Luis, pero no se trataba de asuntos espirituales. En 1329, Pedro de Cugnieres espuso varios agravios de jueces legos contra la estension de la jurisdiccion eclesiástica en una conferencia que tuvo en Vincennes en presencia del rey. Estos agravios consistian principalmente en estenderse la jurisdiccion eclesiástica á tomar conocimiento de causas reales y mistas en que tenian interés los clérigos, reclamando los criminales que se decian clérigos, aunque no llevasen hábito clerical ni tonsura, en atribuirse jurisdiccion sobre los legos con pretexto de haber intervenido juramento en los contratos, de ejecutar los testamentos á causa de los legados piadosos, lo que atraia el conocimiento de los inventarios, y finalmente, en abusar de la escomunion empleándola por causas pecuniarias por falta de pago; pero habiendo defendido la mayor parte de estos hechos Pedro Bertrandi, obispo de Autun, y exhortado al rey á no resolver sobre aquellas quejas, quedó el asunto en tal estado.

«No existia, pues, aun la apelacion por abuso, pero habia remedios para conseguir la reforma de los ataques contra las franquicias ó inmunidades eclesiásticas, ó contra los derechos del rey. Tales eran los de formularse quejas en las asambleas de los prelados y de los grandes del reino que se dirigian al Papa por medio de enviados. Los autores antiguos y especialmente Fevret citan muchos ejemplos de esta clase de recursos que se dirigian, bien al Papa, bien al Soberano, para que cada uno, en el orden de su jurisdiccion, atendiera á las formuladas contra abusos de los eclesiásticos ó de los jueces legos. Algunas veces se celebraban conferencias entre el Papa y el Rey en persona.—Apelábase tambien del Papa al Papa ó al futuro concilio: *a sede ad sanctam sedem et ad futurum generale concilium*... Mas adelante se agregó á estas apelaciones una protesta de nulidad contra lo que se habia practicado y un recurso al rey para que mantuviera las franquicias ó inmunidades que se pretendia atacadas. En 1301, el capítulo de la Iglesia de París agregó esta clase de protesta á la apelacion al Papa ó al Concilio general, pues se creyó necesaria para evitar, que durante el tiempo preciso para llegar á noticia del Papa ó resolverse por el Pontífice ó el Concilio continuaran los abusos ó atentados: Fevret, del Abuso, lib. 1.º, cap. 1.º.

«Así se llegó sucesivamente á la retencion de bulas, hasta su exámen en

el Parlamento, y finalmente á la apelacion por abuso. «En cuarto lugar dice sobre este punto el art. 79 de las libertades, por apelaciones por abusos que nuestros antepasados dijeron existir, cuando hay invasion de jurisdiccion ó atentado contra los santos decretos y cánones recibidos en estos reinos, derechos, franquicias, libertades y privilegios de la Iglesia galicana, concordatos, edictos, ordenanzas del rey y decisiones de su Parlamento: en una palabra, contra todo lo que es, no solo de derecho comun, divino ó natural, sino tambien de las prerogativas de este reino y de su Iglesia. El rey puso bajo la proteccion del Parlamento la pragmática de Bourges de Carlos VII con las reglas que contenia. Esta pragmática que consagraba los decretos del Concilio de Basilea, modificando algunos, versaba sobre muchas materias eclesiásticas, y habiéndose encargado á los Parlamentos que conocieran de ella, debia resultar de aquí, mas tarde ó mas temprano, el conocer de la apelacion por abuso. Admitido una vez el principio de jurisdiccion, tenia que desarrollarse rápidamente á influencia de la reaccion que entonces se verificaba contra la jurisdiccion eclesiástica, sin que pudieran detenerlo en este camino los mismos reyes, como trataron de efectuarlo Carlos VII y mas adelante otras monarcas.»

1700. Véase, pues, por todo lo espuesto, que las *apelaciones por abuso* ó contra abusos ó excesos no se conocieron en Francia, al menos en cuanto á la forma y modos de proceder, hasta el siglo XV, y en España no fueron conocidas, con relacion á los tribunales y á la administracion de justicia de la potestad secular, hasta el reinado de don Carlos y doña Juana en 1523 y siguientes, es decir, cien años despues que en Francia. Véase el Diccionario de derecho canónico del Abate Andrés, adicionado por el señor La Pastora, art. Recursos de Fuerza, y Clemente Augusto, *De la paz entre la Iglesia y los Estados*, § XIV.

### §. III.

*Fundamento de los Recursos de Fuerza y autoridades á quienes corresponde su conocimiento.*

1701. En el Febrero reformado por los señores Goyena, Montalban y Aguirre, al tratar sobre si es autoridad legitima el poder secular para conocer de los recursos de Fuerza, se lee lo siguiente:

«La cuestion mas debatida en los recursos de Fuerza consiste, en si al poder supremo le compete el derecho de conocer sobre los agravios que los jueces eclesiásticos hacen, conociendo de asuntos no pertenecientes á su jurisdiccion primitiva, ó concedida por voluntad de los principes, así como en el estado y forma en que conocen y proceden.

«Limitando la cuestion á los asuntos que en su origen son de las atribuciones del poder real, y que solo por una gracia ó privilegio se transmitieron á los jueces eclesiásticos, es sencilla y trivial la resolucion: porque no estando en las facultades de los poderes civiles despojarse de la autoridad



que les ha sido confiada, claro es que aunque hayan cedido el ejercicio, poniéndolo en manos de magistrados eclesiásticos en vez de los seculares, quiere decir, que cuando quiera que estos abusen, podrán, como fuente de la jurisdicción que ejercen, revisar sus actos y decidir si obraron ó no conforme á derecho.

»Respecto á las fuerzas causadas en los asuntos en que corresponde conocer al poder eclesiástico por derecho propio, es fácil demostrar la legitimidad del poder temporal para estorbarlas. El poder supremo del Estado goza á la vez de una doble representacion; de la de cabeza de la sociedad y por tanto de representante de todos sus derechos, y de tutor y protector de todos y cada uno de sus individuos. Por cualquiera de estos conceptos está autorizado para repeler los atentados de los magistrados eclesiásticos.

»Si se considera como cabeza de la sociedad, en él reside el derecho de repeler la fuerza con la fuerza: de manera, que cuando los jueces eclesiásticos la hacen con sus providencias, con armas iguales debe rechazarla el poder supremo secular.

»Si se le considera como protector de la sociedad, faltaria á su deber si tolerase que otro poder cualquiera se entrometiese á ejercer sus atribuciones ó á vejar á los individuos de aquella.

»El principal argumento de los que sostienen la incompetencia de la autoridad real para conocer en los Recursos de Fuerza lo fundan, en que las dos potestades eclesiástica y secular son iguales y absolutamente independientes entre sí, para conocer cada una de los asuntos peculiares de la sociedad que gobiernan; y por tanto opinan, que conociendo la eclesiástica de alguna causa que entiende pertenece á su fuero, en caso de oposicion de incompetencia, debia decidirse esta por la misma potestad eclesiástica, ó á lo menos, puesto que son iguales, ponerse en árbitros la determinacion del verdadero derecho, en vez de obligar al eclesiástico á que tenga que estar y pasar por lo que dispongan los tribunales civiles, decidiendo en causa propia.

»Esta reflexion tendria gran fuerza si en efecto el poder temporal conociese judicialmente de los Recursos de Fuerza: pero como no lo hace así, sino que trata el asunto estrajudicialmente, y no decide sobre el fondo de la cuestion, es evidente que no se entromete en jurisdicción ajena, sino que solo usa de la potestad definitiva que le compete.

»El señor conde de la Cañada, impugnando la doctrina sentada por los que desconocen la facultad de conocer el poder temporal de los recursos de fuerza, apoyados en el argumento espuesto dice: «Yo entiendo que el Consejo (hoy Supremo Tribunal de Justicia) y chancillerías (Audiencias) conocen y se informan por la sencilla inspeccion del proceso del juez eclesiástico, de que sus procedimientos tocan en ocusa profana y en personas lezas; y que en este intento ofende y usurpa la jurisdicción real, oprime á los vasallos sujetándolos á la jurisdicción de la Iglesia de que están libres, y perjudica por estos respectos al público: y sobre este conocimiento

interior del rey y de sus tribunales, que por cualquiera parte que les viniere escitaria su obligacion á remover el agravio y opresion de la causa pública, imparten el auxilio de la natural defensa, remitiendo los autos al juez real á quien corresponden, ó reteniéndolos, como se hace algunas veces.

»Este es el resumen del Recurso de Fuerza de conocer absolutamente, sin que tenga decision ni sentencia, ni defina cosa alguna sobre lo temporal; porque no es lo mismo conocer que definir: no es lo mismo impedir la fuerza que alzarla ó enmendarla, por el mero hecho de remitir los autos al juez real, que definir sobre lo temporal, hacer juicio de su causa, ó dar sobre ella sentencia que es un equivalente, segun la ley 1, tit. 22, Part. 5.

»En la fuerza de no otorgar, toma conocimiento el tribunal real de la calidad de la apelacion y de su legitimidad, si se interpuso en tiempo y forma, de si tuvo la parte justo impedimento que no le permitió hacerlo; de si la justicia de la sentencia del juez eclesiástico es tan clara y notoria por su proceso que no deja esperanza de mejorarla, quedando de consiguiente la apelacion en el concepto de frivola y maliciosa. Todos estos puntos, aunque tienen conexión con la justicia de la causa principal, y con todas las disposiciones de derecho que justifican la legitimidad de la apelacion, vienen necesariamente al conocimiento de los tribunales reales; pero los mira como instructivos de la justicia y legitimidad de la apelacion, y no los decide ni declara, ni las partes que siguen la causa ante el eclesiástico, lo son en este concurso en cuanto á estos conocimientos preliminares; y así reducen al Consejo y las Chancillerías su autoridad al simple mandamiento de que el juez eclesiástico otorgue y reponga, removiendo por este medio la opresion que sufría la parte, para que use de la libertad y del derecho natural de la apelacion: Conde de la Cañada, tomo 2, Part. 1, cap. 10.»

1702. Tales son las razones que esponen los ilustrados reformadores del Febrero para sostener que el poder secular es legítimo y competente para conocer de los Recursos de Fuerza.

1703. Por nuestra parte, no obstante la autoridad de tan notables escritores, no podemos adoptar su opinion, por no considerar sus razones fundadas en los principios generales del derecho que creemos deben seguirse en estos importantes recursos.

Sin ocuparnos en demostrar la independencía de la potestad espiritual respecto de la temporal; por estar en ello de acuerdo todos los controversistas católicos, y á la que en manera alguna se refieren los escritores mencionados, debemos observar, que para que esta independencía no sea efímera é ilusoria, para que sea una verdad, es preciso que no sufran alteracion ni menoscabo alguno en la aplicacion los principios y reglas que la constituyen, atribuyendo á la potestad civil mas derechos que los que le corresponden, estendiendo las facultades de la jurisdicción secular mas allá de sus verdaderos límites, hasta tocar y aun invadir los de la jurisdicción eclesiástica.

1704. No hay duda ninguna, que corresponde á los poderes civiles ó seculares, á los soberanos, á los jefes supremos del Estado, como cabezas de

la sociedad, la representacion de todos sus derechos y la tutela y proteccion de todos y cada uno de sus individuos; pero esto debe entenderse con relacion á todo lo que constituye y sobre que versa su potestad, segun su naturaleza y esencia propias, sin que puedan salirse de ella, arrogandose derechos y atribuciones inherentes á otra potestad, cuya existencia é independencia han reconocido, y la cual les sirve de auxiliar para realizar completamente el bien y prosperidad del Estado, y en su consecuencia, sin que pueda la Potestad temporal ó secular invadir los limites de la espiritual ó eclesiástica, por no ser las facultades de esta potestad propias de la esencia y naturaleza de aquella; pues esto seria salirse fuera del círculo que marca la naturaleza del poder temporal, lo cual les está prahibido, asi como aun dentro de este círculo, el mismo Poder temporal respeta los derechos que él ha otorgado á favor de individuos ó clases del Estado que se hallan bajo su mando, y no les causa lesion ó menoscabo en ellos, al menos sin oirles é indemnizarles debidamente.

1703. Asi pues, no hay duda que los soberanos, los jefes del Estado, tienen pleno derecho (circunscribirnos á la materia de que tratamos) de impedir, de repeler las invasiones que haga la autoridad ó jurisdiccion eclesiástica en lo que es propio de la secular; tienen la facultad de defenderse contra sus abusos, usurpaciones ó excesos, pero esto deben verificarlo, promoviendo remedios ó recursos judiciales en que se espresen y demuestren las invasiones ó abusos que trata de efectuar en sus derechos la autoridad eclesiástica, y sometiendo su decision á un tribunal en que intervengan ambas autoridades eclesiástica y secular, para que se halle revestido el fallo de la imparcialidad y competencia necesarias para su fuerza y validez, y de consiguiente, absteniendose de dictarlo por sí mismos ó solamente por jueces legos, sus delegados, porque de esta suerte, se constituirian en jueces y partes á un tiempo mismo, contra los principios que rigen, aun en derecho comun, sobre la clase de jueces que deben resolver las competencias de jurisdiccion, atendido el órden y grado jurisdiccionales de las autoridades entre quienes se promueven, puesto que las controversias sobre atribuciones de jurisdiccion entre la autoridad eclesiástica y secular, vienen á ser unas cuestiones de competencia, segun reconoce la misma ley de Enjuiciamiento civil en su art. 119.

1706. Y en efecto, si es un principio general de derecho comun en materia de competencias, segun lo consigna la ley de 13 de abril de 1815 y el art. 99 de la ley de Enjuiciamiento civil, que las que se suscitan entre los jueces seculares deben dirimirse por el tribunal mas inmediato con jurisdiccion superior sobre los dos tribunales ó jueces contendientes; si segun el art. 1.º del real decreto de 4 de junio de 1847, en las controversias que se promueven sobre atribuciones entre la jurisdiccion ordinaria comun ó especial y la administrativa, para encontrar autoridad superior comun de aquellas jurisdicciones, no se ha considerado suficiente subir al Tribunal Supremo de Justicia que constituye el grado mas elevado de la jurisdiccion secular, sino, que por solo considerarse, que no es la jurisdiccion admi-

nistrativa puramente *delegada* por el soberano á las autoridades de esta clase, como la judicial lo es á los diferentes tribunales del reino, sino que tiene el carácter de *retenida* por el Monarca, es decir, que reside en el rey y se halla subordinada directamente al mismo, quien solo ha confiado su ejercicio, por la imposibilidad en que se halla de desempeñar las numerosas funciones en que consiste, segun espusimos en el número 83 del libro 1.º de esta obra, se ha creido necesario subir hasta el mismo soberano para que las decida, no como jefe del órden administrativo, sino como jefe del poder ejecutivo, de que forman parte este órden y el judicial, y como fuente, origen y regulador de dichas jurisdicciones; si se ha llevado el respeto á los principios sobre competencia hasta el punto de que, aun con referencia á la jurisdiccion secular, se ha declarado por real órden de 24 de marzo de 1836, que el Tribunal Supremo de Guerra y Marina conozca de los recursos de casacion que se interpongan de las providencias dictadas dentro de sus atribuciones, á pesar de considerarse por algunos que esto era quebrantar la uniformidad de la jurisprudencia, y si se ha abierto el ejemplar de reunirse para el fallo de ciertos recursos de casacion de Ultramar ministros del Tribunal especial de Guerra y Marina, con los del Tribunal Supremo de Justicia, ¿con cuánta mas razon deberá considerarse incompetentes á los tribunales del fuero comun para conocer, al menos por sí solos, de las controversias sobre abusos, invasiones ó excesos de la jurisdiccion eclesiástica, tan distinta de la secular, en su origen, en su esencia, en sus caracteres constitutivos y hasta en el carácter especial de las autoridades que la ejercen, que emana de una potestad que ejerce su autoridad y es reconocida como independiente por todo el orbe católico, que se halla representada en España en los asuntos judiciales por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura, y en su consecuencia, que se presta tan fácilmente para la creacion de un tribunal misto del órden judicial eclesiástico y secular que conociera de los llamados Recursos de Fuerza? Además, ¿no ofreceria mayores garantías de ilustracion, imparcialidad y ciencia en el pronunciamiento de los fallos un tribunal compuesto de personas competentes en una y otra carrera eclesiástica y civil? De lo contrario, no habrá temores fundados de parcialidad en jueces que tienen interés en amenguar los derechos de la Iglesia y en estender los limites de su jurisdiccion propia?

1707. «La apelacion por abuso, dice Fleury, debe ser la apelacion de una jurisdiccion inferior á otra mas elevada; ahora bien, en las causas eclesiásticas, la magistratura civil no puede ser nunca superior á la espiritual que solo la Iglesia tiene de Jesucristo. En su consecuencia, el clero francés protestó con todas sus fuerzas contra esa forma de apelacion, inventada por los jueces seculares como medio de avocar á sí toda clase de negocios... Muchos desórdenes producen estas apelaciones y son una trampa legal desconocida en Francia antes de los últimos siglos. Es cierto que los reyes son los protectores de los cánones, mas hay mucha diferencia entre acudir al príncipe y la apelacion por abuso. Los emperadores hacian revisar algunas veces los procesos, mas era por los obispos, no por los le-

gos. Ha llegado á tal esceso la jurisprudencia sobre esta materia, que destruye absolutamente la autoridad de la Iglesia, trastorna el orden judicial, fomenta la rebeldía en los eclesiásticos, y hace á los prelados miserables agentes de pleitos.» *Memorias*, tomo 7.º, pág. 1,525.

1708. Clemente Augusto en la obra citada, supone que estos recursos son una de aquellas invenciones inspiradas por el deseo de poner trabas á la potestad judicial eclesiástica en las cosas de disciplina.

1709. «El poder que se arroga la autoridad temporal de juzgar las infracciones de las leyes de la Iglesia, dice el Abate Andrés en su *Diccionario*, es un poder usurpado, inútil y absurdo que erige á un juez lego en intérprete de las leyes de la Iglesia.»

«El poder espiritual y temporal, son respectivamente independientes. Por consiguiente, mientras que el poder espiritual no traspase los límites en que debe estar circunscrito, aun cuando en ellos cometiere un error ó una falta, no puede ser citado ante los jueces seculares. Todo poder independiente y que emana de Dios, no puede ser citado ante otro tribunal que el de la conciencia. La autoridad del príncipe y de la Iglesia, son como dos potestades limitrofes, que la una no puede intervenir en los asuntos de la otra, con tal que no se lastimen sus derechos; así como el poder administrativo y el judicial, que son y deben ser distintos, sin que el uno tenga derecho de vituperar, y mucho menos castigar los actos del otro. Cuando se presenta una cuestion en materia de abusos, solo debe examinarse una cosa, á saber, si el poder espiritual ha obrado como tal. Si se ha encerrado en el círculo de sus atribuciones, no hay que mezclarse en sus decisiones ni en sus actos, puesto que no ha hecho mas que usar de un derecho que tiene de su autoridad independiente.»

«Dicha facultad es inútil en la actualidad. Antiguamente por razon de la alianza entre el sacerdocio y el imperio, y por las consecuencias que esta traía, tenia interés en intervenir en los negocios sometidos á los ministros de la Iglesia; pero en la actualidad que esto no sucede, el príncipe temporal no tiene ningun motivo legítimo para mezclarse en las materias canónicas.»

«Es asimismo absurda. ¿No es necesario para pronunciar sobre una causa ser capaz de apreciarla? ¿Debe ignorar un juez las leyes, segun las cuales sentencia? ¿Pueden ser los jueces legos intérpretes sobre el sentido de los cánones? No daremos nosotros la biografía de los consejeros de Estado que han figurado como jueces en la condenacion en materia de abusos, contra sábios, venerables y prelados piadosos: ¿mas no es ridículo en nuestras costumbres actuales, hacer intervenir la firma del rey y la del ministro responsable para dar un carácter legal á la interpretacion de un concilio, de un cánón ó de una disposicion de la Iglesia?»

«Establece al juez lego intérprete de las leyes de la Iglesia. Sabido es el principio de que el derecho de interpretar las leyes pertenece al que las ha hecho. Ahora bien, todo el mundo conviene en que la autoridad civil no pueda hacer leyes canónicas, luego tampoco puede pretender tener el dere-

cho de interpretarlas. Se ha declamado contra las usurpaciones imaginarias del clero; ¿mas, deben tenerse dos pesos y dos medidas? No son mas ilegítimas ni menos funestas las usurpaciones del poder civil. No intentan los obispos llamar á su tribunal á los jueces seculares que han faltado á su deber, ni darles una fraterna; dejen á su vez estos á los superiores eclesiásticos, segun el orden de la gerarquía, que reprendan y vituperen á sus inferiores culpables las faltas que hayan cometido en el ejercicio de su poder.»

Y el señor La Pastora en sus adiciones á este artículo, pasando á hacerse cargo de las reflexiones que espone el señor Covarrubias en favor de los Recursos de Fuerza, dice lo siguiente: «Este célebre autor establece preliminarmente la independencia de la potestad espiritual y temporal; mas esto no obstante, supone que la real autoridad usa de su legítimo derecho y no invade á la jurisdiccion eclesiástica, admitiendo los recursos de fuerza en los términos antedichos, fundándose en que es tan propio, dice, del soberano defender y proteger á sus vasallos, y tan esencial y necesaria esta regalía á su gobierno, que no puede abdicarla ni desprenderse de ella sin renunciar una parte de su independencia, dividir su imperio, y faltar á su primera obligacion; porque Dios estableció únicamente los reyes con el fin de que los pueblos gozasen bajo su mando y proteccion de una vida quieta y sosegada en toda piedad y castidad.»

«El autor está tan persuadido de esta doctrina, que pone como tema de su libro las siguientes palabras de una ley de la Novísima: *el remedio de la fuerza es el mas importante y necesario que puede haber para el bien y quietud y buen gobierno de estos reinos, sin el cual toda la república se turbaria y se seguirian grandes escándalos é inconvenientes.*

«Los defensores de la jurisdiccion eclesiástica al hacerse cargo de estas opiniones, notan con razon que llevan el sello del reinado de Carlos III, en el que no se avergonzaron los políticos de aquella época de elevar el poder régio á un absolutismo irritante, que ha concluido en la revolucion que estamos experimentando: porque á pretexto de la proteccion del rey y de la contingencia en que están los tribunales de incurrir en alguna falta, quisieron deducir que los monarcas podian avocarse todas las causas que quisieran, como si la infalibilidad y la incorrupcion residiese en los ministros del trono.»

«De tan falsos principios resultó que desde el referido reinado de Carlos III, la corona mandó en lo civil y judicial arbitrariamente, y dió margen á que la revolucion coartase sus derechos y estinguiese para siempre el Consejo de Castilla, que habia aconsejado con tan poco acierto tales providencias cuando se dirigian contra los juzgados eclesiásticos.»

«Estas observaciones, añaden, deben tener presentes para comprender bien la doctrina que ahora rige sobre los Recursos de Fuerza. Por supuesto, el citado Covarrubias y Campomanes se guardan bien de fijar la época en que principiaron á conocerse en España los Recursos de Fuerza, porque entonces solo las fechas hubieran destruido sus pretensiones exageradas, pues se hubiera visto que su introduccion en Francia fue en el siglo XV

y en España en el reinado de Carlos V. Por esta causa los jurisperitos del tiempo de Carlos III, apelaron á argumentos metafísicos, llenos de sofismas, porque como estaban seguros de que entonces nadie se atrevería á contestarles ni confrontar las fechas, hablaban impunemente sin cuidarse de mas que de darles un viso de apariéncia.

»Su gran argumento consiste en aseverar, que el Señor estableció únicamente los reyes con el fin, dice Covarrubias, de que los pueblos gozasen bajo su mando y proteccíon, una vida quieta y sosegada en toda piedad y castidad: «No hay cosa, continúa, que perturbe mas la tranquilidad pública y el buen órden que las violencias y fuerzas. En vista de esto ¿quién dudará que el príncipe no puede desprenderse de la regalía de proteger á los oprimidos y castigar á los opresores, regalía recibida del Todopoderoso con el imperio y que es el brillante mas precioso de la corona?» Véase, pues, en qué terminos los corifeos de aquel reinado fundaban el derecho de los monarcas para agregarles la jurisdiccion de la iglesia. La cuestion parece que versaba en averiguar, cómo habiendo establecido Jesucristo su Santa Iglesia con absoluta independéncia para gobernarse, de la que habia gozado desde San Pedro hasta Carlos V, trató de perturbarla en su derecho la autoridad civil. Entablada así la dificultad, aunque los apologistas de la potestad eclesiástica reconocen á una voz que los reyes están puestos por la Providencia para defender los pueblos contra sus opresores, responderian que esto no se entiende con respecto á los jueces colocados por el mismo Dios en su Iglesia á fin de que administren la justicia segun sus cánones, por cuanto los que se consideran agraviados en las providencias, tienen espedido valerse del beneficio de la apelacion á los arzobispos ó á la Rota por los trámites ordinarios.

»Añaden, que la razon que alegan de que el Recurso de Fuerza es necesario para el bien y quietud é buen gobierno de los reinos, segun las palabras de la ley 80, título V, lib. 2 de la Nueva Rec., está en contradiccion con la esperiencia, constándonos que de resultas de haberse admitido esta novedad en los tribunales, se han relajado todos los vínculos con que la autoridad eclesiástica mantenía el órden, eternizando los pleitos y multiplicándose las competencias.

»Seria prolijo referir las varias contestaciones con que los apologistas de la jurisdiccion eclesiástica se proponen rechazar los Recursos de Fuerza, pareciendo lo suficiente para un artículo lo que hemos indicado de una y otra parte.

»Por lo que hace á nosotros, somos de dictámen que compete al poder real prestar su auxilio á cualquiera de los ciudadanos ó súbditos que fuese atropellado por la jurisdiccion eclesiástica; pero esto en su caso debería entenderse cuando el que se considerase agraviado hubiese seguido todos los trámites que señala el derecho canónico, mas de ningun modo en los términos que en la actualidad se entablan los Recursos de Fuerza, pues así solo sirven para enervar la justicia, infundir audacia á los litigantes de mala fé, prolongar los pleitos, y sobre todo, esponer á la censura del

siglo muchos procesos que deberian quedar reservados en los tribunales eclesiásticos.

«Encontramos tambien otra razon muy poderosa para rechazar, hablando filosóficamente los Recursos de Fuerza, á saber, el obstáculo que oponen á los prelados para ejercer el derecho de correccion y celo paternal propio de su ministerio. La historia nos enseña que antes de esta fatal invencion, los obispos tenian una influencia admirable para refrenar los escándalos públicos, y tambien las malas costumbres de algunos clérigos, porque si despues de amonestarlos paternalmente segun manda el Concilio de Trento, no cedian á los consejos, los destinaban á ejercicios por dos ó tres meses y se conseguia las mas de las veces corregirlos sin estrépito judicial, siendo así que actualmente, aunque las pruebas sean las mas claras, entablan Recurso de Fuerza y lo ganan con facilidad, de lo que ha resultado una relajacion escandalosa de costumbres y una impunidad que no vieron nuestros padres.»

1710. En cuanto á la razon que alegan los ilustrados reformadores de Febrero, en apoyo de la legitimidad del poder civil para conocer en los Recursos de Fuerza, sobre que no conoce de estos recursos judicial sino estrajudicialmente, sin decidir sobre el fondo de la cuestion, es mas espaciosa que sólida, puesto que el poder temporal, cualquiera que sea la forma como se pretenda que conoce del negocio, determina y resuelve que la autoridad eclesiástica comete ó no fuerza, teniendo cumplido efecto esta resolucíon hasta el último extremo. Pues si el Recurso de Fuerza es *en conocer* y *proceder*, decide la autoridad temporal si la eclesiástica conoce ó no de asunto de su competencia, y en el segundo caso, le priva de su conocimiento, arracándole el proceso y remitiéndoselo al juez lego para que lo sustancie y determine con arreglo á la legislacion civil; y si el recurso es en el modo de proceder ó en no otorgar, y lo declara en sentido afirmativo, el tribunal eclesiástico tiene que someterse á esta decision otorgando la apelacion, aunque la creyera improcedente ó sustanciando el proceso por reglas que no juzgaba serle aplicables. Y en todos estos casos ¿no se procede á interpretar á veces disposiciones canónicas aunque se rocen con otras leyes civiles? ¿No puede suceder que el juez eclesiástico, aunque no se atenga precisamente á la tramitacion de la ley civil en casos determinados, observe los trámites prescritos por la letra y el espíritu del derecho canónico? ¿Y será competente é imparcial para decidir si los ha observado ó no, si ha interpretado bien ó mal las disposiciones canónicas, y para fallar sobre esta cuestion un tribunal puramente lego? ¿Quién ha dado derecho á este tribunal para interpretar los cánones y para corregir al juez eclesiástico que debe conocer mejor que él la legislacion por que se guia? ¿Si este juez no ha observado los trámites establecidos ó si ha denegado una apelacion, ó admitido tan solo en el efecto devolutivo la que era admisible en ambos, ¿no tiene en estos casos el juez eclesiástico, por ejemplo, un provisor de sufragánea, el tribunal metropolitano á quien se puede acudir para que le mande reponer los autos y le contenga en sus demasías? Y si el extraviado ó inobser-

vante es el juez metropolitano, ¿no tiene este sobre sí un Tribunal Supremo eclesiástico que le corrija y reprima? Habiendo, pues, tribunales de alzada en la escala gerárquica de la Iglesia, ¿no es usurparles su jurisdiccion los tribunales civiles conocer de esta clase de recursos, al paso que dificultar la correccion de un abuso, que encuentra mas fácil reparacion acudiendo á la autoridad eclesiástica?

«Cuando se interpone en el tribunal secular recurso de fuerza por exceso ó abuso del juez eclesiástico, dice Clemente Augusto, ya citado, y aquel lo admite, declara en el hecho mismo, que el juez eclesiástico ha invadido el terreno del Estado ó bien que ha infringido las leyes de la Iglesia. El juez eclesiástico, por su parte, declara y sostiene, en cuanto depende de él, que la asercion del juez secular es falsa ó errónea, y que él es quien se atreve á invadir el terreno de la Iglesia. De aquí resulta un conflicto de jurisdiccion: el juez eclesiástico representante de la potestad espiritual y el juez secular, órgano de la potestad política, se hallan frente á frente, no como jueces sino como partes. ¿Quién decidirá en este caso la cuestion de derecho que origina el recurso de fuerza? ¿Será una de las partes contendientes, el juez en causa propia? Y concluye diciendo este escritor: «Por nuestra parte, no vacilamos en declarar que consideramos estos recursos como una invencion moderna, nacida del espíritu de insubordinacion á la cabeza de la Iglesia y á los obispos; que solo sirve para fomentar y fortificar este mal espíritu; que no ha podido subsistir en la práctica sino de resultas de una debilidad ó de una connivencia igualmente culpables de la potestad eclesiástica; que menoscaba profundamente la autoridad de la Iglesia, y que no pudo introducirse en Francia sino en virtud del derecho de la espada.»

1711. En la misma Francia, á pesar de que tampoco conocian los antiguos parlamentos del fondo del negocio, en las apelaciones por abuso, sino que solo examinaban el hecho de si el juez eclesiástico habia vejado á los súbditos del rey, si habia violado los cánones y las reglas admitidas en el reino, y si decidian que el juez eclesiástico habia abusado de su poder, remitian el conocimiento del negocio á otro tribunal eclesiástico segun se consigna en la *Enciclopedia Metódica*, estos cuerpos no se componian puramente de legos, sino que habia en ellos tambien consejeros eclesiásticos, y esta composicion mista fue la que, además de su importancia, siempre en aumento, como cuerpo de magistratura, movió sin duda á encargarles que velaran por la ejecucion de las ordenanzas y de los concordatos que arreglaban las relaciones de la Iglesia y del Estado. Los parlamentos, bajo este concepto, ofrecian al mismo tiempo que garantías de luces, garantías de imparcialidad. Asi lo advierte Pithou en el art. 81 de las libertades. «Es muy notable, dice, la singular prudencia de nuestros antepasados en cuanto sometieron el conocimiento de aquellas apelaciones al juicio *no de personas puramente legas, sino de la gran sala del parlamento*, compuesta de igual número de personas ó jueces seculares ó legos que eclesiásticos.

Asimismo, hase reconocido en el vecino reino, la incompetencia de los

tribunales del fuero comun para conocer de esta clase de recursos, al transferirse completamente su conocimiento al Consejo de Estado. «En el ejercicio de la jurisdiccion comun, decia M. de Portalis, el magistrado particular podia difícilmente defenderse del espíritu de cuerpo y de todas las mezquinas pasiones que agitan á un rival. Esto no es de temer en el Consejo de Estado, que no ve mas que al gobierno. En efecto, es de naturaleza del gobierno, centro de todas las administraciones, no encelarse de ninguna administracion, no rivalizar con ningun poder, protegerlo todo y no armarse contra nadie. En las causas eclesiásticas hay conveniencias que consultar y momentos que aprovechar para juzgarlas conforme á razon; muchas veces hay que hacerse cargo del tiempo ó de los lugares, debe poder usarse de indulgencia ó de severidad, segun la circunstancia, pues nada es tan delicado como la direccion de las cosas que se refieren á la conciencia y á la opinion. El gobierno debe tener naturalmente en sus manos, todo lo que puede influir en el espíritu público; no debe abandonar á las autoridades locales los objetos sobre que importa que haya unidad de conducta y de principios: *Si en las controversias entre magistrados eclesiásticos y seculares, decidieran estos sobre los límites de aquella jurisdiccion, serian jueces en su propia causa*, de lo que previene, que aun cuando conocian los tribunales de justicia de dichos recursos, lo verificaban *omisso medio*.

1712. Pero en nuestro propio país ha llegado ya afortunadamente á reconocerse y consignarse en cierta manera de un modo público y aun semi-oficial, la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de los Recursos de Fuerza y la justicia de que se decidan estas cuestiones por autoridades eclesiásticas en union con autoridades seculares, en el proyecto de ley sobre organizacion y atribuciones del Consejo de Estado, presentado al Senado en 3 de febrero de 1839 y en las discusiones que sobre el mismo se sostuvieron en el alto Cuerpo Colegislador.

1715. Y en efecto, en el preámbulo de dicho proyecto se lee lo siguiente: «Animados é interesantes debates ha habido en la Comision sobre la conveniencia ó inconveniencia de que pasara al Consejo de Estado el conocimiento de los Recursos de Fuerza en que segun la legislacion actual entienden los tribunales. *La mayoría ha opinado por la conveniencia*. Fúndase en que el derecho de alzar la fuerza corresponde al poder ejecutivo y no al judicial, como que es, no un acto de jurisdiccion sino la defensa con que el rey debe venir en auxilio de los oprimidos indebidamente; en que la  *fijacion de los límites del sacerdocio y del imperio es de derecho público*, en la mayor competencia del Consejo para decidirla con acierto y en la necesidad de que todos los recursos se resuelvan por un mismo cuerpo para que asi se uniforme la jurisprudencia. Mas al mismo tiempo ha creído que no debia decidir cuestion tan grave en esta ley y que en otras podria tener mas oportuna cabida.»

Esta idea fue sostenida y esplanada en pleno Senado por acreditados jurisconsultos y publicistas. ¿Qué es el recurso de fuerza en conocer y pro-

ceder, decia el señor Vaamonde, en la sesion de 8 de febrero? ¿Es mas que una cuestion de competencia de límites entre las dos potestades eclesiástica y temporal? ¿Y una cuestion de derecho público como esta, es una cuestion que esté sujeta ni pueda estarlo á la inflexibilidad de los principios estrictos del derecho privado y á la legislacion comun que rige en los testamentos, en los contratos y otras materias? No. Desde el instante en que está hecha la division de poderes, con arreglo á la constitucion, á los tribunales les toca una grande, una inmensa esfera de atribuciones, pero está ceñida únicamente á la propiedad con todas sus modificaciones y á la seguridad personal en cuanto se les puede aplicar correccion penal. Pero las materias de derecho público, las cuestiones de límites entre las dos potestades, no son, no pueden ni deben ser propias de otro poder que de un poder gubernativo, porque son altísimas cuestiones de gobierno... En el gobierno absoluto he visto ya casos en que resuelta disparatadamente una fuerza por una audiencia, se acudia al rey por un recurso extraordinario y el rey, en virtud de este recurso, mandaba abrir de nuevo el conocimiento de la fuerza ante el Consejo de Castilla, donde se revocaba todo lo hecho por la audiencia, imponiendo apercibimientos y correcciones á los magistrados. Hoy no sucede esto; hoy si cae un negocio de esta especie en una sala de nuestras audiencias, compuestas de magistrados que ó no tengan mucha capacidad ó sean muy apasionados, la autoridad perjudicada por su fallo, queda maltratada, humillada y hollada sin que tengan ninguna clase de remedio contra una decision absurda é injusta.»

Sin embargo, la idea de que debian continuar conociendo los tribunales de justicia de los Recursos de Fuerza, tuvo en el alto cuerpo colegislador celosos defensores, entre ellos los señores La Serna y Arrazola. El primero, despues de consignar que en principios consideraba muy dudosa esta cuestion, fundaba la opinion afirmativa en la posesion en que se hallaban estos tribunales del conocimiento de aquellos recursos desde muy antiguo; en que no convenia ni podian tocarse sin peligro cierta clase de cuestiones, pues podrian producirse complicaciones entre la Iglesia y el Estado, y en que le parecia conveniente para este conocimiento la tirantez y la inflexibilidad del poder judicial. «Yo quiero, decia, que las relaciones entre la Iglesia y el Estado no estén pendientes de las circunstancias de hoy y de las circunstancias de mañana; que no se consideren como de gobierno y que no vayan á un Consejo de Estado que puede ser hoy moderado y mañana progresista.» Sesion del 9 de Febrero. El señor Arrazola fundaba su opinion en que los Recursos de Fuerza se habian tratado entre nosotros con formas judiciales, formas severas, formas á que nos hallamos acostumbrados; en lo innecesario y aun espuesto de introducir una novedad sobre este punto, trasformando el orden judicial en consultivo.» «¿Vamos á innovar, decia, esas formas judiciales, ya que despues de una lucha de tres siglos, hasta la Iglesia se ha resignado, como lo prueba el que nadie haya venido á reclamar aquí? ¿A qué pues alterar este *statu quo* tan magestuoso, tan magnífico, tan seguro, tan espedito? ¿Y para qué lo alteramos? Para sus-

tituirlo en suma con un real decreto, porque la corona tiene la facultad de separarse del dictámen, de la consulta del Consejo, y seguir el de dos ó tres apoyando este dictámen en un real decreto, y este real decreto en tiempos políticos es temible. Piensen en las necesidades que la política impone á los gobiernos... ¿Hasta qué punto les arrollará el torrente político y les obligará á hacer nombramientos y dictar decretos? Y señores, decidir ó fallar un recurso de fuerza en contra de un obispo, es una cosa grave.» Sesion del 23 de febrero.

El señor Vaamonde, contestando á estas reflexiones y despues de afirmar que el rey cuando entendia de estos negocios, no ejercia jurisdiccion, no obraba judicialmente, sino de una manera gubernativa, económica y estrajudicial, por lo que, y siendo esta materia una relacion de gobierno, debia estar en la relacion entre la potestad eclesiástica y temporal; que si bien anteriormente tenian este conocimiento las audiencias, era porque ejercian atribuciones gubernativas y administrativas; dijo lo siguiente: «¿No sería una blasfemia jurídica para nuestros pragmáticos decir que juzgaban los tribunales, cuando decidian sobre Recursos de Fuerza? Si precisamente se dice, que es estrajudicial ese conocimiento que es tuitivo, que es gubernativo, y esto no significa que haya jurisdiccion propia en los tribunales para conocer de estas materias, como tampoco que esos tribunales sean superiores á un juez eclesiástico.» Y mas adelante, haciéndose cargo de las razones sobre que por altas razones de prudencia, por miramientos á las circunstancias, por las complicaciones que esto pudiera ofrecer, era oportuno y juicioso no tocar esta materia; dijo estas notabilísimas palabras: «Los que miramos esta materia con el respeto debido siempre, pero que no nos entusiasmamos por ese regalismo como nuestros abuelos, creyendo de buena fe que si estos vivieran hoy no tendrían ese entusiasmo regalista, por cuanto que la Iglesia ha perdido desde entonces mucha fuerza, consideramos que es preciso protegerla y no abatirla, pues á nuestro juicio, la Iglesia es la única áncora de esperaza que hoy tenemos para salvar los intereses morales de la sociedad, y mucho mas cuando en época no lejana ha sido combatida dentro de la misma ciudad, centro del catolicismo, donde han ocurrido los escándalos que todos hemos presenciado. Y cuando la Tierra así se encuentra, me parece que no es por cierto muy de gobierno, muy de hombres previsores, el resucitar aquellas trabas que se fueron levantando en tiempo de Alejandro, Inocencio III y otros Papas poderosos. Han variado mucho la situacion del mundo, y sin embargo lo mismo piensan hoy en esta cuestion los regalistas mas ardientemente defensores de las doctrinas que estaban en voga en el siglo pasado, y otras personas que no tienen grande entusiasmo por esas regalías. Lo que yo creo de buena fe, es que los preladados se hallarian mas considerados, acaso mas respetados, y que les sería menos odioso el que vinieran los Recursos de Fuerza al juicio del rey, siendo este quien alzara la fuerza, que no viniesen á un tribunal de provincia donde siempre domina el carácter local y donde no serian miradas estas cuestiones en el horizonte estenso en que yo creo deben mi-

rarse cuando se trata de tan altas cuestiones como son las eclesiásticas, y las que se rozan con las relaciones de la potestad temporal y de la potestad eclesiástica. Pero dice el señor Arrazola, y esto es una observación de hombre de gobierno «la Iglesia está resignada ¿y á que hemos de alterar este orden de cosas?» Ciertamente, y esta es una de las razones que me han hecho mas fuerza, y uno de los motivos que ha tenido el señor La Serna para que no se alterara el *statu quo*. Pero esto no basta para el punto doctrinal y para examinar la cuestión bajo el aspecto de la justicia.»

En cuanto á la influencia que pudiera ejercer el gobierno en los consejos de Estado, segun la movilidad de las circunstancias decia el mismo senador. «Esas circunstancias supremas que se invocan ¿no ejercen funesto imperio sobre los administradores de la justicia? ¿No hemos visto épocas azarosas, torbellinos revolucionarios que han arrastrado consigo todo el personal de la justicia y que ese personal ha sido substituido con otro compuesto de personas, no solo opuestas, sino buscadas porque lo eran? ¿Y cuál es entonces la suerte del negocio que se somete á ese tribunal? ¿No ejercerán influjo sobre sus decisiones las circunstancias y harán que sus dictámenes estén en contradicción de doctrinas con los de las personas que en distintas épocas estaban al frente de la administración de justicia? Pues yo digo que temo menos, aun bajo ese poder, dando todo lo que debo á las circunstancias, temo menos á un gobierno que no á un tribunal oscuro é insignificante que cree que no hay mas atmósfera que la de sus opiniones. Cualquiera que sea el gobierno, cualesquiera que sean los hombres que ocupen el poder, solo por la altura en que están, por el roce que tienen con las altas corporaciones, por el influjo de estas, por el respeto á la opinión de Europa, por el contacto en que debe estar con el Supremo Jefe de la Iglesia, cual es el Padre Santo, por muy espíritus fuertes que sean esos señores que estén al frente del poder, tengo mas confianza en que han de cometer menos desórdenes y abusos, que un magistrado que va á administrar justicia á nombre de un gobierno que lo ha buscado y que ha ido á suplantar á otro magistrado antiguo, benemérito, pero que tenia la desgracia de diferir de las opiniones del gobierno. Sesión del 23 de febrero.

1714. Por último, el señor Tejada, despues de indicar que los Recursos de fuerza son un privilegio refiriéndose á las Decretales (Véase el discurso del señor Laserna en la sesión del 9 de febrero de 1859), espresó sus esperanzas de que llegara un día en que *comisiones mistas*, en las cuales estén representadas ambas potestades eclesiásticas y secular, resuelvan tranquila y concordiosamente los puntos de aplicación dudosa, y que cuando sea necesario llegar á la formación de un nuevo derecho, se apelara al medio *seguro, pacífico y legítimo de los concordatos*; sesión del 9 de febrero; y el señor Carramolino, en la sesión del 19, espuso la conveniencia de que para conocer de los asuntos del real patronato se creara una junta compuesta de eclesiásticos constituidos en dignidad, de consejeros, de magistrados y de ministros que lo hubiesen sido de Gracia y Justicia.

1715. Por nuestra parte, teniendo en cuenta que las cuestiones sobre

que versan los Recursos de fuerza, son cuestiones de derecho público é internacional, como que afectan el ejercicio de los derechos jurisdiccionales de dos potestades ó soberanos distintos é independientes, aunque auxiliándose reciprocamente para el buen gobierno de sus subordinados, opinamos que debieran decidirse por un cuerpo del Estado compuesto del elemento eclesiástico y del secular, que ofreciera mayores garantías de ilustración é independencia y á quien se hallare encomendada la resolución de cuestiones de esta naturaleza. Este cuerpo pudiera ser el Consejo de Estado, sino se opusieran á ello, al menos por ahora, las graves dificultades de introducir en este Consejo de carácter administrativo, el elemento eclesiástico, con la autoridad y condiciones que requiere la naturaleza de aquellas importantes cuestiones, es decir, con igual fuerza é influencia que el elemento secular, puesto que no podria (sin hacer perder á aquel cuerpo su carácter y naturaleza) depender de la aprobación de la sola potestad temporal la fuerza y eficacia de las resoluciones que recayeran sobre aquellas materias, como se verifica respecto de las que se dictan en asuntos puramente administrativos. Por lo tanto, y mientras se organiza un nuevo cuerpo ó una nueva sección del Consejo de Estado con los elementos y condiciones que reclama el conocimiento y resolución de tan altas y graves cuestiones, á la manera que se creó la Cámara eclesiástica para el conocimiento de los asuntos del Real Patronato, creemos que pudiera fácilmente obviarse el inconveniente de que sigan conociendo los tribunales seculares por sí solos de los Recursos de fuerza (en especial despues que ha venido á reconocerse en el alto cuerpo colegislador su incompetencia sobre esta materia) formando para conocer de ella un tribunal inamovible y misto, de igual número de jueces seculares y de jueces eclesiásticos, que pudieran designarse del tribunal de la Rota, por ser los que gozan mayor y mas directa autoridad y delegación del Sumo Pontífice.

#### § IV.

##### *Autoridades que conocen de los recursos de fuerza.*

1716. Por nuestra antigua legislación, correspondia en general el conocimiento de los recursos de fuerza á las Chancillerías y Audiencias: leyes 2, 4, 5 á la 8, tit. 2. lib. 2 de la Nov. Recop. No obstante, habia recursos de fuerza de que, por las circunstancias especiales de la materia sobre que versaban ó de las personas contra quienes se inferia la fuerza, solo podia conocer el Consejo de Castilla. Tales eran: 1.º los de negocios eclesiásticos tocantes á la visitación y corrección de religiosos y religiosas que se hacian por sus superiores, pues como decia la ley 9 del tit. cit., tenia inconvenientes traerse por via de fuerza a las audiencias, como se hacia antiguamente, ya por razon del secreto que conviene tenerse de lo que en ellos se trata, yo por lo importante de su breve despacho y otras causas; 2.º los de las causas tocantes á la ejecución y cumplimiento de los decretos del Santo

Concilio de Trento: ley 10, tit. cit.; 3.º los de los jueces eclesiásticos ordinarios que residen en la corte: ley 11; 4.º los concernientes al real Patronato: ley 12 y 13. Sin embargo, habiéndose atribuido por la ley 1, tit. 4, lib. 4 de la Nov. Recop. dada en 1588 y por la 12 del tit. 2 dada en 1595, á la Cámara de Castilla al conocimiento de los pleitos tocantes al Patronato real, se declaró por la 14 del tit. 2 citado, dada en 1702, que las causas del Patronato se vieran por recurso de fuerza en el Consejo pleno y por via de retencion en la Cámara: 5.º los de nuevos diezmos: ley 9, tit. 2 lib. 2 Nov. Recop. Era además privativo del Consejo el conocimiento de las fuerzas sobre negocios tocantes al servicio de millones: ley 15, tit. 2 lib. 2 Nov. Recop., asimismo conocia del recurso de fuerza de no otorgar del Tribunal de la Asamblea de la orden de Santiago; y últimamente de los recursos de retencion de bulas cometidas al Tribunal de la Nunciatura y otras de su particular dotacion y las de coadjutorias y demás que privativamente le tocaban por las leyes: ley 7, tit. 3, lib. 2 de la Nov. Recop.

1717. El reglamento provisional para la administracion de justicia publicado en 26 de setiembre de 1835, atribuyó en su art. 58, facultad 4.ª, á las Audiencias, el conocimiento de los recursos de fuerza y proteccion que se introdujeran de los tribunales, prelados ú otra cualquier autoridad eclesiástica de su territorio. Fuera de la corte podian tambien conocer de estos recursos, aun con respecto á regulares existentes en el territorio de la audiencia, cuando se recurria en queja del Superior residente en el mismo pero si el superior residia fuera del territorio de la audiencia, se limitaba esto al mero objeto de proteger la persona del recurrente, siempre que hubiera opresion, reservando al supremo tribunal de España é Indias el conocimiento del recurso en el fondo.

El mismo reglamento por su art. 90, enunció las facultades del Tribunal Supremo de Justicia, entre las que se contaban el conocimiento de los asuntos contenciosos del real Patronato, asi de España como de Indias, de los negocios judiciales en que entendia la Cámara de Castilla como tribunal especial, y de la demandas sobre retencion de bulas, breves y rescriptos apostólicos, ó de gracias concedidas á consulta de las suprimidas Cámaras de Castilla y de Indias, ó de la seccion de Gracia y Justicia del Consejo real; de los recursos sobre nuevos diezmos de que segun la ley debia conocer esclusivamente el suprimido Consejo de Castilla, sin perjuicio de que las personas demandadas á su pago, pudieran, con arreglo al artículo 44, acudir al respectivo juez de primera instancia para el mero hecho de que se las amparase en la posesion de no pagarlos. Determinó tambien en las facultades 8.ª, 9.ª y 10.ª, que le correspondia al Tribunal Supremo. 1.º Conocer de los recursos de fuerza que se interpusieran de la Nunciatura, del Consejo de Ordenes y de todos los demás tribunales eclesiásticos superiores de la corte: 2.º de los recursos de proteccion del Santo Concilio de Trento, como entendian de ellos los suprimidos Consejos de Castilla y de Indias; 3.º de los recursos de fuerza ó de proteccion de regulares, asi por lo respectivo á la corte como fuera de ella, cuando por lo prescrito en la

facultad 4.ª del art. 58, no pudieran las audiencias tomar conocimiento de dichos recursos en el fondo. Asimismo le facultó para hacer que se le presentaran las bulas, breves y rescriptos apostólicos para examinarlos, y concederles el pase ó retenerlos con arreglo á las leyes, facultad 11; esto es, como se dice en el § 3 del art. 104, cuando fueren atentarios contra las regalías de S. M. ó de otra manera contrarios á las leyes.

1718. La Constitucion de 1812 que fue restablecida en 1836 y cuyo título 5, se mandó observar como decreto por la ley de 16 de setiembre de 1837, dispuso en su art. 266, que perteneciera á las Audiencias conocer de los recursos de fuerza que se introdujeran de los tribunales y autoridades eclesiásticas de su territorio, y en su art. 261 declaró, que correspondia al Tribunal Supremo de Justicia conocer de todos los asuntos contenciosos pertenecientes al real Patronato y de los recursos de fuerza de todos los tribunales eclesiásticos de la corte. Aunque en estas disposiciones no se especificaron, entre las facultades de las Audiencias y Tribunal Supremo, el conocimiento de los recursos de nuevos diezmos, ni de los de proteccion del Concilio, ni de los regulares, ni de los de retencion de bulas que vinieran al Nuncio, á la Rota ó al Tribunal de las Ordenes, se consideró que continuaban con ellas aquellos tribunales, ya porque se juzgó que llamándose estos recursos tambien de fuerza, estaban comprendidos en aquellas disposiciones generales, ya por entenderse que de lo contrario suplían al título 5 de la Constitucion de 1812 las disposiciones del reglamento provisional para la administracion de justicia. No se dispuso tampoco sobre el conocimiento de los recursos de fuerza en negocios del Patronato real de las iglesias, pero estos debian entenderse comprendidos entre los contenciosos del Patronato de que se dispuso conociese el Tribunal Supremo, pues aquella omision solo tuvo por objeto escluir los negocios del real Patronato gubernativos, de que conocia el Consejo de la Cámara, y cuyo conocimiento en el dia corresponde al gobierno Supremo del Estado. En dichos negocios contenciosos se comprendieron los recursos de retencion de bulas relativas á puntos que afectan al real Patronato, de manera que, si concedido el pase á una bula apareciese despues que por causar perjuicio á tercero, se interpusiera el recurso de retencion, corresponderia al Tribunal Supremo conocer de él cuando las bulas hubieran ido dirigidas á prelados superiores de la corte, y á las Audiencias, si á prelados locales ú otras personas ó autoridad eclesiástica de su territorio, y en que debieran aquellas ejecutarse. Asimismo, el conocimiento de los recursos sobre proteccion de regulares corresponde á los tribunales superiores de las provincias; los de corporaciones notables del reino al Tribunal Supremo, subrogado en lugar de la Cámara en todos los negocios contenciosos del real Patronato; si no afectasen á este, es preciso para ello que además los cabildos sean exentos de la jurisdiccion de los obispos de un modo que no deje duda.

1719. La ley de 6 de julio y el real decreto de 22 de setiembre de 1845, sobre organizacion y atribuciones del Consejo Real, atribuyeron á este Supremo Consejo de Administracion, la primera, en su art. 11, la facultad de



ser consultado sobre los asuntos del real Patronato y recursos de proteccion del Concilio de Trento, y el segundo, en su artículo 9, la facultad de conocer en *pleno*, de los asuntos graves del real Patronato y recursos de proteccion del Concilio de Trento, además de ser consultado sobre el pase y retencion de bulas, breves y rescriptos pontificios y de las preces para obtenerlos: § 2, art. 11.

En virtud de estas disposiciones, dudóse si debian entenderse derogadas las del reglamento provisional y del tít. 5 de la Constitucion anteriormente espuestas, referentes á dichas materias, bajo el aspecto contencioso. Esta cuestion muy importante desde que se ha publicado la nueva ley sobre la organizacion y atribuciones del Consejo de Estado, algo mas explicita que la anterior, y de que nos ocuparemos mas adelante, se halla resuelta por una respetable autoridad, por el señor don José Alonso, en su Tratado teórico práctico de los recursos de fuerza y proteccion, obra acomodada á la legislacion vigente por don Eduardo Alonso Colmenares. En su parte 1.<sup>a</sup>, lib. 1, tít. 2, seccion 1.<sup>a</sup>, despues de distinguir los casos en que los negocios del real Patronato y los recursos de proteccion del Concilio son meramente gubernativos, de los en que son contenciosos ó judiciales, decide que solo son de atribucion del Consejo los primeros, pero no los segundos. «La Constitucion de 1812, que fue la que primero hizo la separacion entre los negocios gubernativos y judiciales, dice este escritor, ya se atemperó á ella en cuanto á los asuntos del Patronato real, y por esto solo atribuyó al Tribunal Supremo el conocimiento de los que fuesen contenciosos, dejando al gobierno los que no eran de esta clase. En cuanto á los recursos de fuerza, todos los sometió al conocimiento del mismo Tribunal Supremo y al de las Audiencias, segun fuesen los tribunales eclesiásticos de quienes se interpusiese. Ni estos ni los otros han sido convertidos en gubernativos explicita ni implicitamente. Para esto y para quitar su conocimiento á los tribunales, era preciso una disposicion espresa y terminante que no se encuentra en la legislacion especial del Consejo real, que guardaria poca conformidad con la índole de este cuerpo, que no podria fundarse en buenos principios, ni dictarse sin temor de que en muchos casos produjera perjuicios graves á los particulares que tuvieran precision de defender sus derechos. Infiérese de todo lo espuesto, que ni por la ley que creó el Consejo real, ni por el real decreto que esplicó sus atribuciones, ni por el reglamento que segun aquellas y este las fijó respecto de lo contencioso administrativo, nada de cuanto se ha espresado acerca de los negocios contenciosos del Patronato real y de los recursos de fuerza por proteccion del Concilio de Trento, fue alterado, modificado ni reformado, y de consiguiente, que al Tribunal Supremo corresponderá conocer de los primeros y al mismo y á las Audiencias de los segundos, en la forma que se ha esplicado.»

«Sin embargo de esta esplicacion, continúa este autor, podria replicarse que en la ley de julio la intervencion del Consejo es para consultar, y en el real decreto para conocer. ¿Este conocimiento es ó no consultivo? Sin duda alguna, porque el Consejo es rigurosamente de esta índole por punto

general, y por escepcion le compete solo el conocimiento de los negocios contenciosos administrativos, y aun sus decisiones están sujetas á consulta con el gobierno. Estos negocios están especificados en el real decreto, y mas especialmente en el reglamento formulado para la ejecucion de este y de la ley; y entre tales negocios no se encuentran los recursos de proteccion del Concilio, ni los asuntos contenciosos del real Patronato que ciertamente no se habrian preferido, á deberse considerar como propios de su autoridad. Se encuentran únicamente especificados en aquellas disposiciones en que se trata de las facultades consultivas del Consejo.»

1720. La nueva ley de Enjuiciamiento civil de 1835, atribuye en el art. 1105, al Tribunal Supremo de Justicia el conocimiento de los recursos de fuerza que se interpongan contra la Nunciatura y los tribunales superiores eclesiásticos de la córte, esto es, de los tribunales de las Ordenes y de la Rota, segun declaracion de la real órden de 22 de julio de 1820, y á las Audiencias del territorio respectivo, de los que se interpongan contra los demás jueces ó tribunales eclesiásticos, esto es, contra los tribunales y juzgados eclesiásticos inferiores, entre los cuales se consideran para este efecto la vicaría castrense y el juzgado de la real capilla, no obstante ejercer en ellos las funciones judiciales el Patriarca de las Indias. Véase la citada real órden de 22 de julio de 1820. Aunque no especificó la ley de Enjuiciamiento las clases de recursos de fuerza á que se referia, siguiéndose en esto la misma regla que en la Constitucion de 1812, y limitándose á mencionar las tres clases de recursos de fuerza ó modos como puede esta verificarse en conocer, en el modo de conocer y en no otorgar, se consideran comprendidos en estas prescripciones todos los recursos contenciosos, cuyo conocimiento se atribuyó á las Audiencias y Tribunal Supremo respectivamente por el reglamento provisional para la administracion de justicia y que ya hemos espuesto.

1721. Sin embargo, en la nueva ley sobre organizacion y atribuciones que se ha dado al Consejo real en 1860, denominándole Consejo de Estado, se hicieron algunas innovaciones, al menos en el testo, de las que llevamos referidas sobre esta materia y respecto del Consejo real, lo que unido á la idea emitida en el dictámen de la comision del Senado sobre el proyecto de dicha ley, de haberse convenido por la mayoría de la comision en la conveniencia de que pasara al Consejo de Estado el conocimiento de los recursos de fuerza en que segun la legislacion vigente entendian los tribunales, si bien se habia creído no deber decidir cuestion tan grave en la citada ley y que en otras podria tener mas oportuna cabida, originó dudas sobre si se habia hecho en la nueva ley alguna innovacion sobre este punto y dió motivo á animadas é interesantes discusiones en ambos cuerpos colegisladores. Y efectivamente, en el art. 45 de aquel proyecto, hoy publicado como ley con fecha de 1.<sup>o</sup> de setiembre de 1860, se dispuso que fuera oido el Consejo de Estado *en pleno*, además que sobre el pase y retencion de bulas, breves y rescriptos pontificios y de las preces para obtenerlos, sobre todos los asuntos concernientes al real Patronato de España é Indias y so-

*bre los recursos de proteccion y fuerza á escepcion de los consignados en la ley de Enjuiciamiento civil como propios de los tribunales.*

Respecto de la primera disposicion, ó sobre los asuntos del real Patronato, se advirtió desde luego, que se introducía una alteracion en lo dispuesto en el art. 41 de la ley de 6 de julio de 1845, puesto que en la nueva se atribuía al Consejo la consulta de todos los asuntos del real Patronato, y en su consecuencia parecia comprender tanto los gubernativos como los contenciosos. Llamóse la atencion de la comision por uno de los senadores mas autorizados, el señor Arrazola, sobre las gravísimas dificultades que de esto iban á surgir, porque, decia este distinguido orador, los asuntos del real Patronato tienen dos aspectos, consultivo y contencioso; que en cuanto al primero, estaba conforme en que lo decidiera el ministerio con el rey oyendo al Consejo, pero que el segundo era mucho mas delicado, porque versaba sobre declaracion de derechos, y esa era una especie de cuestion de propiedad y por tanto no habia competencia para decidirla en la administracion y el gobierno. A esta observacion contestó el señor Rodriguez Vaamonde, que si bien era exacto lo espuesto por el señor Arrazola hasta cierto punto, no podia olvidarse, que segun una máxima de Salgado en materia de Patronato, lo que habia de tener presente en primer término era la posesion ó causi posesion del derecho de ese mismo Patronato. Cuando se entrara en el exámen íntimo, profundo de los derechos de Patronato (lo que seria raro que se sucediera, porque en una nacion que es católica hace muchísimos siglos, donde todas las cuestiones que pueden ocurrir entre las dos potestades, harto seria que no hayan venido al tapete de las autoridades en distintas ocasiones y haya antecedentes para saber hasta donde llega la posesion de la corona, de estos ó los otros derechos, beneficios y prerogativas sobre las Iglesias de España), cuando se entrara en este exámen, entonces seria oportuna la indicacion. Pero que en el proyecto de la comision, no se trataba precisamente de dicha clase de cuestiones, cuestiones provisorias de suyo, y por eso dijo: Todos los negocios del real Patronato. Que la palabra todos venia á significar lo mismo que la cláusula usada anteriormente: «Los negocios del real Patronato.» porque siendo esta indefinida, equivalia á una cláusula universal, y asi lo entendió el Consejo real, puesto que creyó que todos los asuntos del real Patronato estaban sometidos á aquel cuerpo. Los negocios contenciosos del Patronato, decia este orador, versan sobre actos posesorios ó cuasi posesorios. Hay datos evidentes, claros y tradicionales para saber hasta donde llega el límite de la posesion. El rey que es imparcial en estas cuestiones las decide por la via gubernativa. Hay alguna parte que se cree lastimada, ofendida; no se puede hacer mas que lo que propone el proyecto de ley; se abre un juicio con toda la solemnidad, la publicidad y la motivacion que podia desearse. Por la via contenciosa, la parte que se considera lastimada, se presenta á esponer los derechos que reclama, el fiscal de la corona espondrá los suyos, y personas acostumbradas al fallo de los negocios no solo admitrativos sino judiciales, con las formalidades de la justicia, con la solemnidad de los debates, con la mayor

publicidad que es una gran garantía de la justicia y sobre todo con la motivacion del fallo, decidirán la cuestion.» Diario de sesiones del Senado de 23 de febrero de 1859.

Acerca de la atribucion que se daba por la nueva ley al Consejo sobre los recursos de proteccion y fuerza, tambien se advirtió una alteracion en lo prescrito por la ley de 6 de julio, puesto que no se decia, como en esta que se oyera el Consejo sobre los *recursos de proteccion del Concilio de Trento*, sino, *sobre los recursos de proteccion y fuerza que no estaban consignados en la ley de Enjuiciamiento civil como propios de los tribunales.*

El mencionarse en estas atribuciones los *recursos de fuerza*, y el entenderse por los señores senadores esta palabra en el sentido estricto de referirse á las invasiones de la autoridad eclesiástica en materias ajenas de su jurisdiccion, ó sin sujetarse en las causas profanas á los procedimientos civiles, dió motivo á que algunos senadores llamaran la atencion de la comision sobre este particular, preguntándole la clase de recursos de fuerza á que se referia. Asi es que en la sesion de 8 de febrero de 1859, decia un ilustrado individuo de aquel alto cuerpo legislador, el señor Carramolino: «Por el § 3 del art. 45 se someten al consejo de Estado los recursos de fuerza. ¿Qué significan estos recursos de fuerza si no son aquellos de que entienden los tribunales? ¿De qué otros recursos puede hablarse aquí que no sean estos? Ningun maestro en la ciencia trata mas que de los recursos de esta clase, que son de los que conocen los tribunales, el de conocer y proceder, en el modo y en no otorgar. Hay sí otros que han venido conociéndose con el nombre de recursos de proteccion; pero estos no son recursos de fuerza. Yo bien sé que en lenguaje equívoco se usa algunas veces de la frase proteccion y fuerza, pero sé tambien que los verdaderos recursos de fuerza son aquellos de que conocen los tribunales, y que el Consejo de Estado no debe ocuparse mas que de los recursos de proteccion á favor de los regulares y del concilio de Trento, de varios, en fin, con cuya enumeracion no quiero molestar la atencion del Senado... No hay mas recursos que los realmente llamados de fuerza y los de proteccion; los de fuerza propiamente dichos corresponden á los tribunales, y los de proteccion son aquellos de que el gobierno conoce y los que gubernativamente resuelve, y estos solo son los que deben venir al consejo de Estado, dejando los otros á los tribunales que de ellos conocen actualmente.»

A estas observaciones contestaron el señor Rodriguez Vaamonde y el señor Gomez de Laserna, haciendo notar que la comision al usar de la palabra fuerza respecto de los recursos de proteccion, no habia hecho mas que atenerse á la tecnologia legal, al lenguaje usado en nuestras disposiciones legales que calificaban tambien de recursos de *fuerza* á los de proteccion, lenguaje que habia creído deber adoptar la comision, porque de lo contrario, si no hubiera usado de la palabra *fuerza* al lado de la de *proteccion*, podría creerse que todos los recursos de fuerza que llevan esta denominacion en las leyes correspondian á los tribunales; que el poner la palabra fuerza al

lado de la de proteccion, no era mas que para evitar malas interpretaciones, y que no sucediera que ni el Consejo de Estado conociese de ellos por no calificarlos la ley de recursos de proteccion, ni los tribunales comunes, porque no están formulados ni calificados como recursos de fuerza por la ley de Enjuiciamiento, y que en su consecuencia, la comision no trataba de atribuir al Consejo el conocimiento de los recursos de fuerza en el sentido estricto de esta palabra, los cuales eran de la competencia de los tribunales, ni aun tampoco los recursos de proteccion de que tambien conocian estos por nuestras leyes civiles.

«Los recursos de proteccion y de fuerza, decia el señor Vaamonde que asi se llaman, estuvieron siempre fuera de las audiencias del reino, siempre estuvieron en el consejo de Castilla y conservando el nombre de recursos de fuerza. Porque el señor Carramolino se equivoca cuando entiende que solo hay en nuestro derecho recursos de fuerza en conocer y proceder, en el modo y en no otorgar. En este punto debo decir á S. S. que Felipe II, que entendia de esto bastante, dice lo siguiente: *Conocimiento por vía de fuerza en el Consejo y no en las Audiencias de las causas tocantes á la ejecucion del concilio de Trento.* Mandamos que por ahora y en el entretanto que otra cosa se provee, que en las nuestras chancillerias y audiencias no se conozca por vía de fuerza de las cosas tocantes á la ejecucion y cumplimiento de los decretos del Santo Concilio de Trento. Aquí se vé claramente que la ley usa sin ninguna clase de reserva de las palabras «por vía de fuerza,» y este es el sentido del proyecto, y esto es lo que queremos cuando decimos, que al Consejo de Estado le toca conocer de los recursos de proteccion y de fuerza, á no ser de los que están hoy á cargo de los tribunales.

No obstante estas aclaraciones, el señor Arrazola, despues de reseñar los recursos de fuerza cuyo conocimiento se atribuye á los tribunales por el reglamento provisional, por la Constitucion de 1812 y por la misma ley de Enjuiciamiento, decia: «Todos los recursos de fuerza que traian filiacion ó epigrafe legal quedaron reunidos en los de que hoy conocen los tribunales, ¿de qué recursos, por consiguiente, va á conocer el Consejo?» Diario de las sesiones del Senado del 25 de febrero.

Haciéndose cargo de estas nuevas observaciones el señor Vaamonde, despues de citar varias autoridades y leyes que califican con el nombre de recursos de fuerza á los de proteccion y entre ellas la 17, tit. 3, lib. 2 de la Nov. Recop., dada por Felipe II, contestó diciendo: «Si la legislacion antigua, al recurso protectorio del Concilio de Trento lo llamó recurso sobre la fuerza, por lo mismo que este es un nombre antiguo, genuino y tradicional, me parece justo que esté en la ley. *Los tribunales, segun la ley, continuarán conociendo de los recursos de fuerza de que venian conociendo hasta el dia y de que habla la ley de Enjuiciamiento civil.*

Mas á pesar de todas estas esplicaciones dadas en la estensa discusion del Senado sobre el proyecto de ley de organizacion y atribuciones del Consejo de Estado, todavia en el Congreso de Diputados suscitaron distinguidos jurisconsultos las mismas dudas sobre las atribuciones que se conferian al

Consejo de Estado en los recursos de fuerza. Hé aquí las observaciones que hácia el señor marqués de Pidal sobre este punto. «¿Cuáles son los recursos de fuerza que la ley de Enjuiciamiento civil atribuye á los tribunales? Los de proceder, no otorgar y modo de conocer y proceder.... Y ahora pregunto yo, ¿qué recursos hay que sean de diferente índole de los que acabo de decir? Yo bien sé que se nos ha hablado de los regulares y de otros; pero por punto general todos son análogos á estos, sin que haya mas diferencia que la de que unos correspondian á los tribunales ordinarios y otros á los jueces supremos del Estado, porque habia necesidad de dar unidad á los fallos. Los pleitos entre particulares, en los cuales el Gobierno tenia un interés general pero no directo, podian ser conocidos por los tribunales ordinarios; pero habiendo otros de distinta índole en los cuales era preciso fijar una especie de jurisprudencia general, el Gobierno exigia que conociese de ellos ó la Cámara del Patronato ó el Consejo real cuando existia. Y hé aqui, señores, como la ley, diciendo y estableciendo por principio general que los recursos de fuerza pertenecen al Consejo, dice una cosa que despues desmiente, porque todos los otros recursos, que son los verdaderos, van á los tribunales, sin mas resultado que producir un inconveniente grave cuando se quiere disputar la competencia al Tribunal Supremo de Justicia. Pero se dirá, ¿por qué la ley del Consejo real determinó que aquella corporacion conociese de los recursos de proteccion del concilio de Trento? Porque basta examinar la índole de estos recursos para conocer que abrazan un objeto elevado que se roza con la gobernacion del Estado. No son asuntos judiciales, sino de gobierno, y por eso la ley determinó que el Consejo real conociese de esos recursos de proteccion del concilio de Trento. Pero el caso es que ahora se trata de examinar como principio que los recursos de fuerza pertenecen por regla general al Consejo de Estado, y por escepcion á los tribunales, siendo así que debiera decirse que por regla general los recursos de fuerza pertenecen á los tribunales, y por escepcion al Consejo de Estado. Es decir que á esta alta corporacion solo deberian ir estos recursos de proteccion del concilio de Trento de que antes hablaba, y algun otro muy raro.»

A estas nuevas dudas y reparos dió por fin una contestacion clara y categórica el ministro de la Gobernacion, el señor Posada Herrera. «En esta ley realmente no se hace variacion alguna en lo existente; no se hace mas que consignar un principio é indicar un deseo en cierto dictámen, que en otra parte se ha presentado á discusion; pero en lo cardinal de la ley no se hace variacion, puesto que se deja á los tribunales ordinarios los recursos de fuerza que por la ley de procedimientos civiles les corresponden, y se atribuye al Consejo de Estado todos los demás que siempre se han sustanciado, no en la forma contenciosa como recursos de fuerza, sino semicon-tenciosa, y se han venido resolviendo, no con el nombre de recursos de fuerza, sino con el de consultas de consejo, retencion de bulas, etc., por el gobierno, oido el Consejo Real, desde 1845 acá.» Diario de Sesiones de Diputados de 28 de mayo de 1859.

1722. Vese, pues, por todas estas declaraciones que la nueva ley sobre

organizacion y atribuciones del Consejo de Estado, no ha hecho innovacion notable sobre la materia de recursos de fuerza, en lo prescrito en la de 6 de julio y decreto de 22 de setiembre de 1843, y en su consecuencia, en las facultades atribuidas á los tribunales por el reglamento provisional, la Constitucion de 1812 y la ley de Enjuiciamiento civil. De manera, que dichos tribunales continuarán conociendo como hasta el dia de los recursos contra escesos de los tribunales eclesiásticos en el ejercicio de la jurisdiccion contenciosa, bien sea de los conocidos propiamente con el nombre de recursos de fuerza, bien de los llamados tambien recursos de proteccion segun hemos esplicado anteriormente, procediendo en su conocimiento segun las reglas del recurso en conocer y proceder, si consisten en dichos escesos ó usurpacion de atribuciones de los tribunales seculares, ó segun las del de no otorgar ó en el modo de conocer, si consisten en no observar los procedimientos judiciales á que deben sujetarse.

Ratificase esta interpretacion por las siguientes palabras de una persona de grande autoridad en esta materia por la doble circunstancia de haber formado parte de la comision encargada de redactar la ley de Enjuiciamiento civil y de la que formuló el proyecto de ley sobre organizacion y atribuciones del Consejo de Estado el señor Laserna, quien despues de esponer en sus Motivos de aquella ley, que segun ella corresponde á los tribunales conocer de los recursos de fuerza, *en el conocer, en el modo de proceder y en no otorgar*, dice lo siguiente: «Los demás recursos de fuerza comprendidos mas especialmente bajo el nombre de recursos de proteccion, corresponden por su naturaleza al Gobierno que con medidas del orden administrativo debe dar á todos la seguridad y libertad que la ley fundamental del Estado garantiza á todos los españoles.»

Estas palabras se refieren á los recursos de proteccion gubernativos ó de jurisdiccion voluntaria, mas no á los puramente contenciosos: asi lo ratifica el mismo autor en su *Tratado acadámico forense de procedimientos judiciales*, tercera edicion, dada á luz en 1861, y en su consecuencia, con posterioridad á la publicacion de la ley sobre el Consejo de Estado enumerando entre los recursos de fuerza cuyo conocimiento corresponde á los tribunales ordinarios el que tiene lugar cuando el Nuncio y los tribunales superiores eclesiásticos, contra lo dispuesto por el Concilio de Trento impiden y perturban el ejercicio de la jurisdiccion que corresponde en primera instancia á los ordinarios, y asimismo, en virtud del derecho protectorio del Concilio, las competencias que se suscitan entre dos jueces eclesiásticos sobre el conocimiento en primera instancia.

## § V.

*En los recursos de Fuerza no hay lugar á la súplica.*

1723. Anteriormente, era cuestion entre los autores si habia ó no lugar á la súplica en los Recursos de Fuerza á la que daba lugar el silencio acerca de este punto de nuestras disposiciones generales sobre esta clase de

recursos y algunos regalistas en su anhelo por reducir en todo lo posible la jurisdiccion eclesiástica, llegaban hasta pretender, que los autores declarando la fuerza ó contra esta jurisdiccion, no eran suplicables, y que lo eran por la autoridad secular las providencias en que se declaraba que el juez eclesiástico no hacia fuerza ó que procedia segun derecho, doctrina como se ve, contraria á todo principio de equidad y altamente vejatoria y depresiva de la autoridad eclesiástica. La nueva ley de Enjuiciamiento ha declarado en su art. 1103, que *de las Sentencias que pronunciaren sobre estos recursos el Tribunal Supremo ó las Audiencias no hay ulterior recurso*. Esta disposicion que recae solo sobre las sentencias que deciden acerca de si se comete ó no la fuerza, ó digamos definitivas, mas no sobre las providencias interlocutorias que recayesen sobre el procedimiento, pues de estas pueden suplicarse con arreglo al art. 66 de la ley, debe considerarse como refiriéndose tanto á las sentencias que declaren que el juez eclesiástico hace fuerza como á las que decidan que no la hace, pues el artículo habla en general, y bajo este aspecto es justo y equitativo y ha venido á confirmarse en general, la disposicion especial contenida en la ley 7, tit. 2 lib. II de la Novísima sobre que no se admitieran las apelaciones ó súplicas de las sentencias que pronunciase sobre aquellos recursos la audiencia de Galicia, disposicion que tambien entendian antiguamente en general los tratadistas que sostenian no haber lugar á la súplica.

1724. Hé aquí las principales razones que se alegaban contra los sostenedores de la opinion á favor de la súplica, segun se esponen en el Febrero reformado por los señores Goyena, Montalban y Aguirre y que creemos conveniente trasladar aquí por servir de apoyo y esplicacion á lo prescrito en el art. 1103 de la nueva ley.

«El señor Covarrubias admite la súplica en algunos casos, y será muy oportuno hacerse cargo de las razones en que se apoya.

»Distinguiendo de recursos este célebre é ilustrado autor, dice, que en el de conocer y proceder es muy conforme á los principios de derecho que se pueda suplicar, porque versando aquel recurso sobre jurisdiccion, y no pudiendo prescribirse esta, en todo caso que se ataque ó á la real ó á la eclesiástica, sus representantes podrán reclamar. Si esta razon, que en fuerza de probar demasiado, nada prueba, hubiera de tomarse en cuenta, quiere decir, que de mil providencias que se dieran sobre un mismo recurso, las mil serian suplicables, porque siempre existia la razon de no poderse men-  
guar ni prescribir la jurisdiccion.

»En los recursos de no otorgar y en el modo, las providencias declaratorias de hacer fuerza, entiende el mismo señor Covarrubias que son insuplicables, porque se dan en apoyo de la libertad, y todo lo que á esta protege es de inmediata ejecucion. Asi es verdad en cuanto al último extremo; pero debe entenderse cuando por la libertad favorable á uno, no se perjudica á la del otro, y cabalmente en estos recursos sucede lo contrario, porque admitiendo la apelacion de uno, equivale á perjudicar y trabar la libertad del que está interesado en la ejecucion de la sentencia.

»Por otra parte, una razon negativa prueba la no admision de la súplica. Todas las leyes que tratan de los recursos de fuerza y proteccion guardan un profundo silencio respecto á la súplica de ellas; y cuando es un punto tan intesante y trascendental ¿puede creerse que no hacen mérito de aquella porque autorizan su uso? Lo contrario es lo que debe presumirse con mucha razon, puesto que los legisladores siempre que tratan de materias de consideracion, determinan lo que acerca de ella puede hacerse.

»Hay además una ley que aunque trata de un caso especial, y por vía de escepcion, debe hacerse estensiva á todas las de su clase, cualquiera que sea el tribunal que conozca de la fuerza.

»La ley 7, tit. 2, lib. II de la Nov. Recop., dice: «Mandamos que los pleitos eclesiánticos y negocios que los alcaldes mayores del reino de Galicia mandaren traer ante sí por vía de fuerza sobre otorgar, reponer ó remitir, que si de lo que en ellos ó en cada uno de ellos determinaren se apelase por alguna de las partes para la nuestra real audiencia de Valladolid, que el presidente y oidores de la dicha audiencia no se entrometan á conocer ni conozcan de las tales causas por apelacion ni en otra manera alguna, ni den provisiones para que los tales pleitos vengan á la dicha audiencia.

»Finalmente, el señor conde de la Cañada, el mismo señor Covarrubias, y todos los prácticos, uniformemente convienen, en que en los tribunales nunca se ha admitido el remedio de la súplica contra las providencias fiscales de los recursos de fuerza; lo que es un poderoso argumento en apoyo de la opinion negativa.

»No se impide la apelacion, de lo que determinaren los alcaldes mayores del reino de Galicia en los pleitos eclesiánticos y negocios que mandan traer ante sí por vía de fianza sobre otorgar, reponer ó remitir (dice el señor conde de la Cañada, par. 1.<sup>a</sup>, cap. 11, núm. 15) porque haya en ellos alguna particular circunstancia con respecto á esta audiencia, sino por lo comun y general que conviene á estas causas y recursos, en cualquier tribunal que se vean por vía de fuerza; y las leyes que se establecen sobre este fundamento comun, aunque se dirijan por algun caso particular ocurrido ó que ocurra mas frecuentemente á un pueblo ó tribunal, producen el mismo efecto general para los mismos casos ú otros semejantes.

»Todos los derechos recomiendan la brevedad posible en la ordenacion y decision de los pleitos; y si los autos de fuerza admitiesen súplica, necesariamente se declararían con mayores gastos de las partes y grave perjuicio de la causa pública, que es otro inconveniente muy considerable.

»La nueva gracia ó merced de permitir súplicas de dichos autores debia ser comun á las partes, como lo son todos los términos del juicio aun los de prueba que se conceden por restitution á los privilegiados, y con esta nueva instancia quedaria en suspenso la causa principal, ya correspondiese á la jurisdiccion real ó á la del eclesiántico, hasta tanto que se causase ejecutoria con la sentencia ó auto de revista.

«La súplica lleva siempre el fin de la natural defensa de las partes, se-

ñaladamente en que pueden mejorarla, proponiendo nuevos artículos y probándolos cuyo efecto es comun á la apelacion, aunque en este remedio entra la desconfianza de que los jueces inferiores diesen la sentencia por ignorancia ó malicia.

«Pero cuando los hechos del pleito están justificados en el proceso por confesion de las partes ó por otro medio igualmente notorio, no puede tener lugar la súplica ni admitirse la en que se interponga prueba de alguna cosa que probada, no aprovecharia para dar juicio en la causa; y esto es lo que sucede en los autos que vienen por vía de fuerza en los tres casos propuestos, pues resulta de ellos mismos la materia de que se trata, la calidad de los autos y la inversion del orden legal en que respectivamente se motivan las fuerzas.

»Pues si las partes aunque suplicasen de los autos de fuerza no pueden esperar mejorar de suerte con alegacion y prueba de nuevos artículos, supuesto que constan los necesarios del mismo proceso, se convence por todos los medios que la súplica seria en estos casos frívola, maliciosa y destituida de toda la razon que movió á los señores reyes para permitirla en los juicios que dan sus tribunales supremos.»

## SECCION II.

DE LA INTERPOSICION DE LOS RECURSOS DE FUERZA Y DEL ÓRDEN COMO DEBEN SUSTANCIARSE Y DETERMINARSE.

1725. Los Recursos de Fuerza de que, segun el art. 1103 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deben conocer los tribunales seculares, á saber, contra la fuerza que hagan los jueces ó tribunales eclesiánticos, en conocer en el modo de proceder y en no otorgar las apelaciones procedentes, deben interponerse y sentenciarse con arreglo á las disposiciones prescritas en el titulo XXII de la misma ley, esceptuándose únicamente el llamado de inmunidad ó asilo en el que deberá tenerse presente lo determinado en la ley 6, tit. 4, lib. 1, de la Nov. Recopilacion y demás que tratan de esta materia, pues como dice el señor Gomez de la Serna, en sus Motivos de la Ley de Enjuiciamiento, este recurso no podia ser comprendido en una ley que se limitaba á la ritualidad de los juicios civiles. Véase lo espuesto en el número 1676 de este libro.

## § I.

*De la interposicion y determinacion del Recurso de Fuerza en conocer.*

1726. Este recurso, segun hemos indicado en el número 1076, tiene lugar cuando un juez eclesiántico conoce en causa profana, como dice el art. 1104 de la Ley de Enjuiciamiento conforme con lo prescrito en las leyes 5 y 17, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recop., «lo cual quiere decir segun consignaban los señores Goyena, Aguirre y Moutalban en su reforma del

»Por otra parte, una razon negativa prueba la no admision de la súplica. Todas las leyes que tratan de los recursos de fuerza y proteccion guardan un profundo silencio respecto á la súplica de ellas; y cuando es un punto tan intesante y trascendental ¿puede creerse que no hacen mérito de aquella porque autorizan su uso? Lo contrario es lo que debe presumirse con mucha razon, puesto que los legisladores siempre que tratan de materias de consideracion, determinan lo que acerca de ella puede hacerse.

»Hay además una ley que aunque trata de un caso especial, y por vía de escepcion, debe hacerse estensiva á todas las de su clase, cualquiera que sea el tribunal que conozca de la fuerza.

»La ley 7, tit. 2, lib. II de la Nov. Recop., dice: «Mandamos que los pleitos eclesiánticos y negocios que los alcaldes mayores del reino de Galicia mandaren traer ante sí por vía de fuerza sobre otorgar, reponer ó remitir, que si de lo que en ellos ó en cada uno de ellos determinaren se apelase por alguna de las partes para la nuestra real audiencia de Valladolid, que el presidente y oidores de la dicha audiencia no se entrometan á conocer ni conozcan de las tales causas por apelacion ni en otra manera alguna, ni den provisiones para que los tales pleitos vengan á la dicha audiencia.

»Finalmente, el señor conde de la Cañada, el mismo señor Covarrubias, y todos los prácticos, uniformemente convienen, en que en los tribunales nunca se ha admitido el remedio de la súplica contra las providencias fiscales de los recursos de fuerza; lo que es un poderoso argumento en apoyo de la opinion negativa.

»No se impide la apelacion, de lo que determinaren los alcaldes mayores del reino de Galicia en los pleitos eclesiánticos y negocios que mandan traer ante sí por vía de fianza sobre otorgar, reponer ó remitir (dice el señor conde de la Cañada, par. 1.<sup>a</sup>, cap. 11, núm. 15) porque haya en ellos alguna particular circunstancia con respecto á esta audiencia, sino por lo comun y general que conviene á estas causas y recursos, en cualquier tribunal que se vean por vía de fuerza; y las leyes que se establecen sobre este fundamento comun, aunque se dirijan por algun caso particular ocurrido ó que ocurra mas frecuentemente á un pueblo ó tribunal, producen el mismo efecto general para los mismos casos ú otros semejantes.

»Todos los derechos recomiendan la brevedad posible en la ordenacion y decision de los pleitos; y si los autos de fuerza admitiesen súplica, necesariamente se declararían con mayores gastos de las partes y grave perjuicio de la causa pública, que es otro inconveniente muy considerable.

»La nueva gracia ó merced de permitir súplicas de dichos autores debia ser comun á las partes, como lo son todos los términos del juicio aun los de prueba que se conceden por restitution á los privilegiados, y con esta nueva instancia quedaria en suspenso la causa principal, ya correspondiese á la jurisdiccion real ó á la del eclesiántico, hasta tanto que se causase ejecutoria con la sentencia ó auto de revista.

«La súplica lleva siempre el fin de la natural defensa de las partes, se-

ñaladamente en que pueden mejorarla, proponiendo nuevos artículos y probándolos cuyo efecto es comun á la apelacion, aunque en este remedio entra la desconfianza de que los jueces inferiores diesen la sentencia por ignorancia ó malicia.

«Pero cuando los hechos del pleito están justificados en el proceso por confesion de las partes ó por otro medio igualmente notorio, no puede tener lugar la súplica ni admitirse la en que se interponga prueba de alguna cosa que probada, no aprovecharia para dar juicio en la causa; y esto es lo que sucede en los autos que vienen por via de fuerza en los tres casos propuestos, pues resulta de ellos mismos la materia de que se trata, la calidad de los autos y la inversion del orden legal en que respectivamente se motivan las fuerzas.

»Pues si las partes aunque suplicasen de los autos de fuerza no pueden esperar mejorar de suerte con alegacion y prueba de nuevos artículos, supuesto que constan los necesarios del mismo proceso, se convence por todos los medios que la súplica seria en estos casos frívola, maliciosa y destituida de toda la razon que movió á los señores reyes para permitirla en los juicios que dan sus tribunales supremos.»

## SECCION II.

DE LA INTERPOSICION DE LOS RECURSOS DE FUERZA Y DEL ÓRDEN COMO DEBEN SUSTANCIARSE Y DETERMINARSE.

1725. Los Recursos de Fuerza de que, segun el art. 1103 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deben conocer los tribunales seculares, á saber, contra la fuerza que hagan los jueces ó tribunales eclesiánticos, en conocer en el modo de proceder y en no otorgar las apelaciones procedentes, deben interponerse y sentenciarse con arreglo á las disposiciones prescritas en el titulo XXII de la misma ley, esceptuándose únicamente el llamado de inmunidad ó asilo en el que deberá tenerse presente lo determinado en la ley 6, tit. 4, lib. 1, de la Nov. Recopilacion y demás que tratan de esta materia, pues como dice el señor Gomez de la Serna, en sus Motivos de la Ley de Enjuiciamiento, este recurso no podia ser comprendido en una ley que se limitaba á la ritualidad de los juicios civiles. Véase lo espuesto en el número 1676 de este libro.

## § I.

*De la interposicion y determinacion del Recurso de Fuerza en conocer.*

1726. Este recurso, segun hemos indicado en el número 1076, tiene lugar cuando un juez eclesiántico conoce en causa profana, como dice el art. 1104 de la Ley de Enjuiciamiento conforme con lo prescrito en las leyes 5 y 17, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recop., «lo cual quiere decir segun consignaban los señores Goyena, Aguirre y Moutalban en su reforma del

Febrero, número 1102, lib. 4.º, que para que tenga lugar este recurso, es de absoluta necesidad que la materia que produce las actuaciones y providencias del eclesiástico no sea puramente espiritual, ni de aquellas que están sujetas á su jurisdiccion por concesion de los príncipes» ó por derecho propio, añadimos nosotros, y en su consecuencia, ni de aquellas materias temporales ó seculares en que tambien ejerce jurisdiccion la Iglesia y que hemos especificado en el número 1676 de este libro, y en el lib. 1, tit. 1, seccion II de esta obra. Puede interponerse, segun los regalistas en cualquiera tiempo, fundándose en que la jurisdiccion eclesiástica no puede prorogarse sobre cosas y personas ajenas de la misma, segun las leyes 7, tit. 1, lib. 4; 6, tit. 1, lib. 10, y 7, tit. 29, lib. 2 de la Nov. Recopilacion, y que el transcurso del tiempo no pueda hacer que se tenga por consentida una providencia que no ofende esclusivamente á la persona contra quien se da, sino á la potestad secular tambien.

*Personas que pueden promover el recurso de Fuerza en conocer.*

1727. Pudiendo causar lesion ó perjuicio los abusos ó escesos que cometan los jueces eclesiásticos en el ejercicio de su autoridad ó jurisdiccion, no solamente á los particulares cuyos derechos afectan, sino tambien á la jurisdiccion secular cuyos limites invaden, se ha determinado en nuestro derecho antiguo y ratificándose por la nueva Ley de Enjuiciamiento, que pueden promover los Recursos de Fuerza en conocer.

1.º Los que son llamados indebidamente á litigar por la autoridad eclesiástica, ó compelidos por la misma á hacer algo que no sea de su competencia ordenar, pues nada mas justo que oír y conceder desde luego con esta promocion su natural defensa á la parte á quien se infiere el agravio y que puede mas inmediatamente conocer en qué consiste el abuso y determinar su estension, puesto que es la que primero tiene noticia de él, y la que mejor sabe los derechos de que goza por su clase, estado, etc.

2.º El ministerio fiscal, por ser un deber suyo procurar que se conserven sin menoscabo las prerogativas de la potestad y jurisdiccion temporal, evitando las invasiones ó usurpaciones que pueda verificar en ella otra jurisdiccion distinta.

3.º Los jueces y tribunales seculares competentes; esto es, los jueces á quienes compitiera el conocimiento del negocio en que se ha ingerido la autoridad eclesiástica, porque es tambien una de sus obligaciones mas sagradas, sostener las atribuciones y limites de su jurisdiccion.

*Procedimiento cuando promueven el recurso los particulares interesados en él.*

1728. El recurso de Fuerza en conocer y proceder no necesitaba prepararse segun la práctica anterior á la Ley de Enjuiciamiento, cuando lo interponian los particulares (si bien podian hacerlo formando artículos de declinatoria para que se remitieran los autos al juez seglar) lo cual se fundaba en que de cualquiera manera que apareciese el perjuicio ó la usurpacion, procedia el recurso. Asi era que el particular se presentaba en la au-

diencia ó el Tribunal Supremo en su caso, con un escrito en el que hacia relacion del negocio y providencia del juez eclesiástico que daba ocasion al recurso, pretendiendo mandara á este que remitiese los autos originales y le rogase que alzara las censuras si las hubiere impuesto y declarase á su tiempo que el juez eclesiástico cometia fuerza en conocer y proceder en perjuicio de la jurisdiccion ordinaria, y en su consecuencia, remitiera los autos al juez competente. Mas la ley de Enjuiciamiento, deseando que se guarde al juez eclesiástico el respeto debido y vitar conflictos innecesarios entre la autoridad eclesiástica y la civil, y los gastos y vejaciones que son consiguientes, si acudiendo ante él antes de formalizar el recurso, se inhibiera del conocimiento de los autos, dispone en su art. 1108 que cuando los Recursos de Fuerza en conocer fueren promovidos por los llamados indebidamente á litigar por la autoridad eclesiástica ó compelidos á hacer algo que no sea de su competencia ordenar, deberán ir preparados en forma al Tribunal Supremo ó á las audiencias: art. 1107. Este recurso se preparará con una peticion que el que lo promueva, hará al juez eclesiástico para que se separe del conocimiento de la causa, por no ser de su competencia y la remita al juez á que corresponda, protestando de lo contrario impetrar el real auxilio de la fuerza: art. 1108. Si el eclesiástico denegare esta pretension, se pedirá testimonio de la providencia, y con él se interpondrá el recurso ante el Tribunal correspondiente: art. 1109. Y si tambien negase el juez eclesiástico el testimonio de la providencia, podrá recurrirse en queja al Tribunal Supremo ó á la audiencia en sus respectivos casos. Estos tribunales ordenarán que inmediatamente se facilite el testimonio, dirigiendo al efecto la correspondiente real provision al eclesiástico. Y si este no cumpliera con lo que se le ordene, se le dirigirá segunda real provision conminándole con la pena establecida en el art. 505 del Código penal, puesto que en él se previene, que el eclesiástico que requerido por el tribunal competente reusase remitir los autos pedidos para la decision de un recurso de fuerza interpuesto, ó alzar las censuras á la fuerza, será castigado con la pena de inhabilitacion temporal, y si reincide, se le castigará con la de inhabilitacion perpétua especial: art. 1110.

Esta pena solo se impondrá al juez eclesiástico que no cumpliera con la orden mencionada del tribunal secular á quien se recurrió en queja, y ni á aquel ni al que se negare á separarse del conocimiento de la causa, se impondrá la que establece el art. 508 del Código penal, á saber, la multa de 20 á 200 duros al empleado público que legalmente requerido de inhibicion, continuase procediendo antes que se decida la contienda, pues esta disposicion solo se refiere á las cuestiones de competencia, tales como las determina la ley, y como odiosa, no debe estenderse á otros casos.

1729. Si á pesar de esta segunda real provision no cumpliera el juez eclesiástico con lo ordenado, se procederá á recoger los autos y á hacer efectiva dicha pena, segun previene el art. 1113 de la Ley de Enjuiciamiento que espondremos mas adelante.

1730. El tribunal secular para determinar si han de dirigirse ó no es-

tas reales provisiones en virtud de la queja de la parte que se sintiere agraviada por el juez eclesiástico, deberá oír al fiscal de su juzgado, según se deduce de la naturaleza de este asunto y se prescribe en la regla 45 de la ley para la aplicación del Código penal.

1731. Cuando el juez eclesiástico hubiera entregado á la parte agraviada el testimonio que le pidió de la providencia en que se negó aquel á declararse incompetente, procederá la parte á interponer desde luego el Recurso de fuerza ante el juez secular.

La interposición del recurso se verificará presentando el agraviado un escrito en que espese clara y distintamente los hechos que causan la fuerza que se le infiere ó el exceso ó abuso que se comete respecto de sus derechos, y las razones y fundamentos en que se apoya, acompañando también, para su justificación, el mencionado testimonio, y suplicando se admita el recurso y se mande al juez eclesiástico remitir los autos á dicho tribunal, para que en vista de aquellos pueda declarar la fuerza, el alzamiento de censuras, y nullos los autos obrados, remitiéndolos al juez secular para que conozca del asunto y lo termine. Este escrito debe presentarse con dirección de letrado y por medio de procurador autorizado con poder especial, que es como se ha practicado anteriormente á la nueva ley, y según prescribe la 21, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recopilación que debe entenderse vigente en el día, puesto que la nueva ley nada dispone en contrario y que así lo requiere la gravedad de estos recursos; deberá, pues, espresarse en el poder especial la facultad de promover estos recursos, ó si el poder fuese general, deberá contener cláusula especial referente á esta facultad. No viniendo el escrito en esta forma y bien preparado, deberá el juez secular repelerlo de oficio, según el espíritu del art. 226 de la ley.

1732. Presentada la solicitud con el testimonio debido, ó como se dice en el art. 1111 de la ley, *intepuesto el recurso ó presentado el testimonio de la denegacion del juez eclesiástico, el tribunal secular mandará que aquel remita los autos, dirigiéndole al efecto real provision. En esta se prevendrá además al eclesiástico que cite previamente á las partes para que dentro de veinte dias improrogables comparezcan ante el tribunal que conozca del recurso. El juez eclesiástico podrá también citar al fiscal de su juzgado ó tribunal, si lo estima conveniente*: art. 1111. Para expedir esta provision, creemos que deberá el juez secular oír al fiscal, según se prescribe en la regla 45 de la ley para la aplicación del Código penal, y es conveniente para que el dictámen de este funcionario, encargado especial y directamente de conservar intacta la real jurisdicción secular, sirva de ilustración y guía de su conducta, no solo al juez secular y al eclesiástico, sino en particular al recurrente, que podrá, si conoce que el recurso es infundado, desistir de él librándose de los gastos y costas del mismo.

1733. La disposición del art. 1111 no requiere, como se efectuaba en la práctica anterior, que la provision contenga la cláusula mandando al juez eclesiástico se inhiba del conocimiento del negocio, fundada sin duda en

que ya se negó á ello cuando se lo suplicó la parte agraviada al preparar el recurso, pero no creemos que sea redundante esta cláusula, puesto que es una atención y hasta un deber del juez secular advertir por sí al eclesiástico la estralimitación de sus facultades para que se modere y contenga por sí mismo, sin erigirse el juez lego súbitamente en juez suyo mandándole la remisión de los autos. Se ha omitido también la cláusula sobre alzamiento de las censuras que se hubieran impuesto, la cual se espresaba en forma de ruego ó de súplica, á diferencia de la de remisión de los autos, lo cual se fundaba como observan Febrero y sus reformadores, «en que como todavía no se sabia si el juez eclesiástico hizo ó no fuerza, no sería prudente que el tribunal mandase alzar una pena que puede ser justa, si en efecto hubo resistencia infundada por parte del recurrente.» Tal vez se haya fundado esta omisión de la nueva ley en las consideraciones que para la anterior, pero creemos que no sería tampoco inútil el comprender aquella cláusula en la provision, por las mismas razones espuestas respecto de la anterior omisión. Sin embargo, si el juez eclesiástico se inhibiese del negocio y alzase las censuras por sí, reponiendo la providencia que hubiese dado motivo al recurso, no se pasaria adelante en él por no tener ya objeto.

1734. Según la antigua práctica, la provision se dirigía al notario del tribunal eclesiástico ante quien pendían los autos, no haciéndolo directamente al juez, «ya porque, como indica muy bien el señor Rodríguez en su Práctica forense, como persona eclesiástica, se estime exenta de la jurisdicción del tribunal, ya por la diferencia que siempre se tiene á la Iglesia y á sus autoridades.» Si el juzgado eclesiástico residía en el mismo pueblo que la audiencia, se mandaba solamente que el notario fuera á hacer relación de los autos, el cual los pasaba á la escribanía de cámara. Creemos que el primer extremo de esta práctica podrá y aun deberá verificarse en el día, aun cuando la real provision se refiera en su letra al juez, presentándola los procuradores de las partes á quienes deberá entregarse, al notario actuario en el tribunal eclesiástico para que dé cuenta de ella al juez. Enterao este, deberá proceder á su cumplimiento, pues, *si el eclesiástico no remitiese los autos, previa la citacion ordenada en el art. 1111 ó si no los remitiera integros y originales, sino algun ramo de ellos, se expedirá segunda real provision en los terminos prevenidos en el 1110, esto es, conminándole con la pena establecida en el 505 del Código penal, para que remita dichos autos ó el ramo ó partes que quedaron en su juzgado. Cuando dicha real provision se refiera á la remesa de algun ramo se llama de autos diminutos*: art. 1112.

1735. *Si á pesar de la segunda real provision, pidiendo el testimonio de la providencia en que el juez eclesiástico denegó la pretension del agraviado sobre que se separase del conocimiento de la causa por no ser de su competencia, á que se refieren los arts. 1108 y 1109, para interponer el recurso de fuerza, ó pidiendo la remisión de los autos integros y originales al juzgado secular para conocer del recurso que ante él se ha interpuesto, no cumpliere el eclesiástico con lo ordenado, se mandará al juez de primera*



instancia del partido, que recoja los autos en todo caso y los remita al tribunal que conozca del recurso, procediéndose desde luego criminalmente á lo que haya lugar: art. 1113; esto es, á hacer efectiva la multa y pena impuestas por las denegaciones mencionadas, ó si el juez ocultare los autos ó los destruyese ó cometiera algun desacato ó delito por el que incurriera en responsabilidad criminal, á practicar las diligencias ó instruir el procedimiento criminal para que facultan las leyes en tales casos.

1756. Sobre este punto debe tenerse presente lo prescrito en la regla 15, adicionada por real decreto de 22 de setiembre de 1848 á la ley para la aplicacion del Código penal, y que forma la regla 45 de dicha ley reformada, á saber: que en los Recursos de Fuerza, los tribunales acomodarán el lenguaje de las provisiones á que aquellos den lugar á las disposiciones del Código, no conminando con penas no establecidas en el mismo y oyendo siempre al fiscal. En su consecuencia, no siendo obedecida y cumplida la primera real provision, se librará sobre unida carta conminatoria, recordando las penas en que incurren, segun el Código, los eclesiásticos que no cumplen las disposiciones de los tribunales civiles cuando están obligados á ello. Si tampoco fuere obedecida, se expedirá tercera provision ó sobre carta agravatoria, conminando á término dado con formacion de causa, y si trascurrido éste continuase la resistencia, el tribunal real procederá á la formacion de aquella respecto á los sometidos á su jurisdiccion, y en cuanto á los que no lo estén, remitirá el tanto de culpa al tribunal competente.

Debe tambien tenerse presente lo que se previene en la ley 12, tit. 12, lib. 4 de la Nov. sobre que los jueces ordinarios ó seculares velen y cuiden del cumplimiento de las provisiones sobre Recursos de Fuerza, ú otras cuyo cumplimiento pertenezca á los jueces eclesiásticos, las cuales, dispone dicha ley, que cuando se ofreciese librarlas ó remitirlas de oficio, no se dirijan en derecho á estos, sino á los seculares, y que estos den cuenta al Consejo de lo que ocurra; y asimismo no debe olvidarse lo prevenido en la ley 24, tit. 2, lib. 2 del mismo Código, sobre que para la notificacion y otra cualquiera diligencia jurídica de la real jurisdiccion, usen los escribanos con los reverendísimos obispos, provisos y demás jueces eclesiásticos, la atencion de darles recado de urbanidad, antes de hacerles la notificacion de los despachos, sin que proceda papel, carta ni memorial, ni copia de la providencia ó despacho, y que se les admita á hacer estas notificaciones, sin causarles detencion ni molestia, ó dándoles hora, de cuya respuesta pongan diligencia.

Así, pues, el juez de primera instancia, procederá para la recogida de los autos y demás procedimientos á que haya lugar, con arreglo á estas disposiciones, por sí ó por medio del escribano, segun los miramientos, atenciones y respetos que requiera la categoría de la autoridad eclesiástica de que se trate y lo que permitan las circunstancias del caso, y si ocurriesen circunstancias ó acontecimientos de alguna gravedad, deberá dar cuenta al tribunal que espidió la provision, para que determine lo que debe practicarse, antes que esponerse á tomar alguna medida imprudente ó depresiva

de la autoridad eclesiástica. Véase lo que espone el señor don José Alonso en su tratado sobre los Recursos de Fuerza, lib. 2, tit. 3, seccion 2.

1757. Luego que el tribunal secular recibe los autos formados por el juez eclesiástico, procede á la sustanciacion del recurso, que es sumamente breve y espedita, puesto que no se admite alegacion alguna por escrito, ni documentos nuevos, ni pruebas, limitándose el conocimiento á lo que aparezca de lo obrado por el juez eclesiástico y á los informes orales en estrados que hacen los abogados de las partes, y en su caso el fiscal del juzgado eclesiástico.

1758. Anteriormente á la Ley de Enjuiciamiento, se pasaban los autos al fiscal del tribunal secular para que los viera, por el interés que tiene en la defensa de la real jurisdiccion ordinaria, y si este advertia que el recurso interpuesto no estaba bien formulado por los particulares agraviados, podia enmendarlo, presentado otro escrito mas conveniente en que reclamaba que se alzase la fuerza, y si lo encontraba arreglado, lo coadyuvaba adhiriéndose á él, y si no procedia el recurso, lo advertia con las razones en que se fundaba. La nueva ley ha omitido este trámite, creyendo sin duda que basta para la defensa de la jurisdiccion ordinaria, la comunicacion de los autos que se hace al fiscal, devueltos que son por las partes, á quienes se pasan despues de formado el apuntamiento por el relator para instruccion, y el informe que aquel deberá hacer en estrados, é igualmente ha juzgado sin duda suplido aquel trámite, con la facultad y aun el deber que tienen los mismos jueces, de promover y continuar dicho recurso cuando vieren que los eclesiásticos invaden la jurisdiccion secular, segun el artículo 1127 de la Ley de Enjuiciamiento, aun cuando desistiere de él la parte agraviada. Pero desde luego es un perjuicio para el recurrente esta omision, porque se le priva del apoyo del fiscal desde el principio del procedimiento, si aparece desde luego procedente el recurso, ó si no apareciere proceder, carece de las luces y fundamentos del dictámen fiscal en este sentido, que tal vez le persuadirian á no seguir en un recurso que le origina gastos y en que puede salir condenado en costas.

Previene, pues, la nueva ley, que recibidos los autos en el tribunal secular, se pasarán al relator para formar apuntamiento: art. 1114. Devueltos los autos por el relator, se entregarán por su orden á las partes que se hubieren personado para instruirse, por termino de seis dias improrogables, á cada una: se entregarán tambien por igual tiempo al juez eclesiástico ó á su fiscal, si se hubiesen presentado á sostener la providencia que ha dado lugar al recurso para el efecto de instruirse y poder hablar en estrados: art. 1115; pues nada mas justo que oír á estos funcionarios, puesto que se trata de la censura y nulidad de actos en que han intervenido en el ejercicio de sus funciones: art. 1115. Transcurridos los términos señalados de seis dias á cada parte porque se hacen dichas entregas de autos, y devueltos estos por las mismas ó recogidos de oficio, se pasarán los autos al fiscal del tribunal secular, aunque no haya promovido el recurso para instruirse por el mismo término de seis dias: art. 1116.

Tanto el fiscal del tribunal como el juez ó fiscal eclesiástico y los que sean parte en el recurso, al devolver los autos, manifestarán por escrito si están conformes con el apuntamiento del relator, ó reclamarán las reformas ó adiciones que consideren deben hacerse art. 1117. Devueltos los autos por el fiscal se pasarán al ministro ponente por otros seis dias. Este informará á la sala por escrito sobre las adiciones ó reformas del apuntamiento solicitadas: art. 1118. Habiendo conformidad con el apuntamiento ó hechas en él las reformas ó adiciones que el tribunal estime procedentes, se señalará día para la vista: citando á las partes para que concurran á informar en estrados sus defensores si quisieren: art. 1119. Mas el fiscal del juzgado secular, concurrirá necesariamente á la vista, por el deber que tiene de velar por la integridad de su jurisdiccion en cuanto tuviere noticia de que se halla amenazada, segun el art. 1123, como se verifica en el caso de entablar recurso de fuerza el agraviado. En ella se permitirá al fiscal ó juez eclesiástico que se hubiesen presentado á sostener la providencia que dió lugar al recurso, presentarse á hablar en estrados por sí mismos ó por medio de letrados: art. 1115.

1739. El tribunal dictará sentencia definitiva, fundada, dentro de los ocho dias siguientes al en que se hubiere terminado la vista: art. 1120. La sentencia se limitará á una de las dos declaraciones que siguen:

1.º No haber lugar al recurso, condenando en costas al que lo hubiere interpuesto, y mandando devolver los autos al juez eclesiástico, con certificación de la sentencia para su continuacion con arreglo á derecho: lo cual procederá cuando el negocio sea ageno á la jurisdiccion secular y propio de la eclesiástica: arts. 1121 y 1123. Esta providencia se llama de segundo género. Acerca de la imposicion de costas al recurrente que perdió el recurso, los autores opinaban que solo debia verificarse cuando recurrió sin razon, segun decia Febrero, ó con temeridad y malicia, segun esponia el señor Conde de la Cañada al tratar del recurso de no otorgar, part. 1, capítulo 8 núm. 91. No obstante en la ley 2, tit. 2, lib. 2 de la Nov. se facultaba á los jueces seculares para condenar en costas cuando juzgan que no procedia el recurso de no otorgar, sin espresur que resultase temeridad ó malicia, si no usando de la cláusula sencilla y general, *si les pareciere*. La nueva ley no distingue de casos teniendo sin duda en cuenta lo delicado y grave de promover indebidamente contiendas entre la autoridad eclesiástica y la secular. Sin embargo, si el recurrente se hubiese separado del recurso antes de verse y determinarse como puede hacerlo debiendo el tribunal haberle por apartado segun espresa Escolano, Práctica del Consejo, tomo 1, pág. 63, no deberá pagar mas que las costas causadas hasta entonces, aun cuando se continúe el recurso de oficio por creer los jueces ó el fiscal que deben sostenerlo. Hecha la devolucion de los autos al juez eclesiástico, se tasarán y regularán las costas en la forma que previene la ley, y se procederá por el Tribunal Supremo ó por la audiencia á hacerlas efectivas, empleando para ello la via de apremio: art. 1125, valiéndose del juez de primera instancia competente, pues á la jurisdiccion ordinaria es á

quien incumbe llevar á debido efecto sus providencias, y aqui se trata de las costas causadas en sus tribunales ó juzgados, como lo indica el remitirse los autos obrados en el eclesiástico á este juez, antes de hacer la tasacion de aquellas, pues no se necesitan para este efecto.

2.º Declarar que el juez eclesiástico hace fuerza en conocer, (por considerar el tribunal secular que el negocio de que entiende el juez eclesiástico es propio de la jurisdiccion secular ó laical, y por eso se llama esta providencia *auto de legos*) y ordenar que levante las censuras si las hubiese impuesto. Esta providencia, que se llama de primer género y que solo decide sobre el juez competente para conocer del negocio en cuestion, mas sin resolver en lo mas mínimo sobre el fondo de este, se le comunicará al juez eclesiástico por medio de oficio: art. 1121. Además se remitirán los autos al juez competente, esto es, al secular del fuero personal y local que corresponda, con citacion de las personas que se hayan personado en el tribunal secular, y se dará noticia al eclesiástico de la providencia por medio de oficio: art. 1124. No previene la ley que en este caso se condene en costas al juez eclesiástico, si procedió con notorio abuso ó negándose obstinadamente á la inhibicion del conocimiento del negocio, segun opinaban algunos autores, fundados en la ley 1, tit. 2, lib. 2, del suplemento á la Nov. Recop., dada por cierto por Carlos IV, que declaró que todos los tribunales reales, á donde se llevaran causas por recursos de fuerza, tienen facultad para imponer á los eclesiásticos multas, condenaciones de costas y demás penas que juzguen á propósito segun las circunstancias del caso. Sin embargo el señor Alonso en su Tratado sobre los Recursos de Fuerza, lib. 2, tit. 2, seccion 2, despues de hacerse cargo de esta y otras de nuevas antiguas disposiciones legales sobre las facultades de los tribunales seculares que copocen de los recursos de fuerza, dice estas juiciosas palabras: «Hoy puede sentarse que dichas facultades están reducidas á proceder criminalmente contra los jueces eclesiásticos que desobedezcan lo mandado en las reales provisiones que se les dirijan, aplicando las penas establecidas en el art. 303 del Código penal, y á ordenar el levantamiento de las censuras que aquellos jueces hubieren impuesto. En el régimen orgánico ó constitutivo de los tribunales existentes, no es posible atribuir á los de un fuero, jurisdiccion criminal, ni disciplinaria respecto de los jueces de otro, para reprimir abusos ó excesos cometidos en el ejercicio de funciones propias ó privativas, á no ser en los casos que por disposicion espresa de la ley se les conceda esta facultad, y cita los arts. 1110, 1112, 1113, 1121 y 115 de la Ley de Enjuiciamiento. Tal vez ocurrieron estas justas consideraciones á los individuos que formaron la comision para redactar aquella ley, puesto que uno de los mas autorizados, el señor Laserna, en su Tratado académico forense de procedimientos, sienta de un modo terminante, que en el caso en cuestion, no habrá condenacion de costas, añadiendo, «pero aun cuando el eclesiástico no sea condenado en costas por la audiencia ó por el Tribunal Supremo, no por eso queda sin ningun género de correctivo su conducta, pues la ley ordena al efecto, que de toda sentencia en que se declare que

el eclesiástico hace fuerza en conocer, se dará cuenta al Gobierno acompañando testimonio de la misma sentencia: art. 1122; para que así conozca á los jueces eclesiásticos que propenden á cercenar la potestad temporal, y tenga una guía segura para evitar que recaigan en ellos ciertos cargos que pueden producir conflictos entre la Iglesia y el Estado.»

En consecuencia de lo espuesto, si el juez eclesiástico se negare á levantar las censuras y dar cumplimiento á la sentencia del secular, se procederá conforme á lo dispuesto en los arts. 1110 al 1113 de la ley, esto es, recurriendo al tribunal para que se pase al eclesiástico nuevo oficio conminándole con las penas del art. 505 del Código penal, y si aun se resistiese á cumplir lo dispuesto, procediéndose á hacerlas efectivas.

*Procedimiento en el Recurso de Fuerza en conocer cuando lo interponen los fiscales ó los jueces.*

1740. Háse considerado tan importante impedir los abusos que cometen los jueces eclesiásticos conociendo de negocios que no son de su jurisdicción, que segun sientan Salgado Covarrubias, el conde de la Cañada, Elizondo y Tapia, el ministerio fiscal y los jueces y tribunales seculares competentes, deben promover los recursos de fuerza en conocer, aunque no se hayan propuesto formalmente por la parte interesada, aun cuando esta no haya declinado la jurisdicción eclesiástica, ni interpuesto apelacion, ni protestado usar del real auxilio contra la fuerza, ó aun cuando, habiendo interpuesto el recurso, se haya separado de él, en cuyo caso deberá continuarlo el fiscal. Dichos autores se fundan, segun espone el señor Tapia, en que, como con la perpetracion de tales fuerzas se usurpa y perturba la real jurisdicción, debe siempre tener lugar la facultad del soberano en vindicar y defender su potestad temporal, sin que pueda impedírselo la parte interesada, por cuanto el eclesiástico que intenta sujetar á su tribunal las causas temporales, no solo ofende al particular, sino que trastorna tambien el orden público y vulnera la magestad cuya jurisdicción usurpa, la cual debe prevalecer sobre el interés privado.

1741. Segun la antigua jurisprudencia, se preparaba este recurso, aun cuando lo interpusiera el ministerio fiscal ó los jueces seculares, requiriendo el fiscal al eclesiástico que conocia del negocio que no era de su jurisdicción, por medio de un exhorto ú oficio, para que se abstuviese de conocer y remitiera al juez secular lo que hubiese actuado, y si á pesar de ello, insistia en conocer, se interponia el recurso por dichos funcionarios. Esta preparacion, en el caso de que tratamos, no se halla autorizada por la nueva Ley de Enjuiciamiento, puesto que solo la requiere cuando promueve el recurso la parte interesada, segun se ve en su art. 1107, lo que sin duda se funda en evitar diligencias judiciales, puesto que si el juez eclesiástico, al interponer el recurso el seglar, le remite los autos espresando que se inhibe ó desiste del conocimiento del negocio, se dará por terminado el re-

curso, y se procederá desde luego á remitir los autos al juez secular á quien corresponda.

1742. Asi, pues, segun prescribe el art. 1125 de la nueva ley, los promotores fiscales ó fiscales de jurisdicción especiales, promoverán el recurso de fuerza en conocer, dirigiéndose á los fiscales de las audiencias respectivas ó en su caso al Tribunal Supremo de Justicia, comunicándoles los datos conducentes al efecto. Con estos datos ó con los que directamente adquieran el fiscal del Tribunal Supremo y los fiscales de las audiencias, entablarán el recurso de fuerza en sus respectivos tribunales. Y asimismo segun el art. 1127, los jueces ó tribunales pueden promover el recurso de fuerza en conocer, poniendo en conocimiento del ministerio fiscal las invasiones de jurisdicción cometidas por los jueces eclesiásticos, para que pida lo que proceda en derecho.

1745. En consecuencia de lo prescrito en el art. 1125, cuando á dichos promotores ó fiscales especiales les constare que el juez eclesiástico conoce de asunto ageno á su jurisdicción, por haber despachado ó dictado en aquel asunto alguna diligencia ó actuacion judicial: por ejemplo, una citacion, notificacion, auto ó exhorto, lo comunicarán á los fiscales de las audiencias ó del Tribunal Supremo, segun correspondia conocer de aquel recurso á uno ú otro de estos tribunales, atendida la clase ó grado gerárquico jurisdicción del juez ó tribunal eclesiástico invasor de la jurisdicción secular, para que dichos fiscales, con estos datos ó los que ellos mismos adquieran entablen el recurso. No creemos, pues, como opinan algunos intérpretes, que puedan ni deban los promotores y fiscales especiales proceder, acudiendo á su juzgado para que oficie al juez eclesiástico se inhiba del conocimiento del negocio y remita lo actuado, y si se negare á ello, remitiendo dichos promotores las diligencias á los fiscales superiores mencionados, para que formalicen el recurso de fuerza, pues esto seria falsear en cierto modo los elevados fines y consideraciones que se ha propuesto la ley al determinar que se conozca de estos delicados é importantes recursos en los tribunales superiores y no por los juzgados de primera instancia, cual es, que vayan autorizados estos procedimientos con la ciencia, la moderacion y cordura que ofrecen los funcionarios de aquellos altos tribunales, y las consideraciones que requiere lo sagrado de la autoridad eclesiástica, lo que no siempre tendria efecto, si pudieran dirigirse á ella desde luego los promotores ó jueces del primer grado judicial, turbándoles en el ejercicio de su jurisdicción. No debilita estas reflexiones el decir, que puesto que la ley faculta á los particulares para acudir ante el juez eclesiástico que entiende del asunto que á ellos les concierne, con mas razon deben entenderse facultados para esto, aquellos promotores y jueces, por concurrir en ellos mayores garantías de imparcialidad y ciencia que en las personas legas, porque además de que la ley no puede nunca dejar de oír y atender al particular que se crea perjudicado, uno de los objetos que tiene, al exigirle que prepare el recurso de fuerza, es evitar que lo proponga y que lo siga imprudentemente, dándole ocasion para ilustrarse con las razones que esponga el juez

eclesiástico y aun el fiscal, lo cual no es de temer de la ilustración de los funcionarios del ministerio fiscal. Además, la ley tiene una garantía contra los abusos de los particulares, cual es su propia conveniencia en no seguir procedimientos costosos en que pueden salir condenados en costas, mas respecto de los promotores no milita esta consideración, porque como espondremos mas adelante, no pueden ser condenados en costas en estos recursos, y además es de temer que no tengan la gran ciencia y práctica que se requiere para marcar debidamente los límites de la jurisdicción se- gular y eclesiástica. Por otra parte, así se deduce de la letra terminante de los arts. 1125 y 1127, puesto que el primero se dice, que los promotores y fiscales especiales se dirijan á los fiscales de dichos tribunales superiores, para que entablen el recurso y que estos puedan entablarlo por sí mismos con los datos que ellos adquieren, y por el art. 1127 se prescribe, que los jueces comuniquen las invasiones de jurisdicción cometidas por los eclesiásticos al ministerio fiscal, cláusula que se refiere á los fiscales de los tribu- nales superiores, para que pidan lo que proceda en derecho, esto es, que se entable el recurso de fuerza si por las diligencias ó noticias que se le comu- nicaren, creyeren que ha lugar á él, ó que no se pase á formalizarlo, si lo juzgare improcedente. Así, pues, solo los fiscales de los tribunales superiores podrán promover dicho recurso, si bien creemos conveniente y conforme con los respetos que se deben á la autoridad eclesiástica, que se oficie por los tribunales superiores seculares á los jueces eclesiásticos para que se in- hiban del conocimiento del negocio y reformen por sí sus disposiciones, an- tes de proponer en forma el Recurso de Fuerza.

1744. *Interpuesto el recurso, mandará el tribunal que conozca de él, que el juez eclesiástico remita los autos, dirigiéndole la oportuna real pro- vision que se espresó en el art. 1111. En adelante se sustanciará el re- curso en la misma forma que cuando ha sido interpuesto por particulares, sin otra diferencia que la de que el ministerio fiscal nunca será condenado en costas, para evitar que este temor le retraiga de entablar los recursos que juzgue procedentes, juicio que es de esperar sea acertado de la supe- rior ilustración de los elevados funcionarios que han de formarlos: art. 1126. Así, pues, se procederá con arreglo á lo dispuesto en los arts. 1114 al 1124, teniendo en cuenta que aquí el fiscal del tribunal superior secular se consi- dera como parte recurrente ó demandante y que en su consecuencia debe- rá hablar en estrados primero que el juez ó fiscal del tribunal eclesiástico, para que estos puedan contestar á las razones en que funde el recurso.*

*Modo de proceder el juez eclesiástico cuando el sedular intenta usurparle su jurisdicción.*

1745. No son menos frecuentes y ofensivas las opresiones y violencias que hacen los jueces reales ó seculares en el ejercicio de su jurisdicción, que las de los jueces eclesiásticos, dice el señor conde de la Cañada, en su

tratado de los recursos de fuerza, y es consiguiente señalar el remedio mas oportuno para alzar y quitar las de dichos jueces reales, cuando tratan de usurpar la jurisdicción eclesiástica.

1746. La generalidad de los autores discurre sobre cuál deberá ser este remedio ó procedimiento, sin reparar que se halla claramente indicado en nuestras antiguas leyes, y no es otro que el mismo de los recursos de fuer- za. Y en efecto, la ley 2, tit. 2, lib. 1 de la Nov. Recop. dice lo siguiente: «La Iglesia Militante, que es ayuntamiento de los fieles, debe ser honrada, tenida y guardada, como madre y maestra universal de todos: por ende mandamos que ninguno sea osado de quebrantar las iglesias ni monasterios, ni quebrante los privilegios ni franquizas, ni ocupe los bienes, ni manteni- mientos ni ornamentos.... y mandamos á las justicias que no lo consien- tan, y escarmienten y hagan justicia en los que lo contrario hicieren.... y mandamos á los de nuestro Consejo que sobre ello den aquellas cartas y pro- visiones que menester fueren; y la ley 3, tit. 1, lib. 2 del mismo Código, dispone lo que sigue: «Asi como Nos queremos que ninguno se entrometa en la nuestra justicia temporal, así es nuestra voluntad que la justicia ecle- siástica y espiritual no sea perturbada y sea guardada en aquellos casos que el derecho permite; por ende, ordenamos y mandamos que los señores temporales, ni los consejos, ni los nuestros jueces, ni alcaldes seculares no embarguen ni perturben de hecho la jurisdicción eclesiástica en aquellos casos de que pueden conocer segun derecho.... ni sean osados de impedir ni embargar á los que fueren citados por los Prelados ó sus Vicarios sobre los pleitos á la Iglesia pertenecientes, que no vengán ni parezcan á sus ci- taciones, ni hagan sobre ello estatutos penales, ni emplacen ante sí á los clérigos de órden sacra que deben gozar del privilegio clerical, ni les apre- mien que respondan ante ellos, ni se entrometan contra la libertad eclesiás- tica, so las penas contenidas en los Derechos.» Véase, pues, que esta ley 3, contiene la prohibición de conocer los jueces seculares de asuntos propios de la jurisdicción eclesiástica y que la ley 2 del tit. 2, lib. 1, marca el pro- cedimiento civil que debe seguirse cuando se cometan estas usurpaciones que es el de los recursos de fuerza, puesto que dice que se den sobre ello aquellas cartas y provisiones que menester fueren, y que no puede ser otro, por no ser conveniente seguir en este género de escesos los trámites de las meras cuestiones de competencia.

1747. La nueva Ley de Enjuiciamiento se halla conforme sobre este procedimiento, con nuestras disposiciones antiguas segun se deduce de prescribirse en el art. 119, que las cuestiones de competencia que se entablen entre los jueces seculares y eclesiásticos no se arreglen á lo dispuesto en el título sobre competencias, sino á las formas establecidas para los re- cursos de fuerza en conocer. La disposición de este artículo es general y en su consecuencia, aplicable al caso de que se trate, tanto de usurpaciones de los jueces eclesiásticos como de los seculares. Su misma letra favorece esta interpretación, pues no dice, «las cuestiones de competencia que promue- van los jueces seculares contra los eclesiásticos, sino las cuestiones de com-

potencia *entre jueces seculares y eclesiásticos* cláusula que se refiere á unos y otros. No destruye esta interpretacion el que el art. 1106 y los demás del tit. 22 de la ley, solo se refieran á los recursos de fuerza contra los eclesiásticos, sin espresar que estos puedan entablarlos contra los jueces seculares, pues en dicho título y en esta ley, solo se trata de los procedimientos civiles y no de los de los jueces eclesiásticos. La anomalía resulta verdaderamente de que los jueces ó personas eclesiásticas tengan que acudir ante la misma autoridad secular que comete la usurpacion, para que la corrija y enmiende; pero, como dice muy bien un autorizado escritor eclesiástico, estas y otras anomalías resultarán siempre en las leyes de procedimiento, mientras se deje en pie el abuso de los recursos de fuerza, ó mientras no se modifiquen, reduciéndolos á las proporciones que exigen el buen orden, la imparcialidad y la justicia.

1748. Así, pues, cuando los promoviese el clérigo ó persona llamada indebidamente á litigar por el juez secular ó compelida por el mismo á hacer algo que no sea de su competencia ordenar, deberá preparar el recurso con arreglo al art. 1108, con una peticion al juez secular para que se separe del conocimiento de la causa por no ser de su competencia y la remita al juez eclesiástico á quien corresponda, protestando de lo contrario recurrir al tribunal superior secular á quien corresponda resolver estas cuestiones segun la clase y gerarquía de la autoridad eclesiástica, á quien compete el conocimiento del asunto en el fondo, y continuará procediendo conforme á los artículos siguientes de la ley, segun que el juez secular se negase ó no á lo que se le pide, con las diferencias y modificaciones consiguientes á entender de esta cuestion sobre la competencia los tribunales secular y á tener que dirigirse al juez inferior de su misma jurisdiccion secular, sin tener que intervenir en ella el juez ni fiscal eclesiásticos á quienes se cree corresponder el conocimiento del negocio en el fondo, en este caso de interponer el recurso el particular interesado; pues por lo demás, tambien podrán promoverlo por sí dichos jueces ó fiscales eclesiásticos cuando tengan datos conducentes de la usurpacion del juez secular, en cuyo caso dirigirán la reclamacion correspondiente á los tribunales seculares encargados segun la ley de resolver estas cuestiones.

1749. Algunos autores opinan, que cuando estas usurpaciones se cometieren por un juez secular debe procederse, si lo verifica el particular interesado, proponiendo ante el juez que las comete, la declinatoria de jurisdiccion, y si los jueces ó fiscales eclesiásticos, recurriendo á la audiencia ó Tribunal Superior de quien éste dependa, entablando ante él el *recurso de queja* de que trata el art. 75 de la Ley de Enjuiciamiento; pero este procedimiento solo deberá aplicarse, en nuestro juicio, á esta clase de cuestiones, cuando se trate de la denegacion de una apelacion por el juez secular, bien por haberse interpuesto de un auto contra el que procedia, bien de la providencia en que se negó dicho juez á conocer del negocio del modo ó por los trámites que previenen las leyes, casos equivalentes á los recursos de fuerza en el modo de proceder y en no otorgar, mas no cuando se entrome-

tiere á conocer el juez secular de un asunto propio de la jurisdiccion eclesiástica, por no ser el procedimiento del art. 75, tan solemne y adecuado como el del tit. 22 de la ley, á lo que reclama la gravedad de aquellas cuestiones,

## §. II.

*Procedimiento en los Recursos de Fuerza en el modo de conocer y proceder.*

1750. El recurso de Fuerza *en el modo de proceder*, como le llama la ley de Enjuiciamiento en su art. 1104, llamado tambien anteriormente, *en conocer y proceder como conoce y procede, ó en el modo, procede cuando conociendo el eclesiástico de causa de su competencia no observa los trámites prescritos por las leyes*, art. 1104 cil.; esto es, cuando cometen excesos los jueces eclesiásticos, conociendo de negocios de su jurisdiccion, ó cuyo conocimiento les compete, pero sin observar el procedimiento que han establecido las leyes civiles y eclesiásticas como mas adecuado para asegurar la averiguacion de la verdad y la natural defensa de los litigantes ó procesados, bien se cometa dicho exceso ó infraccion alterando el orden de los juicios, bien los trámites determinados para cada uno de ellos.

1751. En este recurso se supone, pues, que el conocimiento del asunto que lo motiva corresponde indudablemente á la jurisdiccion eclesiástica, á diferencia del recurso *en conocer* que se funda en que el juez eclesiástico que conoce del asunto carece de jurisdiccion para ello. Fúndase, pues, el recurso *en el modo*, en el quebrantamiento de las leyes del procedimiento, de suerte que si este quebrantamiento se cometiera en un asunto que diese ocasion á dudar que era ageno á la autoridad eclesiástica, debería entablarse el Recurso de Fuerza *en conocer y proceder*, y si las partes entablaran el recurso *en el modo*, la autoridad judicial podria y debería conocer de él, y resolverlo por los trámites y en la forma que prescribe la ley de Enjuiciamiento para el recurso *en conocer*, puesto que se trataba de un negocio que afecta al orden público, cual es la demarcacion de las jurisdicciones civil y eclesiástica, la cual no puede alterarse por la mera sumision ó voluntad de los particulares.

1752. Habrá lugar al Recurso de Fuerza *en el modo*, ya cuando la infraccion de los trámites ó procedimientos se cometa en causa espiritual, ya cuando en causa profana, y en este caso, ya se quebranten los trámites establecidos por los cánones, ya los que por las leyes civiles. Cuando la infraccion fuese en causa espiritual ó de trámites marcados por los cánones ó leyes eclesiásticas, el recurso *en el modo* pertenecerá á la clase de los llamados de *Proteccion*; y lo mismo si de trámites establecidos por leyes civiles en causa profana, á los llamados propiamente de *Fuerza*.

1753. Para que haya lugar al Recurso de Fuerza *en el modo*, es necesario que la infraccion del orden de los juicios ó de sus trámites, sea de los determinados claramente por las leyes, ó como decia la ley 17, tit. 2 lib. 2 de la Nov. Recop., que la injusticia que se infiera en el modo de proceder

sea notoria, por lo que si el esceso que se cometió fuese relativo á una cuestion de hecho ó versare sobre un punto controvertible ú opinable en diversos sentidos, no habrá lugar al recurso, aunque el juez eclesiástico siguiera la opinion menos general, porque no podia decirse verdaderamente que cometió esceso al proceder segun una opinion respetable ó aceptable.

1754. Habrá, pues, lugar al recurso en el modo por infraccion del órden de los juicios, cuando, por ejemplo, el juez eclesiástico conociera en juicio ordinario, de causa en que debiera hacerlo en juicio ejecutivo por tener fuerza ejecutiva el título que presentaba el demandante, y haber este pedido que se conociera de ella en tal juicio y que se restableciera el órden del procedimiento negándose á uno y otro dicho juez, ó si conociese en juicio posesorio plenario de asunto de que se debía conocer en juicio sumario, pues aunque ampliaba los límites de la defensa en un juicio mas lato, atacaba no obstante, el remedio natural que á todos compete para ser mantenidos en la posesion que tienen sin ser molestados en ella hasta que un juicio ó sentencia decida de su derecho, ó si conociese en juicio sumario de asunto correspondiente al juicio plenario, ó en juicio petitorio de asunto que correspondia al posesorio, ó vice-versa.

1755. Habrá lugar á este recurso por infraccion de los trámites determinados á cada juicio, por ejemplo, si admitida la demanda no se diera traslado de ella al demandado, si no se recibiera el pleito á prueba en los casos en que procediere, ó no se admitiera la propuesta siendo conducente y si no se citare para sentencia. Esta clase de infracciones podrian dar lugar al recurso en cualquier estado de la instancia, por estar íntimamente ligados los trámites en que consistan á la defensa natural de tal modo, que su omision ó denegacion seria un vicio trascendental en el enjuiciamiento. Asi, pues, siendo nula la sentencia pronunciada sin citacion, podria pedirse la nulidad ó la reposicion de los autos al estado anterior á aquel vicio, y no reponiéndose, interponer la apelacion para la nulidad, ó el recurso *en el modo*, denegada esta. Tambien habrá lugar al recurso si nó se diera traslado al actor de la contestacion á la demanda: mas para ello es necesario que se reclame la falta por el litigante desde que se observó, pues de lo contrario, ya no podrá hacerlo ni habrá lugar al recurso, porque este trámite no es esencial del juicio, y aunque su falta afecta á la defensa, no priva enteramente de ella.

Asimismo habrá lugar al recurso cuando el juez procediera en el juicio sin atender la escepcion dilatoria que opuso una de las partes, como la fundada en carecer de personalidad la contraria, siendo procedente, pues este es requisito esencial para que el juicio no sea ilusorio.

Tambien procederia si recusado el juez eclesiástico continuara conociendo del negocio, sin decidir sobre la recusacion, pues á nadie puede obligarse á litigar ante un juez sospechoso de parcialidad, segun la ley 22, tit. 4, Part. 3.

Finalmente, procede dicho recurso siempre que el juez infrinja las leyes claras y terminantes de la tramitacion, bien sea en el procedimiento

sobre lo principal, bien sobre cualquier incidente del mismo, debiendo tenerse presente que por real órden de 10 de abril de 1836, y por decreto de Córtes de 31 de enero de 1837, está mandado que los tribunales eclesiásticos deben seguir el órden de procedimientos establecido por las leyes civiles, debiendo admitir á las partes todos los recursos que aquellas les conceden para la defensa de sus derechos, sin que sea permitido admitir prácticas contrarias ni con pretexto de costumbre inmemorial, ni bajo otro motivo alguno en ninguna clase de causas, y que por el art. 1414 de la nueva ley de Enjuiciamiento, se previene que todos los jueces y tribunales, cualquiera que sea su fuero, que no tengan ley especial para sus procedimientos, se arreglen en los pleitos y negocios civiles de que conozcan á las disposiciones de la misma.

1756. Acerca de si tiene lugar este recurso solo en las sentencias interlocutorias ó tambien cuando el juez eclesiástico dicta sentencia definitiva ó con fuerza de tal, sin atenderse en ella á lo dispuesto en las leyes y los cánones, esto es, resolviendo sobre la cuestion litigiosa con infraccion de ley ó contra lo que determinan las leyes, y pronunciando en su consecuencia una sentencia injusta se hallaban divergentes nuestros antiguos autores. La opinion mas general era que no podia admitirse el recurso de fuerza contra la injusticia de las sentencias definitivas, porque contra dichas sentencias queda espedido el remedio ordinario de la apelacion para ante el juez superior eclesiástico, que establecen las leyes y cánones para cuando sean injustas ó nulas, remedio que seria inútil si procediera en tales casos el recurso de fuerza, y finalmente, porque no es dable entablar dicho recurso, pues ni aun es posible prepararlo como debe hacerse pidiendo reposicion del auto definitivo, y apelando de su denegacion, puesto que termina la potestad del juez, no bien pronuncia aquel auto, y no la tiene ya para reformarlo. Los autores que sostenian la opinion afirmativa se fundaban en que siendo el objeto de los Recursos de Fuerza levantar inmediatamente la violencia causada, esta se dilataria si se apelase al remedio ordinario de la apelacion, y en que el juez puede reformar dicha sentencia contra ley, pues siendo nula, nada hizo el juez dictándola, y conserva íntegra su jurisdiccion para declarar inválido el fallo y dictar el que corresponda segun las leyes. Pero contra estas objeciones, mas espaciosas que sólidas, puede oponerse la razon principal que en nuestro concepto existe para que no tenga lugar el Recurso de Fuerza contra la injusticia de las sentencias definitivas ó con fuerza de tales que pronuncie el juez eclesiástico, cual es, que los tribunales civiles no se hallan facultados en estos recursos para entender sobre el fondo de la cuestion, sino que sus facultades é inspeccion se limita á contener á la jurisdiccion eclesiástica dentro de sus atribuciones, haciendo que se observen las formas del procedimiento, guardándose los términos de defensa que las leyes han considerado justos y necesarios, y en el instante en que los jueces civiles se entrometieran á decidir sobre la justicia ó injusticia de los fallos definitivos, usurparian las facultades de los jueces eclesiásticos y desaparecería la independencia de este fuero. Asi pues, si el juez inferior

eclesiástico diere una sentencia injusta en materia que es de su competencia y sin faltar á los trámites establecidos para la sustanciacion, el recurso que procede es el ordinario de apelacion para ante su juez superior eclesiástico, y no el Recurso de Fuerza, y solamente cuando no admitiera dicho juez superior eclesiástico la apelacion que segun las leyes y los cánones era procedente, podria interponerse contra esta denegacion el recurso *en no otorgar*, de que trataremos mas adelante. Si siendo improcedente la apelacion por haberse dado la sentencia con arreglo á las leyes y cánones, y no haber lugar á ella segun las mismas, la admitiera el juez eclesiástico, ó si procediendo en solo un efecto la admitiese en ambos, opinan algunos autores que procederá contra este fallo el Recurso de Fuerza *en el modo de proceder*; pero en nuestro concepto es mas propio interponer en estos casos el Recurso de Fuerza en otorgar la apelacion indebida en la misma forma que se interpone el de *en no otorgar* la que procedia, puesto que los tribunales civiles conocen en uno y otro sobre la misma cuestion, esto es, sobre si era ó no la apelacion procedente.

*Preparacion de recursos.*

1757. Como los asuntos de que se interpone el recurso *en el modo* competen á la jurisdiccion eclesiástica, es necesario, antes de acudir á los tribunales civiles, preparar el recurso en el juzgado eclesiástico, porque no haciéndolo asi, no está consumada la fuerza, puesto que aquel, revocando las providencias que la causan, harian ilusorio el recurso y providencia de las audiencias ó Tribunal Supremo.

1758. Por esta causa, cuando se reconoce el proceso por el tribunal que conoce de la fuerza, y halla que ante el eclesiástico no se preparó en debida forma, no resuelve cosa alguna sobre el asunto principal, sino que dicta auto, que antes se llamaba *da quinto género*, declarando que *la fuerza no trae estado*, ó que *por ahora no hace fuerza el juez eclesiástico*. Esta preparacion se verificaba en la antigua práctica, segun algunos autores, pidiendo la parte agraviada al juez eclesiástico la reposicion del auto en que inferia la fuerza: si este no accedia á la reposicion en el auto que debia dictar en pro ó en contra, dentro del término señalado por la ley para proveer autos interlocutorios, presentaba aquel nuevo escrito con la solicitud de revocacion, y para el caso de no acceder á ella, con la protesta de usar del oportuno Recurso de Fuerza. Si el eclesiástico revocaba su providencia, cesaba el motivo del recurso; pero si insistia en no revocar, ya podia la parte acudir al tribunal secular competente implorando la proteccion de la potestad civil. Esta práctica de pedir la reposicion sin apelar del auto en que se denegaba la reforma del esceso, se hallaba aconsejada y se seguia por los autores y letrados rogalistas; pero los que sostenian y adoptaban los buenos principios sobre la competencia de jurisdicciones civil y eclesiástica, no hacian uso del Recurso de Fuerza *en el modo*, hasta que interpuesta la

apelacion en auto en que se negaba la reposicion del en que se cometia el esceso, se negaba el juez eclesiástico á admitirla. Asi lo vemos consignado aun en la *Práctica Universal* del señor Elizondo, quien al tratar de la preparacion de este recurso dice, «ser la práctica ocurrir para la preparacion al medio de la reposicion ante el juez eclesiástico, insistiendo en ella y apelando subsidiariamente, con la protesta ordinaria del real auxilio contra la fuerza despues de una vez denegada aquella.»

1759. La nueva ley de Enjuiciamiento ha exigido tambien la preparacion de este recurso por medio de la reposicion y apelacion, disponiendo en su artículo 1428, que *los recursos en el modo de proceder y en no otorgar se preparan pidiendo reposicion al juez eclesiástico de la providencia en que se creyere haberse cometido la fuerza, apelando subsidiariamente, y protestando, si no se admite la apelacion, impetrar el real auxilio contra la misma fuerza*. Algunos autores critican que se requiera la apelacion en este caso, fundándose en que la ley no la exige para preparar los recursos *en conocer*, puesto que permite interponerlos sin que preceda apelacion de la providencia por la que el eclesiástico se negó á separarse del conocimiento de la causa, y en que tal novedad es perjudicial por ser un medio mas dilatorio y costoso que el de interponer el Recurso de Fuerza sin intentar aquel remedio; pero en nuestro concepto la nueva ley no ha hecho en esto mas que respetar los principios que marcan los límites de las jurisdicciones eclesiástica y secular, puesto que no terminando las atribuciones de aquella por un solo fallo de primera instancia, la jurisdiccion civil invadiria sus límites y usurparia sus facultades si conociera del esceso del juez inferior eclesiástico, mientras fuera posible que entendiera sobre él el juez superior gerárquico en el mismo fuero, y en cuanto á que la nueva ley no requiere esta apelacion para preparar el recurso *en conocer*, se funda tal vez en que suponiéndose en este recurso desde luego, que el eclesiástico usurpa las atribuciones de la jurisdiccion secular, no hay motivo ni razon para respetar el segundo grado de jurisdiccion de la eclesiástica, puesto que se parte del supuesto que no puede conocer de aquel asunto en ningun grado.

1760. Ademas, ya hemos dicho que en la antigua práctica se apelaba de la denegativa de reposicion, como lo indica el *auto* llamado *condicional* de que usaban las audiencias al decidir sobre el recurso, que espondremos mas adelante, y aun ofrecia esta práctica el arbitrio de acumular al recurso *en el modo* el de *no otorgar*, como aconsejan escritores respetables. «La fuerza en el modo, dice el señor conde de la Cañada, en los *Recursos de Fuerza*, Part. 1, cap. 9, núm. 53, no exige apelacion procedente, aunque seria utilísimo usar al mismo tiempo de ella ante el mismo juez eclesiástico que procede con la inordenacion referida, uniendo para los casos subsidiarios estos dos recursos que ni son incompatibles ni el uso del uno destruye al otro, antes bien se hermanan y conservan con la preferencia y plenitud que contienen. Podrá suceder que la inordenacion del proceso no ofenda la causa pública ni contenga injusticia notoria, y que el auto sea perjudicial al derecho privado del que litiga, quien si no lo reclamase por la apelacion,

induciría su consentimiento y no podría retractarlo después de pasado el término en que pudo apelar, pero habiéndolo hecho en tiempo oportuno, limitará el tribunal real la declaración 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 apelación 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 apelación 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 suspensión de los mismos autos por efecto de la apelación que manda otorgar y reponer lo obrado, con todo no tiene esta suspensión 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 suspensión de sus efectos si su sentencia causa ejecutoria.

*Procedimiento despues de preparado el recurso.*

1761. *En los casos en que el eclesiástico negare la reposición y la apelación, 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 inclusivos, 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 reposición y apelación, puede hacerlo de todos ellos ó omitir la remisión 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 expedir la real provisión 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 librará la provisión, porque en caso de duda la presunción 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 decisión 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 declaración 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 declaración fue nula en atención al vicio del proceso; pero si la determinación fuese favorable al actor ó apelante, la parte contraria no podrá acudir al tribunal que dió la providencia sobre la fuerza, porque como la admisión de la apelación, 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 concesión al contrario, porque contra las decisiones del tribunal en los Recursos de Fuerza, dice, no se admite súplica ni ninguna otra clase de reclamación. Mas aunque concedamos á este célebre juriscónsulto este último extremo, 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 la alzada 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 Recopilación; 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 provisión de autos diminutos, y el notario eclesiástico da fé en el proceso de que está completo.

4.º Si no aparece 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 sustanciación de estos recursos, se acomodará igualmente á los trámites señalados para él en conocer por los artículos 1114 y siguientes. Exceptúase 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. 1150: tal sucederá cuando la infracción 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 procedia, para que manifestara lo que fuera de enmendar 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 dárseles 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. 1151 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 entendia 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 envolvia 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 opondre, 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 día 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. 1132. 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 reincidiere, 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 quanto 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 esplicando 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 ubi quisque*. 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, § 131, 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

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 ubi quisque*. 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, § 131, 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 assosigar 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

Nov. Recop. mandó espresamente, que no pudiera hacerse asentamiento en los pleitos cuyo importe no escudiera de 600 mrs.; la ley sobre negocios y causas de comercio, dada en 1850, prescribe en su art. 166, que no tenga tampoco lugar dicha vía. El reglamento de 1.º de octubre de 1845 y el de 30 de diciembre de 1846 que marcan los procedimientos sobre negocios contenciosos de la administracion que deben observarse en los consejos provinciales y en el real, no mencionan la vía de asentamiento para el caso de rebeldía, é igual omision se advierte en la ley de 10 de enero de 1858 sobre pleitos de menor cuantía en el fuero comun, por lo que se ha tenido por derogada aquella vía, y por rechazarla indirectamente todo el contesto de dicha ley. Respecto de los de mayor cuantía, la práctica de los tribunales la dejó en desuso. Los redactores de la nueva ley de Enjuiciamiento, desechando tambien en lo general esta vía, han creído conveniente adoptar las medidas que encerraba convenientes para escitar al demandado á seguir el juicio y para asegurar al actor el resultado de su demanda, disponiendo que pueda decretarse, si el actor lo pide, la retencion de los bienes muebles del demandado y el embargo de los inmuebles en cantidad necesaria para asegurar el objeto del juicio, pero sin poder ejecutarse la sentencia sin prestar el actor fianza bastante á responder de lo que reciba, si oido el litigante rebelde se le mandare devolver: artículos 1184 y 1203.

1783. El otro medio concedido al actor para conseguir su pretension de seguir el juicio en rebeldía por todos sus trámites hasta que recaiga ejecutoria, lo que llaman nuestras leyes la *vía de prueba*, se halla consignado tambien en las leyes 9 y 10, tit. 22, Part. 3 y en la 2, tit. 5, lib. 11 de la Nov. Recopilacion. Estas leyes, sin embargo, refiriéndose con demasiada generalidad á los procedimientos entre presentes no determinaban claramente el procedimiento que hacia necesario la especialidad de este juicio, principalmente para el caso en que se presentase el que se mostró rebelde antes ó despues de dictarse el fallo. La nueva ley de Enjuiciamiento ha tratado de evitar las dudas que se ofrecian sobre este punto en las disposiciones contenidas en su tit. XXV.

1784. Aunque en la definicion de este juicio nos hemos referido al demandado que no comparece, por ser el litigante respecto del cual tienen completa aplicacion las disposiciones referidas y todas las del tit. 25 de la nueva ley de Enjuiciamiento, rigen tambien gran parte de los principios y disposiciones de este juicio respecto del demandante, que despues de proponer su demanda, no continúa sosteniéndola hasta su resolucion final, pues no es justo dejar al libre arbitrio del actor dilatar mas ó menos la prosecucion del juicio, atendiendo á su interés ó su capricho, y cuando puede al demandado convenirle su continuacion. Véase el lib. 2 de esta obra, número 1182 y 1183, aparte 3. Segun el derecho romano, cuando no acudia el demandante en el dia de la audiencia, el juez borraba el edicto perentorio: *Quod si is qui edictum peremptorium impetravit absit die cognitionis, is vero adversus quem impetratum est absit, tunc circumducendum erit edictum peremptorium; neque causa cognoscetur, neque secundum presentem*

*pronuntiabitur*, dice la ley 75. *De judiciis*. Segun la ley 2, Cód. Theod. *De tem. cursu*, cuando no se presentaba el demandante, debía ser absuelto el demandado. Justiniano dió una constitucion estableciendo, que si no se presentaba el actor se le hicieran tres citaciones cada tres dias, y si no comparecia, se procediera contra él como contumaz, pero el juez no debía condenar al actor por el mero hecho de la no comparecencia, si no procedia la condena del mérito de los autos. Véase la ley 13, § 2, Cód. *De jud.* Posteriormente mandó tambien Justiniano, que el actor que despues de haber propuesto su demanda no se presentaba, fuera citado tres veces y si no acudia al juicio dentro de un año, debía el juez á instancia del demandado dictar sentencia; si despues de presentarse el actor dentro del año volvía á abandonar su demanda, debía declararse su derecho perdido, pasado dicho año. *D. de feriis et dilat.*

1785. Nuestros códigos vinieron á adoptar el espíritu de estas disposiciones. La ley 9, tit. 22, Part. 3 estableció, que si el actor despues de contestada la demanda, no quiere comparecer ó abandona el juicio por pereza ó maliciosamente á sabiendas por creer que no puede probar su accion, si el demandado pidiere que se siguiese el pleito adelante, mas no de oficio, debe el juez «emplazar al demandador que venga ante él á seguir su pleito y á oír la sentencia;» y si no comparece, debe el juez examinar los autos, y si viera que aquel tuvo tiempo para probar su accion y no lo hizo, ó no probó claramente lo que debía, «debe el juez dar por quito al demandado de la demanda principal.» Mas si viera el juez que el actor no tuvo plazos para probar su accion ó encontrare dudas para dar sentencia, debe absolver al demandado de la instancia: en tales casos debe condenar al actor en las costas y en los daños que causó al demandado con su demanda. Pero si el juez viere que el actor probó su accion y derecho en lo ejecutado durante su comparecencia, y el demandado pidiera que se dictare el fallo, puede darlo condenando á éste en lo que se probare contra él, no obstante la rebeldía del actor, si bien en pena de ella, deberá pagar éste las costas y los perjuicios causados á aquel por su contumacia. Asimismo la ley 6, tit. 4, lib. 11 de la Nov. Recop., impone tambien al litigante rebelde, sea el demandado ó el actor el pago de costas y perjuicios causados á su contrario por su rebeldía en comparecer. La ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio, en su art. 167 previene, que si el actor abandonare su demanda y el reo instare la continuacion del juicio, se le citará (á aquel) para que comparezca á seguirlo en un término igual al del emplazamiento del demandado, y no haciéndolo, se seguirá adelante la causa hasta sentencia definitiva, sustanciándose con los estrados; y en el 168 prescribe, que todo actor que no pruebe su accion ó que la abandone, sea condenado en las costas.

La práctica del fuero comun, adaptándose al espíritu de estas disposiciones y á las sancionadas para el procedimiento del juicio en rebeldía en general, adoptó para el caso de que el actor no queria comparecer despues de contestada su demanda, y el demandado pedia que se siguiera el juicio

el acusarle la rebeldía, y no compareciendo, se le condenaba en las costas y en los daños que habia causado al demandado no prosiguiendo su acción, y se le imponía perpétuo silencio, á no que prestase caucion de comparecer ó probase haber estado impedido legítimamente. En el día, no pudiendo tener lugar la absolucion de la instancia por las consideraciones y jurisprudencia que espusimos en el número 1083, lib. 2 de esta obra, y hallándose aquella práctica conforme con el espíritu de la nueva ley sobre los efectos de abandonar el actor su pretension segun puede verse entre otros en los arts. 838, 1159, 1138, 1078 y 1098 y con las disposiciones del tit. 25 de la misma sobre el procedimiento en rebeldía, creemos que puede ser adoptada por nuestros tribunales, aplicándose á los casos de rebeldía del actor, las disposiciones del referido tit. 25, pues rigen respecto de él, como lo indica el hacerse uso en ellas de la palabra litigante que es aplicable tanto al actor como al demandado, pero esceptuando aquellas que se refieren especialmente á la condicion del demandado. Véase lo espuesto en el número 26 del tit. 3 de esta obra.

1786. Al terminar esta seccion, debemos advertir, que las disposiciones del tit. 25, se refieren principalmente y son aplicables en su totalidad á los juicios declarativos, como el ordinario, de mayor ó de menor cuantía, pues respecto de los demás, les serán aplicables en la parte que lo permita, la índole, naturaleza y objeto de los mismos.

## SECCION II.

### PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO EN REBELDIA.

1787. *Declarado un litigante en rebeldía*, lo cual se verifica á instancia del contrario y cuando desatendió los llamamientos judiciales que le hizo el juez en mayor ó menor número, segun la índole y naturaleza de los diferentes juicios é instancias, que llevamos espuestos en cada uno de ellos, *no se volverá á practicar ninguna diligencia en busca*, pues ya se hicieron las que se juzgaron bastantes para constituir el hecho de desobedecer á ellas la presuncion de que procede de mala fe y es digno de que se le declare en rebeldía. *Todas las providencias que recaigan de allí adelante en el pleito, y cuántas citaciones deban hacersele, se notificarán y ejecutarán en los estrados del juzgado ó tribunal*: art. 1181 de la ley, los cuales por una ficcion legal se supone que representan su persona, y en su consecuencia, le causan las notificaciones hechas en ellos igual perjuicio que si se le hicieran hallándose presente, dándose tambien así á entender que el litigio se ha seguido con el actor y el reo. Anteriormente, aunque en la ley 1, tit. 5, lib. 11 de la Nov. Recop. se adoptaba tambien esta medida general, en la práctica se hacian la notificacion del auto de recibimiento á prueba y la citacion para dictar sentencia personalmente ó por cédula al demandado declarado en rebeldía y aun por exhortos, si se hallaba ausente en lugar conocido pero diverso del juicio, ó por edictos y pregones si en lugar igno-

rado; pero en el día, creemos improcedente esta práctica, en vista de la terminante disposicion de este artículo. Sin embargo, no deben entenderse modificados por él los procedimientos contrarios que se siguen en juicios especiales fundados en el espíritu de sus disposiciones; así por ejemplo, en el juicio ejecutivo se hace la notificacion de la sentencia de remate personalmente al deudor, y lo mismo las notificaciones en los interdictos.

1788. Para que *las notificaciones y citaciones de que habla el art. 1181*, puedan llegar á noticia del litigante rebelde y escitarle á su comparecencia, y para que consten en los autos, *se harán leyendo las providencias que deban notificarse ó en que se hayan mandado hacer las citaciones, en la audiencia pública del juez ó tribunal que las haya dictado. Para hacerlo constar, se extenderán en los autos las correspondientes diligencias que autorizará el escribano y firmarán dos testigos*: art. 1182. Asimismo, para la mayor publicidad de estas diligencias y que como ya indicaban los Goyena, Aguirre y Montalban en su reforma del Febrero, pudieran llegar mas fácilmente á noticia del litigante y aproximarse mas la ficcion de la ley á la naturaleza de las cosas, pues antes solo se consignaban en los autos, *las providencias que se notifiquen y las notificaciones que se hagan en los mismos, se publicarán por edictos que deberán fijarse en las puertas del local donde celebren sus audiencias los jueces ó tribunales, haciéndose constar esto tambien por diligencia*: art. 1183. Además, las sentencias definitivas se publican con igual objeto en los periódicos oficiales, segun diremos mas adelante.

1789. Como el hecho de no presentarse el litigante produce la presuncion de que procede de malicia, y siendo justo dar seguridad al contrario de que no se eludirá por esta circunstancia la satisfaccion de sus reclamaciones, dispone la ley, que *desde el momento en que un litigante haya sido declarado en rebeldía, pueden decretarse, si la otra parte lo pidiera, la retencion de sus bienes muebles de toda clase y el embargo de los inmuebles, en cuanto sean necesarios para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio*: art. 1184. Esta disposicion no la consideramos aplicable sino respecto del demandado, pues en cuanto al actor, como no hay débito ó cumplimiento de obligacion que asegurar á favor de aquel, no puede ser aplicable sino en el caso de que por efecto de reconvention adquiera el carácter de demandado. En esta retencion y embargo deberá procederse segun las reglas consignadas para el del juicio ejecutivo en los arts. 949, 951 y 952, puesto que militan en el juicio en rebeldía los mismos motivos de consideracion que en aquel para hacerlos menos vejatorios. Aunque este embargo tiene cierta semejanza con la posesion que se daba al demandante en el sistema antiguo de la via de asentimiento, no es aquella misma, como advierte muy bien el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, segun vamos á ver por las disposiciones subsiguientes sobre el modo de verificarse. Así, conforme al art. 1185, *la retencion se hará en poder de la persona que tuviere á su disposicion ó bajo su custodia los bienes en que hubiere de consistir, si ofreciere garantías suficientes al efecto*, para evitar gastos, dilaciones y molestias innecesarias. *Si no las ofrece*, en concepto del juez, *se le exigirá que las pres-*

el acusarle la rebeldía, y no compareciendo, se le condenaba en las costas y en los daños que habia causado al demandado no prosiguiendo su accion, y se le imponia perpétuo silencio, á no que prestase caucion de comparecer ó probase haber estado impedido legítimamente. En el dia, no pudiendo tener lugar la absolucion de la instancia por las consideraciones y jurisprudencia que espusimos en el número 1083, lib. 2 de esta obra, y hallándose aquella práctica conforme con el espíritu de la nueva ley sobre los efectos de abandonar el actor su pretension segun puede verse entre otros en los arts. 838, 1159, 1138, 1078 y 1098 y con las disposiciones del tit. 25 de la misma sobre el procedimiento en rebeldía, creemos que puede ser adoptada por nuestros tribunales, aplicándose á los casos de rebeldía del actor, las disposiciones del referido tit. 25, pues rigen respecto de él, como lo indica el hacerse uso en ellas de la palabra litigante que es aplicable tanto al actor como al demandado, pero esceptuando aquellas que se refieren especialmente á la condicion del demandado. Véase lo espuesto en el número 26 del tit. 3 de esta obra.

1786. Al terminar esta seccion, debemos advertir, que las disposiciones del tit. 25, se refieren principalmente y son aplicables en su totalidad á los juicios declarativos, como el ordinario, de mayor ó de menor cuantía, pues respecto de los demás, les serán aplicables en la parte que lo permita, la índole, naturaleza y objeto de los mismos.

## SECCION II.

### PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO EN REBELDIA.

1787. *Declarado un litigante en rebeldía*, lo cual se verifica á instancia del contrario y cuando desatendió los llamamientos judiciales que le hizo el juez en mayor ó menor número, segun la índole y naturaleza de los diferentes juicios é instancias, que llevamos espuestos en cada uno de ellos, *no se volverá á practicar ninguna diligencia en busca*, pues ya se hicieron las que se juzgaron bastantes para constituir el hecho de desobedecer á ellas la presuncion de que procede de mala fe y es digno de que se le declare en rebeldía. *Todas las providencias que recaigan de allí adelante en el pleito, y cuántas citaciones deban hacersele, se notificarán y ejecutarán en los estrados del juzgado ó tribunal*: art. 1181 de la ley, los cuales por una ficcion legal se supone que representan su persona, y en su consecuencia, le causan las notificaciones hechas en ellos igual perjuicio que si se le hicieran hallándose presente, dándose tambien así á entender que el litigio se ha seguido con el actor y el reo. Anteriormente, aunque en la ley 1, tit. 5, lib. 11 de la Nov. Recop. se adoptaba tambien esta medida general, en la práctica se hacian la notificacion del auto de recibimiento á prueba y la citacion para dictar sentencia personalmente ó por cédula al demandado declarado en rebeldía y aun por exhortos, si se hallaba ausente en lugar conocido pero diverso del juicio, ó por edictos y pregones si en lugar igno-

rado; pero en el dia, creemos improcedente esta práctica, en vista de la terminante disposicion de este artículo. Sin embargo, no deben entenderse modificados por él los procedimientos contrarios que se siguen en juicios especiales fundados en el espíritu de sus disposiciones; así por ejemplo, en el juicio ejecutivo se hace la notificacion de la sentencia de remate personalmente al deudor, y lo mismo las notificaciones en los interdictos.

1788. Para que *las notificaciones y citaciones de que habla el art. 1181*, puedan llegar á noticia del litigante rebelde y escitarle á su comparecencia, y para que consten en los autos, *se harán leyendo las providencias que deban notificarse ó en que se hayan mandado hacer las citaciones, en la audiencia pública del juez ó tribunal que las haya dictado. Para hacerlo constar, se extenderán en los autos las correspondientes diligencias que autorizará el escribano y firmarán dos testigos*: art. 1182. Asimismo, para la mayor publicidad de estas diligencias y que como ya indicaban los Goyena, Aguirre y Montalban en su reforma del Febrero, pudieran llegar mas fácilmente á noticia del litigante y aproximarse mas la ficcion de la ley á la naturaleza de las cosas, pues antes solo se consignaban en los autos, *las providencias que se notifiquen y las notificaciones que se hagan en los mismos, se publicarán por edictos que deberán fijarse en las puertas del local donde celebren sus audiencias los jueces ó tribunales, haciéndose constar esto tambien por diligencia*: art. 1183. Además, las sentencias definitivas se publican con igual objeto en los periódicos oficiales, segun diremos mas adelante.

1789. Como el hecho de no presentarse el litigante produce la presuncion de que procede de malicia, y siendo justo dar seguridad al contrario de que no se eludirá por esta circunstancia la satisfaccion de sus reclamaciones, dispone la ley, que *desde el momento en que un litigante haya sido declarado en rebeldía, pueden decretarse, si la otra parte lo pidiera, la retencion de sus bienes muebles de toda clase y el embargo de los inmuebles, en cuanto sean necesarios para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio*: art. 1184. Esta disposicion no la consideramos aplicable sino respecto del demandado, pues en cuanto al actor, como no hay débito ó cumplimiento de obligacion que asegurar á favor de aquel, no puede ser aplicable sino en el caso de que por efecto de reconvention adquiera el carácter de demandado. En esta retencion y embargo deberá procederse segun las reglas consignadas para el del juicio ejecutivo en los arts. 949, 951 y 952, puesto que militan en el juicio en rebeldía los mismos motivos de consideracion que en aquel para hacerlos menos vejatorios. Aunque este embargo tiene cierta semejanza con la posesion que se daba al demandante en el sistema antiguo de la via de asentimiento, no es aquella misma, como advierte muy bien el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, segun vamos á ver por las disposiciones subsiguientes sobre el modo de verificarse. Así, conforme al art. 1185, *la retencion se hará en poder de la persona que tuviere á su disposicion ó bajo su custodia los bienes en que hubiere de consistir, si ofreciere garantías suficientes al efecto*, para evitar gastos, dilaciones y molestias innecesarias. *Si no las ofrece*, en concepto del juez, *se le exigirá que las pres-*

te, y si no las diere, se constituirán los bienes en depósito, entendiéndose de cuenta y riesgo del dueño de ellos; pero pudiendo este reclamar el daño que se le ocasionare en ellos por no cumplir el depositario su cargo con la diligencia que requiere el derecho. Lo mismo se hará en el caso de hallarse en poder del litigante los bienes en que deba causarse la retención; esto es, se hará en poder suyo la retención, pero siendo necesario que dé garantías suficientes al efecto, puesto que hay mayores motivos para desconfiar de él que de un extraño, á causa de la presunción de mala fé á que da motivo su falta de comparecencia.

En cuanto al embargo, se hará por medio de orden á la contaduría de hipotecas correspondiente, para que se tome razon de la hipoteca judicial que desde luego se constituye sobre los inmuebles en que se cause, y de la prohibicion absoluta de venderlos, gravarlos ú obligarlos á que queden sujetos: art. 1186. Para llevar á efecto debidamente esta disposicion, deberá tenerse presente lo que previenen la ley hipotecaria y el reglamento para su ejecucion respecto de las anotaciones preventivas que es el nombre que en ellos se da á estos embargos. Y en efecto, el art. 42 de la ley Hipotecaria, entre otros, faculta para pedir anotacion preventiva, al que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles ó la constitucion, declaracion, modificacion ó estincion de cualquier derecho real; al que en juicio ejecutivo obtuviere á su favor mandamiento de embargo que se haya hecho efectivo en bienes raices: al que demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligacion, obtuviere con arreglo á las leyes, providencia ordenando el secuestro ó prohibiendo la enagenacion de bienes inmuebles. Asi pues, la orden ó mandamiento de embargo á que se refiere el art. 1186 de la ley de Enjuiciamiento civil, deberá espresar, segun prescribe el art. 72 de la hipotecaria, la causa que haya dado lugar á él y el importe de la obligacion que lo hubiere originado, y segun el art. 75, todo mandamiento judicial, disponiendo hacer una anotacion preventiva espresará las circunstancias que deba contener esta en cuanto resulten de los títulos ó documentos que se hayan tenido á la vista para dictar la anotacion. Las circunstancias mencionadas aplicables en su generalidad al caso de que tratamos, se hallan especificadas en el art. 9 de la misma ley. La providencia en que se acordare el embargo, se insertará literalmente en el mandamiento, el cual se remitirá por duplicado al registrador, segun previene el art. 933 de la ley de Enjuiciamiento para el embargo en el juicio ejecutivo, disposicion que creemos aplicable á este caso; y luego que el registrador verifique la anotacion, devolverá uno de los dos mandamientos diligenciado con la nota de haberse efectuado el registro, al juzgado de que precedió, para que se una á los autos, quedándose el otro en el espresado registro: Véase el artículo 43 del Reglamento para la ejecucion de la ley hipotecaria. Decretado el embargo, no podrá escusarse ni suspenderse la anotacion por oposicion de la parte contraria; segun disponen los arts. 41 y 45 de dicho Reglamento, con los que conviene el art. 1188 de la ley de Enjuiciamiento que prescribe, continúe el embargo hasta el fin del juicio, aunque se presentase

el declarado rebelde, pero en el párrafo segundo exceptúa de esta regla el caso en que aquel probase haberle imposibilitado de acudir una fuerza mayor, disponiendo que entonces se alce el embargo, debiendo entenderse tambien, que si el litigante se presentó antes de efectuarse aquel, podrá escusarse ó suspenderse el cumplimiento del mandato judicial hasta ver si se verifica aquella prueba.

1790. Fundándose el juicio en rebeldía en la presuncion de que procede de malicia el litigante que no compareciere en virtud de los llamamientos que le hace el juez, y cediendo toda presuncion á la verdad, es consigniente y fundado en justicia, que se le permita comparecer á seguir el litigio en su representacion verdadera, desde el momento que atiende á la voz de la autoridad. Por eso el art. 1187 de la ley de Enjuiciamiento, concorde con las leyes 11, tit. 7, Part. 3, y la 1, tit. 7, lib. 11 de la Nov. Recop. dispone que cualquiera que sea el estado del pleito durante la primera instancia en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte y se entenderá con él la sustanciacion, sin que esta pueda en ningun caso retrogradar, esto es, sin que puedan volver á practicarse las diligencias ó actuaciones efectuadas en su rebeldía por haber perdido el derecho que tenia á hacerse cargo de ellas ó practicarlas, en el hecho de haber dejado transcurrir el término concedido por las leyes para ello, sin presentarse, pues de lo contrario, podria abusar el litigante rebelde causando dilaciones y gastos innecesarios á la parte contraria, si se presentaba, avanzado ya el procedimiento. La ley 11, tit. 7, Part. 3, facultaba al juez para hacer retrogradar el procedimiento hasta el estado de emplazamiento «non debe ir adelante por razon del emplazamiento,» cuando el litigante emplazado, probaba que le habia impedido presentarse alguna fuerza mayor, y lo mismo venia á disponer la ley 5, tit. 4, lib. 11 de la Nov. Recop. Igualmente en el Reglamento de 30 de diciembre de 1846, art. 106, sobre el modo de proceder el Consejo real en los negocios contenciosos administrativos, exceptúa de la declaracion de rebeldía el caso en que fuera nula la cédula de emplazamiento, pues lo que es nulo no puede producir ningun efecto, y el demandado no tiene obligacion de obedecer lo que carece de validez, y cuando por fuerza mayor y notoria alguna de las partes no pudiese comparecer en el término del emplazamiento, en cuyo caso el Consejo suspende la declaracion de la rebeldía, y puede ordenar que el demandado sea emplazado nuevamente. La cláusula del artículo 1187 de que en ningun caso pueda retrogradar la sustanciacion por la presentacion del rebelde, deberá entenderse como no permitiendo la reposicion del proceso, aun en el caso de fuerza mayor, segun opinan algunos intérpretes. En nuestro juicio, no debe entenderse en este sentido dicha cláusula, sino en el de en ningun estado del pleito, es decir, cualquiera que sea el procedimiento ó diligencia en que este se encontrare, pues tal es el caso de que trata dicho artículo y sobre el que versa la excepcion del 1192. Asi se deduce de los principios generales de derecho, de justicia y equidad, segun los cuales nadie está obligado á mas de lo que pudiese, ni responde del caso fortuito á que no dió ocasion; asi de la letra de



las antiguas disposiciones que llevamos citadas; así del espíritu de las de la ley de Enjuiciamiento, puesto que en el art. 1188 que esponemos mas adelante, se admite esta alegacion para el caso de la retencion y embargo de bienes y en el art. 1194 para el caso mas grave de rebeldía, á saber, la del litigante que incurrió en ella á pesar de habérsele citado personalmente.

Asi pues, en consecuencia del art. 1187, si el litigante se presenta despues que por su rebeldía se declaró contestada la demanda, no podrá hacer uso de la reconvencion sino en el juicio correspondiente, en forma de demanda, ni proponer las escepciones dilatorias como tales, pero si como medios de defensa en el escrito de contra-réplica ó en el informe oral. Si se presenta despues de recibido el pleito á prueba y durante el término probatorio, podrá verificar la que juzgue conveniente, dentro del término que reste por transcurrir. Mas habiendo comparecido el litigante rebelde despues del término de prueba en la primera instancia ó durante la segunda, como de seguirse la disposicion general del art. 1186 de la ley, no podria practicar prueba alguna en primera instancia, y de atenderse á lo estricto de las disposiciones del art. 869 sobre los hechos de que se permite prueba en grado de apelacion, seria esta muy limitada, no pudiendo generalmente en este caso esclarecerse la verdad de los hechos sobre que versa el litigio, con grave riesgo de que se pronuncie una sentencia injusta, falseándose de esta suerte la recta administracion de justicia, á que no ha dejado de ser acreedor el litigante contumaz, desde el momento en que se presenta al juicio, pues no debe considerarse que por su rebeldía desiste y desampara su derecho, la ley de Enjuiciamiento ha establecido una escepcion á la regla del art. 1187, previniendo que en el caso mencionado, se recibirán en la segunda instancia los autos á prueba, si lo pidiere el litigante contumaz que se presentó al juicio, y si las cuestiones que se discutan son de hecho, aun cuando no concurren todas las circunstancias designadas en el art. 869 de esta ley: art. 1192. Esta ampliacion, digámoslo así, de prueba, será tambien aplicable al litigante contrario no contumaz, segun lo requiere la igualdad de medios en el debate que debe existir entre ambos. La disposicion del art. 1192 debe considerarse comprensiva tambien del caso en que por haberse presentado el contumaz, quedando muy breve plazo del término probatorio, no le hubiera sido posible probar los hechos sobre que versaba la cuestion.

1791. Pero la presentacion del litigante declarado rebelde, no hace cesar la retencion y embargo de bienes que se hubiesen practicado á consecuencia de la declaracion en rebeldía, sino que continuarán hasta el fin del juicio, para hacer pago con ellos ó su importe al demandante si saliere vencedor, ó en caso contrario, para alzarse la retencion. Asi se dispone en el art. 1188, párrafo 1.º, que se funda en la misma razon que el 1187, esto es, en que de lo contrario se daría ocasion á que el demandado originase gastos y dilaciones el actor, y hasta burlarse la realizacion de sus reclamaciones, acudiendo al juicio para alzar el embargo y ocultando despues los bienes en que consistia, ú obligando á practicarlos nuevamente. si no continuaba el

juicio. Sin embargo, como el temor de estos abusos desaparece cuando prueba el contumaz la buena fe con que procede, esto es, su imposibilidad de acudir antes al juicio, la ley, en el segundo párrafo de dicho artículo, *esceptua* de la disposicion mencionada, *el caso en que el litigante rebelde justifique cumplidamente que una fuerza mayor, y que no habia estado á su alcance vencer, le impedia comparecer en el juicio.* Por fuerza mayor, se entiende, segun para un caso análogo dice la de la ley 11, tit. 7, Part. 3, la enfermedad grave, el hallarse embargado el camino por inundaciones, nieves, granizos, huracanes; la irrupcion de enemigos y el acometimiento de ladrones, «de manera que non osase venir á menos de peligro de muerte... ó si fuese embargado por alguna otra razon semejante de estas.» Esto debe entenderse cuando el embargo es tal que no puede nombrar procurador que lo represente en juicio. Véase tambien la ley 5, tit. 4, lib. 11 de la Nov. Recop. *Hecha la justificacion de haber existido fuerza mayor durante todo el tiempo que no se presentó, se alzarán la retencion y el embargo. La solicitud que sobre dicho alzamiento se dedujere, se considerará como un incidente que deberá sustanciarse en ramo separado, y sin que se detenga por él el seguimiento de la demanda principal,* porque en realidad es una cuestion independiente de esta. Estos incidentes deberán seguirse conforme á los arts. 337 al 350 que marcan el procedimiento para los del juicio ordinario en primera instancia, en la cual se seguirán si se hubieren promovido en ella y si en la segunda del juicio en rebeldía por personarse en ella el contumaz, se seguirán en la audiencia, conforme á dichos artículos, siendo suplicable la providencia que recayere en ellos dentro de tercero dia ante la misma sala que la pronunció, conforme previenen los art. 889 y 890.

1792. *La sentencia definitiva que se pronunciare en cualquier juicio seguido en rebeldía, además de notificarse en los estrados del tribunal ó juzgado que la haya dictado, segun previene el art. 1182 para las notificaciones en general, y de hacerse notoria por medio de edictos en la forma prevenida en el art. 1185, se publicará en los Diarios oficiales del pueblo en que residiere el tribunal ó juzgado y en el Boletín de la provincia. Cuando las circunstancias del caso lo exigieren á juicio del juez, se publicará tambien la sentencia definitiva en la Gaceta de Madrid: art. 1190. De la misma manera se publicará en el Boletín y en la Gaceta de Madrid en su caso la sentencia definitiva de la segunda instancia, además de notificarse en estrados y de hacerse notoria por medio de edictos: art. 1191.* Dichas inserciones se acreditan poniendo en el proceso un ejemplar de los periódicos en que tuvo lugar, y la fijacion de los edictos por diligencia del escribano. Estas disposiciones tienen por objeto dar toda la publicidad posible á las providencias que resuelven la cuestion principal del pleito, supliéndose de esta suerte la notificacion personal que se hacia al declarado rebelde, segun las leyes 1 y 2, tit. 5, lib. 11 de la Nov. Recop., para que pueda presentarse á interponer la apelacion ó el recurso de casacion si procedieren, dentro del término legal, que principiará á contarse desde el dia de

la inscripciou de aquellas en el Boletin de la provincia, segun puede hacerlo, aunque no lo espresa la ley civil, como lo hace la mercantil en su art 165; y si hubiera dejado pasar dichos términos, para que pueda principiar á contarse desde el dia de dicha insercion, los de seis meses y un año que los artículos 1194, 1196 y 1198 señalan para prestar audiencia al litigante rebelde contra la ejecutoria en los casos que se mencionan en los mismos.

1793. Las sentencias en los juicios en rebeldia deberán darse atendiendo á lo que resulte de los autos y sin que la no comparecencia del demandado pueda ser un motivo suficiente para dar sentencia en contra suya. La administracion de justicia no se deriva de fórmulas materiales, sino de una fuente mas pura, de un origen mas elevado. *Litigatoris absentia, Dei presentia repleatur*, se lee en la ley romana 13, § 4, Cod. de judiciis. *Sive responderit, sive non responderit*, dice la ley 75, Dig. de judiciis, *agetur causa et pronuncietur; non utique secundum presentem, sed interdum vel absens*, si BONAM CAUSAM HABUIT, VINCET: esto con relacion al demandado, y respecto del demandante, se dice en la misma ley, § 4, *neque causa cognoscetur NEC SECUNDUM PRÆSENTEM PRONUNCIABITUR*. Igual doctrina se halla consignada en nuestras leyes; la 10, tit. 22, Part. 5, dispone que «si non viniere (al juicio el demandado pasado el término del emplazamiento) debe catar (examinar el juez) los actos que pasaron en aquel pleito, e si fallare en ellos quel demandador *haya probado claramente su intencion*, debe dar su juicio (sentencia) contra el demandado, e condenarlo en la demanda maguer non sea delante. E si por aventura el juzgador entendiese que *por los actos non prueba el demandador bien su demandá* e pidiere al juez que dé juicio sobre ella e non quisiere dar otras pruebas, debe dar por quito al demandado e condenarlo en las costas, por que fue desobediente en no venir antel.» Y la ley 9 del mismo titulo, refiriéndose al demandante, dispone tambien que *si no prueba claramente su intencion*, teniendo plazos suficientes para ello, debe el juez absolver de la demandá al demandado, y si aquel no tuvo dichos plazos, absolver á este de la instancia, «*mas si el actor probó bien claramente su intencion* puede condenar por sentencia al demandado en lo que fallare probado contra él, maguer el demandador fuese rebelde en non venir al juicio al plazo quel fue puesto» si bien debe condenar á este en las costas y daños que causó al demandado. Asimismo la ley 1, tit. 5; lib. II de la Nov. Recop. prescribe que si no se presenta en juicio el demandado á quien se emplazó debidamente, que dende en adelante vaya el juzgador por el pleito adelante á recibir testigos del demandador ú otras pruebas que hubiere para probar su intencion, asi como si el pleito fuese contestado, y dar sentencia definitiva; con cuyas cláusulas indica la ley, como observa el señor conde de la Cañada, que no tiene el juez lo suficiente para dar sentencia contra el demandado, con haberse por contestada la demanda por su falta de comparecencia, segun declara la dicha ley 1. Lo mismo debe entenderse de la confesion presunta de que habla la ley 4, tit. 6, lib. II de la Novísima Recopilacion, «pues á pesar de referirse esta ley especialmente al caso en que el demandado «*alunga los pleitos por razones maliciosas non querien-*

do responder derechamente á las demandas» y de declarar «que sea habido por confeso, si no respondiere, por su rebeldia, dice á continuacion» *aunque no sea dada la sentencia contra él sobre ello*, con lo que denota implicitamente, que puede fallarse el pleito á su favor, á pesar de su rebeldia.

En el reglamento de 30 de diciembre de 1846 ya citado sobre el procedimiento en el Consejo real, se previene, para el caso de que se sentencie el pleito en rebeldia, que el Consejo fallará concediendo al autor lo que pidiera en su demanda *en cuanto no fuese injusta*; art. 102, y si el contumaz fuere el actor, debe el Consejo absolver de la demanda al demandado: artículo 103. Aunque en este artículo no se espresa la limitacion que en el anterior sobre que se atiende á la justicia de la contestacion del demandado, es porque este se halla en posesion de lo que se le demanda y solo se dirige la resolucion á conservar le en su derecho, mientras no aparece otro que pruebe tenerlo mejor.

1794. Asi, pues, segun el contesto y espíritu de las disposiciones mencionadas, aunque en el caso de no comparecer el demandado á juicio en el término del emplazamiento y despues de habersele acusado una rebeldia por el actor, se da por contestada la demanda, y en su consecuencia, no resultando de esta contestacion presunta nada en contra de los hechos alegados por el actor en su demanda, se tienen por veridicos los que aparecen tales por no ser atacados y se libra el actor de las pruebas y defensas del contrario, bien para combatir los hechos que aquel alegó, bien para sostener las escepciones dilatorias, la reconvention y demás medios que, en caso de comparecer, pudiera haber propuesto en la contestacion, sin embargo, al librarse el actor de practicar estas pruebas, mientras no comparezca el demandado en el progreso del pleito, no se libra de las que tienen por objeto probar su intencion y su derecho, respecto de la legalidad de su accion y de la justicia de sus pretensiones, etc. Asi es, que se sigue el pleito adelante recibiendo los testigos del demandante y las demás pruebas que tuviere hasta dictar sentencia definitiva, bien á su favor, si probó su intencion, bien absolviendo al demandado, si no la probó. Cuando el que no sigue el juicio es el actor, ya hemos dicho que se le impone perpétuo silencio y las costas. Véase lo espuesto en los números 20 al 26 del lib. 3 de esta obra.

1795. En cuanto á los efectos de las sentencias dictadas en rebeldia, se han considerado siempre ejecutorias por regla general como si se hubieran pronunciado estando presentes en el juicio los interesados. Ya hemos visto que las leyes romanas las hacian ejecutorias negando la apelacion al demandado que fue rebelde. La ley 9, tit. 25, Part. 5, dispuso tambien, que «si aquel por quien fue dado el juicio fuese rebelde en no venir á oirlo el dia quel juzgador le puso, é despues cuando supiere que era asi dado se quisiese alzar del juicio, non lo pueda hacer.» Mas se esceptuaba de esta regla y se concedia la apelacion al rebelde que probaba no haber podido acudir por causas insuperables, y en que no habia tenido culpa, como la fuerza mayor ó engaño que se lo estorbara por parte del actor; ley 12, tit. 23 cit.

La nueva ley de Enjuiciamiento establece tambien por regla general que *no pueda oirse ni admitirse ningun género de recurso, contra la ejecutoria que haya puesto término al pleito, al litigante rebelde*, esto es, en nuestro concepto, al que por no comparecer antes de que terminase el plazo para apelar ó interponer el recurso que procediera, dejó ejecutoriarse el fallo pronunciado. Esto se funda en que de nada serviría seguir el procedimiento adelante en rebeldía, si el contumaz pudiera ser oido nuevamente, burlando la declaracion de los derechos efectuada ya definitivamente, sino de causar gastos y dilaciones indebidas al que se presentó de buena fe y lealmente á hacer valer sus derechos, haciéndole permanecer en incertidumbre sobre ellos, y asimismo, en la presuncion de mala fe, que segun hemos dicho, resulta respecto del demandado que no acudió al llamamiento judicial.

Mas como esta presuncion cede á la verdad, segun hemos dicho, no es justo que rija aquella regla respecto de los que sin culpa suya y solo por acontecimientos superiores á su voluntad, no pudieron comparecer, pues al que voluntariamente no compareció, ó al que incurrió en la rebeldía que llaman *notoria* nuestros prácticos y se verifica cuando el citado en persona responde que no quiere comparecer, no le auxilia la ley, oyéndole, porque renunció á este beneficio con su negativa. Por razones análogas no se oye tampoco contra la ejecutoria al que habiéndose presentado en juicio y seguido la primera instancia no la continúa en segunda, pues supone que renuncia voluntariamente á este beneficio, y además, habiéndosele ya oido sus razones, no hay motivo bastante para oírle nuevamente. Asi se deduce de los arts. 1195 al 1198 sobre los casos en que puede oirse al rebelde, pues solo se refieren al estado de citacion ó emplazamiento, del art. 1199 sobre el caso en que la Audiencia declare deber oirse al rebelde, pues no dice que le oiga ella, sino que declare *se le oiga*, y del 1205 sobre igual caso en el Tribunal Supremo, que no dice le oiga la Audiencia, sino que disponga *se le oiga*. Y asimismo del art. 1201 que fija el procedimiento para oírle. Sin embargo, el art. 118 del Reglamento del Consejo real al disponer que si se rescindiera la sentencia, continúen las actuaciones *desde el punto en que se hallaren antes del incidente de rebeldía*, pudiera hacer suponer que puede oirse al litigante rebelde despues de la comparecencia, especialmente, si dejó de seguir el juicio sin culpa suya al principio de la primera instancia y no pudo alegar los fundamentos de su derecho.

1796. Asi, pues, la ley permite oír contra las ejecutorias pronunciadas en perjuicio suyo al declarado rebelde que acredite no haber dependido de su voluntad el acudir al juicio, probando las circunstancias de esta inculpabilidad.

Para ello, la ley ha atendido á los tres modos de verificarse la citacion ó emplazamiento del demandado rebelde. 1.º Cuando se le hizo en su persona; 2.º cuando por cédula, y 3.º cuando por edictos.

1797. Respecto del primer caso, previene el art. 1195, que *al litigante que haya sido citado ó emplazado en su persona, y por su no presentacion en el juicio, haya sido declarado en rebeldía, no puede oirse ni admitirse nin-*

*gun género de recurso contra la ejecutoria que haya puesto término al pleito, pues en este caso, no hay duda que tuvo conocimiento de la demanda, é incurrió en la rebeldía llamada verdadera, que se verifica cuando es citado y sabedor de la citacion, no comparece.*

Solamente se *exceptúa* de esta regla *el caso en que en el mismo litigante acreditare cumplidamente que desde la citacion y emplazamiento y durante todo el tiempo invertido en la sustanciacion del pleito hasta la citacion para sentencia en segunda instancia, si la hubiere habido, y sino, hasta la misma citacion en la primera, ha estado impedido por una fuerza mayor y que no haya dejado de existir, de comparecer en juicio: pues si hubiera dejado de existir el impedimento en cualquier estado del juicio, antes de dicha citacion para sentencia, no se le concederia el beneficio de reclamar contra la ejecutoria, porque en el mero hecho de no presentarse en el juicio, pudiendo hacerlo, se presume que renunció á él, y porque no seria justo permitirle causar los gastos de una nueva audiencia al contrario, habiendo podido evitárselos con su presentacion en tiempo debido. El exigir la ley que exista la fuerza solo hasta la citacion para sentencia y no hasta que hubiese terminado el plazo para apelar ó interponer el recurso de casacion y demás que permiten las leyes del fallo de primera ó segunda instancia, pudiera originar la duda de si prohíbe la ley al rebelde comparecer en juicio antes de terminar aquellos plazos para el efecto de interponer dichos recursos; pero en nuestro concepto no contiene la ley esta prohibicion, puesto que oyendo al litigante, contra la misma ejecutoria, debe entenderse que faculta implícitamente para oírle antes de adquirir la sentencia este carácter y esta fuerza en la apelacion ó recurso que interponga, porque de esta suerte se evitan mayores gastos y dilaciones, objeto principal de las prescripciones de la ley, y quien permite lo mas, se entiende que permite lo menos. Mas esplicitos están sobre este punto y en favor de esta opinion, los arts. 112 y 115 del Reglamento de 1.º de octubre de 1845 sobre el procedimiento contencioso administrativo en los Consejos provinciales. *Para que pueda prestarse audiencia en el caso del artículo anterior, se necesita indispensablemente que se haya solicitado y hecho la justificacion de la fuerza mayor dentro de seis meses contados desde la fecha de la publicacion de la ejecutoria en el Boletín de provincia: art. 1195: por ser este tiempo el que se presume que puede durar en nuestra época la fuerza que impida dar razon de sí, y mas si se cuenta el que necesariamente trascurrió durante la sustanciacion del juicio.**

1798. *Al litigante que haya sido citado ó emplazado por cédula entregada á su mujer, hijos, parientes, criados ó vecinos, se le prestará audiencia contra la ejecutoria dictada en su rebeldía, concurriendo las circunstancias siguientes: 1.º Que la pida precisamen'te dentro de un año, contado desde la fecha de la publicacion de la ejecutoria en el Boletín de la Provincia; 2.º Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de citacion ó emplazamiento le haya sido entregada: art. 1796. Se concede un año para la solicitud en este caso, en*

lugar de los seis meses que en el anterior, porque como a qui no se le hizo la notificacion á su persona, puede no haber recibido la cédula, por negligencia ú olvido de la persona á quien se entregó ó por extravío de una carta ú otro motivo semejante, é ignorar en su consecuencia la existencia del pleito y el pronunciamiento del fallo, durante aquel término, ignorancia que no es de inferir del que supo que el pleito existia, pues debe saber con mas prontitud que se pronunció el fallo. La rebeldía á que se refiere este artículo es la que los antiguos prácticos llamaban *presunta*, y tiene lugar cuando no consta que la citacion ha llegado á noticia del citado, pues se presume que llegó mientras no probara lo contrario. Cuando no hubiese llegado la citacion á su noticia por culpa suya, incurrirá en la rebeldía llamada *fleta*, que se verifica cuando comete dolo para que no llegue, y entonces supone la ley que llegó y fue citado. Pero se oirá tambien al citado, cuando, aunque no pudiese probar que no llegó á su noticia la citacion, probara que le impidió presentarse en juicio una fuerza mayor, con las circunstancias que espresa el art. 1194.

1799. *Estas mismas reglas respecto de los emplazados personalmente ó por cédula, son aplicables al litigante rebelde que haya sido citado ó emplazado en paises extranjeros, segun que estas diligencias se hayan hecho en su persona ó por medio de cédula entregada á su mujer, hijos, parientes, criados ó vecinos: art. 1197, pues la circunstancia de hallarse en el extranjero no impide que militen respecto de él las mismas razones espuestas que respecto del que se halla en España.*

1800. *Al litigante que haya sido citado ó emplazado en edictos, por no tener domicilio conocido, se le prestará audiencia contra la ejecutoria, concurriendo las siguientes circunstancias y no en otro caso:*

1.<sup>a</sup> *Que lo solicite dentro de un año, contando desde la fecha de la publicacion de la ejecutoria en el Boletín de la Provincia, lo que se funda en las mismas consideraciones espuestas sobre el art. 1196.*

2.<sup>a</sup> *Que acredite haber estado todo el tiempo invertido en sustanciar el pleito, desde que se le hubiese citado ó emplazado, fuera del pueblo en que se haya seguido.*

3.<sup>a</sup> *Que acredite asimismo se hallaba ausente del pueblo de su última residencia anterior á la citacion ó emplazamiento, en la fecha de la publicacion en él de los edictos para citarlo ó emplazarlo; art. 1198; pues no pudiendo el citado por edictos probar que no llegaron estos á su noticia, como el citado por cédula, que no recibió esta, la ley introduce á su favor, cuando prueba plenamente su ausencia de dichos pueblos, la presuncion de que no supo el emplazamiento. Tambien será oido contra la ejecutoria si probase que le impidió presentarse en juicio una fuerza mayor, segun el art. 1194.*

1801. Aunque la ley no hace aplicable esta disposicion á los que se hallen en el extranjero, como las de los arts. 1195 y 1196, deberá serlo tambien en nuestro concepto, por militar razones análogas.

1802. Respecto á la competencia para determinar si debe ó no ser oido el declarado rebelde, parecia lo mas natural que correspondiera al juez

ó tribunal cuya sentencia causó la ejecutoria, y en su consecuencia, al juez de primera instancia, cuando su fallo hubiese adquirido esta fuerza por haber sido consentido, por no apelarse de él en tiempo hábil, y así se verifica respecto del procedimiento contencioso administrativo en los Consejos provinciales, puesto que en el art. 58 del Reglamento de 1.<sup>o</sup> de octubre de 1845 se establece, que contra la sentencia que dictaren en rebeldía habrá el recurso de rescision ante el Consejo que la hubiese dictado, sin que antes de decidirse sobre la rescision de la sentencia pueda interponerse apelacion ni otro recurso alguno. Mas la comision redactora de la ley de Enjuiciamiento civil, ha considerado la declaracion sobre la audiencia del rebelde como un recurso extraordinario, por llevar implicitamente consigo la rescision de una sentencia ejecutoria, el cual por lo tanto requiere mayores garantías, y además tuvo la ley en cuenta, que dictado una vez el fallo por el juez cesa ya su mision en la causa, si bien solo atendió á esta consideracion respecto del juez de primera instancia, y no de las Audiencias por no alterar esencialmente las atribuciones del Tribunal Supremo, confiándole dicha declaracion cuando aquellos fallaron en rebeldía, segun dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley* y en su *Tratado de procedimientos*.

1805. Por estas consideraciones dispone, pues, el art. 1199 de la ley, que *la Audiencia que haya dictado la ejecutoria, cuando hubo segunda instancia, ó á cuyo territorio corresponda el juzgado cuya sentencia haya quedado consentida, por no haber habido apelacion de ella, es quien debe declarar si procede ó no que se oiga al litigante condenado en rebeldía. Y el art. 1202, que en los casos en que la ejecutoria haya sido dictada por el Tribunal Supremo de Justicia, como sucederá cuando se hubiese utilizado el recurso de Casacion, será este quien deba declarar si procede la audiencia del litigante condenado en rebeldía. Si el Tribunal juzgare procedente oirlo, prevendrá á la Audiencia disponga se le oiga en la forma prevenida en la ley, que espondremos mas adelante; art. 1203.*

Esta misma doctrina y prescripciones se hallan ratificadas por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 12 de octubre de 1860, que declaró, haber lugar al recurso de casacion por falta de competencia cuando conoce del incidente de audiencia del que ha sido condenado en rebeldía, aunque fuese á instancia del rebelde, el juzgado de primera instancia y aunque se lleve á la Audiencia en apelacion. El tribunal se fundó: 1.<sup>o</sup> en que la falta de competencia era radical é incontestable, pues se habia infringido el artículo 1199 de la ley, segun el cual ni el juzgado de primera instancia tiene competencia para conocer por demanda ni la audiencia para hacerlo por apelacion, y 2.<sup>o</sup>, en que, aunque los arts. 2, 3 y 4 de la ley facultan á las partes para prorogar jurisdiccion, estos artículos han de entenderse y aplicarse dentro del procedimiento y trámites autorizados por las leyes, y subordinados por lo tanto á los que determinan las instancias y recursos en los juicios, de suerte, que en ningun caso la sumision espresa ó tácita de las partes legitime las instancias y recursos extraordinarios, ni menos aun escludidos por las leyes, en cuyo supuesto el derecho público seria turbado á voluntad de

los particulares, como sucedería en el presente caso, de dar otra estension y aplicacion á los arts. 2, 3 y 4 citados. Véase la pag. 468 de este tomo.

1804. Esta cuestion debe sustanciarse con arreglo á la tramitacion establecida para los incidentes en los arts. 542 al 548 de la ley, por las Audiencias, segun el art. 889, teniendo presente: 1.º que cuando no mediase prueba, no es necesaria la citacion de las partes al llamar los autos á la vista, segun se declaró en la sentencia de 12 de octubre citada; 2.º que la declaracion de aquellos tribunales ha de limitarse á la cuestion de si debe ó no ser oido el sentenciado en rebeldía, pues el procedimiento para oírle ó para decidir sobre el fondo del negocio ó cuestion que dió motivo al litigio, debe principiarse ante el juez de primera instancia que entendió del juicio en rebeldía, entendiéndose de la apelacion que contra la sentencia de este juez se interpusiera la Audiencia, y del recurso de casacion que se interpusiere contra la de esta el Tribunal Supremo; y 3.º que no hay contra el fallo de la Audiencia en este incidente lugar á la súplica que establece el art. 890 en general, para los incidentes que se siguen en segunda instancia, porque el art. 1200 de la ley, dispone, que *contra las providencias que dictaren las Audiencias mandando oír al litigante rebelde ó denegándole la audiencia, no se da otro recurso que el de Casacion*, el cual procederá ya sobre el fondo, si se infringió alguna de las disposiciones de los arts. 1194 al 1198 que consignan los casos en que el condenado en rebeldía debe ser oido, ó la doctrina admitida por la jurisprudencia sobre este particular, ó resolviendo los dudas á que diesen ocasion dichos artículos, ya sobre la forma, si se cometieron las faltas en el procedimiento de los incidentes, que designa el art. 1015 de la ley.

1805. Contra la providencia del Tribunal Supremo mandando oír al sentenciado rebelde, ó denegándole la audiencia, no hay ulterior recurso.

Así, pues, cuando se declaró no ser procedente oír al sentenciado en rebeldía, bien por sentencia de la Audiencia, de que no se interpuso recurso de Casacion ó por el Tribunal Supremo, decidiendo sobre este recurso, ó en los casos en que fue dictada la ejecutoria en rebeldía por el mismo; adquiere el fallo la autoridad de cosa juzgada y se lleva á efecto sin mas audiencia de las partes por los trámites sobre la ejecucion de las sentencias, que designa el título 18 de la ley.

Mas si la Audiencia ó el Tribunal Supremo en su caso, declararon procedente que se oiga al litigante rebelde, puede quedar sin efecto la ejecutoria dada en rebeldía, pues hay que abrir de nuevo el juicio, lo cual verifica, segun hemos dicho, el juez de primera instancia. Para este efecto, si conoció de la cuestion el Tribunal Supremo devolverá los autos con la certificacion del fallo sobre aquella á la Audiencia; la cual devolverá tambien dichos autos y certificacion del fallo del Tribunal Supremo, ó del suyo cuando ella decidió la cuestion, al juez de primera instancia para que oiga al demandado en rebeldía, pues la resolucion de la superioridad sobre la cuestion de audiencia no altera los grados de las instancias, y debe cono-

erse de la cuestion sobre que versó el juicio en rebeldía desde primera instancia, puesto que en ella se declaró rebelde al no comparecente.

1806. *La sustanciacion de la Audiencia que se preste contra las ejecuciones dictadas en rebeldía*, para conocer de la cuestion que las ocasionó es sumamente breve y sencilla, y limitada á lo indispensable para la defensa, por haberse considerado innecesario lo demás, puesto que siempre se tienen á la vista los autos ya terminados, y con el objeto de evitar gastos y dilaciones que pudieran ser gravosas: así, pues, *se acomodará á las reglas siguientes*, espresadas en el art. 1201.

1.º *Se entregarán los autos por ocho dias al litigante que se haya mandado oír*, para que conteste á la demanda, ó proponga las escepciones dilatorias ó perentorias y demás medios de defensa que tuviere, pues ya no se le permiten mas escritos con este objeto.

Este escrito se formulará esponiendo sucintamente los hechos y los fundamentos de derecho, numerándolos y fijándose con precision lo que se pretenda y acompañando los documentos en que funde su derecho, conforme á los arts. 224, 225 y 255.

2.º *De lo que espusiere el litigante á quien se mandó oír, se conferirá traslado por ocho dias al que hubiere tenido la ejecutoria*, para que pueda alegar contra lo espuesto por aquel, y en favor de su propia pretension á derecho. Este escrito deberá formularse, segun los arts. 224, 225 y 255.

En dichos escritos pedirá cada parte por medio de otrosíes que se falle desde luego el pleito, ó que se reciba á prueba, si lo estimaren necesario, segun previene el art. 256, sobre el procedimiento del juicio ordinario.

3.º *Si por los dos litigantes ó por cualquiera de ellos se hubiere pedido el recibimiento á prueba, y la cuestion objeto del pleito versare sobre hechos se accederá á él, otorgando para hacerlo, la mitad del término legal que corresponda para el juicio, segun la clase de que se tratare, y que puede verse en su respectivo título, salvo el caso en que se pida y proceda el extraordinario*, el cual se concederá íntegro, porque su duracion se gradúa en consideracion á las distancias del punto en que ha de verificarse la prueba. Podrá practicarse toda clase de pruebas que sean permitidas en el juicio de que se trata, y tendrán tambien lugar las demás disposiciones sobre la prueba prescritas en general para cada juicio. Respecto de los juicios verbales, como la prueba, se verifica en una comparecencia ante el juez y el secretario, no podrá haber reduccion de término, sino que se celebra esta.

4.º *Unidas á los autos las pruebas que se hayan ejecutado, se entregarán por ocho dias á cada una de las partes para que se instruyan de ellas* y pueden los abogados respectivos tratar de combatir las ó desvirtuarlas en el informe oral de la vista del pleito. No se permite, pues, escribir alegaciones en derecho en este procedimiento.

5.º *En adelante se acomodará la sustanciacion á las reglas establecidas para el juicio segun su clase*, que hemos espuesto en los títulos correspondientes á ellas, hasta pronunciar sentencia definitiva que cause ejecutoria, siguiéndose las apelaciones y recursos que en los mismos procedan.

1807. Nada dice la ley sobre el caso en que el litigante, por segunda vez fuere condenado en rebeldía por no comparecer al juicio: en tal caso creemos que no debe oírsele nuevamente en el mismo negocio, según se previene en el art. 121 del reglamento de 30 de diciembre de 1843 del Consejo real para el procedimiento contencioso administrativo.

1808. *Las sentencias dictadas en rebeldía, podrán ejecutarse pasados los términos antes señalados, de seis meses respecto del emplazado en su persona, y de un año en cuanto al citado por cédula, para oír á los litigantes contra quienes hayan recaído, de la manera prevenida en el título correspondiente de esta ley ó sea el XVIII; pues hasta entonces no adquiere toda su fuerza el fallo por hallarse espuesto á rescindirse si se presenta el litigante condenado en rebeldía y hace valer su derecho contrario á él: artículo 1204. Sin embargo, para atender en lo posible á los intereses y justas esperanzas del litigante á quien se reconoció su derecho por una ejecutoria, y que ha dado pruebas presentándose en juicio, de que entabló sus pretensiones de buena fe, y que son arregladas á justicia, por lo cual es de presumir que no se rescinda aquel fallo, la ley le ha concedido que pueda llavarse á efecto en cuanto se pronunciare; pero como pudiera rescindirse si fuere oído el rebelde, y pudieran quedar ilusorios los derechos del mismo, si el contrario disponía de los bienes que se le entregaron y no tenía otros para reintegrar á aquel, dispone el art. 1203, que si el que haya obtenido sentencia en rebeldía pidiere se ejecute antes de cumplirse los términos expresados en el artículo anterior, no podrá decretarse sin que se preste fianza bastante á responder de lo que reciba, si oído el litigante rebelde se le mandare devolver.*

1809. *La fianza de que se habla en el precedente artículo, se cancelará luego que transcurran los términos señalados para pedir audiencia contra las sentencias dictadas en rebeldía: el art. 1206, pues ya no es necesario conservarla, puesto que no puede ya rescindirse la ejecutoria, ó bien si se hubiere presentado el rebelde y abiertose el juicio sobre la cuestión principal, cuando recayere ejecutoria á favor del que dió la fianza.*

### TITULO XIII.

#### De la ejecución de las sentencias.

1810. La ejecución de las sentencias ó el procedimiento por el cual se lleva á efecto rápida y brevemente lo determinado en las ejecutorias, es indispensable para que no sea ilusorio el resultado de las controversias judiciales y la declaración con que se terminan.

Y en efecto, el resultado verdadero y eficaz de una reclamación judicial, no existe solo en el reconocimiento ó declaración que hace públicamente el

juez del derecho que se reclama ante él, sino en la realización efectiva de lo que constituye ó sobre lo que versa este derecho, bien consista en el cumplimiento de una promesa, bien en el pago de lo que se nos debía, ó en la entrega ó restitución del objeto que nos pertenece, etc. Así, pues, á las disposiciones que tienen por objeto determinar las formalidades ó requisitos de las diversas reclamaciones, los trámites para la controversia sobre las mismas y el carácter de los juicios y de sus fallos, vienen á agregarse naturalmente las relativas á la ejecución de estos mismos fallos, ya con relación á la persona de aquel contra quien se dictaron para que verifique lo que se le mandó en ellos, ya respecto de sus bienes para atender al derecho del vencedor, satisfaciéndole lo que se le debía.

1811. En su consecuencia, la ejecución de las sentencias se ha considerado de tal importancia, que los legisladores de todas las naciones cultas, especialmente en estos últimos tiempos en que tanto se ha facilitado las comunicaciones y las relaciones entre los diversos países, han dictado disposiciones convenientes para estender los efectos de las sentencias ejecutorias, aun mas allá de las fronteras de los Estados en que se pronunciaron, y que tuvieran ejecución en las demás naciones extranjeras. Para ello, han tratado de conciliar el rigorismo del principio de que la jurisdicción del país no puede traspasar los límites de sus fronteras, por no estenderse fuera de ellas la soberanía del legislador y la autoridad de sus magistrados que dictan los fallos judiciales, con lo que reclaman la mútua conveniencia de los países respectivos y elevadas razones de equidad y de justicia, puesto que la máxima, *res judicata pro veritate habetur*, es de derecho de gentes. Así pues, han formado con este fin tratados internacionales sobre esta importante materia, admitiendo el principio de reciprocidad, é imprimiendo á las sentencias dictadas en el extranjero el sello de la autoridad del país en que han de ejecutarse, previa la inspección y exámen de si se han observado en ellas las formalidades necesarias en las de dicho país para su validez, con cuya circunstancia final viene á efectuarse la ejecución de aquellas sentencias con la competencia y jurisdicción de que parece carecían las autoridades del país en que se verifica, según espondremos mas adelante.

### SECCION I.

#### DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES ESPAÑOLES.

##### Reglas generales.

1812. La ejecución de las sentencias dictadas por tribunales españoles, debe pedirse y se verifica desde luego, por la acción que proviene de la cosa juzgada que siempre trae aparejada ejecución, esto es, por la acción *in factum judicati*, ó *ex-sentencia*, como dice Gregorio Lopez en la nota 5 á la ley 1, tit. 27, Part. 3, dando por razón, que de este modo se evita que nazcan pleitos de los pleitos y se consigue que se lleve breve y rápidamente

1807. Nada dice la ley sobre el caso en que el litigante, por segunda vez fuere condenado en rebeldía por no comparecer al juicio: en tal caso creemos que no debe oírsele nuevamente en el mismo negocio, según se previene en el art. 121 del reglamento de 30 de diciembre de 1843 del Consejo real para el procedimiento contencioso administrativo.

1808. *Las sentencias dictadas en rebeldía, podrán ejecutarse pasados los términos antes señalados, de seis meses respecto del emplazado en su persona, y de un año en cuanto al citado por cédula, para oír á los litigantes contra quienes hayan recaído, de la manera prevenida en el título correspondiente de esta ley ó sea el XVIII; pues hasta entonces no adquiere toda su fuerza el fallo por hallarse espuesto á rescindirse si se presenta el litigante condenado en rebeldía y hace valer su derecho contrario á él: artículo 1204. Sin embargo, para atender en lo posible á los intereses y justas esperanzas del litigante á quien se reconoció su derecho por una ejecutoria, y que ha dado pruebas presentándose en juicio, de que entabló sus pretensiones de buena fe, y que son arregladas á justicia, por lo cual es de presumir que no se rescinda aquel fallo, la ley le ha concedido que pueda llavarse á efecto en cuanto se pronunciare; pero como pudiera rescindirse si fuere oído el rebelde, y pudieran quedar ilusorios los derechos del mismo, si el contrario disponia de los bienes que se le entregaron y no tenia otros para reintegrar á aquel, dispone el art. 1203, que si el que haya obtenido sentencia en rebeldía pidiere se ejecute antes de cumplirse los términos espresados en el artículo anterior, no podrá decretarse sin que se preste fianza bastante á responder de lo que reciba, si oído el litigante rebelde se le mandare devolver.*

1809. *La fianza de que se habla en el precedente artículo, se cancelará luego que transcurran los términos señalados para pedir audiencia contra las sentencias dictadas en rebeldía: el art. 1206, pues ya no es necesario conservarla, puesto que no puede ya rescindirse la ejecutoria, ó bien si se hubiere presentado el rebelde y abiértose el juicio sobre la cuestion principal, cuando recayere ejecutoria á favor del que dió la fianza.*

### TITULO XIII.

#### De la ejecucion de las sentencias.

1810. La ejecucion de las sentencias ó el procedimiento por el cual se lleva á efecto rápida y brevemente lo determinado en las ejecutorias, es indispensable para que no sea ilusorio el resultado de las controversias judiciales y la declaracion con que se terminan.

Y en efecto, el resultado verdadero y eficaz de una reclamacion judicial, no existe solo en el reconocimiento ó declaracion que hace públicamente el

juez del derecho que se reclama ante él, sino en la realizacion efectiva de lo que constituye ó sobre lo que versa este derecho, bien consista en el cumplimiento de una promesa, bien en el pago de lo que se nos debia, ó en la entrega ó restitucion del objeto que nos pertenece, etc. Asi, pues, á las disposiciones que tienen por objeto determinar las formalidades ó requisitos de las diversas reclamaciones, los trámites para la controversia sobre las mismas y el carácter de los juicios y de sus fallos, vienen á agregarse naturalmente las relativas á la ejecucion de estos mismos fallos, ya con relacion á la persona de aquel contra quien se dictaron para que verifique lo que se le mandó en ellos, ya respecto de sus bienes para atender al derecho del vencedor, satisfaciéndole lo que se le debia.

1811. En su consecuencia, la ejecucion de las sentencias se ha considerado de tal importancia, que los legisladores de todas las naciones cultas, especialmente en estos últimos tiempos en que tanto se ha facilitado las comunicaciones y las relaciones entre los diversos países, han dictado disposiciones convenientes para estender los efectos de las sentencias ejecutorias, aun mas allá de las fronteras de los Estados en que se pronunciaron, y que tuvieran ejecucion en las demás naciones extranjeras. Para ello, han tratado de conciliar el rigorismo del principio de que la jurisdiccion del país no puede traspasar los límites de sus fronteras, por no estenderse fuera de ellas la soberanía del legislador y la autoridad de sus magistrados que dictan los fallos judiciales, con lo que reclaman la mútua conveniencia de los países respectivos y elevadas razones de equidad y de justicia, puesto que la máxima, *res judicata pro veritate habetur*, es de derecho de gentes. Asi pues, han formado con este fin tratados internacionales sobre esta importante materia, admitiendo el principio de reciprocidad, é imprimiendo á las sentencias dictadas en el extranjero el sello de la autoridad del país en que han de ejecutarse, previa la inspeccion y exámen de si se han observado en ellas las formalidades necesarias en las de dicho país para su validez, con cuya circunstancia final viene á efectuarse la ejecucion de aquellas sentencias con la competencia y jurisdiccion de que parece carecian las autoridades del país en que se verifica, según espondremos mas adelante.

### SECCION I.

#### DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES ESPAÑOLES.

##### Reglas generales.

1812. La ejecucion de las sentencias dictadas por tribunales españoles, debe pedirse y se verifica desde luego, por la accion que proviene de la cosa juzgada que siempre trae aparejada ejecucion, esto es, por la accion *in factum judicati*, ó *ex-sentencia*, como dice Gregorio Lopez en la nota 5 á la ley 1, tit. 27, Part. 3, dando por razon, que de este modo se evita que nazcan pleitos de los pleitos y se consigue que se lleve breve y rápidamente

á efecto la sentencia ejecutoria. Véase las leyes 3, 4 y 6, tit. 27, Part. 3, y la 3, tit. 17 y 12, tit. 28, lib. 11 de la Nov. Recop.

Así se consigna tambien en el art. 895 de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, el cual se refiere á la ejecucion de dichos fallos, luego que llega á haber cantidad cierta y líquida sobre que recaiga, en virtud de los demás procedimientos que con este objeto se demarcan en los siguientes artículos, cuando no resultare de la condena cantidad cierta y líquida.

1813. Este procedimiento ejecutivo prescrito por las leyes de Partida y Recopiladas, y lo dispuesto en la ley 63 de Toro sobre que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y por veinte la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella, han dado motivo, respecto de la duracion de la accion que nace de las ejecutorias, á varios de nuestros antiguos intérpretes, para sostener que el derecho ejecutivo, bien provenga de documento, bien de sentencia ejecutoria se prescribe por el espacio de diez años, y que la misma accion personal se prescribe por veinte años, entendiéndose que en el último decenio permanece la accion sin el derecho ejecutivo y que el espacio del posterior lo forma y completa el periodo de los veinte años. Véase Acevedo, en la ley 63 de Toro, número 3, y siguientes, la Curia Filipica en la segunda parte, de la via ejecutiva, y Parlodario, *Rerum quotid.*, cap. 1, § 14, número 10. Pero esta interpretacion es equivocada segun vamos á demostrar y sostienen Antonio Gomez, en la ley 63 citada, número 2; Carleval, en el tomo 2 de *Judiciis*, tit. 3, *disput.* 4, número 8; el conde de la Caña, en sus Juicios civiles, Part. 2, cap. 15, números 15 y siguientes, don Sancho Llamas y Molina en sus Comentarios á la ley 63, números 118 al 135, y los señores Goyena, Montalban y Aguirre en su reforma del Febrero.

1814. Y en efecto, la ley 63 de Toro citada dispone: 1.º Que «el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años;» 2.º «y la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos;» 3.º «pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos.» Respecto de la accion real, previene la ley 21, tit. 29, Part. 3, 4.º «que se prescriba por treinta años.»

1815. Acerca de la primera disposicion, debe entenderse como sostienen los intérpretes citados y en especial el señor Llamas y Molina, como refiriéndose al derecho ejecutivo que dimana de instrumento público, vale reconocido de orden judicial, confesion hecha en juicio y demás medios que lo producen, mas no al que proviene de la sentencia que recayó en juicio ejecutivo promovido en virtud de aquellos títulos; de manera que se prescribe el derecho de pedir ejecucion por dichos títulos, por transcurrir sin hacer uso de él el término de diez años, contados desde el dia en que adquirieron la fuerza ejecutiva por su otorgamiento, reconocimiento ó acto de la confesion de la deuda, mas sin que por esto se estinga el periodo de veinte años que nace de la accion personal que en ellos se contiene, para pedir ó ejercitar esta accion en juicio ordinario, ó bien se recayó sentencia ejecuto-

ria en este juicio en favor del acreedor para seguir pidiendo por dicho término de veinte años la ejecucion de esta por la via de apremio, segun vamos á esponer.

1816. Respecto de la segunda disposicion de la ley 63 de Toro, no hay duda en que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella, deben durar por igual tiempo de veinte años, pues hablando de una y otra copulativamente la ley, ordena que no se prescriban por menos de veinte años. La cuestion versa sobre si en todo el periodo de los veinte años que la ley da de duracion á la ejecutoria, conservará esta la virtud ejecutiva, duda que debe resolverse en el sentido de que la ejecutoria conserva vivo y eficaz el derecho de ejecutar por todo el tiempo de su duracion, que es decir, que ha de dejar de ser ejecutoria ó ha de tener la virtud ejecutiva, puesto que siendo la ejecutoria un instrumento público, formado despues de pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, á fin de que la parte que la obtuvo á su favor pueda pedir que se lleve aquella á ejecucion, se sigue, por una consecuencia legitima, que la ejecutoria por su naturaleza y esencia lleva consigo la virtud ejecutiva, de forma que no pueda perderla mientras exista y permanezca la ejecutoria, y puesto que la ley quiere y ordena que no se prescriba esta por menos espacio que el de veinte años, por el mismo tiempo ha de permanecer ejecutoria. Mas claro, continúa diciendo el señor Llamas en los números 133 y 134, ó la ejecutoria es lo mismo que la accion sobre que recae ó una cosa distinta de ella; si lo primero, habria sido escusado que la ley hubiera hecho mencion de ella, habiendo señalado á la accion el periodo de tiempo que por lo menos necesitaba para poderse prescribir; si lo segundo, esto es, si la ejecutoria es distinta de la accion sobre que recae, como es preciso confesar, es indispensable reconocer que su duracion ha de ser por igual tiempo que el de la accion sobre que ha recaído, señalándoles la ley á una y otra igual número de años para poderse prescribir.

1817. Mas no debe ni puede admitirse la interpretacion que sobre esta materia hace Parlodario de que la accion personal sobre que ha recaído la ejecutoria separada y sola se prescriba por veinte años, y la ejecutoria por diez, porque suponiendo que el que obtuvo á su favor la ejecutoria dejara pasar los diez primeros años sin haber pedido la ejecucion, no se concibe el medio de que pudiera valerse para pedir su crédito dentro de los diez años restantes, en que estinguida la ejecutoria, dura la accion personal ordinaria segun su opinion, pues el único medio que le quedaria para ello, seria el de usar de un juicio ordinario, puesto que no podria ya tener lugar el ejecutivo, por no existir la ejecutoria, y entonces se incurriera, como dice Llamas, en el gravísimo inconveniente, si no debe mejor llamarse absurdo, de que despues de obtenida sentencia en un juicio ordinario, se principiase otro de la misma especie y con la misma accion.

1818. Tampoco es necesario, como pretende Salgado, *De Regia potesta*, cap. 2, número 9, para que el derecho ejecutivo que nace de ejecutoria sobre accion personal, no pueda prescribirse por menos tiempo que el de veinte años, que vaya acompañado este junto con la misma accion personal,



pues con esto se dar á entender, que el derecho ejecutivo ó ejecutoria dimanada de sentencia sobre accion personal, podria alguna vez verificarse que estaba separado de ella, pues esto no es fácil de concebir porque la sentencia no destruye la accion personal, antes bien la declara, confirma y aprueba, naciendo de la sentencia la nueva accion *in factum judicati*, segun hemos dicho.

1819. Respecto de la tercera disposicion de la ley de Toro, sobre que cuando en la obligacion hay hipoteca, ó cuando la obligacion es mista, personal y real, se prescriba la deuda por treinta años, no debe limitarse la duracion de la ejecutoria dada sobre alguna de estas acciones, como hace Acevedo, al tiempo de diez años, fundándose en que la primera disposicion de la ley que fija esta prescripcion para el derecho de ejecutar, debe entenderse como una máxima ó regla general á lo que despues se ordena á continuacion, pues al disponer la ley que el derecho de ejecutar se prescriba por diez años, habla y se contrae al que proviene de accion personal, é igual limitacion hace cuando señala á la ejecutoria para su duracion el término de veinte años, contrayéndola á la que recae sobre accion personal.

Por el contrario, opinan que la ejecutoria sobre accion hipotecaria ó sobre la mista de personal y real, debe durar treinta años, Carleval y el conde de la Cañada, quien se funda respecto de la accion hipotecaria en que la obligacion que enumera la ley, es sobre deuda y solo produce una accion personal, y agregándosele el pacto ó convencion de hipoteca, que sirve de mayor seguridad al cumplimiento de dicha obligacion, nace una accion real dirigida á la cosa hipotecada, la cual es individua en su origen y causa con la accion personal, que es la principal de aquel contrato: y aunque la hipotecaria se conciba como accesoria, teniendo por su naturaleza la duracion de treinta años, no podria sostenerse si caducase á los veinte la accion personal, y esta es la razon sólida en que se funda esta limitacion á la disposicion segunda de la ley. Y respecto de la accion mista de personal y real, dice este autor, que estas acciones mistas, como son las *familix eriscundæ, communi dividundo y finium regundorum*, siendo todas ellas personales por su origen y esencia y que solo participan con alguna impropiedad de la calidad de acciones reales, no puede dudarse de la mayor dignidad y fuerza de la accion real, cuando concurre con la personal, y no puede separarse en su ejercicio.

Sin embargo, el señor Llamas y Molina se pronuncia contra estas dos opiniones, sosteniendo, que la ejecutoria sobre la accion hipotecaria ó sobre la accion mista de personal y real debe durar el mismo tiempo de veinte años, por considerar que se hallan aquellas comprendidas en lo dispuesto por la ley 63 de Toro, sobre que la ejecutoria dada sobre accion personal dure veinte años, y como la accion hipotecaria ó la mista de personal y real participa de la naturaleza de la personal, no puede menos de entenderse comprendida en sus disposiciones, y de consiguiente, su duracion no debe ser de diez ni de treinta años, sino de veinte, y asimismo, porque no mencionando la ley 63 el tiempo en que ha de prescribirse el derecho de ejecu-

tar dimanado de accion hipotecaria ó mista de real y personal (ni la ejecutoria dada sobre ellas) como lo hace acerca de la personal debe entenderse respecto de aquellas lo mismo que previene acerca de esta. Mas contra estas consideraciones, en cuanto se refieren á la opinion de que debe durar treinta años la ejecutoria pronunciada sobre accion mista de personal y real, puede oponerse: 1.º que si bien en la disposicion segunda de la ley de Toro, no se espresa el tiempo que debe durar esta ejecutoria, se halla implícitamente marcado en la disposicion sobre que la deuda proveniente de obligacion mista de personal y real dure treinta años, como lo persuade el darse en la disposicion segunda la duracion de veinte años, lo mismo á la accion personal que á la ejecutoria dada sobre ella, y porque de no entenderse que la disposicion tercera de la duracion de treinta años á la accion mista y á la ejecutoria dada sobre ella resultarian los gravísimos inconvenientes arriba espuestos en el número 1817 que indica el mismo señor Llamas. 2.º Que participando la accion mista de la naturaleza de la accion personal y real, debe prevalecer sobre aquella lo dispuesto especialmente sobre esta por ser de mayor dignidad y fuerza, como dice muy bien el señor conde de la Cañada, y lo indica la misma disposicion tercera de la ley de Toro, en el hecho de exigir para la prescripcion de la accion mista de personal y real, no el periodo de veinte años que designa para aquella, sino el de treinta que es el marcado por el derecho comun para prescribirse la accion real, segun diremos mas adelante. En cuanto á la cuestion sobre el tiempo que debe entenderse que dura la accion hipotecaria, apenas ofrece utilidad ya en el dia, al menos en la esfera práctica, puesto que segun el art. 157 de la ley hipotecaria que ha principiado á regir desde 1.º de enero del presente año de 1863, segun lo prescripto en la ley de 14 de julio de 1862, *la accion hipotecaria se prescribirá á los veinte años*, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al titulo inscripto; disposicion que se funda, segun el preámbulo de la ley, en que siendo el tiempo de veinte años el señalado para la prescripcion de las acciones personales á que está adherida la hipoteca, perdiendo estas su fuerza, no debe conservarla la hipotecaria, pues que estinguido el crédito, no puede menos de considerarse estinguida su garantia. Esta disposicion es pues aplicable tambien por los fundamentos que llevamos espuestos, á las ejecutorias que se dictaren en pleitos sobre accion hipotecaria, incoados con posterioridad á 1.º de enero de 1863, en que principió á regir dicha ley.

1820. Acerca de la prescripcion de la ejecutoria que recaiga sobre accion real, no disponiendo sobre ella nada la ley 63 de Toro, debe estarse á lo prescripto por la ley 19, tit. 22, Part. 3, que es terminante sobre este particular, puesto que establece, que «del juicio (sentencia que diese el juez, nasce demanda á aquel por quien lo dieron, de manera que puede demandar aquella cosa fasta treinta años á aquellos contra quienes fuese dado el juicio, é á sus herederos é á quien quier otri que la fallase, si non pudiese mostrar aquel que la tenia que había mayor derecho en aquella cosa que aquel que la demanda.»

1821. Por último, debemos advertir, que cuando se trata de oponer la cosa juzgada como escepcion, no existe tiempo limitado, por ser perpétua por su naturaleza, como todas las escepciones perentorias á que pertenece, segun dijimos en el lib. 2 de esta obra, números 637 y siguientes.

1822. Anteriormente se procedía á la ejecucion de las sentencias, bien á petición de parte, bien de oficio, por el juez, segun se ve por las leyes 7, tit. 5, y 5, tit. 27, Part. 3; y por la 1, tit. 17, lib. 2 de la Nov. Recop., que señalaba al vencido diez dias si se dió el fallo sobre pago de dinero, y tres si sobre raiz ó mueble, para la respectiva entrega; pero en el dia, debe procederse siempre á instancia de parte, segun dice el art. 892 de la ley sobre pago de cantidad líquida, y que creemos aplicable á los demás casos, puesto que en todos se trata de intereses privados, en los que la autoridad judicial solo debe proceder á instancia de los particulares interesados.

1823. La ejecucion de las sentencias ejecutorias corresponde al juez inferior que conoció en primera instancia del pleito sobre que recayeron, aun cuando se hubiese seguido la instancia de apelacion á esta y el recurso de casacion, y bien sea que en la superioridad se confirme ó revoque el fallo del inferior, segun disponen los arts. 76, 883, 886 y 891 de la nueva ley, conforme con las leyes, entre otras, 27, tit. 25, Part. 3, y la 4, tit. 29, lib. 2 de la Nov. Recop. En su consecuencia, no tiene lugar en el dia la opinion sostenida anteriormente, de que correspondía dicha ejecucion al tribunal superior cuando dictaba fallo en segunda instancia, especialmente si era revocatorio, opinion que se fundaba diciendo, que la accion de la cosa juzgada nacia de la segunda instancia, la cual estinguia los efectos de la primera; pues este fundamento no es exacto, porque la cosa juzgada se forma de la union de los efectos de la última sentencia con los de las anteriores, puesto que llenan las instancias que requiere el legislador, sin que se entiendan estinguídos los de las primeras; sino solamente suspendidos en la parte de su ejecucion y permanentes en la dispositiva. Además, el conferir la ejecucion de las sentencias al juez de la primera instancia, tiene por objeto atender á la mayor brevedad, comodidad y menor dispendio de los litigantes, puesto que generalmente se hallan en la residencia ó territorio de aquel juez, y que allí es donde se ha practicado la jurisdiccion de sus pretensiones respectivas.

1824. Por eso dispone el art. 891 de la ley, que, luego que fuere *consentida la sentencia de primera instancia*, por haber dejado transcurrir el término para apelar de ella sin efectuarlo, sin necesidad de pedir ni de hacerse declaracion alguna judicial sobre que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, segun se consigna en el art. 67 de la ley, ó luego que fueren recibidos los autos en el juzgado inferior con la ejecutoria, si ha habido apelacion, háyase ó no interpuesto de la sentencia que recayó en ella recurso de casacion, y cuando la apelacion se admitió en ambos efectos, ó luego que, en el caso de haberse admitido en un solo efecto, se hubiera retenido en el juzgado testimonio de lo necesario de los autos para este efecto, segun el art. 74 y hecho saber aquella (la ejecutoria) al que la haya obtenido, esto

es, á aquel á cuyo favor se haya mandado hacer pago ó entrega de alguna cosa, ó algun acto, ó abstenerse de hacer este, para que pueda pedir se lleve á efecto en la parte que le interesa, *se procederá á la ejecucion de la sentencia*, segun los diversos trámites que marcan el tit. 18 de la ley para las diferentes condenas que pueden contenerse en la ejecutoria.

Estas pueden versar: 1.º sobre pago de cantidad líquida; 2.º sobre pago de cantidad líquida, procedente de frutos ó de perjuicios; 3.º sobre hacer ó no hacer ó entregar alguna cosa.

*Ejecucion de las sentencias sobre pago de cantidad líquida.*

1825. El procedimiento que vamos á esponer tendrá lugar, cuando se hubiere fijado en la sentencia en cantidad líquida y determinada la obligacion del vencido ó el derecho del vencedor, ó cuando recayendo la condena sobre frutos, intereses, daños ó perjuicios, se hubiera fijado en ella su importe en cantidad líquida, segun previene el art. 63 de la ley, pues si por no poderse efectuar esto, solo se establecieran en la condena las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidacion, tendrá lugar el procedimiento sobre ejecucion de sentencias que condenan al pago de cantidad ilíquida, y que se esponen en los arts. 898 al 909, sobre cantidad ilíquida procedente de frutos, y en los 911 y 912, sobre la que procede de perjuicios, mas si por no ser posible fijar lo uno ni lo otro, se hace la condena reservando á las partes su derecho para que otro juicio se fije su importe, segun establece el citado art. 63, se seguirá para ello un juicio ordinario.

1826. Si la sentencia contuviere condena al pago de cantidad líquida, se procederá siempre por el juez á instancia de parte, esto es, del acreedor ó vencedor en el juicio, *al embargo de bienes del deudor ó vencido, en la forma y por el orden prevenidos para el juicio ejecutivo*, esto es, en los artículos 948 al 958. Así, pues, se despachará mandamiento de ejecucion que se entregará á la parte que lo pidió y se requerirá al deudor al pago por alguacil y escribano del juzgado, y no verificándolo, se hará el embargo de bienes suficientes á cubrir la cantidad porque se proceda y las costas, que se depositarán con arreglo á derecho: art. 948.

1827. No tienen, pues, lugar actualmente los plazos de tres, diez y mas dias, que concedian al acreedor para el pago de su condena antes de proceder al embargo de sus bienes, la ley 5, tit. 27, Part. 3; y la 1, tit. 27, libro 11 de la Nov. Recop., términos que segun los prácticos, debian prorogarse por mas ó menos tiempo, atendida la calidad de las personas y la entidad de la deuda y demás circunstancias del caso.

1828. *Hechos los embargos, se pasará al avalúo y venta de los bienes en que consistan, y al pago en su caso, con entera sujecion á las reglas establecidas para el procedimiento de apremio despues del juicio ejecutivo*: artículo 863.

Deberá entenderse que esta disposicion escluye del procedimiento para la ejecucion de las sentencias la citacion de remate al vencido y la admision de

la oposicion de este, de manera que no se le permita alegar, ni se le oiga excepcion alguna, teniendo que entablar para ser oido acerca de ellas otro nuevo juicio? Asi parece confirmarlo las siguientes palabras que se leen en los *Motivos de la Ley* del señor Laserna. «Asi, sin sujetar la sentencia firme á los trámites del juicio ejecutivo, necesarios, indispensables para el que no ha sido oido pero inútiles, dispendiosos y lentos en demasía para el que ha litigado y obtenido en su favor una sentencia, se elige del mismo juicio la tramitacion conducente á que se lleve á debido efecto lo preceptuado en la ejecutoria. No se concede al condenado en el juicio plazo alguno, porque desde el momento que se pronuncia la sentencia sabe que tiene que pagar y no serian justas las consideraciones que se le concedieran en perjuicio del vencedor.»

Sin embargo, en nuestro concepto, deberian oírse las excepciones de pago y de falsedad ó de prescripcion de la ejecutoria, y en cuanto á la de pago, ó cumplimiento de esta, creemos que podrá oponerla, al requerirse en virtud del mandamiento de ejecucion á dicho pago ó cumplimiento.

1829. Pero lo espuesto no obsta para que puedan tener lugar en este procedimiento las tercerías de que tratan el tit. 20, seccion 3 de la ley, puesto que el art. 893 no parece escluir este procedimiento, y que se halla admitido en el de la ejecucion de las ejecutorias que se dieren aun sobre accion real por la ley 49, tit. 22, Part. 3, que dice, que del juicio que se diere puede pedirse la cosa á aquellos contra quienes fue dado el juicio ó á sus herederos, y á cualquier otro donde la hallase, si *el que la tenia, no pudiese probar mejor derecho.*

1850. *Las costas que se ocasionen en las diligencias para el cumplimiento de las ejecutorias, serán de cargo del condenado por ellas:* art. 894; pues nada más justo que sufra estos gastos quien por su pertinacia en resistirse á pagar á su acreedor, á pesar de una ejecutoria, ha dado lugar á ellos. Nada obsta para este efecto, que no hubiera sido conderado en costas en el juicio que dió ocasion á la ejecutoria, por no considerársele litigante temerario, pues su temeridad proviene desde que se niega á dar cumplimiento á la sentencia. La generalidad con que se espresa este artículo induce á creer á algunos espositores que su disposicion es aplicable á la ejecucion de toda clase de sentencias; pero en nuestro concepto no debe serlo á los procedimientos ó diligencias que se refieren á la liquidacion de las condenas y á la estimacion de perjuicios y demás que fueren necesarias para determinar lo que ha de satisfacerse ó para que pueda efectuarse el pago, cuando esta falta de determinacion en la ejecutoria no dependió de la voluntad del condenado, pues en tales casos deberá atenderse para la condena de costas á si hubo ó no mala fé ó temeridad por parte del condenado en el juicio sobre lo principal, puesto que el procedimiento de la ejecucion del fallo que se dió sobre el mismo, es una escuela de aquel. Asi se deduce de lo dispuesto en el art. 919, trám. 6, de los que han de observarse en la apelacion de las sentencias sobre liquidacion de cantidades sobre que pronunciado el fallo se devuelvan los autos al juzgado con certifi-

cacion de la sentencia y de la tasacion de costas, *si hubiere habido condena*, pues esta cápsula da á entender claramente que puede no recaer esta condena de las que se causen sobre liquidacion de cantidades. Por esto sin duda la ley colocó este artículo inmediatamente despues de los que tratan de la ejecucion de condenas por cantidad líquida, que es á los que se refiere mas especialmente, asi como tambien al caso de que la condena consistiera en hacer ó no hacer ó en entregar alguna cosa.

1851. Por último, cúmplenos aquí recordar lo que espusimos al tratar del juicio ejecutivo, en el libro 3, número 1137, sobre que no pueda procederse á la ejecucion de las ejecutorias que se dictaren por cantidad líquida contra las rentas ó caudales del Estado, por los tribunales ordinarios, sino por los agentes de la administracion con autorizacion del gobierno, segun las reglas del presupuesto de las obligaciones del Estado, segun previene la ley de 20 de febrero de 1850; y asimismo, de las ejecutorias contra ayuntamientos ó diputaciones provinciales, pues deberá efectuarse en la forma que previenen las leyes especiales de la administracion y las vias administrativas, segun determina el real decreto de 12 de marzo de 1847; art. 5 y siguientes: y por último, que tampoco pueden llevarse á efecto contra establecimientos de beneficencia ni otros públicos, *cuyos gastos ó ingresos se incluyan en el presupuesto provincial, municipal ó del Estado*, porque impidiéndose por la ejecucion que puedan aplicarse dichos bienes á las necesidades del establecimiento, hay que recurrir, para proveer á estas á los presupuestos municipales ó provinciales, quebrantando las reglas que tienen por fundamento la necesidad de atender con la debida regularidad á las cargas públicas, y que no queden desatendidas las obligaciones mas privilegiadas y perentorias por mirar al beneficio de algunos particulares. Véase las decisiones del Consejo real de 18 de setiembre y 3 de abril de 1846, y la real orden de 15 de marzo de 1847. Véase lo que hemos espuesto en el *Suplemento al Diccionario de legislacion* del señor Escriche. Art. Competencia entre las Autoridades judiciales y administrativas, párrafo 8, números 2 al 6.

*Ejecucion de las sentencias sobre pago de cantidad ilíquida.*

1852. Cuando la sentencia condena al pago de una cantidad ilíquida, no puede procederse desde luego al embargo de bienes del vencido, puesto que para ello es necesario que resulte cantidad líquida, segun el art. 944 de la ley, y en su consecuencia, es preciso recurrir previamente á un nuevo procedimiento para la liquidacion de aquella cantidad (el cual es distinto, segun esta proviene de frutos ó de perjuicios), antes de proceder al embargo y venta de bienes de que trataa los arts. 892 y 893 de la ley.

1853. Asi, pues, segun el art. 898, *si la sentencia condenase al pago de cantidad ilíquida, procedente de frutos*, bien sean naturales ó civiles, *se obligará al deudor*, por auto del juez dado (en virtud de pedimento del acreedor que obtuvo la ejecutoria, para que se le requiere al deudor que

la dé cumplimiento), á que dentro de un término que señala el juez, segun las circunstancias del caso, presente su liquidacion con arreglo á las bases que en la misma sentencia se hubiesen fijado, de suerte que si la condena recae sobre frutos, solo habrá lugar á este procedimiento cuando, segun marca el art. 63 de la ley, se establezcan en la sentencia las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidacion.

Se obliga al deudor á que presente la liquidacion de los frutos, porque nadie mejor que él, que los ha percibido y que ha pagado los gastos ocasionados para ellos ó las cargas á que estén afectos, puede saber el importe liquido que resulta de los mismos.

1834. *De la liquidacion se dará vista al acreedor*; art. 899, con el objeto de que pueda examinarla y esponer si se halla ó no conforme con ella en todo ó en parte, por creerla ó no arreglada á las bases fijadas en la sentencia para hacerla. Esta conformidad ó no conformidad deberá hacerse constar en autos por medio de escrito ó por diligencia autorizada por el escribano. La ley no designa aqui el término por el cual ha de darse dicha vista de la liquidacion, por lo que, deberá entenderse que deja su designacion al prudente arbitrio del juez. Algunos opinan que será aplicable á este caso el término de seis dias que señala el art. 915, pero no creemos admisible esta opinion por considerar aquel término muy breve, y no militar en este caso las razones que sin duda se han tenido presentes para señalarlo en el caso del art. 915, y que indicaremos al explicar este en el número 1844.

1835. *Habiendo conformidad, se procederá á hacer efectiva la suma en que se haya convenido de la manera y en la forma antes indicadas*, para ejecutar la sentencia que condena al pago de cantidad liquida: art. 900.

1836. *No habiendo conformidad, se promueve un incidente en el que deberá oirse á la parte contraria para conseguir aquella, y para ello, convocará el juez á las partes á juicio verbal, previniéndoles que en él habrán de presentar las pruebas sobre los hechos en que no estuviere de acuerdo*: art. 901. *Entre la convocacion y celebracion de este juicio deberá mediar el tiempo que segun las circunstancias del caso, el juez estima necesario para que las partes puedan procurarse sus pruebas sobre los hechos en que discordaren, y para evitar los perjuicios que de no practicarlas pudieran resultarles*: art. 902. Para la determinacion, pues, de este tiempo, deberá el juez atender á la mayor ó menor complicacion que ofrezca la liquidacion, y las pruebas sobre ella, bien por la distancia de los lugares en que se ha de practicar, por radicar en ellos las fincas á que se ha de referir, bien por la diversidad de productos sobre que ha de versar, y la mayor ó menor dificultad de graduarlos, etc.

1837. *Durante este término se practicarán con la correspondiente citacion las pruebas que las partes propongan y hayan de ejecutarse fuera de lugar de la residencia del juzgado*, para lo cual el juez que entiende de la ejecucion de la sentencia, deberá mandar librar los correspondientes exhortos al del lugar en que deban practicarse. *Estas pruebas deberán estar concluidas antes del dia señalado para el juicio verbal, en el cual habrán de*

presentarse: art. 105. Respecto de las pruebas que deban practicarse en el lugar en que se sigue el procedimiento, será necesaria la citacion para las que no puedan efectuarse en el juicio verbal, pues si pudieran hacerse en él, como la testifical, de confesion, etc., sirve de citacion para ellos la convocacion que hace el juez á las partes á juicio verbal.

1838. *Señalado el dia del juicio, no podrá variarse sin comocimiento de los interesados*: art. 904; de manera que esta disposicion consigna no ser prorogable el término á instancia de una sola parte, ni de oficio, por el juez. Sin embargo, parece que por equidad podrá el juez variar el dia del juicio, señalando otro mas avanzado, cuando alguna de las partes lo solicitare fundándose en la dificultad ó imposibilidad de practicar sus pruebas en el término intermedio entre la convocacion y celebracion del mismo, con tanto mayor motivo, cuanto que no le es facil al juez en el caso de que tratamos, conocer la clase de pruebas que han de traerse al juicio, los elementos de que hayan de componerse y las dificultades que pueden presentarse para efectuarlas.

1839. *Llegado el dia señalado, y reunidas las partes, el juez oirá á estas ó á sus defensores, sobre las razones que tienen para sostener ó impugnar la liquidacion; les recibirá las pruebas que aduzcan, bien sea las que hubieren practicado antes ó las que se practiquen en el acto, estendiéndose la oportuna acta, que firmarán todos los concurrentes al juicio, y autorizará el escribano* art. 905.

1840. *Dentro de los tres dias siguientes, el juez dictará sentencia en que fije y determine la cantidad que deba abonarse con arreglo á la ejecutoria y á las pruebas practicadas*: art. 906.

*Esta providencia, que deberá darse con arreglo á la forma del art. 555 es apelable en ambos efectos, puesto que puede causar perjuicios irreparables la ejecucion de la misma, é interpuesto el recurso, se remitirán los autos al tribunal superior emplazando en forma á las partes*: art. 907. Sin embargo, como pudiera el deudor apelar maliciosamente para dilatar el cumplimiento de la sentencia que le condena, dispone el art. 908, que si el apelado pidiere la ejecucion, se decretará dando fianza bastante á juicio del juez para responder en todo tiempo de la diferencia que hubiere entre lo de que el apelante se reconozca deudor y lo que por la sentencia se haya determinado: en este caso, se reservará testimonio de la sentencia para su cumplimiento: art. 908.

1841. *Si no se apelare, se procederá á hacer efectiva la suma consignada en la sentencia de la manera antes establecida para ejecutar la sentencia que contiene condena de cantidad liquida*: art. 909.

1842. Hasta aqui hemos espuesto el procedimiento que se sigue cuando el condenado á pagar una cantidad ilíquida consistente en frutos presenta la liquidacion de estos en el término que le señala el juez. Vamos á esponer ahora el que se sigue en el mismo caso de condena al pago de cantidad ilíquida proveniente de frutos, cuando no presente dicha liquidacion para dilatar el cumplimiento de su condena, con perjuicio del vencedor.

1843. *No presentando el deudor la liquidacion dentro del término que se le señale al efecto, dice el art. 353, y cuando el acreedor inste para que presente la liquidacion, pues aquí no puede el juez proceder de oficio y pudieran las partes haberse convenido en el modo de cumplir su obligacion el vencido, se le concederá á otro que no esceda de la mitad del primero, bajo apercibimiento de que no presentándola antes de que trascurra, habrá de estar y pasar por la que presente el que haya obtenido la ejecutoria en todo lo que no probase ser inexacta: de manera, que el deudor carga sobre sí, por su morosidad, con la prueba en contrario de lo que espese el acreedor.*

1844. *Trascurrido dicho término sin haber el deudor presentado su liquidacion, se prevendrá por el juez á la otra parte que la formule y presente, para que tenga efecto lo prescrito en el artículo anterior: art. 914.*

1845. *De la liquidacion presentada por el acreedor se dará vista al deudor por un término que no esceda de seis dias poniéndola al efecto de manifesto en la escribanía: art. 915. Se le señala un término tan limitado como el de seis dias, si se atiende á las dificultades que ofrece á veces el exámen de una liquidacion de intereses cuantiosos y complicados, porque aquí se procede contra un deudor que ha dado motivo para que se presuma que obra de mala fe en el hecho de negarse á obedecer al mandato judicial sobre la presentacion de la liquidacion de frutos á que salió condenado.*

1846. *Si prestare á ella su conformidad el deudor, ó no se opusiera dentro del término prefijado en el artículo anterior, la aprobará el juez y procederá á hacer efectiva la suma de que resulte deudor en la forma establecida, esto es por el embargo y venta de bienes, que marcan los arts. 892 y 893 para la ejecucion de condena de cantidad líquida.*

1847. *La providencia que en tal caso se dictare aprobando la liquidacion es inapelable: art. 917, porque no hay términos hábiles para que las partes se sientan agraviadas contra ella, puesto que la aprobaron, y la apelacion en tal caso tendria que ser maliciosa para dilatar el cumplimiento del fallo.*

1848. *Si el deudor se opusiere dentro de los dias señalados en el artículo 915, se procederá de la manera prevenida en los arts. 901 y siguientes: esto es, hasta el 909, para el caso en que no haya conformidad en la liquidacion procedente de frutos. En la sentencia que se dictare, se aprobará la liquidacion presentada por el acreedor, en todo lo que no hubiese probado el deudor ser inexacto, y fuere conforme á las bases fijadas en la sentencia para hacerla, aun cuando el acreedor no hubiera justificado ser exacta su liquidacion, pues se presume que lo es mientras esté arreglada á las bases de la sentencia y el deudor no probare su inexactitud.*

1849. *En todos los casos en que se apele de sentencias sobre liquidacion de cantidades, cuya importancia no se haya fijado en las ejecutorias, como requiere la primera parte del art. 63, sino que solo se haya establecido respecto de ellas las bases con arreglo á las cuales deba hacerse la liquidacion, segun lo espuesto en la segunda parte de dicho art. 63, esto es, cuando se apele de sentencias sobre liquidacion de cantidades provenientes de fru-*

tos ó de perjuicios á que se refieren los artículos 889, 896, 897 y 910, se observarán los trámites siguientes:

1.º *Remitidos los autos á la Audiencia y recibidos en ella, se entregarán para instruccion por seis dias improrogables á cada una de las partes.*

2.º *Devueltos que sean los autos se pasarán al relator por otros seis dias para que adicione el apuntamiento, si la ejecutoria cuyo cumplimiento se reclama hubiese recaído en segunda sentencia, ó para formarlo de nuevo, si por ejecutoriarse en primera, no se hubiese formado apuntamiento en la segunda.*

3.º *Pasados dichos seis dias se señalará el en que haya de verificarse la vista (pues en esta instancia no hay prueba) sin necesidad de que lo pidan las partes, segun el art. 862.*

4.º *Concluida la vista, se pasarán los autos al ministro ponente por seis dias para que examine el proceso, é informe á la sala si está instruido conforme á derecho, puesto que no se le comunicó para ver el apuntamiento anteriormente, como se verifica en las apelaciones ordinarias.*

5.º *Dentro de los tres dias siguientes se dictará sentencia, que deberá ser fundada conforme al art. 333, y contra la cual no se da recurso alguno, ni aun el de casacion, como pudiera creerse, puesto que en los procedimientos marcados para la ejecucion de las sentencias sobre cantidades ilíquidas, se practican actuaciones y se siguen incidentes que tienen cierta analogía con el juicio ordinario.*

6.º *Los autos se devolverán inmediatamente al juzgado de que procedan con certificacion solo de la sentencia que se haya dictado y de la tasacion de las costas, si hubiere habido condena en ella: art. 919, para que se ejecute la sentencia.*

Pero esta devolucion de autos debe entenderse si lo piden los interesados, asi como la ejecucion de la sentencia, pues pudiera haberse cumplido por parte del vencido estrajudicialmente lo que en ella se le mandaba, y no haber necesidad de causar los gastos necesarios para aquellas diligencias.

De dicha certificacion deberá tomarse razon en la Cancillería de la Audiencia, segun prescribe el art. 887.

1850. *No personándose el apelante, en la superioridad admitida que fuese la apelacion y trascurridos los dias del emplazamiento, se devolverán los autos al juzgado, para que se lleve á efecto la sentencia apelada: artículo 920; esto debe entenderse si insistiere en ello el apelado ó el vencedor, pues no puede procederse de oficio, en este caso menos que en otro alguno, puesto que él apelante con su no comparecencia hace presumir que se arregló amistosamente con el vencido para obtener el cumplimiento de la ejecutoria.*

1851. *La no presentacion del apelado no será obstáculo para la sustanciacion de la segunda instancia: art. 921; debiendo entenderse las actuaciones con los estrados del tribunal en representacion de aquel.*

1852. *Hasta aquí hemos espuesto el procedimiento para ejecutar las sentencias que condenan al pago de una cantidad líquida procedente de*

frutos, mas dicha cantidad podrá resultar tambien de daños y perjuicios, por no haberse podido fijar su importe en la ejecutoria, aunque si establecerse las bases con arreglo á las cuales debe hacerse la liquidacion, segun se espresa en el art. 65. Este caso es, sin embargo, muy semejante al de cantidad ilíquida por frutos, por lo que en el mencionado procedimiento se advierten escasas diferencias, segun vamos á esponer.

1855. Asi pues, si la sentencia condenase al pago de una cantidad ilíquida procedente de perjuicios, el que la haya obtenido presentará relacion de ellos con la solicitud que deduzca para el cumplimiento de la ejecutoria: art. 910. Entre lo dispuesto por el art. 988 y el presente se advierten las diferencias de que por aquel se ha de presentar liquidacion de los frutos por el deudor, por ser quien los ha percibido, y por éste ha de presentar el acreedor la relacion de daños y perjuicios, por ser quien los ha sufrido, y en su consecuencia quien puede fijar su importe mejor que otro alguno.

1854. De la relacion que presente el que obtuvo la sentencia, se dará vista al que haya sido condenado, observándose lo prevenido en los artículos 900 y siguientes, art. 911. Estos artículos son los 901 al 910 inclusive que establecen el procedimiento que se sigue para la ejecucion de la sentencia que condena al pago de la cantidad ilíquida procedente de frutos, en el caso de que el deudor presente la liquidacion, mas no los artículos 915 al 918 inclusive, que son los que determinan el procedimiento para la ejecucion de condena en cantidad ilíquida por frutos, en el caso de no presentar el deudor la liquidacion, ya porque la disposicion del artículo 911 conteniéndose en el artículo 914, al referirse á los artículos anteriores no puede hacerlo al 915 y siguientes que son posteriores, ya porque no puede tener aplicacion el procedimiento de estos artículos respecto del acreedor que no presenta la relacion de los perjuicios, puesto que interesando á él dicha presentacion, y no al acreedor, el cual por el contrario tiene interés porque no se presente para no verse obligado á cumplir la sentencia y llegar en su caso á prescribirse la accion que de ella proviene si aquel no la presenta, quedará paralizado el procedimiento y la ejecucion del fallo, porque el juez no puede proceder en estos casos de oficio.

Pero si tendrá aplicacion á este procedimiento lo dispuesto en los artículos 919 al 921 sobre los trámites que han de seguirse en las apelaciones de sentencias sobre cantidades ilíquidas.

*Ejecucion de sentencia sobre condena de hacer ó no hacer ó de entregar alguna cosa.*

1855. Si la sentencia contuviera condena de hacer, ó de no hacer ó de entregar alguna cosa, esto es, de ejecutar algun acto, obra ó operacion á favor del que obtuvo el fallo ó de entregar al mismo alguna cosa que no consista en cantidad, sea líquida ó no líquida, pues para que estas se hagan efectivas se sigue el procedimiento que acabamos de indicar, se procederá á darle cumplimiento, empleando los medios necesarios al efecto, art. 895. Estos serán:

1.º Si el condenado á hacer ó entregar alguna cosa, no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecucion de la sentencia, dentro del plazo que el juez al efecto le señale, se hará á su costa: art. 896. Esto deberá efectuarse por los medios mas á propósito, mas breves y menos dispendiosos. Asi pues, si la condena versare sobre restitucion de bienes inmuebles ó sobre declaracion de derechos reales el vencido estará obligado á hacer lo que el juez le mandare para poner al vencedor en la posesion ó cuasi posesion de aquellos. Si la condena fuera v. g., á la entrega de un caballo determinado, y no lo efectuare el vencido, mandará el juez que se embargue ó recoja por el alguacil del juzgado para entregarlo al vencedor; poniendo en autos diligencia de ello el escribano; si se condenare á un artesano á hacer un artefacto comun que no requiera el arte ó habilidad especial de su persona, mandará el juez que se ejecute por otro artesano con la inteligencia necesaria para ello, pagando el vencido en el juicio el valor del artefacto, y entregándose este al vencedor. Pero si por ser personalísimo el derecho, por depender de los conocimientos especiales del condenado á hacerlo ó consistir en actos que solo él puede ejecutar, no pudiera verificarse en esta forma, esto es, haciéndolo otra persona á costa de aquel, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios. En este caso, si se hubiere fijado la importancia de estos en la sentencia, para el caso de inexecucion, se procederá á lo que, respecto del cumplimiento de la sentencia en que hay condenacion de cantidad líquida se previene en el art. 892; mas si no se hubiere determinado, se observará lo que se establece en los artículos 910 y siguientes, respecto á la sentencia en que hubiere condena de cantidad ilíquida procedente de perjuicios: art. 896. Tambien se reducirá al resarcimiento de perjuicios la obligacion de entregar una cosa que impuso la condena cuando no pudiese efectuarse por haberse muerto ó perdido.

1856. Si el condenado á no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, esto es, hiciera aquella contra la prohibicion que se le impuso, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios que se indemnizarán al vencedor en los términos señalados en el artículo que antecede, esto es, si se determinó su importancia para este caso, se seguirá el procedimiento sobre condena de cantidad líquida, y si no se determinó, se procederá segun los arts. 910, 914 y 919 al 920. Algunos intérpretes opinan que además deberá destruirse la obra, si es que se pudiese, pero la ley no contiene este estremo, considerando sin duda, á que si queda completamente atendido en su derecho el vencedor con la indemnizacion de perjuicios, no deben destruirse valores que siempre afectan á la riqueza pública.

1857. Conviene advertir aquí, que segun el art. 174 del Código penal reformado, se castiga como reo de sedicion al que impide á cualquiera autoridad el libre ejercicio de sus funciones ó el cumplimiento de las providencias administrativas ó judiciales; asi pues, se le impone la pena de confinamiento menor, si es mero ejecutor de sedicion.

*Ejecucion de sentencias sobre condeuas simultáneas de las referidas.*

1858. Explicado ya el procedimiento que marca la ley para cada una de las diversas condenas que puede contener la sentencia, cuya ejecucion ó cumplimiento se pide por la parte vencedora en el juicio, resta esponer el que deberá seguirse: 1.º Cuando una misma sentencia condena al pago de una cantidad líquida y de otra ilíquida, procedente ya de frutos ya de perjuicios; 2.º cuando condena al pago de una cantidad ilíquida, procedente de frutos y de otra cantidad ilíquida procedente de perjuicios; 3.º cuando condena al pago de una cantidad líquida, y de otra ilíquida procedente de frutos y de otra también ilíquida pero procedentes de perjuicios; 4.º cuando condena á hacer alguna cosa ó entregar un objeto y al pago de cantidad líquida; 5.º cuando condena á hacer ó entregar alguna cosa y al pago de una cantidad ilíquida, ya proceda de frutos ó de perjuicios; 6.º cuando condena á hacer ó entregar alguna cosa y al pago de una cantidad ilíquida proveniente de frutos y de otra que provenga de perjuicios; 7.º si condena á hacer ó entregar alguna cosa y á pagar una cantidad líquida y otra ilíquida conveniente de frutos, ó esta y otra proveniente de perjuicios.

1859. Respecto del primer caso, la ley contiene una disposicion espresa sobre el procedimiento que debe seguirse y que podrá servir de norma para los demás.

Segun el art. 912, si una sentencia contuviere condena al pago de cantidad líquida y de otra ilíquida, podrá procederse á hacer efectiva la primera, sin necesidad de esperar á que se liquide la segunda, lo cual es conforme, como recuerda oportunamente el señor Larrua en sus *Comentarios á la ley de Enjuiciamiento*, con lo que se efectua cuando un documento público comprende deudas por cantidad líquida y cierta y otras por cantidades ilíquidas, pues se procede ejecutivamente por las primeras y en juicio ordinario por las segundas. Asi pues, en el caso propuesto, podrá pedir el acreedor que se proceda al embargo y venta de bienes del deudor por el importe de la cantidad líquida, conforme á los arts. 892 y 895, y al mismo tiempo podrá también pedir, con respecto á la cantidad ilíquida, si esta proviniera de frutos, que se obligue al deudor á presentar su liquidacion, siguiéndose el procedimiento en los arts. 898 al 909 y 815 al 921, segun los casos, ó si proviniera de perjuicios, presentará dicho acreedor la relacion de estos segun el art. 910, siguiéndose el procedimiento que marca el 911 y los 919 al 921. El juez proveerá como se pide, mandando formar pieza separada respecto de la primera para que no se entorpezcan los procedimientos.

1860. Acerca del segundo caso, si la sentencia condena al pago de cantidad ilíquida procedente de frutos y de otra procedente de perjuicios, el acreedor pedirá al juez que obligue al deudor á hacer la liquidacion de los frutos á que se refiere la una cantidad y presentará la relacion de los perjuicios á que se refiere la otra, conforme á los arts. 898 y 910. Cuando obren

dichas liquidacion y relacion en el juzgado, mandará el juez dar vista de la primera al acreedor y de la segunda al deudor, segun los arts. 899 y 911. Si se conforma el acreedor con la liquidacion del deudor, y este con la relacion de aquel, se procederá á hacer efectivas las sumas marcadas por el procedimiento de los arts. 892 y 895 para cantidades líquidas. Si no hubiere conformidad por el acreedor ni el deudor, se les convocará á juicio verbal, procediendo segun los arts. 901 al 909 y 919 al 921. Si hay conformidad respecto de la liquidacion del deudor, mas no en cuanto á la relacion del acreedor ó vice versa, se procederá segun los arts. 892 y 895 respecto de aquella, y segun los 901 y siguientes mencionados, respecto de la en que no estuvieren conformes. Si no se presentare el deudor la liquidacion de la cantidad por frutos, se seguirá el procedimiento de los arts. 913 al 918; sin perjuicio de seguirse también, si el acreedor presentó su relacion de perjuicios, el procedimiento de los arts. 900 al 911 y 919 al 921. En estos dos últimos casos habrá que formar pieza separada.

1861. En el tercer caso, se pedirá por el acreedor el embargo respecto de la cantidad líquida, y que presente el deudor la liquidacion de la proveniente de frutos, y presentará el mismo acreedor la relacion de los perjuicios. El juez mandará proceder al embargo respecto de la cantidad líquida formando pieza separada, y respecto de las cantidades líquidas, procederá segun se ha espuesto en el número anterior.

1862. En el cuarto caso, pedirá el acreedor que el juez mande que el vencido en el juicio verifique ó entregue lo que se le mandó en el fallo, y que se proceda al embargo de bienes del deudor por la cantidad líquida. El juez decretará como se pide, y si el deudor se deniega á verificar el acto ó la entrega de la cosa á que se le condenó, mandará que se haga á su costa, y si fuere el hecho personalísimo y se hubiere fijado en la sentencia la importancia de los perjuicios que ocasione el no efectuarlo, mandará proceder al embargo de bienes del deudor por el importe de los mismos, y si no se hubiere fijado su importancia, mandará que el acreedor presente relacion de ellos, siguiéndose respecto á este particular el procedimiento sobre condena de cantidad líquida por perjuicios y debiendo formarse en este último caso pieza separada por el cobro de la cantidad líquida.

1863. En el quinto caso, pedirá el acreedor que el deudor haga ó entregue lo que se le mandó y presente la liquidacion de frutos si la cantidad líquida proviene de estos, ó presentando el mismo acreedor, si aquella proviniera de perjuicios, la relacion de ellos. El juez lo mandará así, procediendo como en el caso anterior respecto del hecho ó entrega, y conforme á lo dicho sobre el caso primero, formando las piezas separadas correspondientes.

1864. En el sexto caso, la solicitud del acreedor será como la del caso anterior, pero debiendo pedirse la liquidacion de frutos y presentarse la relacion de perjuicios. El juez procederá como en el caso anterior sobre el hecho ó entrega, y conforme á lo dicho para el caso tercero, sobre las cantidades líquidas provenientes de frutos y de perjuicios.

1865. En el sétimo, que es el mas complicado, pedirá el acreedor que el deudor haga ó entregué lo que se le mandó, que se proceda al embargo de sus bienes por la cantidad líquida y presente la liquidacion de frutos de la ilíquida, presentando el acreedor si hubo cantidad ilíquida por perjuicios, la relación de estos. El juez lo mandará así, procediendo respecto del hecho ó entrega de una cosa y al pago de la cantidad líquida, según lo enunciado para el caso cuarto, y en cuanto á las cantidades ilíquidas, según lo espuesto para el caso segundo, formando las piezas separadas correspondientes.

VALERE FLAMM SECCION II.  
VERITATIS  
DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES  
Y JUECES ESTRANJEROS.

1866. Siendo un principio de derecho público, en sentido estricto, que cada nación posee y ejerce libre y esclusivamente la soberanía y la jurisdicción en toda la estension de su territorio, y sin traspasar los límites de sus fronteras, por concluir en ellos la soberanía del legislador, de suerte, que ningun estado puede exigir que se apliquen sus leyes nacionales por las autoridades dependientes de otro Estado, al paso que puede hacer abstracción, ó dejar de observar ó de aplicar las leyes extranjeras, es consiguiente que las sentencias dictadas en una nación, no pueden tener efecto ni ejecutarse en los países extranjeros, por no alcanzar á ellos la autoridad de los magistrados que las dictaron.

1867. Este principio se halla consignado en nuestras antiguas leyes, de las cuales solo citaremos la 8, tit. 1, libro 2 del Fuero Juzgo que dice, que «cuanto es de los pleitos juzgar, defendemos et contradecemos que las non usen» (las leyes extranjeras); «nin queremos que de aquí adelante sean usadas las leyes-romanas ni las estrañas;» y la ley 15, tit. 1, Part. 1, que sujeta á los extranjeros transeuntes, por los contratos que hicieron y por los delitos que cometieren en nuestro país, á las leyes de España, haciendo el legislador abstracción de las leyes extranjeras, en tales casos.

1868. Sin embargo, teniendo los súbditos de un Estado múltiples relaciones de familia, de amistad, de comercio y de industria, con los de otras naciones, é interés aténdible en negocios celebrados y en bienes sitos en el extranjero, se ha comprendido la necesidad ó al menos la utilidad para cada Estado por su propio interés y el de sus súbditos, *ob reciprocam utilitatem*, (fundada tambien en un principio de equitativa correspondencia, *comitas*, que ha tenido por origen, según Gunther, la civilizacion y el cristianismo) de conceder efectos mas ó menos estensos á las leyes extranjeras en sus territorios respectivos, y de reconocer la validez de ciertos actos celebrados en los países extranjeros para que sus súbditos hallaran la misma proteccion

en estos países. Algunas naciones, tales como Austria, Prusia y Baviera, han adoptado el principio de la reciprocidad completa, tratando á los extranjeros de la misma manera que son tratados en el país de estos sus súbditos: otros estados, como Francia é Inglaterra, han considerado ciertos derechos como inherentes á la cualidad de ciudadano; pero en lo general, se ha adoptado como principio la aplicacion de las leyes extranjeras, en cuanto no perjudican al derecho de soberanía, y ó al interés de los propios súbditos. «Ninguna nacion, dice Fœlix en su *Tratado de derecho internacional privado*, renuncia en favor de las instituciones de otra á la aplicacion de los principios fundamentales de su gobierno, ni se deja imponer doctrinas que, según su modo de ver, bajo el punto de vista moral ó político, son incompatibles con su propia seguridad, con su bienestar propio, ó con la observancia de sus deberes ó de la justicia; así es, que ninguna nacion cristiana tolera en su territorio el ejercicio de la poligamia, etc., ni la ejecucion de convenciones ó de disposiciones contrarias á la moral.»

1869. Con el objeto de poner en claro y de fijar las reglas que regulan en general esta importante materia, los escritos de derecho internacional privado, ó derecho de gentes privado (que es el á que aquellas corresponden puesto que, aun cuando en el fondo se trata de aplicar disposiciones del derecho privado, esta aplicacion solo tiene lugar por consecuencia de relaciones de nacion á nacion, y por objeto los conflictos entre el derecho privado de las demás naciones, atendiendo al triple aspecto, bajo el cual es el hombre súbdito de la ley, el aspecto de su persona de sus bienes y de sus actos han distinguido tres clases de leyes ó estatutos á que debe atenderse para saber á cuál se halla ó no sujeto, á saber: el estatuto *personal*, *el real* y el *formal*.

1870. El *estatuto personal* es el que se refiere al estado civil de la persona, á su condicion de natural ó extranjero, de padre ó hijo de familia, de mayor ó menor de casado ó soltero, etc., y todas sus consecuencias y sus efectos. Esta ley ó estatuto sigue al individuo donde quiera que se halle, estando siempre sujeto á lo que sobre estas materias disponen las leyes del país á que pertenece aun cuando se encuentre en el extranjero.

1871. La *ley ó estatuto real* es el que se refiere á los bienes raices (pues los muebles quedan sujetos al estatuto personal por considerarse adheridos á la persona), y tales son las leyes que clasifican los bienes de muebles ó inmuebles las relativas al modo de adquirirlos por accesion, á las servidumbres sobre los mismos, etc. Imponiendo el estatuto real á los bienes raices, una cualidad inseparable de la ley que rige al suelo en que están adheridos, como dice muy bien el señor Laserna, y se deduce de la regla: *locus regit actum*, se sobrepone al estatuto personal y al formal, aplicables en la parte en que no están en contradicción con él, pero solo dentro de la nacion en que radican los inmuebles. Así dispone la ley 15, tit. 14, Part. 5. «Si por ventura se alegase (en un pleito, como prueba), ley ó fuero de otra tierra, que fuere fuera de nuestro señorío, mandamos que en nuestra tierra non haya fuerza de prueba, fueras ende en contiendas que fuesen entre omes de



1865. En el sétimo, que es el mas complicado, pedirá el acreedor que el deudor haga ó entregué lo que se le mandó, que se proceda al embargo de sus bienes por la cantidad líquida y presente la liquidacion de frutos de la ilíquida, presentando el acreedor si hubo cantidad ilíquida por perjuicios, la relación de estos. El juez lo mandará así, procediendo respecto del hecho ó entrega de una cosa y al pago de la cantidad líquida, según lo enunciado para el caso cuarto, y en cuanto á las cantidades ilíquidas, según lo espuesto para el caso segundo, formando las piezas separadas correspondientes.

VALERE FLAMM SECCION II.  
VERITATIS  
DE LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES  
Y JUECES ESTRANJEROS.

1866. Siendo un principio de derecho público, en sentido estricto, que cada nación posee y ejerce libre y esclusivamente la soberanía y la jurisdicción en toda la estension de su territorio, y sin traspasar los límites de sus fronteras, por concluir en ellos la soberanía del legislador, de suerte, que ningun estado puede exigir que se apliquen sus leyes nacionales por las autoridades dependientes de otro Estado, al paso que puede hacer abstracción, ó dejar de observar ó de aplicar las leyes extranjeras, es consiguiente que las sentencias dictadas en una nación, no pueden tener efecto ni ejecutarse en los países extranjeros, por no alcanzar á ellos la autoridad de los magistrados que las dictaron.

1867. Este principio se halla consignado en nuestras antiguas leyes, de las cuales solo citaremos la 8, tit. 1, libro 2 del Fuero Juzgo que dice, que «cuanto es de los pleitos juzgar, defendemos et contradecemos que las non usen» (las leyes extranjeras); «nin queremos que de aquí adelante sean usadas las leyes-romanas ni las estrañas;» y la ley 15, tit. 1, Part. 1, que sujeta á los extranjeros transeuntes, por los contratos que hicieren y por los delitos que cometieren en nuestro país, á las leyes de España, haciendo el legislador abstracción de las leyes extranjeras, en tales casos.

1868. Sin embargo, teniendo los súbditos de un Estado múltiples relaciones de familia, de amistad, de comercio y de industria, con los de otras naciones, é interés aténdible en negocios celebrados y en bienes sitos en el extranjero, se ha comprendido la necesidad ó al menos la utilidad para cada Estado por su propio interés y el de sus súbditos, *ob reciprocam utilitatem*, (fundada tambien en un principio de equitativa correspondencia, *comitas*, que ha tenido por origen, según Gunther, la civilizacion y el cristianismo) de conceder efectos mas ó menos estensos á las leyes extranjeras en sus territorios respectivos, y de reconocer la validez de ciertos actos celebrados en los países extranjeros para que sus súbditos hallaran la misma proteccion

en estos países. Algunas naciones, tales como Austria, Prusia y Baviera, han adoptado el principio de la reciprocidad completa, tratando á los extranjeros de la misma manera que son tratados en el país de estos sus súbditos: otros estados, como Francia é Inglaterra, han considerado ciertos derechos como inherentes á la cualidad de ciudadano; pero en lo general, se ha adoptado como principio la aplicacion de las leyes extranjeras, en cuanto no perjudican al derecho de soberanía, y ó al interés de los propios súbditos. «Ninguna nacion, dice Fœlix en su *Tratado de derecho internacional privado*, renuncia en favor de las instituciones de otra á la aplicacion de los principios fundamentales de su gobierno, ni se deja imponer doctrinas que, según su modo de ver, bajo el punto de vista moral ó político, son incompatibles con su propia seguridad, con su bienestar propio, ó con la observancia de sus deberes ó de la justicia; así es, que ninguna nacion cristiana tolera en su territorio el ejercicio de la poligamia, etc., ni la ejecucion de convenciones ó de disposiciones contrarias á la moral.»

1869. Con el objeto de poner en claro y de fijar las reglas que regulan en general esta importante materia, los escritos de derecho internacional privado, ó derecho de gentes privado (que es el á que aquellas corresponden puesto que, aun cuando en el fondo se trata de aplicar disposiciones del derecho privado, esta aplicacion solo tiene lugar por consecuencia de relaciones de nacion á nacion, y por objeto los conflictos entre el derecho privado de las demás naciones, atendiendo al triple aspecto, bajo el cual es el hombre súbdito de la ley, el aspecto de su persona de sus bienes y de sus actos han distinguido tres clases de leyes ó estatutos á que debe atenderse para saber á cuál se halla ó no sujeto, á saber: el estatuto *personal*, *el real* y el *formal*.

1870. El *estatuto personal* es el que se refiere al estado civil de la persona, á su condicion de natural ó extranjero, de padre ó hijo de familia, de mayor ó menor de casado ó soltero, etc., y todas sus consecuencias y sus efectos. Esta ley ó estatuto sigue al individuo donde quiera que se halle, estando siempre sujeto á lo que sobre estas materias disponen las leyes del país á que pertenece aun cuando se encuentre en el extranjero.

1871. La *ley ó estatuto real* es el que se refiere á los bienes raices (pues los muebles quedan sujetos al estatuto personal por considerarse adheridos á la persona), y tales son las leyes que clasifican los bienes de muebles ó inmuebles las relativas al modo de adquirirlos por accesion, á las servidumbres sobre los mismos, etc. Imponiendo el estatuto real á los bienes raices, una cualidad inseparable de la ley que rige al suelo en que están adheridos, como dice muy bien el señor Laserna, y se deduce de la regla: *locus regit actum*, se sobrepone al estatuto personal y al formal, aplicables en la parte en que no están en contradiccion con él, pero solo dentro de la nacion en que radican los inmuebles. Así dispone la ley 15, tit. 14, Part. 5. «Si por ventura se alegase (en un pleito, como prueba), ley ó fuero de otra tierra, que fuesse fuera de nuestro señorío, mandamos que en nuestra tierra non haya fuerza de prueba, fueras ende en contiendas que fuesen entre omes de

aquella tierra sobre pleito ó postura que oviesen fecho en ella, ó en razon de alguna cosa mueble ó raíz de aquel lugar, ca estonce, maguer estos estraños contendiesen sobre aquellas cosas antel juez de nuestro señorio, bien puede recibir la prueba, ó la ley, ó el fuero de aquella tierra que alegaren antel é de vera por ella averiguar ó delibrar el pleito. Y en el artículo 52 del decreto de 17 de noviembre de 1852, se consigna, que los extranjeros domiciliados ó transeuntes tienen derecho á que por los tribunales españoles se les administre justicia con arreglo á las leyes en las demandas que versan sobre bienes, sitios en territorio español.

1872. *Lay ley ó estatuto formal* es el que se refiere á las formas de que se vale el hombre para consignar sus actos, bien sea estrajudicialmente, por medio de documentos que contienen sus contratos ó transacciones, bien con la intervencion judicial para imprimirles autoridad y fuerza, por los actos judiciales llamados de jurisdiccion voluntaria, bien para determinar los derechos de cada uno, por medio de los procedimientos de justicia ó jurisdiccion contenciosa, y para realizarlos debidamente por medio de la ejecucion de los fallos. Respecto, pues, de las formalidades esternas ó por las que se hacen constar los actos, se rigen en principio general por la ley del lugar en que se celebran, siendo aquí aplicable la regla, *locus regit actum*, aun cuando sean extranjeros regnicolas los que los verifican. Así se halla consignado espresamente en nuestras leyes, determinándose las circunstancias que deben concurrir en los documentos otorgados en otras naciones, para que tengan fuerza en España en el real decreto de 17 de octubre de 1851, en el de 17 de noviembre de 1852 y en los art. 282 y siguientes, de la ley de Enjuiciamiento civil que espusimos en el § II, seccion V, tit. 6, lib. 2 de esta obra, debiendo no olvidarse que, segun el artículo 29 del decreto de 17 de noviembre, los extranjeros domiciliados y transeuntes están sujetos á las leyes de España y á los tribunales españoles por los delitos que cometan en el territorio español y para el cumplimiento de las obligaciones que, contraigan en España ó fuera de ella, siempre que sea á favor de súbditos españoles; segun el art. 52; tienen derecho dichos extranjeros á que se les administre justicia por los tribunales españoles con arreglo á las leyes por las obligaciones contraidas en España ó que deben cumplirse en España; conforme al 28 en los abintestatos de los extranjeros, así como en las sucesiones testamentarias, solo conocerán los tribunales de las reclamaciones que ocurran sobre embargo de bienes de acreedores y cualquiera otra que tenga por objeto el cumplimiento de las obligaciones ó responsabilidades contraidas en España ó á favor de súbditos españoles, y segun el 55, en los negocios entre extranjeros ó contra extranjeros, aunque no procedan de accion real ni de personal, por obligaciones contraidas en España, serán sin embargo, competentes los jueces españoles cuando se trate de evitar un fraude ó adoptar medidas urgentes y provisionales para detener á un deudor que intente ausentarse á fin de eludir el pago ó para proveer interinamente de guardador á un deudor ó otros análogos. Respecto de las solemnidades internas de los ac-

tos, ó que constituyen su esencia, rige la ley personal ó la real, segun que aquellas se refieren á las personas v. gr. á su capacidad para el acto, ó á las cosas, v. gr. si pueden ó no ser objeto de aquel acto.

1875. Respecto de los actos judiciales de la jurisdiccion contenciosa que se refieren á la ejecucion de las sentencias pronunciadas por los tribunales á quienes ha delegado el monarca el ejercicio de su soberanía, hánse encontrado mayores obstáculos y mas graves consideraciones para darles aplicacion fuera de las fronteras á que se estiende la jurisdiccion y el imperio de aquellas autoridades, que los que se han ofrecido respecto de los actos referentes á la vida civil. Hay en efecto una gran diferencia, dice un notable jurisconsulto, entre los contratos ó cualquier acto de la vida civil, aunque se eleven á escritura pública por la intervencion de un notario, y las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, ó cualquier otro acto emanado de la autoridad pública. Esta diferencia se funda en la naturaleza de las cosas y está reconocida por todas las legislaciones de Europa. Ciertamente que en ambos casos corresponde á la soberanía de la Nacion el derecho de determinar qué efectos han de producir en ella los actos de cualquiera especie consumados fuera de su territorio, pero los meramente civiles y de carácter privado, afectan á la soberanía de la Nacion de muy diverso modo que aquellos. El cumplimiento de un contrato solo podrá dar lugar á dificultades mas ó menos graves en la esencia del derecho; pero no es fácil que promueva cuestiones de prerogativa y de dignidad entre los poderes de dos naciones respectivas porque un contrato ó testamento son actos individuales que reciben su fuerza de voluntad de los otorgantes, sin que la asistencia del notario sirva mas que para dar fe de su existencia, mientras que las ejecutorias son actos públicos que reciben su fuerza de la autoridad de quien emanan, y no pueden, en principio, ser ejecutadas sino por orden ó delegacion del tribunal que las pronuncia. Si hay algo verdaderamente esencial en la soberanía de un pueblo, es la facultad de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado; por eso la justicia se administra á nombre del rey y la Constitucion española y las de los demás pueblos monárquicos de Europa declaran que la facultad de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado pertenece al rey, que es la encarnacion viva de la soberanía de la Nacion. La sentencia que recae en juicio es un acto esencialmente político; es una emanacion de la autoridad; es el mismo poder público en ejercicio, es la soberanía en accion. Y claro es que actos de esta índole no pueden ni deben confundirse nunca con otros de naturaleza privada, que como los contratos están sujetos á los principios comunes que rigen y arreglan en toda la Europa las relaciones puramente civiles de los hombres entre sí. El carácter privado de estos últimos, aleja todo peligro de conflicto entre los poderes y permite mayor latitud en la determinacion de las condiciones necesarias para la validez y admission de los documentos en que se consignen, aunque estén otorgados fuera del pais en que se pide su cumplimiento.

Estas ó semejantes consideraciones han sido causa tal vez de que apenas aparezcan en las legislaciones de Europa de los pasados siglos, dispo-

siciones autorizando la ejecucion por los tribunales regnicolas de las sentencias pronunciadas en el extranjero, bien sea en pleitos entre los naturales del pais, en que se trata de llevarse á efecto, ó entre los súbditos de otras naciones. En nuestra legislacion no existe ninguna que establezca reglas claras y circunstanciadas sobre esta importante materia, hasta las del tratado celebrado con Cerdeña en 1851, que mas adelante espondremos; si bien son incompletas para formar regla general, como tenian que serlo, por referirse á un pais determinado, falta que ha tratado de suplir la nueva ley de Enjuiciamiento, en las disposiciones que son objeto de esta seccion.

1874. Sin embargo, por una parte, consideraciones atendibles de equidad y de justicia, no solo relativamente á los graves inconvenientes y perjuicios que experimentaban los que, habiendo obtenido un fallo á costa de graves dispendios y sacrificios en pais extranjero, tenian que seguir un nuevo juicio en todas sus instancias y con todos sus gravámenes é inconvenientes, sino tambien consideraciones de justicia general sumamente atendibles, mucho mas al hallarse ya sancionadas prescripciones análogas en las leyes anteriores, puesto que le daba aplicacion y se juzgaba por las leyes de otro pais, en los pleitos entre súbditos del mismo, segun la ley 15, tít. 14, Part. 5, ya citada; por otra parte, las relaciones de buena amistad entre diversos Estados, miras de conveniencia recíproca, en especial entre los mas relacionados en intereses y comunicaciones, han dado lugar á escepciones á aquel principio, las cuales se han ido introduciendo y consignando por la costumbre en tratados especiales de nacion á nacion y finalmente en disposiciones legislativas, basadas en especial en el principio de reciprocidad.

Y en efecto, la ejecucion de las sentencias dictadas en el extranjero sobre un litigio, ya sea sostenido entre extranjeros ó entre regnicolas ó súbditos del pais en que se solicita que se lleven á efecto, es conforme á los principios generales de la justicia universal. Esta clase de resoluciones no versa sobre actos emanados directamente del poder ejecutivo, en que sea de temer arbitrariedad, falta de imparcialidad ó despotismo. No se hallan en igual línea esta clase de actos y las decisiones pronunciadas por los tribunales de justicia instituidos legalmente. La política, es en verdad, movable y variable como el interés que la dirige, pero la justicia de todos los pueblos civilizados descansa en reglas, por decirlo así, inmutables, que hacen respetar con igual medida las convenciones y contratos, que reprimen el fraude y dan á cada uno lo que le pertenece. En todos los paises se obliga á todo individuo á pagar sus deudas, y aqui solo se trata de condenas civiles, que son las que tienen este objeto, (puesto que las sentencias criminales no son ejecutorias sino en el pais en que se dictaron). De aquí que se considere como de derecho de gentes la máxima: *res judicata pro veritate habetur*. Además, ¿podrá procurarse siempre en el pais de la ejecucion un regnicola las pruebas que adquirió en el pais en que se dictó el fallo contra su deudor? ¿Se interpretará por los tribunales del pais en que se pide la ejecucion del fallo dictado en el extranjero, un contrato celebrado entre extranjeros, su-

bordinado en sus efectos á las leyes y costumbres del lugar en que se celebró, de una manera tan perfecta, como por los jueces del mismo pais en que rige aquella legislacion? Milita tambien respecto del extranjero condenado en su pais la consideracion de que no merece crédito si se queja de la decision de sus jueces naturales, y respecto de los cuales no cabe sospechar que adolezcan de parcialidad. ¿No es asimismo asegurar el triunfo del fraude, ofrecer al deudor de mala fe este medio de librarse de sus compromisos: te han condenado en un pais á lo que debes; pasa las fronteras y llévate el producto de tu espoliacion; si te persiguen en tu nuevo asilo, niega la deuda y haz el pleito interminable; si te vuelven á condenar en él, busca otro refugio; no eres deudor fuera del pais en que te obligaste y se te sentenció al pago: tus derechos y obligaciones pueden cambiar como los paises que recorres?)

1875. Finalmente, todo temor de parcialidad ó negligencia respecto de los tribunales extranjeros que dictaron el fallo, cuya ejecucion se pide en otro Estado, viene á desaparecer con las circunstancias y requisitos internos y externos que se exigen en este respecto de aquellas sentencias, y con la vigilancia que ejercen sobre este punto sus autoridades y tribunales. puesto que generalmente se requiere, que concurren en la ejecutoria extranjera los requisitos necesarios en la nacion en que se dictó para que se considere como auténtica, y los que exigen las leyes del pais en que se solicita su ejecucion para que tenga en él la fe debida.

1876. Y respecto de la falta de potestad y jurisdiccion en que se halla toda autoridad y tribunal de un pais extranjero para ejecutar las sentencias dictadas por jueces de distinta nacion, ha venido á suplirse en cierto modo, celebrándose convenios mútuos en tratados internacionales sobre esta materia, admitiéndose el principio de reciprocidad, y estableciéndose, que la sentencia extranjera no se ejecute en virtud de la sola autoridad del tribunal que la dictó, sino por efecto de la autorizacion ó providencia para su ejecucion que espiden los tribunales del Estado en que esto se solicita, prévia la inspeccion y exámen de si se halla comprendida en los tratados vigentes ó en el principio de reciprocidad, de si no contiene disposicion contraria á la soberania, á los intereses y al derecho público del pais, ó de si concurren en ella los demás requisitos que requieren las leyes para que pueda ejecutarse debidamente; circunstancias todas que vienen á operar una especie de delegacion ó de cangeamiento de la competencia y atribuciones de las autoridades respectivas de ambos estados, respecto de esta importante materia, segun espondremos mas adelante.

1877. Sin embargo, no todos los Estados han creído conveniente barrenar el rigor de los principios sobre la inejecucion de las sentencias dictadas en el extranjero y han desechado las escepciones que acabamos de indicar, ó limitádolas á solo las sentencias sobre pleitos entre regnicolas del pais en que se dictaron, obligando á los súbditos del Estado en que se pide la ejecucion de las que se pronunciaron contra ellos por los tribunales extranjeros, á someterlas al exámen de sus jueces naturales, exámen que á veces suele

venir á ser un nuevo juicio, ó prescribiendo otros requisitos y limitaciones de que nos haremos cargo mas adelante.

1878. Respecto de los *fallos ó laudos* de los *árbitros*, existiendo entre la autoridad de estos y la de los jueces nombrados por el soberano, la diferencia de que la de los jueces emana siempre del poder público del Estado, mientras que la de los *árbitros* puede basarse únicamente en la voluntad de las partes, sin intervencion ninguna de este poder, hay que distinguir entre los fallos que dimanan de arbitraje forzoso y los de arbitraje voluntario.

1879. Cuando el fallo proviene de arbitraje forzoso, esto es, cuando la ley obliga á la parte á someter necesariamente á la decision de *árbitros*, determinados asuntos, como se verifica respecto de las diferencias que se suscitan entre *sócios* de compañías mercantiles, puesto que los artículos 525 y 545 del Código de Comercio requieren que se decida por jueces *árbitros*, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad, é igualmente las reclamaciones que tuvieron que hacer á causa de la division de la sociedad, la decision arbitral es un verdadero acto de jurisdiccion contenciosa, porque el *árbitro* procede como delegado del poder público y no por voluntad directa de las partes, sino en su caso muy indirectamente y del mismo modo que se puede decir que la mision de todo juez instituido por el soberano, viene de las partes, en el sentido, de que por regla general, el juez no ejerce su poder de oficio, sino á instancia de los que acuden ante él, pues aunque cada una de las partes tenga el derecho de elegir su *árbitro* forzoso, no es bastante para convertir este arbitraje en voluntario, puesto que la jurisdiccion es forzosa en principio.

1880. En su consecuencia, la ejecucion en país extranjero de las decisiones arbitrales, que por provenir de arbitraje forzoso constituyen un acto de jurisdiccion contenciosa, se halla sujeta á los principios y leyes que rigen en el mismo estado, respecto de la ejecucion de las sentencias dictadas por los tribunales públicos ó ordinarios de los otros países, porque estas sentencias y los fallos arbitrales, tienen directamente el mismo origen que es el poder público del Estado.

1881. Cuando la decision proviene de arbitraje voluntario, participa de la naturaleza de un contrato, pues cuando nombran dos ó mas partes voluntariamente uno ó muchos *árbitros* para decidir sobre un negocio, la decision de estos no es otra cosa que la emanacion ó consecuencia del convenio de los que los nombraron, los *árbitros* son el órgano comun delegado para terminar el negocio, ó mejor su mandatario comun; así es, que la decision arbitral no tiene de acto judicial mas que la forma; porque en realidad no es otra cosa que la justificacion del convenio habido entre las partes por su órgano comun. Esta decision viene á ser un contrato, una consecuencia del compromiso celebrado por las partes, puesto que de él toma su fuerza y existencia, segun esponen Merlin, Fœlix y otros autores.

1882. Dedúcese de aqui, que la ejecucion de las decisiones de los *árbitros* extranjeros, provenientes de arbitraje voluntarios, se ejecutan en los Estados extranjeros, aun en aquellos, que como la Francia, ni admiten en tesis

general la ejecucion de las sentencias de los tribunales ordinarios de otro país, ni el principio de reciprocidad. Y en efecto, los tribunales franceses, despues de reconocer la cualidad de contrato de una decision arbitral extranjera, pueden disponer su ejecucion, lo mismo que la de un contrato celebrado en el extranjero. La razon de esta diferencia en las decisiones arbitrales extranjeras que participan de la naturaleza de un contrato, y las sentencias de dichos tribunales, consiste, como dice Merlin, en que el legislador distingue en los actos celebrados en el extranjero, los que pertenecen al poder público y los que dependen de la voluntad privada de las partes, y da fuerza á estos últimos, porque esa voluntad no se halla circunscrita por ninguna ley local. Mas en las sentencias, por el contrario, no se toma en cuenta la voluntad de las partes, siendo el único que obra el poder público, y por esto quiere el legislador que las sentencias extranjeras se consideren en Francia como no existentes, y Toulhier añade: «los *árbitros* no ejercen una jurisdiccion territorial, la autoridad ó el poder que tienen, procede solo de las partes, nada tiene de civil, nada de político; solo pertenece al derecho de gentes, y en su consecuencia, su decision debe recibirse por todos los pueblos, y los jueces deben decretar su ejecucion.» Mas en todo caso, la decision de los *árbitros* voluntarios, está sujeta por su naturaleza á las causas de nulidad, rescision, revocacion ó reduccion que se admiten contra los contratos, pudiendo invocarse estas causas por vía de escepcion contra la demanda en que se pida la ejecucion de la sentencia arbitral. Véase el Tratado de M. Fœlix, sobre el derecho internacional privado, lib. 2, tí. 7, capítulo 2.

1883. Acerca de los actos de jurisdiccion voluntaria, las excepciones opuestas al rigor de los principios sobre que el ejercicio de la soberanía y jurisdiccion de un Estado, no puede pasar mas allá de sus fronteras, son tanto mas convenientes y justas, cuanto que estos actos participan hasta cierto punto de la naturaleza de los documentos, ó por lo menos, no se imprime en ellos de una manera decisiva el sello de la autoridad judicial como en los actos de la jurisdiccion contenciosa, y cuanto que son sumamente necesarios y frecuentes en la vida civil. Por esta razon, existe entre las naciones, civilizadas, como dice M. Fœlix en la obra citada, lib. 2, tit. 7, cap. 4, la costumbre general de admitir reciprocamente la autoridad de los actos de jurisdiccion voluntaria. Una necesidad todavia mas imperiosa que la que ha hecho admitir en los diversos Estados la autoridad reciproca de la cosa juzgada en jurisdiccion contenciosa, exige la admision de la de los actos de jurisdiccion voluntaria. En efecto, son estos de aplicacion mas frecuente en las relaciones entre las naciones que los fallos dictados por la jurisdiccion contenciosa. A cada paso serian completamente imposibles los actos de la vida civil que se verifican entre ciudadanos de los diversos Estados, si se rehusara en país extranjero toda autoridad á los actos de jurisdiccion voluntaria, y los regnicolas experimentan repetidas veces perjuicios importantes por no admitirse generalmente la autoridad de los actos concernientes á ellos, verificados en el extranjero. Por esta razon, aun en los Estados que como la

Francia, niegan el cumplimiento á las ejecutorias de los tribunales extranjeros, se la dan generalmente á los actos de jurisdiccion voluntaria de la misma procedencia. Esto es efecto de que en tales actos, el juez se limita á interponer su autoridad, sin hacer uso del poder de decidir los litigios, no pronuncia un fallo decisivo, sino que en general se limita á revestir de autoridad por medio de su intervencion actos iniciados por las partes, ó determina provisionalmente los derechos que por el momento asisten á los que reclaman su autoridad, pero sin imprimirles un sello irrevocable ni impedir las reclamaciones ulteriores que puedan entablarse sobre ellos, como se impide respecto de las providencias dictadas en juicios contenciosos.

«Los actos de la jurisdiccion voluntaria, dice Fœlix, no son atributos de derechos, como lo son las sentencias dictadas en materia contenciosa; aquellos actos no tienen por objeto como estos el fondo del derecho, sino solamente la prueba de ciertos hechos, convenciones, obligaciones ó disposiciones, y pueden considerarse ó como probando públicamente la existencia de ciertos hechos, que segun el derecho vigente en el Estado implican la capacidad ó incapacidad para ejercer un individuo el todo ó parte de los derechos civiles, la adopcion, el nombramiento de tutor, la emancipacion, la dispensa de edad, etc., ó como aprobando la existencia de convenciones, obligaciones ó disposiciones del hombre. En uno y otro caso, la autoridad del juez ú otro funcionario ú oficial público imprime, por decirlo así, á estos actos el sello de la autoridad pública del Estado, y por consiguiente producen los efectos que la ley les atribuye.»

1884. Así, pues, á todo acto de jurisdiccion voluntaria verificado en el extranjero, deberá darse fuerza en el Estado en que así se solicitare atendiendo á los Tratados vigentes sobre los mismos. En España solo existe un tratado con Cerdeña que así lo establezca espresamente, y que esponemos mas adelante. A falta de tratados, deberá atenderse al principio de reciprocidad y á las demás disposiciones de los arts. 924 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento que deben considerarse aplicables á los actos de jurisdiccion voluntaria, por dimanar tambien de la jurisdiccion judicial que es la misma fuente de que emanan los actos de jurisdiccion contenciosa, y segun se viene á consignar espresamente en el art. 7.º del convenio de 1831, entre España y Cerdeña, que esponemos mas adelante.

1885. En todo acto de jurisdiccion voluntaria es necesario para que surta sus efectos en el extranjero, que concurran en él las siguientes circunstancias: 1.º Haber sido hecho ó recibido por un magistrado ú oficial público ú otra persona investida por la ley del país, donde se otorgó, de la competencia ó facultades necesarias para ello; 2.º haberse observado en él las formalidades prescritas por la misma ley local; 3.º ser conforme su contenido al estatuto ó ley á que el acto deba sujetarse. Así lo consigna entre otros publicistas, Fœlix, en su obracitada, doctrina que está conforme con lo prescrito en los arts. 2 y 3 del real decreto de 17 de octubre de 1831, á cuyas circunstancias deberá añadirse la consignada en el art. 1 de dicho decreto, conforme con la tercera del art. 925 de la ley de Enjuiciamiento civil, sobre que el

asunto, materia del acto ó contrato, ó la obligacion, para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícito y permitido por las leyes de España, y así mismo la 4 del citado art. 925, sobre que dicho acto reuna los requisitos que las leyes españolas requieren para que *haga fe* en España.

1885. Nuestras leyes sobre la ejecucion en España de los actos y sentencias extranjeras, y en especial la de Enjuiciamiento civil, han prescrito que tenga efecto, bien se trate de sentencias dictadas en pleitos entre regnicolas, ó entre extranjeros, bien de actos de jurisdiccion voluntaria ó contenciosa, atendiendo primeramente á los tratados; á falta de estos, al principio de reciprocidad, y á falta de unos y otros, á los principios de justicia universal y de conveniencia pública, segun vamos á esponer.

*Ejecucion de las sentencias extranjeras con arreglo á los Tratados.*

1887. Segun el art. 922 de la ley de Enjuiciamiento civil, *las sentencias pronunciadas en países extranjeros, tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos.* Siendo los Tratados convenios en que se avienen mutuamente la naciones á modificar el rigor de los principios sobre la competencia ó potestad exclusiva que les compete de proceder sobre ciertas materias, verificando transacciones ó cesiones reciprocas, y estableciendo para ello reglas directas y determinadas sobre puntos marcados, nada más conforme á equidad y justicia que atender á estos convenios especiales con preferencia á los demás principios generales de reciprocidad ó de equidad, segun aquella regla de que la ley especial deroga á la general.

1888. En España no tenemos mas tratados sobre esta importante materia, que el celebrado con Cerdeña para el cumplimiento de las sentencias ó acuerdos expedidos por los Tribunales de ambos países en materia civil, ordinaria y comercial, firmado en Madrid á 30 de junio de 1831, y circulado para su cumplimiento por real orden de 23 de agosto, que contiene las siguientes disposiciones:

Art. 1.º Las sentencias ó acuerdos en materia civil ordinaria ó comercial expedidos por los juzgados ó tribunales de S. M. Católica y por los de S. M. el rey de Cerdeña, y debidamente legalizados, serán reciprocamente cumplimentados en los de ambos países con sujecion á lo que se dispone en los artículos siguientes.

Art. 2.º El cumplimiento de estas sentencias ó acuerdos se pedirá de un juzgado ó tribunal á otro por medio de un exhorto. Cuando se trate de sentencias definitivas acompañará al exhorto la ejecutoria correspondiente.

Cuando se trate de autos no definitivos, antes de decretar la expedicion del exhorto, el exhortante se asegurará, y luego hará mencion motivada en su providencia, de que han causado estado, si por su naturaleza requirieren esta circunstancia para poder ser ejecutados.

Art. 3.º Para que puedan cumplimentarse por los juzgados ó tribunales competentes de cada país las sentencias ó acuerdos de los del otro, deberán

ser declarados previamente ejecutivos por el tribunal superior en cuya jurisdicción ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento. No se accederá sin embargo, á esta declaracion en los casos siguientes:

- 1.º Cuando la sentencia ó acuerdo adolezca de injusticia notoria.
- 2.º Cuando sea nulo por falta de jurisdicción, auto ó emplazamiento.
- 3.º Cuando sea contrario á las leyes prohibitivas del reino donde se requiera el cumplimiento.

Art. 4.º Las sentencias dictadas por los tribunales de S. M. Católica, tendrán fuerza para hipotecar los bienes situados en los Estados de S. M. el rey de Cerdeña, y reciprocamente, cuando hayan sido declaradas ejecutables de la manera arriba indicada.

Art. 5.º Los testimonios auténticos espedidos en los Estados de S. M. Católica, tendrán fuerza para hipotecar los bienes situados en los Estados de S. M. el rey de Cerdeña, siempre que los bienes hayan sido especialmente designados en el contrato y vice-versa.

Art. 6.º La hipoteca de que se trata en los artículos precedentes (4.º y 5.º) no pesará mas que sobre los bienes que sean susceptibles de ella conforme á las leyes del pais donde estén situados.

El cumplimiento de todas las formalidades prescritas por la ley para que la hipoteca surta su efecto, quedará á cargo del individuo en cuyo favor haya sido adquirida ó acordada.

Art. 7.º Los actos de jurisdicción voluntaria espedidos en los Estados de S. M. Católica, surtirán sus efectos en los Estados de S. M. Sarda y vice-versa, siempre que el tribunal superior en cuya jurisdicción deban cumplimentarse haya declarado que nada se opone á la ejecución de los mismos.

Art. 8.º Queda ajustado por cinco años el presente convenio: trascurridos los cuales sin que una de las altas partes contratantes haya declarado á la otra seis meses antes de espirar dicho término que quiere hacer cesar sus efectos, continuará en vigor durante un año, y así sucesivamente, mientras no sea denunciado en la forma espresada.

*Ejecucion de las sentencias extranjeras con arreglo al principio de reciprocidad.*

1889. Si no hubiere tratados especiales con la nacion en que se hayan pronunciado (las sentencias) tendrán la misma fuerza que en ella se diere por las leyes á las ejecutorias dictadas en España: art. 925 de la ley. Y si la ejecutoria procede de una nacion en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento á las dictadas en los tribunales españoles, no tendrá fuerza en España: art. 924. Por estos artículos se consigna y admite el principio de reciprocidad, no solamente cuando proviene de ley espresa, sino tambien cuando emana de la jurisprudencia, porque esta constituye tambien derecho. Este principio de reciprocidad se hallaba ya admitido, respecto de los contratos y demás actos autorizados en el extranjero, por el real decreto de 17 de octubre de 1851, regla 5.ª, y por el art. 282 de la ley de Enjuiciamiento

que espusimos en su lugar, y respecto de la escepcion de arraigo del juicio, en el art. 258 de la ley que espusimos en el número 608 del libro 2 de esta obra.

1890. Casi todas las naciones lo han admitido tambien en sus leyes y códigos respectivos, si bien con mas ó menos latitud ó modificaciones, segun lo han juzgado conveniente á sus intereses. Así; en unos Estados se admite el principio de reciprocidad, respecto de la ejecución de sentencias dictadas en pleitos, bien entre regnícolas ó entre extranjeros, en otros solo las referentes á estos; en unos se procede á la ejecución en virtud de mero requerimiento del interesado en ella, ó del despacho requisitorio del tribunal que las dictó; en otros no basta esto, sino que se entra en el exámen del fondo del litigio (y entonces se considera que no hay derecho de reciprocidad); y finalmente, en unos se requieren ciertos requisitos en cuanto el fondo y la forma de las sentencias, no todos los cuales se exigen en otros paises segun vamos á esponer.

1891. Admítese en general el principio de reciprocidad para el efecto de ejecutarse las sentencias pronunciadas en el extranjero ó por los tribunales de otro pais, como si se hubieran pronunciado en estos aun contra los naturales del pais en que se pide la ejecución, y sin examinar el fondo del litigio, cuando aquellas reúnen las condiciones siguientes: 1.ª que el tribunal haya sido competente, ya por la naturaleza del litigio, ya por convencion espresa ó tácita existente entre los dos Estados; 2.ª que se haya oído al litigante en el extranjero segun las formas prescriptas por la ley del pais en que se dió la sentencia; 3.ª que la causa haya sido fallada en el fondo segun las mismas leyes; y 4.ª que la sentencia sea definitiva y constituya cosa juzgada.

1892. Han adoptado estas prescripciones en general, el *Austria*, el *reino Lombardo Veneto*, la *Prusia* y *Baviera* no *Rhinianas*, y en *Baviera* no versando la sentencia sobre quiebras; *Wurtemberg*, *Haanoves* el *reino de Sajonia*, el *Gran ducado de Hesse de Weimar*, los *ducados de Sajonia*, el *Electorado de Hesse* de la ribera derecha del *Rhin*, los *grandes ducados de Oldemburgo* *Mecklemburgo*, los *ducados de Brunswick*, de *Nasau* y de *Anhalt*, los *principados de Hohenzohern*, de *Schwartzburgo* y de *Reuss*, los *cantones alemanes de la Suiza*, y el *canton de Vaud*, los *Estados Pontificios*, el *reino de Cerdeña*, el de *Dinamarca* y los *ducados de Holstein* y de *Sthleurgo*.

1895. Sin embargo, en algunos de estos Estados se han adoptado varias prescripciones especiales que deben tenerse presentes y son las que siguen.

En los *Estados Pontificios*, cuando la parte interesada en el fallo presenta un documento auténtico que no se produjo en el tribunal extranjero y que destruye total ó parcialmente la accion, se suspende la ejecución y se comunica aquel al tribunal sentenciador. Notificacion de 11 de marzo de 1820, confirmada por el art. 1148 del Reglamento de 10 de noviembre de 1854.

En *Cerdeña* se atiende tambien á si la sentencia contiene en el fondo

alguna grave ó evidente injusticia. Si el Senado encuentra la sentencia defectuosa, dispone el emplazamiento ante él de la parte que ha sido vencida en el extranjero para que deduzca sus excepciones y medios de defensa.

En *Dinamarca*, la competencia del tribunal sentenciador se regula por la ley danesa y no por la del Estado de aquel.

1894. En *Francia*, háse consignado y prevalecido en la jurisprudencia el rigor del principio de la independencia de los Estados, desechando el principio de reciprocidad y rehusando á las sentencias extranjeras la autoridad de cosa juzgada; de suerte que todas las sentencias dictadas fuera de Francia, bien sea en perjuicio de un francés, bien contra un extranjero, carecen por sí mismas de autoridad en el reino, y la parte emplazada ante un tribunal francés, para el efecto de ejecutarse la sentencia pronunciada por tribunales extranjeros, puede defenderse por todos los medios de derecho sobre la cuestion, objeto de aquel fallo, y atacar este, bien sea en el fondo, bien en la forma, como si no se hubiera dictado, pues no tiene autoridad hasta que el tribunal francés la adopta ó ratifica, por un nuevo fallo que es el que recibe ejecucion. Esta jurisprudencia se ha fundado principalmente en el art. 121 de la ordenanza de 15 de enero de 1629, segun el cual, las ejecutorias y contratos procedentes de soberanías extranjeras, no causaran hipoteca ni ejecucion en Francia... y no obstante dichas ejecutorias, podrán los súbditos franceses, contra quienes se hubieren dado, debatir nuevamente sus derechos por considerarse íntegros ante los jueces del país.

1895. En vano respetables y numerosos jurisconsultos franceses, han tratado de demostrar y distinguir, que si bien, segun la letra y el espíritu de esta disposicion, no procedía la ejecucion de las sentencias extranjeras pronunciadas contra un francés, era admisible segun otras disposiciones, principio de reciprocidad, y debían ejecutarse las sentencias dictadas en el extranjero contra un individuo que no fuera súbdito francés, debiendo en este caso limitarse el tribunal de Francia á examinar si la sentencia extranjera contenía alguna disposicion contraria á la soberanía, ó á los intereses, ó al derecho público de Francia, y no siendo así, á declarar ejecutoria la sentencia por un simple *pareatis* ú ordenanza de ejecucion, sin entrar en el exámen del fondo ó del derecho de las partes que fue objeto del juicio sostenido ante el tribunal extranjero; porque en el último resultado, ha prevalecido contra este sistema, la opinion de otros autores y la jurisprudencia en sentido contrario. Véase los fallos del Tribunal de Casacion de 19 de abril de 1819 y de 1.º de abril de 1859.

1896. Como quiera que sea, no cabe duda, de que respecto de las sentencias pronunciadas en España no se admite su ejecucion en Francia, puesto que existe un fallo dictado en Pau en 15 de diciembre de 1836, en que se consigna clara y terminantemente que las sentencias dictadas en España no son ejecutorias en Francia, sino despues de haberse procedido á revisar el pleito en el fondo.

1897. Consecuencia natural de no admitirse en Francia la ejecutoria de las sentencias extranjeras, parece ser, que tampoco se admite en las naciones

que han adoptado la legislacion francesa. Tales son la *Bélgica*, la *Prusia*, la *Baviera* y la *Hesse Rhiniana*, las *Dos Sicilias*, los *Países Bajos*, el *Gran Ducado de Toscana*, el *canton de Ginebra*, la *Grecia* y la *República de Haití*.

1898. Sin embargo, algunos de estos países no han admitido todas las disposiciones francesas sobre esta materia, ó las han interpretado en el sentido de ser ejecutables dichos fallos. Así en *Bélgica* se interpreta y aplica la legislacion francesa en el sentido que hemos indicado, de ser ejecutables las sentencias extranjeras en pleito entre extranjeros por el tribunal belga, examinando únicamente si esta contiene alguna disposicion contraria á la soberanía, á los intereses ó al derecho público de la nacion belga, y no conteniéndolos, la declara el Tribunal ejecutoria, sin prévia revision del fondo de la cuestion litigiosa. Esta regla admite una excepcion aplicable únicamente á las sentencias dictadas en Francia en perjuicio de un belga. pues la parte vencida puede ventilar nuevamente sus derechos ante los tribunales belgas.

Asimismo, en la *Prusia Rhiniana* que comprende el *Ducado de Berg*, se aplica este sistema mas generalmente, si bien existen fallos judiciales que parecen contradecirlo.

En la *Baviera Rhiniana*, hay una disposicion que declara no ser ejecutorias las sentencias de los tribunales estrajeros en el territorio de aquella administracion; pero no siendo análoga esta disposicion con la del art. 121 de la ordenanza francesa de 15 de enero de 1627, se ha deducido, que los tribunales de Baviera pueden declarar ejecutoria una sentencia extranjera sin entrar en el exámen prévio del fondo de la cuestion, y así se ha decretado por el tribunal de apelacion de Deux Ponts en fallo de 1816.

En cuanto á la *Hesse Rhiniana*, aunque se ha declarado por ordenanza de 21 de junio de 1827, que por regla general, las sentencias extranjeras no tiene fuerza ejecutoria en sus dominios, háse sancionado tambien, que cuando han recaído en pleito entre dos regnicolas, ó entre regnicolas y extranjeros, en los territorios en que no está vigente el art. 14 del Código civil francés, serán declaradas ejecutorias despues de citacion de la parte, sin que el demandado sea admitido á discutir de nuevo sobre el fondo.

En *Toscana*, aunque se ha declarado que las sentencias extranjeras no tienen preparada ejecucion, salvas las reglas contrarias contenidas en las leyes políticas y en los tratados, como no se ha reproducido el precepto del art. 121 de la ordenanza de 1629, se sigue el principio adoptado en *Bélgica*.

En *Grecia*, segun el Código de procedimientos, art. 858, las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros y los actos públicos autorizada por sus funcionarios, no se ejecutan hasta que hayan sido declarados ejecutorios por los tribunales del reino donde se pretende su ejecucion. Segun el artículo 859, en este caso se espedirá la orden de ejecucion: 1.º por el presidente del tribunal de primera instancia del lugar donde ha de verificarse, y sin otro exámen del fondo de la sentencia ó del acto, cuando todas las partes

son extranjeras; 2.º por este mismo tribunal y solo para el exámen previo del contenido, cuando una de las partes es regnicola, segun el art. 860; en este último caso, no se podrá negar la ejecucion, mas que cuando las sentencias se hallen en contradiccion con los hechos probados y sean contrarias, lo mismo que los actos públicos á las leyes prohibitivas del reino. Por último, conforme al art. 861, cuando en el caso del artículo anterior haya sido denegada la ejecucion; 1.º las sentencias extranjeras no tendrán ningun efecto, y deberá conocerse nuevamente del negocio por los tribunales del reino; 2.º los actos públicos extranjeros, cuando hayan sido firmadas por las partes, tendrán la consideracion y fuerza de actos privados en todo aquello que esté conforme con las leyes del reino.

1899. Hay otros países, que aunque no se rigen por la legislación francesa, tampoco admiten el principio de reciprocidad para la ejecución de las sentencias extranjeras. Tales son *Portugal, Rusia, Suecia y Noruega*.

Respecto de *Portugal*, debe tenerse presente, que para que se revise y conforme por los tribunales una sentencia extranjera, es necesario que se presente suplicatorio librado por el tribunal que la dictó, por la parte que solicita la revision, pues de lo contrario, solo se considera la sentencia como un documento de prueba de que puede hacerse uso en un nuevo juicio entablado ante el tribunal portugués. Presentando el suplicatorio, se examina la forma de este, las observadas en el procedimiento que precedió á la sentencia y el fondo de esta.

1900. Finalmente, existen países en los que se ha admitido un tercer sistema, que deja á los tribunales la facultad de ordenar la ejecución de las sentencias pronunciadas en los Estados que no profesan el principio de reciprocidad. Tales son, *Inglaterra, Escocia y los Estados- Unidos*.

En *Inglaterra y Escocia*, no se exige para la ejecución de las sentencias extranjeras, la reciprocidad como condicion indispensable, sino solo que la sentencia emane de un tribunal competente. Sin embargo, los tribunales ingleses no proceden á su ejecución por un simple *exequatur*. El que la obtuvo, debe entablar ante el tribunal inglés competente, una nueva demanda para que se le adjudique lo que fue efecto del fallo extranjero. Esta sentencia se considera por el tribunal inglés como un título que hace prueba completa de la deuda, mientras la parte contraria no la impugne, justificando que se dió el fallo irregularmente, por haberse dictado con injusticia ó fraude, ó sin que la parte vencida tuviese conocimiento del juicio, ó fundándose el tribunal en premisas falsas ó razones insuficientes, ó violando la ley local ó extranjera. A falta de esta justificacion, el tribunal dicta una nueva sentencia condenatoria, ó declara la existencia de aquella, disponiendo las medidas necesarias de ejecución. V. el núm. 1905, al fin.

En los *Estados Unidos de América* se admite tambien la jurisprudencia respecto á la ejecución de los fallos y sentencias dictadas por los tribunales de un Estado extraño á la Union. Puede consultarse, el *Tratado sobre derecho internacional privado* de M. Félix, la disertacion de M. Mittermayer que contiene un análisis comparado de las diversas legislaciones sobre este pun-

to, y el Repertorio de legislación y jurisprudencia de M. Dalloz, art. *Droits civils*, que nos han servido de principal guia en la esposicion de esta materia.

*Ejecucion de sentencias de países extranjeros, con los que no hay tratados, y que ni admiten ni rechazan el principio de reciprocidad.*

1901. Aun cuando, de atenderse al rigor de los principios y al interés inmediato y exclusivo nacional, no deberian ser ejecutorias en España las sentencias de los países extranjeros, con los que no se han celebrado tratados sobre este punto, y que no han consignado en sus leyes ni en su jurisprudencia, que se dé ejecución en sus dominios á nuestras ejecutorias, se ha creído conveniente á la causa pública por la nueva Ley de Enjuiciamiento, declarar ejecutables aquellos fallos, para estimular de esta suerte á que se abra en aquellos países el camino á estas medidas de bien público, que faciliten las relaciones de los súbditos de cada nacion, contribuyendo á estrechar los lazos, amistad y mútua proteccion entre los diversos países, que es una de las aspiraciones mas nobles de la época. Sin embargo, al adoptar esta disposicion, no ha olvidado las limitaciones que reclamaban la prudencia y los principios de equidad y justicia.

1902. Asi, pues, ha dispuesto en su art. 925, que *si no se estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden* (esto es, si no existieren tratados, ó no se hallare admitido el principio de reciprocidad, ó no se negare por ley ó por jurisprudencia la ejecución á nuestros fallos judiciales), *las ejecutorias tendrán fuerza en España, si reúnen las circunstancias siguientes:*

1.º *Que la ejecutoria haya sido dictada á consecuencia de una accion personal*, porque, segun hemos dicho en los núms. 1870 y 1872, quedando la persona que se obligó sujeta al cumplimiento de la obligacion que contrato, donde quiera que se encuentre, y rigiéndose las formas por las que se hacen constar estas obligaciones por las leyes del país en que se celebran, segun la regla, *locus regit actum*, á las cuales se atienen, en su consecuencia los jueces al dictar su fallo, se halla este garantido ó justificado en cierto modo, respecto de su competencia para dictarlo, ó por lo menos, de la justicia y conveniencia de revestirlo de la autoridad necesaria para llevarse á ejecución en el país en que esta se pide. Por el contrario, se prohíbe implícitamente, segun la regla primera que esponemos, la ejecución de la sentencia dictada á consecuencia de una accion real, porque conforme á lo espuesto en el núm. 1871, estando los bienes raíces sujetos á la ley que rige al suelo ó al país á que se hallan adheridos, el juez verdaderamente competente para decidir sobre las acciones reales que afectan á los mismos, es el del lugar ó el del país en que se hallan aquellos situados. Si la accion real afecta solo á cosas muebles, como estas se consideran adheridas á la persona que las posee, y se rigen, segun espusimos en el núm. 1871, por



el estatuto personal, las ejecutorias extranjeras que sobre ellas se dicten se comprenderán en la regla 1.<sup>a</sup> que esplicamos y en su consecuencia deberán ejecutarse en España.

2.<sup>a</sup> *Que la ejecutoria no haya sido dictada en rebeldía*, pues según los principios de derecho de gentes sobre esta materia, la sentencia dictada en el extranjero en rebeldía, se considera como no existente, por los muchos y trascendentales abusos á que de lo contrario se daría lugar, por la facilidad de obtener contra cualquier persona una sentencia de esta clase, demandándole en juicio por una obligación que contrajo en un país, que por la distancia de aquel en que se hallaba el demandado ó por la dificultad de las comunicaciones entre ambos ó por otras circunstancias análogas, no pudiera llegar á su noticia el pleito que se le seguía, ó le fuera difícil ó imposible acudir á defenderse ó hacer valer de alguna otra manera los medios ó excepciones que destruyeran la acción del contrario.

3.<sup>a</sup> *Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido, sea lícita en España*, porque sería contradictorio ejecutarse en España un fallo que versaba sobre lo que en este país se consideraba nulo y sin ningún efecto. No obstaría contra esta regla, que el país en que se dió el fallo se considerase válido, puesto que las leyes extranjeras no rigen en general en España; esto debe entenderse cuando no se trata de disposiciones del extranjero sobre ciertos actos ú obligaciones que se han verificado en dicho país, y á que, según se halla declarado y reconocido por el derecho internacional, quedaron sujetos los que los ejecutaron. Véase lo espuesto en los núms. 1870 al 1872, y el 792 del lib. 2.<sup>o</sup> de esta obra.

4.<sup>a</sup> *Que la ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España*, pues si le falta el primer requisito, ó no consta su eficacia y su fuerza, no es propiamente ejecutoria ni aun en el país en que se dictó, y no puede dársele cumplimiento, y si le falta el segundo requisito, aunque será considerada como ejecutoria en el lugar que se pronunció, no puede ejecutarse en España, porque respecto de este país no consta que lo sea, ó por lo menos carece de la fuerza necesaria para que pueda llevarse á efecto. En los requisitos y sobre la autenticidad de la sentencia en el extranjero, pueden considerarse comprendidos los que hemos espuesto en el núm. 1891, pues sino se observasen, la sentencia sería nula. El art. 182 de la Ley de Enjuiciamiento que esplicamos estensamente en los núms. 788 y siguientes del lib. 2.<sup>o</sup> de esta obra, contiene una disposición análoga respecto de los documentos otorgados en el extranjero para que tengan fuerza en España. Los requisitos á que se refieren estas disposiciones, como necesarios para que tengan fe en España los documentos y sentencias, son principalmente los respectivos á la legalización por las autoridades competentes, la cual viene también á servir de garantía de que concurren en aquellos documentos los requisitos necesarios para la autenticidad de los mismos en el país en que se formalizaron.

El orden que sigue para las legalizaciones es el siguiente. El cónsul

ó agente consular de España legaliza la firma de la autoridad que haya legalizado la del funcionario por quien haya sido librada la ejecutoria, poniendo cada cual su firma y sello. Si el documento ha sido espedido en la capital del reino, el ministro de Negocios Extranjeros pone la última legalización de las autoridades de aquel país, y el embajador ó agente diplomático de España legaliza la firma de aquel: á su vez el ministro de Estado español legaliza la firma de su agente diplomático, y el ministro de Gracia y Justicia remite el exhorto ó el documento al Tribunal Supremo. Este orden y graduación se funda, no solo en las solemnidades que deben revestir á esta clase de documentos para asegurar su autenticidad y eficacia, sino en la necesidad de recorrer la escala gerárquica de las autoridades que tienen el deber de conocer la firma de sus superiores respectivos. Así, pues, de la firma del presidente del Tribunal Supremo, responde el ministro de Gracia y Justicia, su jefe; de la de éste, el ministro de Estado; de la de este, el embajador de la nación en que ha de cumplirse el fallo, de la de este, el ministro de Estado de quien depende, que á su vez, remite la ejecutoria al ministro de Gracia y Justicia, y éste al tribunal que ha de decretar su ejecución, porque como dice muy bien la real orden de 21 de enero de 1835, la remisión del exhorto (ó documento) por conducto del ministerio correspondiente garantiza su verdad y legitimidad, y es la legalización tácita, en virtud de la cual el ministro de Estado da curso á esta clase de documentos. V. lo dicho en el núm. 797 del lib. 2.<sup>o</sup> de esta obra.

Este requisito de la legalización se halla consignado también en el artículo 1.<sup>o</sup> del tratado entre Cerdeña y España, acerca de las sentencias respectivas de estas naciones.

*Modo de proceder para determinar sobre si han de ejecutarse ó no las sentencias extranjeras.*

1905. Ningun país extranjero, á pesar de consignar en su legislación las excepciones que llevamos espuestas ú otras análogas al principio de que las sentencias no pueden ejecutarse en un país extranjero, ha consentido que los fallos extranjeros se ejecuten en su territorio en virtud de la sola autoridad del juez que los dictó, porque esto sería ya facultar á un poder extranjero para ejercer directamente actos de jurisdicción en un estado que no depende de él, y en su consecuencia infringir abiertamente el principio de la independencia de las naciones. «En todas partes, dice M. Félix en su *Tratado de derecho internacional privado*, reserva el Estado á sus propios jueces la potestad de ordenar esta ejecución, y puede considerarse como un principio de derecho internacional privado, que ninguna sentencia extranjera se puede ejecutar sin la autorización de los jueces del lugar de la ejecución: las legislaciones difieren solamente en la cuestión de si el juez del lugar de la ejecución dará su autorización (*exequatur*) en virtud de simple súplica ó comision rogatoria, ó si no prestara la autorización sin examinar de nuevo el fondo de la controversia jurídica, dictando una nueva sentencia, si no le pareciere conforme á justicia la del tribunal extranjero. No

reconocen, pues, los Estados que lleven preparada la ejecución las sentencias extranjeras. En su consecuencia, se sujetan á la ley del lugar en que se verifica la ejecución de la sentencia, la forma del escrito ó solicitud en que esta se pide, las formalidades que deben acompañar á la misma, los diferentes medios que pueden emplearse para resolverla y aun los efectos que debe producir el fallo, en lo que no concierne á su interpretación y resultados inmediatos. Por tanto esta ley es la que decide las cuestiones que se suscitan sobre si la ejecución de la sentencia se decreta á simple instancia de la parte que la obtuvo, ó si el tribunal del lugar de la ejecución exige que se le presente un suplicatorio librado por el que dictó la sentencia.»

190a. Así se halla también espresamente consignado por el art. 926 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual *la ejecución de las sentencias pronunciadas en naciones extranjeras se pedirá ante el tribunal supremo de Justicia*. Sin embargo ni en esta disposición ni en las que la siguen sobre esta materia se requiere espresamente que siempre se presente al tribunal que ha de resolver sobre la ejecución un exhorto ó suplicatorio expedido por el tribunal extranjero que dictó la sentencia, y en que se pida ó se disponga dicha ejecución, por lo que parece que deberá estarse á lo que dispongan los tratados ó á lo que establezca el principio de reciprocidad sobre este punto, esto es, á si se exige ó no en la nación de que se trata, y á falta de estos principios y tratados, no deberá exigirse dicho exhorto ó suplicatorio, puesto que además de no ser de esperar, que se espidan estos documentos por tribunales de naciones que no tienen jurisprudencia establecida sobre la ejecución de las sentencias extranjeras, el artículo 925 de la ley de Enjuiciamiento que es el que se refiere á este caso, solo exige en las ejecutorias extranjeras los requisitos necesarios para su autenticidad en la nación en que se dictó, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España, y además el espíritu del mismo es favorecer la ejecución de aquellas sentencias, según ya espusimos en el núm. 1901, siempre que conste su autenticidad y su fe, para las que no son necesarios los exhortos ni suplicatorios.

1905. Sin embargo, un notable jurisconsulto, el señor Alonso Martínez, es un razonado artículo inserto en la Revista de la legislación titulada, «*La Escuela del Derecho*», considera necesario en todo caso el exhorto ó suplicatorio del tribunal extranjero que dictó el fallo, para que pueda procederse á su ejecución en el país en que esta se solicita.

»Entre nosotros, se dice en el referido artículo, hay dos resoluciones soberanas distintas, una para los actos que emanan de los jueces extranjeros ó que se rozan con ellos, y otra para los contratos y demás actos de igual índole que se celebran fuera del reino. Los primeros se rigen por el real decreto de 17 de noviembre de 1852, y los segundos por el de 17 de octubre de 1851, (que espusimos en el núm. 790 del lib. 2.º de esta obra). El art. 54 del 1.º dice, que los exhortos de los jueces extranjeros serán cumplimentados en todo aquello que pueda y debe ejecutarse en el reino, con arreglo á las leyes, cuando vengan por el ministerio de Estado, con las

formalidades y requisitos de costumbre.» De este artículo se deduce claramente que las sentencias extranjeras han de venir para que puedan ejecutarse en el reino con arreglo á las leyes, precisamente por el ministerio de Estado, con las formalidades y requisitos de costumbre, por medio del exhorto expedido por los jueces que las dictaron, pues siendo toda sentencia una emanación de la autoridad soberana, su ejecución solo puede decretarse por el tribunal que la dictó, y en su consecuencia, cuando hay que ejecutarla en otro país, hay que proceder según previene el decreto de 17 de noviembre de 1852 y la real orden de 25 de noviembre del mismo. Las consideraciones sobre el respeto que se debe á la independencia jurisdiccional de las naciones, exigen también que no pueda ejecutarse en un Estado una sentencia dada en otro sino á instancia del tribunal que la dictó: pues así no se incurre en el contrasentido de que se ejecute un fallo sin la intervención ni el consentimiento del tribunal que lo dió, y tal vez contra la voluntad del soberano del país, que en algun caso, por altas consideraciones de Estado, podría oponerse á que sus súbditos se sometieran á la jurisdicción de otro determinado soberano y á que este revisase sus propios actos y desairada tal vez su autoridad, y de todos modos así, lejos de romperse, se fomenta y conserva la armonía entre los dos poderes soberanos; porque el conflicto nace de que la sentencia y su ejecución son dos actos de soberanía, dos emanaciones de la autoridad pública, y cuando estos dos actos que en rigor forman uno solo, se separan de manera que se dé la sentencia en una nación y haya de llevarse á efecto en otra, se encuentran uno enfrente de otro dos poderes soberanos. Este conflicto no se resuelve, pues, sino con dos condiciones: 1.ª que se conserve la armonía y la buena inteligencia entre estos dos poderes, para lo cual es preciso, que el que haya dado la sentencia invite al otro á ejecutarla, y que este no la ejecute sin que reciba la invitación del poder de quien emana el fallo; 2.ª que el poder que cumple la sentencia dictada por un tribunal extranjero no permita que sea atacada su independencia ni abdique ninguna atribución esencial de su soberanía, para lo cual es preciso que sus propios jueces otorguen la autorización ó *exequatur* para su ejecución.

»Por nuestro derecho, es evidente que ninguna sentencia pronunciada en España puede ejecutarse dentro ni fuera del territorio español, sin orden del tribunal que ha conocido del negocio. Cuando haya de ejecutarse en el extranjero se espide un exhorto, que según los términos del art. 54 del decreto de 17 de noviembre de 1852, se dirige precisamente á los tribunales ó jueces extranjeros que deben ejecutarlo por conducto del ministro de Estado, teniendo además los tribunales españoles, según la real orden de 25 de noviembre del mismo año, que insertar en dichos exhortos una cláusula ofreciendo reciprocidad para el cumplimiento en España de iguales cartas depreatorias. Así, pues, no debe darse cumplimiento en España sin este requisito á ninguna sentencia extranjera, pues sería humillante é impropio de nuestra dignidad obligar á nuestros tribunales á dirigirse á los extranjeros, rogándoles que cumplan sus sentencias y no exigir de estos el mismo

ruego. Pero además el art. 54 exige espresamente que se remita el exhorto del tribunal que sentenció como que empieza por determinar los requisitos de que han de estar revestidos los exhortos de los jueces extranjeros para darles cumplimiento en todo aquello que con arreglo á las leyes pueda y deba ejecutarse en el reino.»

1906. Mas, en nuestro concepto, las razones alegadas en el citado artículo sobre la necesidad, en todo caso de que se espida exhorto por el tribunal extranjero que dictó la sentencia para que esta pueda ejecutarse por los tribunales de España, pierden su fuerza, considerando, que las disposiciones legales en que se fundan, se refieren en general á los casos en que por las leyes está mandada la expedición de exhortos para el extranjero, especialmente por las leyes anteriores á la de Enjuiciamiento civil, y para los casos de citaciones ó de cumplimiento de diligencias judiciales que sean necesarias para la recta administración de justicia, ó para mantener el respeto á los derechos de los particulares. Deben también en su consecuencia considerarse como refiriéndose á la ejecución de las sentencias extranjeras de que habla la ley de Enjuiciamiento pero solo en los casos en que el requisito del exhorto se requiera por los tratados, como se verifica en el de 1851 entre España y Cerdeña, ó bien por los tribunales extranjeros para dar cumplimiento á nuestras ejecutorias; y estos serán los casos á que, según nuestro parecer, se refiere el art. 54 citado, en que deba, en su consecuencia, exigirse por nuestros tribunales el requisito de exhorto de los jueces extranjeros sentenciadores, en virtud del principio de reciprocidad, y por reclamarlo nuestra dignidad y decoro, puesto que á nosotros también se nos exige; pero no cuando se pida en España la ejecución de sentencias dictadas en países en que no se exige dicho suplicatorio ó exhorto para llevar á efecto los fallos de nuestros tribunales, sino que basta para ello la presentación por el interesado de la sentencia que aparezca auténtica en su forma en la nación en que se hubiese dictado, y con los requisitos necesarios para que haga fe en España, según se determina en el art. 925, ó cuando se dieron dichas sentencias en naciones que nada han resuelto sobre la ejecución de los fallos extranjeros, pues deberá estarse á lo prescrito por la Ley de Enjuiciamiento civil, que es en la que se ha tratado últimamente de un modo espreso y terminante esta materia, y en su consecuencia, no será necesario el requisito del exhorto, puesto que no lo requiere en sus disposiciones, antes se deduce lo contrario del espíritu de las mismas.

Réstanos advertir, respecto de los exhortos que, por circular de 5 de diciembre de 1862, se ha dispuesto, que los exhortos dirigidos á las autoridades de países extranjeros, á escepcion de Portugal, se remitan á la fiscalía del Tribunal Supremo de Justicia, para que por esta se les de el curso correspondiente. Los documentos de dicha clase que procedan ó se dirijan á Portugal, seguirán enviándose como los de la Península, conforme á los tratados vigentes: disposición 5.ª de dicha circular.

1907. La Ley de Enjuiciamiento civil designa como tribunal competente para declarar si deberá ó no procederse á la ejecución de la senten-

cias extranjeras, el Supremo de Justicia, y no como se previene para el caso especial de las sentencias dictadas por los tribunales sardos, por el convenio entre España y Cerdeña de 1851, «el tribunal superior en cuya jurisdicción ó territorio haya de tener lugar el cumplimiento.» Esto se funda, como dice muy bien el señor Laserna, en sus *Motivos de la Ley*, en que no puede, sin graves inconvenientes, confiarse á los juzgados de primera instancia, ni aun á las audiencias, la declaración de si debe ó no darse cumplimiento á las sentencias pronunciadas en países extranjeros. Pocas veces habrá en las provincias, dice este escritor, todos los medios, todos los libros indispensables para decidir con acierto: la diferencia y multiplicidad de idiomas aumentarán las dificultades; será necesario á las veces acudir á los archivos del Estado para obtener datos que solo se encuentran en ellos, y entrar en investigaciones prolijas que presentarán obstáculos, invencibles tal vez á los tribunales inferiores y á los juzgados, si no ha de paralizarse la administración de justicia ó dilatarse al menos la decisión solicitada. A estas consideraciones se agrega otra de la mayor importancia. En cuestiones que se rozan con la independencia del país, en que no se trata de la aplicación de reglas de derecho civil, sino de tratados y de puntos de derecho internacional, no deben estimarse las garantías del acierto, antes por el contrario, es conveniente aumentarlas, al propio tiempo que se procure enaltecer la autoridad moral de las decisiones. Ambos objetos se consiguen confiando al Tribunal Supremo la declaración mencionada. Así también la jurisprudencia que nazca será desde luego uniforme y evitará las complicaciones á que pudieran dar lugar las encontradas decisiones de los tribunales superiores ó de los juzgados.

Este tribunal es el competente para entender sobre dicha declaración, con derogación de todo fuero, pues aquí no se trata de resolver sobre el fondo de la cuestión que motivó la sentencia, sino si esta no se opone á la soberanía del país, y se halla ajustada á las reglas eternas necesarias para que pueda llevarse á efecto.

1908. Respecto al modo como deberá proceder el Tribunal Supremo para esta declaración, luego que la parte interesada le haya presentado su solicitud en la forma que todo escrito que se dirige á los tribunales superiores, y acompañando la ejecutoria con las legalizaciones referidas, previene el art. 926 de la Ley en su segunda parte, que dicho tribunal, *previa la traducción hecha con arreglo á derecho*, esto es, auténtica y legalmente, en la oficina oficial de interpretación de lenguas, y según prescriben las reales órdenes de 30 de junio de 1837 y de 24 de setiembre de 1841, respecto de los documentos extranjeros (V. los núms. 798 y siguientes del libro 2.º de esta obra), *después de oír á la parte contra que se dirija la ejecutoria, para que pueda oponerse á la ejecución, y al fiscal declara el Tribunal Supremo si debe ó no darse cumplimiento á la ejecutoria extranjera.* Declarará por la afirmativa cuando de esta audiencia, del informe del fiscal ó del exámen que el mismo tribunal hiciera de aquella resultare que se halla arreglada á los tratados, si la ejecutoria fuere de nación con quien los

hubiera; si no se opone al principio de reciprocidad: si no hay jurisprudencia en aquel país extranjero, que haya consignado que no se dé cumplimiento á las sentencias dictadas en los tribunales españoles, ó si no hallándose en ninguno de estos casos, concurrieren en ella las circunstancias enumeradas en el art. 925, y que ya hemos explicado, y especialmente que la sentencia no contuviere disposicion alguna contraria á la soberanía, á los intereses ó al derecho público del país en que deba tener lugar la ejecucion. Consecuente á estas reglas que son de derecho universal, siente M. Félix, «que en ningun Estado de Europa se ejecuta una sentencia que, violando las leyes de competencia de los tribunales vigentes en el mismo Estado, separa á un regnícola de la jurisdiccion de su soberano, ni la que consagrara la poligamia ó alguna convencion reprobada por la moral, ni la que declarase válido el contrato en que un individuo se obligara á introducir mercancías en el mismo Estado, defraudando las leyes de aduanas, ó á pagar el precio de los billetes de una lotería extranjera prohibida en el Estado, ó á suministrar durante la guerra artículos de armamento á los enemigos de la nacion. Pero no debe olvidarse asimismo, que el Tribunal, al decretar la ejecucion, no desempeña mas que una mision puramente formal, la misma que se ejerce respecto de los fallos dictados por un tribunal del mismo Estado, limitándose sus funciones al exámen que llevamos espuesto, pero de ningun modo á examinar la justicia intrínseca de la sentencia.

Declara el tribunal no proceder la ejecucion, ó por la negativa, en el caso contrario de no sujetarse á las disposiciones de los arts. 922 al 926 de la Ley, ó de contener disposiciones contrarias á la soberanía ó á los intereses ó al derecho público del país.

1909. *Para la comparencia de la parte á quien deba oirse, segun el artículo anterior, se librárá real provision sometida á la Audiencia, en cuyo territorio esté domiciliada. El término de la comparencia será el de treinta dias. Pasado dicho término, el tribunal proseguirá en el conocimiento, aunque no haya comparecido el citado, sin necesidad de declararle en rebeldía: art. 927.*

*De la providencia que pronuncie el Tribunal Supremo no habrá ulterior recurso: art. 928.*

1910. *Denegándose el cumplimiento se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado; art. 929; quedando en su consecuencia, sin efecto, como tal ejecutoria, aunque podrá tenerlo como documento en que se consignasen judicialmente hechos que pueden perjudicar al contrario, si el que la obtuvo le demanda nuevamente á juicio sobre la cuestion que dió lugar á aquella sentencia. Otorgándose, se comunicará esta providencia por real provision á la Audiencia para que esta dé la órden correspondiente al juez de primera instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia, ó del en que deba ejecutarse, á fin de que tenga efecto lo mandado en ella, para lo cual se procederá, como respecto de las sentencias dictadas por tribunales y jueces españoles, conforme á lo prescrito en la leccion primera del tit. 18 de la Ley de Enjuiciamiento.*

## LIBRO CUARTO.

De la jurisdiccion voluntaria (1).

### TITULO PRELIMINAR.

DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN GENERAL.

1. Entiéndese por *jurisdiccion voluntaria*, la que ejerce el juez en actos ó en asuntos que, ó por su naturaleza ó por el estado en que se hallan, no admiten contradiccion de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita á dar fuerza y valor legal á aquellos actos, por medio de su intervencion ó de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios.

2. Por la anterior definicion se comprenderá fácilmente las varias diferencias que existen entre la jurisdiccion voluntaria y la contenciosa.

3. Una de las mas radicales y de mayor importancia, consiste en que la jurisdiccion contenciosa tiene por objeto el exámen y la decision de asuntos litigiosos, de contestaciones entre personas que acuden á juicio contra su voluntad, por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, ó teniendo que sujetarse á la sentencia que dicte el juez, segun lo espuesto y probado por ellas, y por eso se dice que esta jurisdiccion se ejerce *inter nolentes*, mientras que la jurisdiccion voluntaria se ejerce en negocios que no admiten contestacion, entre personas que están de acuerdo sobre el acto que se ejecuta, y por eso se dice que esta jurisdic-

(1) La mucha estension que tiene ya esta obra, nos impulsa á proceder en lo relativo á este libro y á los formularios, mas brevemente que en los libros anteriores. En su consecuencia y para suplir desde luego lo que omitimos concerniente á las instituciones de derecho civil, á que se refieren las disposiciones contenidas en esta parte de la Ley que trata de la jurisdiccion voluntaria, nos referimos á las leyes y obras escritas sobre aquella materia, y en especial al Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, á que sirve la presente como de complemento.

hubiera; si no se opone al principio de reciprocidad: si no hay jurisprudencia en aquel país extranjero, que haya consignado que no se dé cumplimiento á las sentencias dictadas en los tribunales españoles, ó si no hallándose en ninguno de estos casos, concurrieren en ella las circunstancias enumeradas en el art. 925, y que ya hemos explicado, y especialmente que la sentencia no contuviere disposicion alguna contraria á la soberanía, á los intereses ó al derecho público del país en que deba tener lugar la ejecucion. Consecuente á estas reglas que son de derecho universal, siente M. Félix, «que en ningun Estado de Europa se ejecuta una sentencia que, violando las leyes de competencia de los tribunales vigentes en el mismo Estado, separa á un regnícola de la jurisdiccion de su soberano, ni la que consagrara la poligamia ó alguna convencion reprobada por la moral, ni la que declarase válido el contrato en que un individuo se obligara á introducir mercancías en el mismo Estado, defraudando las leyes de aduanas, ó á pagar el precio de los billetes de una lotería extranjera prohibida en el Estado, ó á suministrar durante la guerra artículos de armamento á los enemigos de la nacion. Pero no debe olvidarse asimismo, que el Tribunal, al decretar la ejecucion, no desempeña mas que una mision puramente formal, la misma que se ejerce respecto de los fallos dictados por un tribunal del mismo Estado, limitándose sus funciones al exámen que llevamos espuesto, pero de ningun modo á examinar la justicia intrínseca de la sentencia.

Declara el tribunal no proceder la ejecucion, ó por la negativa, en el caso contrario de no sujetarse á las disposiciones de los arts. 922 al 926 de la Ley, ó de contener disposiciones contrarias á la soberanía ó á los intereses ó al derecho público del país.

1909. *Para la comparencia de la parte á quien deba oirse, segun el artículo anterior, se librárá real provision sometida á la Audiencia, en cuyo territorio esté domiciliada. El término de la comparencia será el de treinta dias. Pasado dicho término, el tribunal proseguirá en el conocimiento, aunque no haya comparecido el citado, sin necesidad de declararle en rebeldía: art. 927.*

*De la providencia que pronuncie el Tribunal Supremo no habrá ulterior recurso: art. 928.*

1910. *Denegándose el cumplimiento se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado; art. 929; quedando en su consecuencia, sin efecto, como tal ejecutoria, aunque podrá tenerlo como documento en que se consignasen judicialmente hechos que pueden perjudicar al contrario, si el que la obtuvo le demanda nuevamente á juicio sobre la cuestion que dió lugar á aquella sentencia. Otorgándose, se comunicará esta providencia por real provision á la Audiencia para que esta dé la órden correspondiente al juez de primera instancia del partido en que esté domiciliado el condenado en la sentencia, ó del en que deba ejecutarse, á fin de que tenga efecto lo mandado en ella, para lo cual se procederá, como respecto de las sentencias dictadas por tribunales y jueces españoles, conforme á lo prescrito en la leccion primera del tit. 18 de la Ley de Enjuiciamiento.*

## LIBRO CUARTO.

De la jurisdiccion voluntaria (1).

### TITULO PRELIMINAR.

DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA EN GENERAL.

1. Entiéndese por *jurisdiccion voluntaria*, la que ejerce el juez en actos ó en asuntos que, ó por su naturaleza ó por el estado en que se hallan, no admiten contradiccion de parte, emanando su parte intrínseca de los mismos interesados, que acuden ante la autoridad judicial, la cual se limita á dar fuerza y valor legal á aquellos actos, por medio de su intervencion ó de sus providencias, procediendo sin las formalidades esenciales de los juicios.

2. Por la anterior definicion se comprenderá fácilmente las varias diferencias que existen entre la jurisdiccion voluntaria y la contenciosa.

3. Una de las mas radicales y de mayor importancia, consiste en que la jurisdiccion contenciosa tiene por objeto el exámen y la decision de asuntos litigiosos, de contestaciones entre personas que acuden á juicio contra su voluntad, por no hallarse de acuerdo sobre sus pretensiones respectivas, ó teniendo que sujetarse á la sentencia que dicte el juez, segun lo espuesto y probado por ellas, y por eso se dice que esta jurisdiccion se ejerce *inter nolentes*, mientras que la jurisdiccion voluntaria se ejerce en negocios que no admiten contestacion, entre personas que están de acuerdo sobre el acto que se ejecuta, y por eso se dice que esta jurisdic-

(1) La mucha estension que tiene ya esta obra, nos impulsa á proceder en lo relativo á este libro y á los formularios, mas brevemente que en los libros anteriores. En su consecuencia y para suplir desde luego lo que omitimos concerniente á las instituciones de derecho civil, á que se refieren las disposiciones contenidas en esta parte de la Ley que trata de la jurisdiccion voluntaria, nos referimos á las leyes y obras escritas sobre aquella materia, y en especial al Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, á que sirve la presente como de complemento.

cion se ejerce *inter volentes*, y en los que la persona encargada del ejercicio de esta jurisdicción no tiene mas que confirmar ó dar fuerza y legalidad al acto por medio de su intervencion y autoridad. Véase lo que esponemos al explicar el art. 1209 de la Ley.

Debe advertirse, sin embargo, que no basta que el juez intervenga en un acto sobre el que las partes están de acuerdo, para que deba considerarse como de jurisdicción voluntaria. Una sentencia, dice Merlin, dictada entre dos partes en materia sujeta á litigio, y sobre la que sus intereses y sus voluntades se encuentran incidentalmente en armonía, no deja de pertenecer á la jurisdicción contenciosa, porque esta existe necesariamente allí donde se puede mandar á una de las partes lo que de ella exige la otra.

Por el contrario, respecto de la jurisdicción voluntaria, desde que aparece contradicción de parte en uno de estos actos, se convierte en contencioso el espediente. *Voluntaria jurisdiction*, dicen Argenteo y Voet, *transit in contentiosam interventu justí adversarií*. Véase lo dicho en los artículos 13 y 14 de libro 1.º de esta obra, y lo que decimos al explicar el art. 1209.

4. Es también un carácter esencial de la diferencia que existe entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, que respecto de la primera, los actos de la jurisdicción son obra del mismo juez, mientras que en la voluntaria, la parte intrínseca de sus actos emana de los interesados en ellos que han acudido al juez, no haciendo este otra cosa que imprimir la autenticidad al consentimiento dado por las partes. La sentencia dictada en materia contenciosa, no tiene existencia sino porque se la da el juez, pues si bien las partes le esponen los hechos y los fundamentos de derecho que les asisten, así como las pruebas en que apoyan sus pretensiones, nada de esto determina ni regula las relaciones, ni los derechos de los litigantes, sino la sentencia que dicta el juez. Mas al contrario, en los actos de jurisdicción voluntaria, tales por ejemplo, como la adopción, nombramiento de tutor por la familia, apertura del testamento, etc., el acto intrínsecamente considerado, existe por el consentimiento de las partes antes de la intervencion del juez, el cual no hace otra cosa que dar autenticidad á lo que existía ya anteriormente.

5. Aunque en los actos de jurisdicción voluntaria no procede el juez según las solemnidades de los juicios, ó según el conocimiento que resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales ó recogidas por las vías legales á que se da el nombre de conocimiento legítimo, en la mayor parte de dichos actos, si se exceptúa la apertura de testamento, procede por conocimiento de causa, esto es, de los medios propios para ilustrar la conciencia del juez, á cuyo conocimiento se llama *informativo*. La necesidad de proceder sin ó con este conocimiento, ha dado ocasión á que distingan los autores la jurisdicción voluntaria en el primer caso, en simple ó mera, y en el segundo en calificada ó mista.

6. La Ley de Enjuiciamiento, declara en su artículo 1207, que se consideran actos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesaria

ó se solicite la intervencion del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestion alguna entre partes conocidas y determinadas. Esta calificación aparece en nuestro concepto algun tanto vaga é incompleta, por no marcar la naturaleza de estos actos y la intervencion que tienen en su parte intrínseca los interesados ni los límites de la autoridad judicial. Por no conocer acaso debidamente dicha naturaleza é intervencion de las partes en ellos, algunos comentadores han tachado á la ley de inconsecuente en no comprender en los actos de la jurisdicción voluntaria las diligencias preventivas de un juicio de *abintestato* ó de testamentaria; la declaración de un concurso de acreedores y el interdicto de adquirir, pues si bien no hay aun promovida, respecto de estos actos, cuestion alguna entre partes, no creemos que deban considerarse como propios de la jurisdicción voluntaria, atendiendo á que su parte intrínseca no emana de los interesados, carácter esencial que distingue á los actos de la jurisdicción voluntaria, respecto de los contenciosos, según lo dicho en el número 4, y asimismo, respecto de las diligencias preventivas, en que pueden considerarse como formando parte del juicio contencioso á que preceden y sirven de preparacion.

Mas atendible juzgamos la censura de haber comprendido la ley en los actos de jurisdicción voluntaria, lo relativo á los alimentos provisionales, puesto que si bien en ellos no admite discusión alguna, se aplica un derecho, y se dicta un fallo que se lleva á efecto por embargo y venta de bienes, razón por la cual sin duda, se han considerado por nuestros tratadistas estas diligencias ó espediente como contencioso, si bien constituyendo un juicio sumarisimo.

7. Por lo demás, la nueva Ley ha reunido y regulado específicamente la mayor parte de los diferentes actos de jurisdicción voluntaria, dando la coordinacion, el enlace y el complemento conveniente á las distintas disposiciones que aparecian en nuestros Códigos diseminadas é incompletas. Sin embargo, ha omitido comprender en sus diversos títulos algunos actos de jurisdicción voluntaria, consignados en nuestras leyes anteriores si bien ha tratado de suplir esta omisión prescribiendo las reglas generales á que deben acomodarse.

## TITULO PRIMERO. ®

### Disposiciones generales sobre los actos de jurisdicción voluntaria.

8. Existiendo, según acabamos de indicar, actos de jurisdicción voluntaria que no menciona espresamente la Ley, y á que no dedica un título especial, respecto de la tramitacion que acerca de ellos debe seguirse, y otros sobre que especifica la ley en títulos separados dicha tramitacion, principia

cion se ejerce *inter volentes*, y en los que la persona encargada del ejercicio de esta jurisdicción no tiene mas que confirmar ó dar fuerza y legalidad al acto por medio de su intervencion y autoridad. Véase lo que esponemos al explicar el art. 1209 de la Ley.

Debe advertirse, sin embargo, que no basta que el juez intervenga en un acto sobre el que las partes están de acuerdo, para que deba considerarse como de jurisdicción voluntaria. Una sentencia, dice Merlin, dictada entre dos partes en materia sujeta á litigio, y sobre la que sus intereses y sus voluntades se encuentran incidentalmente en armonía, no deja de pertenecer á la jurisdicción contenciosa, porque esta existe necesariamente allí donde se puede mandar á una de las partes lo que de ella exige la otra.

Por el contrario, respecto de la jurisdicción voluntaria, desde que aparece contradicción de parte en uno de estos actos, se convierte en contencioso el espediente. *Voluntaria jurisdiction*, dicen Argenteo y Voet, *transit in contentiosam interventu justí adversarií*. Véase lo dicho en los artículos 13 y 14 de libro 1.º de esta obra, y lo que decimos al explicar el art. 1209.

4. Es también un carácter esencial de la diferencia que existe entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, que respecto de la primera, los actos de la jurisdicción son obra del mismo juez, mientras que en la voluntaria, la parte intrínseca de sus actos emana de los interesados en ellos que han acudido al juez, no haciendo este otra cosa que imprimir la autenticidad al consentimiento dado por las partes. La sentencia dictada en materia contenciosa, no tiene existencia sino porque se la da el juez, pues si bien las partes le esponen los hechos y los fundamentos de derecho que les asisten, así como las pruebas en que apoyan sus pretensiones, nada de esto determina ni regula las relaciones, ni los derechos de los litigantes, sino la sentencia que dicta el juez. Mas al contrario, en los actos de jurisdicción voluntaria, tales por ejemplo, como la adopción, nombramiento de tutor por la familia, apertura del testamento, etc., el acto intrínsecamente considerado, existe por el consentimiento de las partes antes de la intervencion del juez, el cual no hace otra cosa que dar autenticidad á lo que existía ya anteriormente.

5. Aunque en los actos de jurisdicción voluntaria no procede el juez según las solemnidades de los juicios, ó según el conocimiento que resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales ó recogidas por las vías legales á que se da el nombre de conocimiento legítimo, en la mayor parte de dichos actos, si se exceptúa la apertura de testamento, procede por conocimiento de causa, esto es, de los medios propios para ilustrar la conciencia del juez, á cuyo conocimiento se llama *informativo*. La necesidad de proceder sin ó con este conocimiento, ha dado ocasión á que distingan los autores la jurisdicción voluntaria en el primer caso, en simple ó mera, y en el segundo en calificada ó mista.

6. La Ley de Enjuiciamiento, declara en su artículo 1207, que se consideran actos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesaria

ó se solicite la intervencion del juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestion alguna entre partes conocidas y determinadas. Esta calificación aparece en nuestro concepto algun tanto vaga é incompleta, por no marcar la naturaleza de estos actos y la intervencion que tienen en su parte intrínseca los interesados ni los límites de la autoridad judicial. Por no conocer acaso debidamente dicha naturaleza é intervencion de las partes en ellos, algunos comentadores han tachado á la ley de inconsecuente en no comprender en los actos de la jurisdicción voluntaria las diligencias preventivas de un juicio de *abintestato* ó de testamentaria; la declaración de un concurso de acreedores y el interdicto de adquirir, pues si bien no hay aun promovida, respecto de estos actos, cuestion alguna entre partes, no creemos que deban considerarse como propios de la jurisdicción voluntaria, atendiendo á que su parte intrínseca no emana de los interesados, carácter esencial que distingue á los actos de la jurisdicción voluntaria, respecto de los contenciosos, según lo dicho en el número 4, y asimismo, respecto de las diligencias preventivas, en que pueden considerarse como formando parte del juicio contencioso á que preceden y sirven de preparacion.

Mas atendible juzgamos la censura de haber comprendido la ley en los actos de jurisdicción voluntaria, lo relativo á los alimentos provisionales, puesto que si bien en ellos no admite discusión alguna, se aplica un derecho, y se dicta un fallo que se lleva á efecto por embargo y venta de bienes, razón por la cual sin duda, se han considerado por nuestros tratadistas estas diligencias ó espediente como contencioso, si bien constituyendo un juicio sumarisimo.

7. Por lo demás, la nueva Ley ha reunido y regulado específicamente la mayor parte de los diferentes actos de jurisdicción voluntaria, dando la coordinacion, el enlace y el complemento conveniente á las distintas disposiciones que aparecian en nuestros Códigos diseminadas é incompletas. Sin embargo, ha omitido comprender en sus diversos títulos algunos actos de jurisdicción voluntaria, consignados en nuestras leyes anteriores si bien ha tratado de suplir esta omisión prescribiendo las reglas generales á que deben acomodarse.

## TITULO PRIMERO. ®

### Disposiciones generales sobre los actos de jurisdicción voluntaria.

8. Existiendo, según acabamos de indicar, actos de jurisdicción voluntaria que no menciona expresamente la Ley, y á que no dedica un título especial, respecto de la tramitación que acerca de ellos debe seguirse, y otros sobre que especifica la ley en títulos separados dicha tramitación, principia

esponiendo las reglas generales que deben seguirse, respecto de los primeros, y concluye determinando las reglas que son aplicables á los segundos, de las enumeradas anteriormente, ó lo que es lo mismo, espresando las que no les son aplicables por ser especiales solamente á los no enumerados en la Ley.

9. Asi, pues, previene en su artículo 1208, que los actos de jurisdiccion voluntaria, de que no hace especial mencion esta Ley, se acomodarán á las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> Todas las actuaciones relativas á ellos, se practicarán en los juzgados de primera instancia y ante escribano, consignándose en el papel sellado correspondiente. Esta regla ha derogado las disposiciones anteriores que concedian á los alcaldes la facultad de conocer en las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que llegaban á hacerse contenciosos ó mientras no era necesario el conocimiento del derecho. La ley se ha fundado para esto en la conveniencia de ofrecer mayores garantías para la determinacion ó autorizacion de estos actos, en que se trata mas bien de derechos que de hechos, los jueces de primera instancia que los alcaldes. Véase no obstante lo espuesto en el número 209 del libro 1.<sup>o</sup> de esta obra. Esta competencia para conocer de los actos de jurisdiccion voluntaria en materia civil, corresponde á los juzgados ordinarios, aun cuando se trate de actos referentes ó aforados de jurisdicciones especiales, é igualmente la ejecucion de las providencias dictadas en los mismos, segun se ha declarado por varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en cuestiones de competencia. Véase las de 12 de enero y 6 de mayo de 1861, número 20 y 125 de la coleccion legislativa de España de dicho año. Mas cuando por promoverse cuestiones en estos expedientes dejaran de pertenecer á la jurisdiccion voluntaria, haciéndose propios de la contenciosa, ó cuando por no ser las reclamaciones sobre que versaren de naturaleza urgente, hubieran de sustanciarse en juicio ordinario, son de la competencia de la jurisdiccion ó fuero á que perteneciera el demandado, tanto el conocimiento de dichos expedientes como la ejecucion de las providencias á que dieron ocasion: sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1861. Véase tambien la sentencia de 3 de junio de 1863, inserta en la Gaceta de 7 de Junio, que presenta un caso complicado é importante sobre esta materia. Véase lo que esponemos mas adelante al explicar la regla 9.<sup>a</sup> Requiere tambien la ley el ministerio del escribano público para que dé fe del acto, lo conserve en sus registros y autorice las copias que fueren necesarias.

2.<sup>a</sup> Son hábiles para dichas actuaciones todos los dias y horas sin escepcion. Esta prescripcion que se halla conforme con lo dispuesto por derecho romano y por nuestra legislacion antigua, se funda en la conveniencia de que no se dilate la determinacion de estos actos, por los perjuicios, á veces irreparables, que de lo contrario podrian irrogarse á los particulares que recurren á la proteccion judicial. No será, pues, necesario en ellos la habilitacion á que se refiere el art. 11 de la Ley.

3.<sup>a</sup> Si en algun caso procediese la audiencia de alguien, se prestará

á otorgar por el juez, poniendo de manifiesto el expediente en la escribania para que se instruya el que haya de evacuarla. Se hace la manifestacion del expediente, en lugar de su entrega, por evitar dilaciones y abusos.

4.<sup>a</sup> En los casos en que la audiencia proceda, podrá oirse tambien en la forma prevenida en la regla anterior al que haya promovido el expediente, pues no ha de ser de peor condicion la persona que recurrió primeramente al juez, dando con esto lugar á presumir la buena fe y el derecho que le asisten, que la que acude posteriormente, tal vez con la sola mira de entorpecer la resolucion del negocio.

5.<sup>a</sup> Se oirá precisamente al promotor fiscal: 1.<sup>o</sup> Cuando la solicitud promovida afecte á los intereses públicos, v. g. los que tienen relacion inmediata con los bienes del Estado, como defensor y representante de los mismos; 2.<sup>o</sup> Cuando se refiera á persona ó cosa, cuya proteccion y defensa completa á las autoridades constituidas, como por ejemplo, siempre que se trate de menores de edad, de incapacitados, de asuntos de beneficencia ó establecimientos públicos.

6.<sup>a</sup> Se admitirán cualesquier documentos que se presentaren é igualmente las justificaciones que se ofreciesen, sin necesidad de citacion contraria, ni de alguna otra solemnidad, de las que exigen cuando se trata de asuntos contenciosos ó que requiere el rigorismo de su naturaleza litigiosa. Asi, podrá principiarse el acto practicando las informaciones de testigos y demás diligencias de prueba que se creyeren conducentes para la instrucion del juez, á pesar de la prohibicion y limitaciones que imponen los artículos 222 y 223 con relacion al juicio ordinario. Igualmente para la admission de documentos no será necesario como requiere el art. 281, relativo á dicho juicio, que se cotejen con sus originales, ni que vengan en virtud de mandamiento compulsorio, con citacion contraria, ni que se adicione el testimonio con lo que el colitigante señalare. Pero si deberán practicarse las formalidades que se refieran á la validez y fuerza de dichos documentos ó justificaciones, pues de lo contrario podria redargüirse de falso un documento, si adolecia de este vicio ó atacarse de ineficaz una informacion de testigos si se practicó sin recibirles el juramento debido. En virtud de esta disposicion, se ha consignado espresamente por sentencia de 30 de octubre de 1856 del Tribunal Supremo, que no es necesaria la citacion para las justificaciones que se suministren por el que pida alimentos provisionales, y por identidad de razon tampoco el emplazamiento, fundándose en que en tal caso seria imposible dicho acto de jurisdiccion voluntaria, puesto que vendria á resultar un juicio contencioso, ó lo que es lo mismo, una cuestion entre partes conocidas y determinadas, contraria á la naturaleza de tales actos. Asimismo, por sentencia de 10 de noviembre de 1862, se ha declarado no ser necesarias para el nombramiento de curador ejemplar y para los demás actos de jurisdiccion voluntaria en general, ó sobre los que la ley no contenga disposicion en contrario, las formalidades de emplazamiento, citacion para sentencia ó para diligencia de prueba, y el recibimiento á prueba, declarando que estas omisiones no daban lugar al recurso de casacion.



7.ª Si á la solicitud promovida se hiciere oposicion por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el espediente y sujetará á los trámites establecidos para el juicio que corresponda, segun la naturaleza del acto de que se trata ó la cuestion que se promueva, comparciendo en él los interesados con las formalidades que requiere la ley para los actos de jurisdiccion contenciosa, pues como dice el art. 1373, desde el momento en que se promuevan dichas cuestiones, termina la jurisdiccion voluntaria del juez. En su consecuencia, suspenderá este las diligencias sobre el acto de jurisdiccion voluntaria. (Véase lo que decimos sobre esta regla al explicar el artículo 1209.)

8.ª Si la oposicion se hiciere por quien no tenga personalidad para ello, podrá el juez, desestimándola, dictar providencia sobre la solicitud que se hubiere instruido al promover el espediente, pues no considerándose como parte en ningun acto ó espediente al que no legitima su persona, no debe suspenderse la prosecucion del espediente hasta su término.

9.ª El juez podrá variar ó modificar las providencias que dictare sin sujecion estricta á los términos y formas establecidas respecto á las que deban su origen á la jurisdiccion contenciosa. Esto se funda en que en estos actos se busca solo, como dice el señor Laserna en sus *Motivos*, el acierto, y no la solemne ritualidad de las formas, convenientes sin duda en las cuestiones entre partes, pero que en los actos de jurisdiccion voluntaria por demasiado rigurosas degenerarian en poco equitativas.

Así, pues, se podrán variar ó modificar no solamente las providencias sobre la marcha ó instruccion del espediente, admitiendo medios probatorios que se habian desechado antes, ó practicando diligencias que se habian juzgado inconducentes, ó vice-versa, sino tambien las providencias que determinan, autorizan ó resuelven el acto, aun despues de dictadas ó pronunciadas, y asimismo aclarar algun concepto oscuro ó suplir alguna omision sobre el punto de que se trata, á pesar de la prohibicion que impone relativamente á las providencias dictadas en materia contenciosa el artículo 77 de la Ley, por lo menos mientras no se hubieren notificado á las partes. Estas podrán tambien, á pesar de haberse dictado la providencia que determina el acto de que se trata, pedir que se modifique, ó bien que se proceda á otro acto diferente y aun contrario al ya autorizado, si tuvieren nuevas razones ó datos que alegar, puesto, que las providencias sobre actos de jurisdiccion voluntaria no tienen el carácter de irrevocabilidad ó invariabilidad, que las sobre actos de jurisdiccion contenciosa, como que la parte intrínseca de aquellos actos emana de los interesados en ellos, ó que acudieron al juez. Fundado en esta regla 9.ª espuesta, ha decidido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 26 de febrero de 1859, no haber lugar á un recurso de casacion interpuesto de un fallo en que se admitió una apelacion de providencia que habia designado alimentos provisionales al recurrente, cuya apelacion se interpuso despues de haber transcurrido ochó meses de pronunciada aquella, por varios hijos del alimentante que no se habian presentado en el espediente de alimentos, y á quienes en

su consecuencia, no se habia notificado aquella providencia, y los cuales se fundaron para interponer la apelacion en los graves perjuicios que les irrogaba dicho fallo; en que en cuestiones de jurisdiccion voluntaria no habia verdaderas ejecutorias, y en que la mencionada providencia no lo era para ellos, por no haberseles hecho saber; y por su parte, el que interpuso el recurso se fundaba en la falta de competencia ó jurisdiccion por parte de la audiencia para conocer ni enmendar una providencia que por ministerio de la ley estaba ejecutoriada y consentida; asi consta del espediente original que hemos tenido á la vista.

El Tribunal Supremo de Justicia fundó su decision en los siguientes considerandos: 1.º Que segun la ley 4.ª tít. 23, Part. 3.ª, puede apelar cualquiera aunque no haya litigado, con tal que la sentencia le cause perjuicio: 2.º Que conforme á esta doctrina, los apelantes, hijos del alimentante, fueron partes legítimas para apelar de la sentencia en que se otorgaron los alimentos provisionales á su hermano, porque entendieron que la providencia les irrogaba daño en sus derechos paternos: 3.º Que en el hecho de empezar á correr los términos judiciales desde el dia siguiente al en que se hubiere practicado la notificacion de la providencia, segun el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es consiguiente que el trascurso del de la apelacion no puede imputarse á los apelantes, porque la sentencia en que se otorgaron los alimentos no les fue notificada: 4.º Que al pronunciar la audiencia la sentencia revocatoria de la de primera instancia, no revocó un fallo ejecutoriado y consentido por ministerio de la ley, como se habia pretendido en el recurso, porque las providencias que deben su origen á la jurisdiccion voluntaria, como era la de que se trataba sobre alimentos provisionales, son variables y modificables, sin sujecion estricta á los términos establecidos respecto á las que lo deben á la jurisdiccion contenciosa, segun la regla 9.ª del art. 1208, estensiva á los casos de que habla el siguiente (esto es, á los actos de jurisdiccion voluntaria sobre alimentos provisionales), lo cual excluye la idea de que queden firmes en los juzgados de primera instancia. Véase lo que esponemos al explicar la regla siguiente:

Esta sentencia debe entenderse como refiriéndose á los que experimentaron perjuicio por la providencia y no se les notificó esta ó no fueron oidos en el espediente, para el efecto de poder apelar de ella aun pasado el término que la ley señala para interponer la apelacion, sin haberlo efectuado; pues respecto de los que comparecieron en el espediente y fueron oidos, y no apelaron de la providencia que les perjudicaba en el término legal, debe entenderse que aquella constituye cosa juzgada. Asi se ha consignado por el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de enero de 1863, segun la cual, la providencia en que el juez nombró curador *ad litem*, si fue consentida por una persona que despues trató de oponerse á dicho nombramiento, se halla aquella persona legalmente incapacitada para reclamar contra un nombramiento que habia ya pasado en autoridad de cosa juzgada. Véase la importante glosa 1.ª de Gregorio Lopez, á la ley 4.ª tít. 23, Part. 3.ª citada, en que sienta, que las personas á quienes se refiere esta ley, y son

las que no fueron oídas en el juicio y á quienes perjudicaba la providencia que sobre el recayó, podrán apelar de esta aun cuando hubiere pasado en autoridad de cosa juzgada, aprovechando esta apelacion al vencido, pero debiendo dichas personas apelar en el término legal, contado desde que supieron la providencia que les perjudicaba. Esta doctrina corrobora lo consignado en la sentencia de 26 de febrero citada, y es aplicable al caso que contiene en todas sus partes.

Las providencias sobre actos de jurisdiccion voluntaria tienen tambien fuerza, cuando terminaron el espediente de conformidad con los interesados y sin oposicion de ningun género, para el efecto de impedir que pueda promoverse competencia por inhibitoria por otra jurisdiccion ó juzgado que se creyere competente para conocer del asunto que las motivó, por hallarse ya definitivamente terminado el negocio. Asi se ha consignado por el Tribunal Supremo en sentencias de 17 de febrero de 1859 y de 3 de junio de 1863. Mas no deberán considerarse como tales providencias para dicho efecto, las que versaren sobre diligencias mas bien gubernativas que judiciales, ni obstará para que conozca la jurisdiccion ordinaria de un espediente de jurisdiccion voluntaria el haber conocido del mismo un tribunal de fuero especial, llegando aun hasta dictar la providencia que lo terminaba, si la parte á quien perjudicaba alegó en el acto de notificársele, la incompetencia del juzgado y la nulidad de lo actuado en el de un fuero especial, proponiendo la inhibitoria en el juzgado ordinario. Sentencia de 3 de junio de 1863, inserta en la *Gaceta* de 7 de junio, que recayó sobre un caso de alimentos provisionales.

10. *De las providencias que se dictaren se admitirán para ante la audiencia del territorio las apelaciones que se interpongan;* con esta nueva resolucion ó autorizacion del acto de jurisdiccion voluntaria se da una garantia contra la arbitrariedad ó negligencia en que pudieran á veces incurrir los jueces que entienden primeramente de él, y las cuales podrian ocasionar graves perjuicios á las partes. La apelacion no quita á dichos actos su carácter de jurisdiccion voluntaria, no obstante lo prescrito en la regla 13. El término para apelar será el de cinco dias, contados desde el siguiente al de la notificacion. Aunque la ley no designa el término para apelar en estos casos, debe entenderse que lo hay en general, no obstante la decision del Tribunal Supremo de Justicia de 26 de febrero de 1859, que debe considerarse como refiriéndose solo al caso especial de que no se haya notificado la providencia resolutoria al apelante por no haber intervenido en el espediente. Asi se deduce del considerando 5.º de dicha sentencia, que se refiere al dia desde el en que ha de principiarse á contarse el término de la apelacion, y si no existiera este, no era necesario referirse á aquel. Pudiera creerse que dicho término debiera ser el del art. 65, designado para las sentencias interlocutorias, á que parece equiparar la ley á las presentes en la regla 14; pero no obstante esto, las providencias que resuelven los actos de que tratamos se consideran como definitivas, puesto que ponen término al acto, por lo que deberá regir para apelar de ellas el término del art. 67, esto es,

el de cinco dias, que rige para las definitivas de los actos contenciosos, y asi lo ha consignado la práctica y lo fue en la providencia de primera instancia que motivó la decision citada de 26 de febrero citada.

11. *Las apelaciones se admitirán siempre libremente y en ambos efectos al que hubiese promovido el espediente,* porque de no ejecutarse lo que el juez determina, no se perjudica derecho alguno.

12. *Las que interpusieren los que hayan venido al mismo espediente, ó llamados por el juez ó para oponerse á la solicitud que haya dado motivo á su formacion, serán admitidas en un solo efecto,* porque no habiendo estos promovido el espediente, es de temer que se propongan dilatar la ejecucion de una providencia que por lo comun es urgente.

13. *La sustanciacion de todas las apelaciones se acomodará á los trámites establecidos para las que se interpongan y admitan de sentencias interlocutorias,* esto es, á los espuestos en los núms. 1401 al 1406, y 1581 y siguientes del lib. 3.º de esta obra. Se marcan estos trámites y no los relativos á las sentencias definitivas de la jurisdiccion contenciosa, no obstante el carácter resolutorio de las providencias de jurisdiccion voluntaria que determinan ó autorizan esta clase de actos, atendiendo á lo mucho que interesa que estos se terminen brevemente.

14. *contra las sentencias que dictaren las Audiencias se da el recurso de casacion.* La importancia que tienen á veces los actos de jurisdiccion voluntaria y los cuantiosos intereses sobre que pueden recaer las providencias que en ellos se dicten, podrian dar ocasion á que se irrogaran graves perjuicios á las partes, si no ejerciera sobre aquellas su elevada inspeccion el Tribunal Supremo de Justicia, y no consignará la jurisprudencia uniforme que debe regir para la aplicacion de las leyes y doctrinas que á dichos actos se refieren. Hay, pues, lugar al recurso de casacion, como dice espresamente el señor Gomez de la Serna en sus *Motivos de la Ley* para anular las providencias de los Tribunales Superiores (esto es, de las Audiencias que recaen sobre las apelaciones que se interpusieron de las providencias de primera instancia) cuando quebrantaren las leyes ó las doctrinas que forman nuestro derecho consuetudinario no solo cuando recaen sobre el fondo del asunto, sino tambien cuando se ha quebrantado alguna forma esencial del procedimiento, segun se consigna en el artículo 1013 de la Ley; y este es el sentido que tiene el primer considerando de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1862 que dice, que la regla 14 del art. 1208 admite sin restriccion el recurso de casacion contra las sentencias que dictan las Audiencias sobre actos de jurisdiccion voluntaria. Por lo demás, el recurso de casacion respecto de estas providencias, tiene las mismas restricciones y se rige por los mismos precepto que impone la ley para la casacion de las sentencias sobre actos de jurisdiccion contenciosa, en cuanto permite se apliquen á los de la voluntaria la naturaleza y tramitacion especial de estos actos.

Así, pues, con arreglo al art. 1011 de la ley que previene, que se entienda sentencia definitiva para los efectos de que haya lugar contra ella el

recurso de casacion, la que, aun cuando haya recaido sobre un articulo, ponga término al juicio ó haga imposible su continuacion, se ha decidido: «1.º Que la providencia por la que al decretar el depósito de una mujer casada con posterioridad á la demanda de divorcio y sin la intervencion del marido y en la que se manda que éste entregue varios efectos bajo inventario á la persona en cuya casa se depositó á la mujer, no pone término al juicio ni hace imposible la reclamacion del derecho que puede asistir al marido para la devolucion de los efectos que le correspondieran, y en su consecuencia no há lugar al recurso de casacion sobre la misma; sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1858. 2.º Que tampoco pone término al juicio ni hace imposible su continuacion, por lo que no há lugar el recurso de casacion contra ella, la providencia que solo decide provisional é interinamente sobre el depósito de una mujer casada para seguir demanda de divorcio contra el marido: sentencia de 24 de octubre de 1861; ni la que desestima la solicitud que en un incidente sobre nombramiento de curador *ad litem* de un menor, deduce un pariente del mismo para que se le entreguen los autos, á fin de formalizar la pretension que en derecho proceda: sentencia de 11 de junio de 1860.

Con arreglo al art. 1014 de la Ley, sobre que en los pleitos posesorios, en los ejecutivos y en todos los demás, despues de los cuales pueda seguirse otro juicio sobre lo mismo que haya sido objeto de ellos no se dé recurso de casacion fundado en ser las sentencias contrarias á la ley ó doctrina legal, mas si cuando se fundaren en el quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, se ha consignado por el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de enero de 1859, despues de copiar en el primer considerando dicho artículo 1014, que la providencia que recae sobre un juicio sumarísimo, sobre reclamacion de alimentos provisionales no impide la prosecucion de otro juicio sobre lo mismo, pudiendo aquel contra quien se dió la providencia instar nuevamente su demanda, arrojándose en ella á lo prevenido en la Ley; porque como se dice en sentencia de 16 de octubre de 1860 sobre el mismo asunto, queda á las partes reservado su derecho para ejercitarlo en juicio ordinario. Véase tambien las de 30 de setiembre de 1859 y 16 de octubre de 1860.

Hemos dicho que no todas las disposiciones sobre la casacion de las sentencias de jurisdiccion contenciosa son aplicables á las de la voluntaria. Asi, por ejemplo, no son aplicables á estas las del art. 1013, sobre quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, designadas con los números 1.º, 3.º y 4.º, esto es, la falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias de los que debieran haber sido citados para el juicio, la falta de citacion para sentencia, y la falta de recibimiento ó prueba en las mismas, cuando proceda con arreglo á derecho, porque estas diligencias no se requieren en la tramitacion de los expedientes de jurisdiccion voluntaria por oponerse á ello la naturaleza de estos actos, pues de lo contrario degenerarian en juicios contenciosos, segun se consignó en Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1856, declarándose no haber lugar á la ca-

sacion de una providencia que recayó sobre un expediente de alimentos provisionales á favor de unos menores, fundándose el recurso en la infraccion de dichas reglas, y asimismo en la falta de personalidad del promotor fiscal. Asi se consignó tambien en sentencia de 10 de noviembre de 1862, desechando un recurso de casacion apoyado en la infraccion de las reglas 1.ª, 3.ª y 4.ª citadas, fundándose el Tribunal en que «no se hacia verdadera designacion de faltas cometidas en la tramitacion de un expediente de jurisdiccion voluntaria,» porque las alegadas no eran propias de él.

15. Además de las reglas generales del art. 1208 que acabamos de esponer, deberán observarse las disposiciones generales del título 1.º de la Partida 1.ª de la Ley sobre la jurisdiccion contenciosa que no se opongan á la naturaleza de los actos de la voluntaria; debiendo advertirse que si bien, segun los arts. 15 y 19 pueden los interesados comparecer directamente sin valerse de procurador ni de letrado en dichos actos, cuando por surgir contestaciones en ellos, adquieran el carácter de contenciosos, deberán presentarse ya las partes en el juicio correspondiente, representadas por procurador con poder bastante y dirigidas por letrados hábiles para funcionar en el territorio del juzgado ó tribunal que conozca de los autos. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1865, inserta en la Gaceta del 7 de junio.

16. Además, tanto el procedimiento como la solicitud, deberá arreglarse á las disposiciones de derecho civil que rijan el ejercicio del derecho que comprende el acto de que se trata. Asi, pues, limitándonos á espresar el modo de practicarse los actos de jurisdiccion voluntaria, de que no hace mencion especial la Ley, que se refieren á las instituciones de derecho civil, por ser los mas importantes, á saber la *adopcion* y la *insinuacion de donaciones*, para el acto de jurisdiccion voluntaria que se refiere á la *adopcion* ó recibimiento como un hijo de una persona que tiene padre carnal, ó que naturalmente lo es de otro y bajo cuya potestad se halla, pues si estuviera fuera de ella, el acto seria *arrogacion* y se verificaria con autorizacion real, se presentará por el adoptante al juez del domicilio de la persona á quien quiere adoptar, solicitud espresando su deseo y voluntad de adoptar á esta, por concurrir los requisitos y circunstancias que requiere la ley, esto es, hallarse el adoptante fuera de la patria potestad, esceder en 18 años al adoptando, gozar de buena reputacion y fama, ser de estado seglar y redundar la adopcion en beneficio del menor ó del adoptando, y pidiendo conceda su autorizacion ó aprobacion judicial. A esta solicitud acompañará los documentos que acrediten las circunstancias espresadas, y ofreciendo informacion testifical, si lo creyere útil; leyes 12 y 13, tit. 16, Part. 4. El juez examinará si concurren en el adoptante las calidades referidas en vista de los documentos presentados; oirá al padre legitimo del adoptando para que diga si presta su consentimiento á aquel acto, y al mismo adoptando para igual objeto, aunque basta que éste calle y no lo contradiga, recibirá informacion testifical sobre ser beneficiosa la adopcion al menor, oirá al promotor fiscal como encargado de la proteccion de los menores,

conforme á la regla 5.<sup>a</sup> del art. 1208, y si viera el juez que concurren todas las circunstancias y requisitos que exige la ley para la adopcion que se solicita, concederá su autorizacion para que tenga efecto; y el escribano estenderá en debida forma escritura pública por orden del juez para que conste el acto: leyes 7, tit. 7, 1 y 4, tit. 16, Part. 4 y 91, tit. 18, Part. 3.

17. Para el acto de jurisdiccion voluntaria que tiene por objeto la *insinuacion de las donaciones*, que se hacen entre vivos, por valor de mas de 500 maravedís de oro (equivalentes segun unos á 23,600 rs. vn., y segun otros á 7,532 rs. y 32 mrs.), y que no son de las que menciona la ley 9, tit. 4, Part. 4, y para cuya validez es necesario que dé el juez su aprobacion ó autorizacion, presenta el donante solicitud al juez de primera instancia competente en que espese ser mayor de 23 años, no hallarse bajo la patria potestad, quedarle bienes con que subsistir, segun su estado, no ser hecha la donacion en fraude de las rentas reales, y no exceder de la cantidad ó parte de bienes de que pueda disponer legalmente, y pidiendo al juez que la apruebe. Véase las leyes 1, 3 y 9, tit. 4, Part. 3 y 2 á la 5, tit. 7, lib. 10, Nov. Recop. A esta solicitud acompañará la escritura de la donacion y los documentos que justifiquen los particulares mencionados, ofreciéndose informacion testifical si fuere necesario. El juez examinará estos documentos, recibirá dicha informacion, si la creyere necesaria, oirá al promotor fiscal, si juzgare que la donacion puede afectar los intereses públicos, y en virtud de concurrir en ella las circunstancias que requiere la ley, la tendrá por insinuada y aprobará, interponiendo su autoridad y decreto judicial. V. la sentencia de 11 de junio de 1862.

18. Tales son las reglas que deberán observarse en los actos de jurisdiccion voluntaria, de que no hace mencion especial la Ley de Enjuiciamiento.

19. Respecto de las que han de regir para los otros actos, se previene en el art. 1209 de la Ley, que *es estensivo á los actos de jurisdiccion voluntaria de que se hace especial mencion en esta Ley, lo prevenido en las reglas 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup>, 10, 11, 12, 13 y 14 de las contenidas en el artículo que precede (1208), debiendo además observarse, respecto á cada uno de ellos lo que en su título correspondiente se previene, tanto relativo á nuevos trámites ó diligencias que no menciona, ó sobre que guarda silencio el art. 1208 y que en su consecuencia, no son contrarias á las reglas en él espuestas, cuanto respectivo á disposiciones que no están conformes con algunas de dichas reglas, pues se entiende que modifican ó derogan á estas: así por ejemplo, no obstará lo prescrito en la regla 12 del art. 1208, sobre que las apelaciones que interpusieren los que hubieren venido al mismo expediente, se admitan en un solo efecto, para que se observe lo prescrito en el art. 1404, sobre que se admita en ambos efectos la apelacion de la providencia sobre la autorizacion para la venta de bienes de menores, ni lo prevenido en la regla 6.<sup>a</sup> sobre que se admitan cualesquiera documentos que se presentasen é igualmente las justificaciones que se ofrecieren sin necesidad de citacion ni de ninguna otra solemnidad,*

para que se observe lo prescrito en el art. 1338, sobre que las informaciones que tengan por objeto una dispensa de ley, se reciban siempre ante escribano y con citacion del promotor fiscal, y en el 1340, sobre que si hubieren de compulsarse documentos, con igual objeto será necesario para ello la concurrencia del promotor; si bien estas citaciones no se refieren tanto á la regla 6.<sup>a</sup> para modificarla, cuanto á la 5.<sup>a</sup> para aplicarla al caso de las dispensas de ley.

20. Por el contrario, á pesar de esceptuarse ó declararse por el artículo 1209 no ser aplicables á los actos de jurisdiccion voluntaria de que hace mencion especial la ley, la regla 7.<sup>a</sup> del art. 1208, esto es, la que previene que *asi á la solicitud promovida se hiciere oposicion por alguno que tenga personalidad para formularla, se hará contencioso el expediente y sujetará á los trámites establecidos para el juicio que corresponda, será estensiva dicha regla ó tendrá aplicacion en los casos en que la ley contiene una declaracion espresa de que se haga contenciosa la cuestion ó contestacion suscitada en los actos que se mencionan especialmente en la misma: tales son los á que se refieren los arts. 1218, 1250, 1256, 1260, 1276, 1353, 1360, 1376 y 1379. Mas fuera de estos casos, aun cuando se promoviere contestacion, deberá seguirse adelante el expediente por los trámites marcados en la ley, sin proceder por la via contenciosa, quedando en su consecuencia sin efecto dicha reclamacion en aquel expediente. Así se ha declarado por el Tribunal Supremo en varias sentencias, de las que solo citaremos la de 10 de noviembre de 1862, estractando el caso sobre que recayó, por la importancia y dificultad que ofrece la santa inteligencia de la escepcion que contiene el art. 1209 relativa á la regla 7.<sup>a</sup> del 1208. Habiendo solicitado doña P. V. que se nombrase curador ejemplar á su esposo, por causa de prodigalidad, pidiendo se le admitiera informacion de testigos con citacion del promotor fiscal y del defensor de su marido que estaba ausente, admitió dicha informacion el juez y se dió traslado al defensor. El procurador del esposo de la solicitante se opuso á la pretension de ésta, pidiendo se siguiera el expediente por los trámites del juicio ordinario, pues por su oposicion tenia que hacerse contencioso, y apelando en caso contrario. El juez dictó providencia en la que nombró á doña P. V. curadora de su esposo, y éste pidió, que con reforma de dicho fallo, usara aquella de su derecho en juicio ordinario protestando apelar de lo contrario, y quejándose de que se siguiera el expediente como de jurisdiccion voluntaria. Admitida la apelacion en un efecto, se confirmó la sentencia del inferior, sin perjuicio de que el apelante pudiera usar de su derecho en el juicio correspondiente. Este interpuso recurso de casacion, fundándose en que se habia alterado el orden del procedimiento, pues habiéndose sentenciado el expediente como de jurisdiccion voluntaria, á pesar de que el asunto era objeto de la contenciosa, se habia faltado á varios trámites esenciales del juicio ordinario. El Tribunal declaró no haber lugar al recurso, fundándose en que las faltas de los trámites que se citaban, solo eran aplicables al juicio ordinario que la parte alegaba como debiendo seguirse, lo cual no se habia verificado ni proce-*

dia se verificase á pesar de su oposicion á las pretensiones de su esposa, porque segun el art. 1209 la regla 7.<sup>a</sup> del 1208 no es estensiva á los actos de jurisdiccion voluntaria para los que la ley ha fijado trámites especiales, y en la seccion 3.<sup>a</sup> del tít. 3.<sup>o</sup> sobre nombramiento de curadores ejemplares no se declara que la oposicion de la parte contraria impida el seguimiento del espediente y lo convierta en juicio contencioso. Hay, en efecto, en los actos de jurisdiccion voluntaria que menciona la ley, oposiciones que los convierten en actos de jurisdiccion contenciosa, como los de los artículos arriba citados; otras que no impiden la prosecucion del espediente, como el á que se refiere la sentencia citada, y otras que resuelve el juez en el mismo espediente, oyendo á las partes brevemente y en juicio verbal, como las á que se refieren los arts. 1294, 1284 y 1286, en cuyo juicio podrán tambien resolverse las oposiciones del caso anterior, ó bien conforme á las reglas primeras del art. 1208.

## TITULO II.

### De los alimentos provisionales.

21. Por *alimentos* se entiende las asistencias, no solo de lo necesario para comer, beber y vestir, sino tambien de lo indispensable para las demás necesidades de la vida, como para pago de la habitacion, de medicinas para recuperar la salud, etc.: ley 2, tít. 19, Part. 4 y 5, tít. 35, Part. 7.

Los alimentos se dividen en *naturales* y *civiles*. Los *naturales* son los que consisten precisamente en lo indispensable para subsistir el que los recibe: los *civiles* son la asignacion que se hace á una persona para vivir y mantenerse con arreglo á su estado y circunstancias, y al del que la da, para lo cual no solo se tienen presentes las necesidades indispensables de la vida, sino tambien las facticias que nacen de la posicion civil ó social, en que se encuentra el que la da y el que la recibe. Los alimentos se deben ó por ley y equidad natural, fundada en la piedad, en las relaciones de sangre, en el derecho de existencia, como los que dan los padres á sus hijos, ó por costumbre, aunque tambien se refieran á la equidad, como los que se prestaban á los inmediatos sucesores á los mayorazgos; ó por derecho que dinamam de una verdadera accion, como los que se deben en virtud de testamento ó de contrato.

22. Acerca de las personas que se deben alimentos, véase las leyes 7, tít. 2, 32, tít. 11, 2 á la 7, tít. 19, 3 y 4, tít. 20, 8, tít. 22, Partida 4 y 5, art. 23 y 26, tít. 37, lib. 7 y nota de la ley 6, tít. 32, lib. 11, Nov. Recop. En cuanto á la estension de esta obligacion, véanse las leyes 5, tít. 35, Part. 7, 2 y 5, tít. 19, Part. 4, 8, tít. 13, Part. 6 y 5, 6 y 8, tít. 20, libro 10 de la Nov. Recop., y respecto al tiempo ó casos en que cesa dicha obligacion, véanse las leyes 2, 3, 4 y 6, tít. 19, Part. 4 y 9, art. 3, tít. 2,

lib. 10, Nov. Recop. Véase á Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montaban, apéndice al tít. 37, lib. 4.<sup>o</sup>

Anteriormente á la Ley de Enjuiciamiento, hallábase establecido por la práctica diverso procedimiento, segun que se debian los alimentos por la ley, equidad natural ú oficio de piedad, ó segun que por contrato ó disposicion testamentaria. En los primeros casos se procedia breve y sumariamente, siendo ejecutiva la sentencia, pues no podia apelarse de ella sino en el efecto devolutivo; mas en el último caso, ó cuando se trataba de alimentos procedentes de contratos ó testamento, se ventilaban las cuestiones que sobre ellos ocurrían, en juicio ejecutivo si el instrumento en que se fundaba el alimentista traia aparejada ejecucion, y de no tener esta fuerza, en juicio civil ordinario. Mas la nueva ley, atendiendo sin duda á que no es dado admitir dilaciones cuando se trata de la manutencion, por los graves y acaso irreparables perjuicios que con ellas pueden irrogarse, ha igualado á toda clase de alimentos en la tramitacion, pudiendo obtenerse todos provisionalmente, en cuyo caso se considerarán actos de jurisdiccion voluntaria, y reservando para las formalidades del juicio ordinario la resolucion que en caso de suscitarse oposicion á satisfacerlos, deba decidir el litigio, y señalar los alimentos definitivamente. Sin embargo; los que se deban por título ejecutivo, se reclamarán por el juicio ejecutivo, por ser mas espedito.

Mas para que los alimentos puedan obtenerse por acto de jurisdiccion voluntaria, es necesario que sea de naturaleza urgente su asignacion, para que pueda mantenerse la persona que se cree con derecho á percibirlos; pues si se trata del abono de alimentos ya percibidos ó atrasados, ó de otros gastos que no son de urgente naturaleza, ó de fijar los alimentos con carácter de estabilidad, deben ser objeto de un juicio ordinario correspondiendo su conocimiento al juez del fuero del demandado. Asi se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1860 sobre un caso en que se reclamaba, con el título de alimentos provisionales, la entrega de varios libros y el pago de gastos del colegio para la educacion de un menor.

23. Asi, pues, por *alimentos provisionales* de que se trata en este artículo, se entiende los que por razon de urgencia se asignan interinamente por la tramitacion breve y sencilla de los actos de jurisdiccion voluntaria, y es la siguiente:

Para decretar alimentos provisionales á quien tenga derecho á exigirlos por cualquiera de los títulos ó causas mencionadas, se necesita.

1.<sup>o</sup> Que se pidan por escrito, esto es, en solicitud que espese lo que se pide, la persona contra quien se pide, y los hechos y fundamentos de derecho que la originan y que la autorizan.

2.<sup>o</sup> Que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan, asi es, que si se fundan en testamento ó contrato, debe presentarse copia fehaciente de estos documentos, y si en razon del parentesco, la partida de bautismo y demás que lo acrediten, y en este caso informacion de testigos ó certificaciones de facultativos que acrediten carecer de los medios necesarios

dia se verificase á pesar de su oposicion á las pretensiones de su esposa, porque segun el art. 1209 la regla 7.<sup>a</sup> del 1208 no es estensiva á los actos de jurisdiccion voluntaria para los que la ley ha fijado trámites especiales, y en la seccion 3.<sup>a</sup> del tit. 3.<sup>o</sup> sobre nombramiento de curadores ejemplares no se declara que la oposicion de la parte contraria impida el seguimiento del espediente y lo convierta en juicio contencioso. Hay, en efecto, en los actos de jurisdiccion voluntaria que menciona la ley, oposiciones que los convierten en actos de jurisdiccion contenciosa, como los de los artículos arriba citados; otras que no impiden la prosecucion del espediente, como el á que se refiere la sentencia citada, y otras que resuelve el juez en el mismo espediente, oyendo á las partes brevemente y en juicio verbal, como las á que se refieren los arts. 1294, 1284 y 1286, en cuyo juicio podrán tambien resolverse las oposiciones del caso anterior, ó bien conforme á las reglas primeras del art. 1208.

## TITULO II.

### De los alimentos provisionales.

21. Por *alimentos* se entiende las asistencias, no solo de lo necesario para comer, beber y vestir, sino tambien de lo indispensable para las demás necesidades de la vida, como para pago de la habitacion, de medicinas para recuperar la salud, etc.: ley 2, tit. 19, Part. 4 y 5, tit. 35, Part. 7.

Los alimentos se dividen en *naturales* y *civiles*. Los *naturales* son los que consisten precisamente en lo indispensable para subsistir el que los recibe: los *civiles* son la asignacion que se hace á una persona para vivir y mantenerse con arreglo á su estado y circunstancias, y al del que la da, para lo cual no solo se tienen presentes las necesidades indispensables de la vida, sino tambien las facticias que nacen de la posicion civil ó social, en que se encuentra el que la da y el que la recibe. Los alimentos se deben ó por ley y equidad natural, fundada en la piedad, en las relaciones de sangre, en el derecho de existencia, como los que dan los padres á sus hijos, ó por costumbre, aunque tambien se refieran á la equidad, como los que se prestaban á los inmediatos sucesores á los mayorazgos; ó por derecho que dinamam de una verdadera accion, como los que se deben en virtud de testamento ó de contrato.

22. Acerca de las personas que se deben alimentos, véase las leyes 7, tit. 2, 32, tit. 11, 2 á la 7, tit. 19, 3 y 4, tit. 20, 8, tit. 22, Partida 4 y 5, art. 23 y 26, tit. 37, lib. 7 y nota de la ley 6, tit. 32, lib. 11, Nov. Recop. En cuanto á la estension de esta obligacion, véanse las leyes 5, tit. 35, Part. 7, 2 y 5, tit. 19, Part. 4, 8, tit. 13, Part. 6 y 5, 6 y 8, tit. 20, libro 10 de la Nov. Recop., y respecto al tiempo ó casos en que cesa dicha obligacion, véanse las leyes 2, 3, 4 y 6, tit. 19, Part. 4 y 9, art. 3, tit. 2,

lib. 10, Nov. Recop. Véase á Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montaban, apéndice al tit. 37, lib. 4.<sup>o</sup>

Anteriormente á la Ley de Enjuiciamiento, hallábase establecido por la práctica diverso procedimiento, segun que se debian los alimentos por la ley, equidad natural ú oficio de piedad, ó segun que por contrato ó disposicion testamentaria. En los primeros casos se procedia breve y sumariamente, siendo ejecutiva la sentencia, pues no podia apelarse de ella sino en el efecto devolutivo; mas en el último caso, ó cuando se trataba de alimentos procedentes de contratos ó testamento, se ventilaban las cuestiones que sobre ellos ocurrían, en juicio ejecutivo si el instrumento en que se fundaba el alimentista traia aparejada ejecucion, y de no tener esta fuerza, en juicio civil ordinario. Mas la nueva ley, atendiendo sin duda á que no es dado admitir dilaciones cuando se trata de la manutencion, por los graves y acaso irreparables perjuicios que con ellas pueden irrogarse, ha igualado á toda clase de alimentos en la tramitacion, pudiendo obtenerse todos provisionalmente, en cuyo caso se considerarán actos de jurisdiccion voluntaria, y reservando para las formalidades del juicio ordinario la resolucion que en caso de suscitarse oposicion á satisfacerlos, deba decidir el litigio, y señalar los alimentos definitivamente. Sin embargo; los que se deban por título ejecutivo, se reclamarán por el juicio ejecutivo, por ser mas espedito.

Mas para que los alimentos puedan obtenerse por acto de jurisdiccion voluntaria, es necesario que sea de naturaleza urgente su asignacion, para que pueda mantenerse la persona que se cree con derecho á percibirlos; pues si se trata del abono de alimentos ya percibidos ó atrasados, ó de otros gastos que no son de urgente naturaleza, ó de fijar los alimentos con carácter de estabilidad, deben ser objeto de un juicio ordinario correspondiendo su conocimiento al juez del fuero del demandado. Asi se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1860 sobre un caso en que se reclamaba, con el título de alimentos provisionales, la entrega de varios libros y el pago de gastos del colegio para la educacion de un menor.

23. Asi, pues, por *alimentos provisionales* de que se trata en este artículo, se entiende los que por razon de urgencia se asignan interinamente por la tramitacion breve y sencilla de los actos de jurisdiccion voluntaria, y es la siguiente:

Para decretar alimentos provisionales á quien tenga derecho á exigirlos por cualquiera de los títulos ó causas mencionadas, se necesita.

1.<sup>o</sup> Que se pidan por escrito, esto es, en solicitud que espese lo que se pide, la persona contra quien se pide, y los hechos y fundamentos de derecho que la originan y que la autorizan.

2.<sup>o</sup> Que se acredite cumplidamente el título en cuya virtud se pidan, asi es, que si se fundan en testamento ó contrato, debe presentarse copia fehaciente de estos documentos, y si en razon del parentesco, la partida de bautismo y demás que lo acrediten, y en este caso informacion de testigos ó certificaciones de facultativos que acrediten carecer de los medios necesarios

para subsistir el solicitante ó hallarse imposibilitado para ejercer su profesión ú oficio, y tener bienes suficientes para prestarle los alimentos aquel contra quien se piden. Fundado en esta disposición declaró bien asignados el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 13 de octubre de 1856, alimentos provisionales á dos hijos naturales del alimentante, por haber probado la madre esta filiación por información de testigos. Asimismo dicho Tribunal consignó en otra sentencia, fecha 11 de Abril de 1856, que la calidad de hijo natural para el efecto de pedir al padre alimentos provisionales, á falta del reconocimiento del mismo padre, consignado en la partida de bautismo, en escritura pública, ó en testamento ó declaración hecha por sentencia ejecutoria, puede probarse con otros medios supletorios como una escritura del padre en que reconozca sus relaciones íntimas con la madre del solicitante, de las que resultó prole, y consignando dote á la misma ó correspondencia de los padres, ó absolución de posiciones: Que cuando en vista de las pruebas suministradas se decretan los alimentos provisionales á favor del hijo natural, no puede decirse que éste carezca de personalidad para demandarlos, ni procede por tanto el recurso de casación fundado en la causa 2.ª del art. 1013 de la Ley; y que aunque la sentencia por la que se señalan alimentos provisionales á un hijo natural contenga la declaración de ciertos decretos (tal era, en el caso de que se trataba, la de tenerse al alimentista por hijo natural del alimentante), el Tribunal sentenciador obra dentro del círculo de sus atribuciones, sin excederse de su competencia, cuando concreta esta declaración al expediente de jurisdicción voluntaria, reservando á los interesados su derecho para usar de él en juicio ordinario.

3.º *Que se justifique aproximadamente el caudal del que deba darlos para que el juez pueda graduar la cantidad que debe asignar por alimentos, especialmente cuando se reclaman alimentos civiles.* Esta justificación no es necesaria cuando se deben por contrato ó última voluntad, y se marcó en ellos cantidad fija, y de no marcarse, se tendrá en cuenta los bienes del alimentista; y así como tampoco será necesario justificar en tales casos que el alimentista es pobre y los necesita para vivir, y que el alimentante es rico y puede prestarlos, porque han de prestarse siempre, por provenir de una acción y obligación eficaz.

24. *Hecho lo que queda dispuesto en el artículo anterior, esto es, presentada la demanda con la justificación del título y caudal, el juez hará la designación cuando proceda de la suma en que deben consistir los alimentos, esto es, cuando sea justa la demanda, y no se hallen estos consignados en testamentos ó contrato, pues entonces hay que atenderse á lo convenido por las partes, ó á lo determinado por el testador, á no que fuere inoficioso, y dictara providencia, mandándola abonar por meses anticipados en todo caso, pues así lo requiere la perentoriedad de anteder á la manutención, la cual no admite espera, y por otra parte, puede el alimentista hacer las reclamaciones que juzgue convenientes en juicio ordinario. Y por eso sienta uno de los redactores de la ley, el señor Laserna, que esta asignación anticipada deberá hacerse, aun cuando, debiéndose á los alimentos por*

testamento ó contrato, se haya espresado en los respectivos documentos que se paguen por semestres ó años adelantados, mas no si se espresó en ellos que se pagasen por meses ó plazos vencidos.

25. No creemos que esta disposición escluya, á pesar de lo esplicito de sus términos, el modo de satisfacer los alimentos en especie, cuando la escasez de fortuna del alimentante no permite satisfacerlos por pensión. Así se ha reconocido siempre, si bien no se ha obligado el alimentista á alojarse y recibir su subsistencia en casa del deudor, porque tal vez no encontraría los miramientos debidos á su desgracia, ó se esponería á sufrir malos tratamientos. Esta satisfacción en especie ha tenido lugar especialmente respecto de los alimentos que deben los padres á los hijos, pues se ha considerado que cumplieran aquellos con admitir y mantener á estos en su casa, á no que hubiera motivos fundados para temer sevicia ó malos tratamientos.

26. El juez dictará la providencia referida, sin dar audiencia al demandado ó alimentante, para evitar las dilaciones á que pudiera dar lugar las alegaciones de este, y que llegara á convertirse el acto en juicio contencioso, y originarse graves perjuicios al alimentista.

27. *Contra la sentencia en que se denieguen los alimentos procede la apelación libremente, y en ambos efectos, art. 1212;* pues no habiendo nada que ejecutarse y que pueda tener que devolverse, no hay términos hábiles para dejar de admitir la apelación en el efecto ejecutivo.

28. *Interpuesta la apelación, se remitirán los autos á la audiencia respectiva, con citación solo del que los haya promovido, art. 1213;* porque no pudiendo causarse perjuicio con la providencia denegatoria al alimentante, no hay motivo para citarle.

29. *Contra la sentencia en que se otorguen los alimentos, solo procede la apelación en un efecto, art. 1214;* por consiguiente, se llevará á ejecución y percibirá desde luego el alimentante sus alimentos, puesto que la manutención no admite espera.

*Interpuesta esta apelación, se extenderá certificación de la sentencia, la cual se reservará en el juzgado para su ejecución, remitiéndose en seguida los autos á la Audiencia con citación de ambas partes, art. 1215,* porque esta providencia concesoria de los alimentos puede traer ya perjuicios al alimentante, y debe oírse en segunda instancia. Véase lo espuesto al explicar las reglas 15 y 14 del art. 1208, y el art. 1218.

30. En cuanto á la ejecución de la sentencia de primera instancia, apélese ó no de ella por el alimentante, se procede en la forma siguiente: *Inmediatamente que se dicte sentencia otorgando alimentos provisionales, se exigirá al que deba abonarlos el pago de la primera mensualidad: art. 1216. Si no lo verificare, se procederá al embargo y venta de bienes bastantes á cubrir su importe, en la forma y por los trámites prevenidos para el procedimiento de apremio, despues del juicio ejecutivo. Lo mismo se hará con las demás mensualidades que vayan devengándose: art. 1217.* Esta tramitación brevísima es análoga á la urgencia de los alimentos provisionales.

31. Estos trámites para la ejecución de las sentencias sobre alimentos

provisionales son de competencia de los juzgados de primera instancia del fuero ordinario, sin necesidad de impartir para ello el auxilio de la jurisdicción militar, bien sea ordinaria, ó especial de marina, ó de ingenieros, cuando pertenezca á ella el demandado, como sucede en los demás juicios en general. Véase la sentencia de 6 de mayo de 1861. Véase también la de 31 de diciembre del mismo año, sobre un caso en que la autoridad militar había oficiado de inhibición á un juez de primera instancia que se hallaba conociendo por la vía de apremio sobre la ejecución de una sentencia que condenaba á un aforado de guerra á la prestación de alimentos provisionales, reclamando el conocimiento de dichos autos, por hallarse conociendo de un concurso del alimentante y gozar éste del fuero de guerra. En ella consignó dicho tribunal que no pueden acumularse al juicio de concurso de acreedores los autos de jurisdicción voluntaria, porque además de radicar en los juzgados de primera instancia, no son de los pleitos ejecutivos comprendidos en el art. 523, y tienen trámites especiales prescritos en la ley, y que con la designación de la cantidad alimenticia quedó fenecido el acto de jurisdicción voluntaria, sin más actuaciones ulteriores que las necesarias para la ejecución de lo juzgado, conforme al art. 1217 de la ley.

52. *En este expediente no se permitirá ninguna discusión, ni sobre el derecho á percibir los alimentos, ni sobre su entidad:* art. 1218, § 1.º Esta disposición que se funda en las razones espuestas en el núm. 22, parece que solo es aplicable de lleno al procedimiento sobre esta materia en primera instancia, mas no á la segunda, puesto que por el art. 1214 se faculta para apelar de la sentencia en que se conceden los alimentos al alimentante, y por el 1215 se le cita para que comparezca ante la superioridad, lo cual supone que ha de oírsele en ella, y que puede oponerse á la concesión de alimentos, si bien esta oposición deberá ser con la brevedad y limitaciones que son propias de los trámites que se siguen en las apelaciones de sentencias interlocutorias, que son, según la regla 15 del art. 1208, los á que ha de acomodarse dichas apelaciones, y sin que degeneren, en su consecuencia, el acto de jurisdicción voluntaria en contenciosa. Corroborada esta interpretación el haber colocado uno de los redactores de la ley esta disposición del artículo 1218, de su *Tratado académico de procedimientos judiciales*, inmediatamente después del art. 1221 que trata del procedimiento en primera instancia, y no después de los artículos sobre el procedimiento en segunda, cómo hace la ley.

53. *Cualesquiera reclamaciones que sobre lo uno ó sobre lo otro se hicieren, se sustanciarán en juicio ordinario, y entre tanto seguirá abonándose la suma señalada para alimentos:* § 2.º del art. 1218. En este juicio podrán debatirse ambas cuestiones con toda amplitud y solemnidad, y decidirse de una manera definitiva y permanente, si se deben ó no los alimentos, y la cuantía de estos, y si se declarase no deberse, se condenará á que devuelva lo que hubiese percibido bajo el concepto de alimentos provisionales, á que obtuvo éstos, en el expediente sumario, ó en el acto de jurisdicción voluntaria.

54. Para conocer de este juicio ordinario es competente, conforme ya hemos indicado, el juez del fuero del demandado, pues según se ha consignado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de diciembre de 1858, las reclamaciones sobre alimentos provisionalmente acordados, y que hayan de establecerse por la vía ordinaria, seguirán el fuero del demandado, y por otra de 30 de marzo de 1860, la demanda ordinaria de alimentos es una acción personal que debe ejecutarse en el tribunal del fuero del demandado, sin que tales demandas estén exceptuadas del conocimiento de los jueces militares. Véase también la de 6 de febrero de 1860, que citamos en el número 18.

### TITULO III.

#### Del nombramiento de tutores y curadores, y del discernimiento de estos cargos.

55. En la nueva Ley se ha creído necesario, para poder dar reglas completas sobre esta materia, no limitarse á fijar las fórmulas que debían observarse en ella, sino hacer algunas alteraciones en las leyes que rigen las instituciones de derecho civil sobre este punto, las cuales indicaremos en cada una de las siguientes secciones.

#### SECCION PRIMERA.

##### DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES.

56. Teniendo lugar, primeramente la tutela testamentaria, á falta de esta, la legítima y á falta de ambas, la dativa, la ley principia en esta sección, determinando la primera facultad ó la intervención del juez en el nombramiento de tutores testamentarios, cual es, la relativa al *discernimiento del cargo*, ó á la confirmación que hace el juez del nombramiento del tutor ó curador para que desempeñe sus funciones.

57. Nuestras leyes de Partida no requerían el discernimiento ó confirmación del nombramiento de tutor que hacia el padre á sus hijos legítimos ó legitimados, sino solamente del que hacia á sus hijos naturales, ley 8, tit. 16, Part. 6; la práctica de los tribunales había estendido la confirmación á todos, á escepción de la madre, cuando era nombrada por última voluntad, y de los facultados por el testador para administrar sin este requisito. Mas la nueva Ley de Enjuiciamiento exige el discernimiento judicial respecto de todos ellos, según se ve en los arts. 1219, 1221 y 1222, con el objeto, según dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, de dar al tutor un título que acredite su carácter en todos los actos en que ha de intervenir representando al huérfano y de facilitar al poder judicial la inspección sobre el cumplimiento de las leyes que se refieren á la tutela.

58. Para este discernimiento se requieren mas ó menos condiciones ó



provisionales son de competencia de los juzgados de primera instancia del fuero ordinario, sin necesidad de impartir para ello el auxilio de la jurisdicción militar, bien sea ordinaria, ó especial de marina, ó de ingenieros, cuando pertenezca á ella el demandado, como sucede en los demás juicios en general. Véase la sentencia de 6 de mayo de 1861. Véase también la de 31 de diciembre del mismo año, sobre un caso en que la autoridad militar había oficiado de inhibición á un juez de primera instancia que se hallaba conociendo por la vía de apremio sobre la ejecución de una sentencia que condenaba á un aforado de guerra á la prestación de alimentos provisionales, reclamando el conocimiento de dichos autos, por hallarse conociendo de un concurso del alimentante y gozar éste del fuero de guerra. En ella consignó dicho tribunal que no pueden acumularse al juicio de concurso de acreedores los autos de jurisdicción voluntaria, porque además de radicar en los juzgados de primera instancia, no son de los pleitos ejecutivos comprendidos en el art. 523, y tienen trámites especiales prescritos en la ley, y que con la designación de la cantidad alimenticia quedó fenecido el acto de jurisdicción voluntaria, sin más actuaciones ulteriores que las necesarias para la ejecución de lo juzgado, conforme al art. 1217 de la ley.

52. *En este expediente no se permitirá ninguna discusión, ni sobre el derecho á percibir los alimentos, ni sobre su entidad:* art. 1218, § 1.º Esta disposición que se funda en las razones espuestas en el núm. 22, parece que solo es aplicable de lleno al procedimiento sobre esta materia en primera instancia, mas no á la segunda, puesto que por el art. 1214 se faculta para apelar de la sentencia en que se conceden los alimentos al alimentante, y por el 1215 se le cita para que comparezca ante la superioridad, lo cual supone que ha de oírsele en ella, y que puede oponerse á la concesión de alimentos, si bien esta oposición deberá ser con la brevedad y limitaciones que son propias de los trámites que se siguen en las apelaciones de sentencias interlocutorias, que son, según la regla 15 del art. 1208, los á que ha de acomodarse dichas apelaciones, y sin que degeneren, en su consecuencia, el acto de jurisdicción voluntaria en contenciosa. Corroborada esta interpretación el haber colocado uno de los redactores de la ley esta disposición del artículo 1218, de su *Tratado académico de procedimientos judiciales*, inmediatamente después del art. 1221 que trata del procedimiento en primera instancia, y no después de los artículos sobre el procedimiento en segunda, cómo hace la ley.

53. *Cualesquiera reclamaciones que sobre lo uno ó sobre lo otro se hicieren, se sustanciarán en juicio ordinario, y entre tanto seguirá abonándose la suma señalada para alimentos:* § 2.º del art. 1218. En este juicio podrán debatirse ambas cuestiones con toda amplitud y solemnidad, y decidirse de una manera definitiva y permanente, si se deben ó no los alimentos, y la cuantía de estos, y si se declarase no deberse, se condenará á que devuelva lo que hubiese percibido bajo el concepto de alimentos provisionales, á que obtuvo éstos, en el expediente sumario, ó en el acto de jurisdicción voluntaria.

54. Para conocer de este juicio ordinario es competente, conforme ya hemos indicado, el juez del fuero del demandado, pues según se ha consignado por el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de diciembre de 1858, las reclamaciones sobre alimentos provisionalmente acordados, y que hayan de establecerse por la vía ordinaria, seguirán el fuero del demandado, y por otra de 30 de marzo de 1860, la demanda ordinaria de alimentos es una acción personal que debe ejecutarse en el tribunal del fuero del demandado, sin que tales demandas estén exceptuadas del conocimiento de los jueces militares. Véase también la de 6 de febrero de 1860, que citamos en el número 18.

### TITULO III.

#### Del nombramiento de tutores y curadores, y del discernimiento de estos cargos.

55. En la nueva Ley se ha creído necesario, para poder dar reglas completas sobre esta materia, no limitarse á fijar las fórmulas que debían observarse en ella, sino hacer algunas alteraciones en las leyes que rigen las instituciones de derecho civil sobre este punto, las cuales indicaremos en cada una de las siguientes secciones.

#### SECCION PRIMERA.

##### DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES.

56. Teniendo lugar, primeramente la tutela testamentaria, á falta de esta, la legítima y á falta de ambas, la dativa, la ley principia en esta sección, determinando la primera facultad ó la intervención del juez en el nombramiento de tutores testamentarios, cual es, la relativa al *discernimiento del cargo*, ó á la confirmación que hace el juez del nombramiento del tutor ó curador para que desempeñe sus funciones.

57. Nuestras leyes de Partida no requerían el discernimiento ó confirmación del nombramiento de tutor que hacia el padre á sus hijos legítimos ó legitimados, sino solamente del que hacia á sus hijos naturales, ley 8, tit. 16, Part. 6; la práctica de los tribunales había estendido la confirmación á todos, á escepción de la madre, cuando era nombrada por última voluntad, y de los facultados por el testador para administrar sin este requisito. Mas la nueva Ley de Enjuiciamiento exige el discernimiento judicial respecto de todos ellos, según se ve en los arts. 1219, 1221 y 1222, con el objeto, según dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, de dar al tutor un título que acredite su carácter en todos los actos en que ha de intervenir representando al huérfano y de facilitar al poder judicial la inspección sobre el cumplimiento de las leyes que se refieren á la tutela.

58. Para este discernimiento se requieren mas ó menos condiciones ó

requisitos, segun la mayor ó menor confianza que inspira la persona que ha verificado el nombramiento; asi es que, respecto de unos tutores se exige que afianzen el buen desempeño de su cargo, al paso que no se requiere esta condicion respecto de otros.

39. Anteriormente á la nueva ley se contendia entre los autores sobre si se hallaba ó no obligado el tutor testamentario á prestar dicha fianza. Los que opinaban por la afirmativa, se fundaban en que no eximiendo la ley á ningun guardador de esta obligacion, debia deducirse que era estensiva á todos, y de consiguiente, no estaban escludidos los testamentarios, y citaban en su apoyo la ley 94, tit. 18, Part. 5, que contiene un formulario de nombramiento de tutor, en que se inserta la cláusula de fianza. Mas los que opinaban porque no estaba obligado á afianzar el tutor testamentario, bien fuese pariente cercano del huérfano, bien persona estraña, se fundaban en que además de no mandarlo nuestras leyes, por el hecho mismo de nombrarlos el testador, era visto que aprobó su fe y diligencia para la guarda de la persona y la administracion de los bienes del huérfano, y mucho menos debia estarlo, si el testador le reveló de la fianza. Por lo cual opinaban, que solamente debia exigirse la fianza cuando el tutor fuera de mala fama y no le conociese el testador por no ser creible que á saberlo este, lo hubiera nombrado, y cuando siendo muchos los tutores nombrados en testamento queria uno administrar por sí solo, en cuyo caso estaba obligado á dar fianza á los otros tutores sobre la identidad del pupilo y la de ellos mismos, véase el Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban seccion 8.<sup>a</sup>, tit. 9, lib. 1.<sup>o</sup>. Esta escepcion se fundaba en la ley 11, tit. 16, Part. 6 que establece, que cuando fueren muchos los guardadores y no se avinieran sobre quien ha de administrar, lo haga el que dá fianza, ley que tambien se alegaba por los sostenedores de la opinion que acabamos de esponer, pues suponian referirse únicamente á los tutores testamentarios, y establecer una escepcion que suponía la regla de no estar sujetos en general á la fianza. Existe, pues, una ley espresa que parece favorecer esta opinion, al paso que no hay ninguna en apoyo de la contraria, pues la 94, tit. 18, Part. 5, solo contiene un formulario sobre escritura en que se consigna la tutela legitima y que autoriza el juez, la cual no puede referirse al nombramiento de tutor hecho en testamento, y aun aquella solo se refiere al nombramiento de parientes próximos, puesto que la ley siguiente 95 contiene otro formulario de escritura sobre la tutela de la madre.

Entre estas encontradas opiniones, la práctica habia adoptado un término medio, si se quiere, relevando á dichos tutores de la obligacion de afianzar solo cuando lo habia ordenado el padre en el testamento. Y la nueva Ley de Enjuiciamiento ha sancionado esta práctica, y aun héchola estensiva á mayor número de casos.

40. Asi, pues, dispone en su art. 1219, *que acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposicion, presentándose copia en forma del testamento ó codicilo que lo contiene, se le discernirá el cargo por el juez, sin exigirle fianzas, si se le hubiera dispensado de ellas*

por el testador. *No habiendo esta revelacion de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse;* art. 1220. Igual disposicion se contiene en el art. 1232 respecto de los curadores que nombre el padre. El discernimiento se efectuará en la forma que previenen los artículos 1224, 1225 y 1265 al 1267, que espondremos mas adelante. Véase tambien el art. 1261. Véase, no obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1862.

41. *Si la madre á falta de padre, hubiera nombrado tutor á su hijo, se discernirá tambien el cargo al nombrado, sin fianza, si hubiera sido relevado de ella por la misma madre,* art. 1221, porque se supone tambien que la madre habrá tomado las precauciones necesarias para asegurarse de que la persona á quien nombra por tutor, desempeñará bien y fielmente sus funciones y no malversara los bienes del pupilo. *Lo prevenido en el artículo anterior,* esto es, el discernimiento del cargo de tutor sin exigir las fianzas, si el testador le relevó de ellas, *se observará tambien, respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor ó dejádole manda ó legado de importancia,* art. 1222; porque las muestras especiales de cariño que da al huérfano, dejándole heredero ó legatario, inducen la presuncion de que habrá nombrado tutor á persona de toda confianza. Sin embargo, como la madre, por la debilidad de su sexo, y el estraño por no ofrecer sus muestras de afecto el vivo interés, celo y prevision para acertar en el nombramiento, que el afecto natural de los padres, pueden haberse equivocado en las circunstancias de lealtad, inteligencia y celo que supusieron en la persona á quien nombraron tutor, la ley, siempre previosora, y solicita especialmente en evitar todo perjuicio á los menores, dispone en su art. 1223 que, *en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, puede el juez exigir fianzas al tutor nombrado, aun cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele.*

42. Segun se ve por los anteriores artículos, la ley ha introducido una alteracion importante respecto del nombramiento de tutores testamentarios. Segun la ley 8, tit. 16, Part. 6, los estraños solo podian dejar tutor en testamento á favor del huérfano, á quien instituian heredero. La nueva ley en su art. 1222, ha estendido esta facultad al caso en que le dejen manda ó legado de importancia, considerando que á veces hay legados que equivalen á herencias, por lo cual el juez deberá graduar, atendidas la clase del testador y del pupilo, si la manda es de entidad que pueda autorizar aquella facultad importante, y no consiste en una cantidad de poca monta comparada con los bienes del pupilo, y que puede tener por objeto encubrir el fraude de que se confia la administracion de estos bienes á una persona del afecto del testador, la cual pueda utilizarse de ellos, especialmente si el testador estraño le relevó de fianzas. Asimismo, la ley 6, tit. 16, Part. 6, solo autorizaba á la madre para nombrar tutor testamentario á sus hijos, cuando les instituia herederos ó les dejaba algun legado; mas segun el art. 1221 de la ley, parece que en el dia podrá verificar este nombramiento, aunque no les deje nada,

puesto que no se espresa esta circunstancia de la institucion ó legado en el referido artículo, al determinar el caso en que la madre puede nombrar tutor testamentario, como lo hace, respecto de las personas estrañas, en el artículo 1225.

43. *El importe de la fianza se determinará con audiencia del promotor fiscal del juzgado. La misma audiencia deberá prestarse para la apreciacion y aprobacion de las que se dieren*, art. 1225; por el carácter que tiene este funcionario de protector de los menores, y lo cual es conforme á la regla general 5.<sup>a</sup> del art. 1208. En este caso el promotor hace las veces del *curador ad litem*, por lo que no será preciso nombrarlo. Mas si ya lo tuviese el menor, como sería redundante en tal caso la intervencion del procurador, cuando tenia ya el pupilo persona autorizada para su proteccion, previene el art. 1225 que, *en los casos de que el menor tuviese con anterioridad nombrado curador para pleitos, y que se marcan en los arts. 1255 y 1254, se oirá á este sobre la importancia y aprobacion de las fianzas en lugar del promotor.*

44. Respecto de la naturaleza de la fianza de la tutela y curaduría, anteriormente consistia en fiadores, pues no sabiéndose de antemano los daños y perjuicios que podrian causarse al pupilo por sus tutores ó curadores, no se habia creído suficiente admitir prendas ni hipotecas; ley 94, tit. 18, Part. 6. Mas en el día exige el art. 1265 de la nueva ley, que las fianzas sean s empre hipotecarias, y en su consecuencia, la ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861 ha constituido una hipoteca legal en favor de los menores ó incapacitados sobre los bienes de sus tutores y curadores, estableciendo que, cuando estos se hallen obligados á dar fianza, deberán constituir hipoteca especial á favor de las personas que tengan bajo su guarda pudiendo el juez, á su prudente arbitrio, exigir ampliacion de la fianza, si la hipoteca constituida llegara á ser insuficiente, ó adoptar las providencias oportunas para asegurar los intereses del menor ó incapacitado: dicha ampliacion podrá decretarse de oficio ó pedirse por cualquiera persona, y hacerse segun las formalidades de la Ley de Enjuiciamiento para la constitucion de la primer fianza, y si el juez no la juzgare procedente, deberá disponer el depósito del sobrante de las rentas ó de la imposicion de los fondos, conforme á los núms. 4.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> del art. 1272 de dicha Ley. Tambien podrá exigirse á los mismos guardadores, que inscriban en el registro y conviertan en especial la hipoteca legal general que tienen impuesta sobre sus bienes, con arreglo á la legislacion que se modifica: art. 168, 214, 215, 547 y 548 de la ley hipotecaria citada. Pueden verse tambien los artículos 147 al 155 del Reglamento para la ejecucion de la misma, y lo que esponemos en la seccion 5.<sup>a</sup> de este título, que trata del *Discernimiento de los cargos de tutor y curador.*

45. A falta de tutela testamentaria, tiene lugar la *legítima*, y por eso previene el art. 1226 de la Ley, que *no habiendo tutor nombrado por el padre, por la madre, ó por otra persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda de importancia* (que son los que pueden nombrar

tutor testamentario), y en su consecuencia, no existiendo este nombramiento, *designará el juez para este cargo al pariente á quien corresponda la tutela, con arreglo á la Ley*: art. 1226. Nuestras leyes llaman á la tutela legítima á los parientes en este orden: 1.<sup>o</sup> á la madre; 2.<sup>o</sup> al abuelo; 3.<sup>o</sup> á la abuela; 4.<sup>o</sup> á los parientes mas cercanos: ley 9, tit. 16, Part. 6 y 5, título 5, lib. 10, Nov. Recop. Cuando hubiese varios de estos en un mismo grado, puede el juez elegir el que le pareciese que desempeñara mejor la tutela: ley 11, tit. 16, Part. 6. La ley de Enjuiciamiento ha ratificado esta disposicion en su art. 1228 que presentamos mas adelante.

46. Hecha por el juez la designacion del pariente á quien corresponde la tutela legítima, y *previas la aceptacion del designado y la prestacion de las fianzas en la forma que queda prevenida, se le discernirá el cargo*, segun lo espuesto al tratar de los tutores testamentarios, y lo que se espone en la seccion 5.<sup>a</sup>, art. 1227. Debe advertirse que para que la madre y la abuela puedan ejercer la tutela legítima, ó para que pueda discernirsele este cargo, es necesario que renuncien ante el juez á contraer segundo matrimonio mientras ejerzan la tutela y á las leyes que les impiden obligarse por otro: leyes 4 y 9, tit. 16, Part. 6, á no ser que se les hubiese concedido por el monarca dispensa de ley para que aun cuando pasen á segundo matrimonio, conserven la tutela de sus hijos y nietos, segun los artículos 1 y 2 de la Ley de 14 de abril de 1858. Mas en tal caso, no se expedirá esta cédula de autorizacion, sin constituir previamente y con aprobacion del juez la hipoteca especial correspondiente, y si antes de constituirse se mezclasen en la administracion de la tutela ó curaduría, quedará obligado su marido á prestarla de sus propios bienes, respondiendo con ella á las resultas de la administracion ilegal de su mujer: art. 201, 2011 y 211 de la Ley Hipotecaria. Si la madre ó abuela que no tuvieren la dispensa de ley mencionada, se casaren durante la tutela, perderán ésta, y el juez nombrará tutor al pariente mas proximo é idóneo del huérfano, ley 5, título 16, Part. 6. Si teniendo dicha dispensa, no constituyese la madre la hipoteca referida en el término de sesenta dias contados desde la fecha del nuevo matrimonio, nombrará ó hará nombrar el juez con arreglo á las leyes, otro tutor ó curador al huérfano ó incapacitado, bien á instancia de alguno de los parientes, ó bien de oficio, y el tutor ó curador nombrados prestarán su fianza con las formalidades que exige la ley de Enjuiciamiento, oyendo además para su aprobacion al pariente que en su caso haya pedido el nombramiento: art. 209 y 210 de la ley Hipotecaria. En este caso, la tutela que se constituye es dativa, segun indica el señor La Serena, uno de los redactores de la Ley Hipotecaria.

47. Teniendo lugar la *tutela dativa* á falta de testamentaria y de legítima, dispone el art. 1228 de la Ley que, *no habiendo pariente á quien designar, se hará constar esto debidamente, y el juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndoselo, previo lo que queda prevenido en el artículo anterior*, esto es, la aceptacion del designado y la prestacion de las fianzas en forma debida.

48. En todos los casos en que el juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente mas inmediato ó cualquiera otro de los que le sigan en orden no reuniere las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirle á otra persona que merezca su confianza: art. 1229. Esto se funda segun dice uno de los redactores de esta Ley, el señor La Serna, en que la prelación que tienen para ser tutores los parientes sobre los extraños, es cuando en ellos concurren las circunstancias y las garantías que la Ley exige para desempeñar sus funciones con provecho del pupilo. Esta disposición guarda cierta analogía con lo que dice la ley 2, tit. 16, Part. 6, sobre que tiene lugar la tutela dativa, cuando el huérfano «non ha pariente cercano que lo guarde, ó si lo ha, es embargado de manera que non lo puede ó non lo quiere guardar,» esto es, cuando tiene impedimento ó excusa para ser tutor. La circunstancia de no concurrir en los parientes las garantías que exige la Ley para la tutela, deberán hacerse constar por el juez en el expediente, puesto que no puede variar á su arbitrio el orden que marcan las leyes para las tutelas.

49. Si sobre el nombramiento se empuñare cuestion, se sustanciará en via ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de curador suyo para dicho pleito determinadamente: art. 1230, puesto que dicho tutor merece la confianza del juez, como lo prueba el hecho de haberlo nombrado, y además, nadie como el mismo nombrado tiene interés en sostener su nombramiento cuando lo ve atacado por otro, por estimularle á ello su amor propio y acaso su dignidad ó decoro. Asimismo, mientras dura el pleito continuará ejerciendo su cargo el tutor nombrado, cuidando de la persona y bienes del huérfano. No habrá, pues, necesidad de nombrar otro tutor con este objeto, ni tampoco un curador *ad litem* para el mencionado litigio, sino solo en el caso de suscitarse otro pleito, ó cuando en el mencionado, estuvieren opuestos los intereses del menor y los de su tutor, v. gr. si fuera este quien se negara á aceptar el cargo, alegando por ejemplo que habia parientes á quienes correspondia la tutela legítima del menor.

Cuando el tutor ya sea testamentario legítimo ó dativo, tuviere algún impedimento ó alguna causa para no aceptar ó ejercer el cargo, debe manifestarlo al juez en el término legal. (V. la ley 4, tit. 17, Part. 6) en un escrito sencillo y documentado: el juez oirá al promotor fiscal, y si su dictámen es favorable á la admision de la excusa, y el juez lo estimare procedente, declarará hallarse excusado el tutor ó admitida la excusa; mas si fuere esta improcedente, la desechará el juez. De esta providencia podrá apelar el agraviado para ante el Tribunal Superior, y si éste la desechara tambien, podrá ser apremiado el tutor á aceptar el cargo, condenándole en los daños y perjuicios seguidos al pupilo desde el dia en que supo el nombramiento hasta la sentencia confirmatoria ley 8, tit. 18, Part. 5.<sup>o</sup>

50. El nombramiento de tutores puede hacerse á petición de los parientes y aun de cualquiera del pueblo, ó de oficio por el juez. Asi se consigna en la ley 12, tit. 16, Part. 6, la cual impone espresamente esta obli-

gacion á los parientes llamados á la sucesion del huérfano bajo pena de perder el derecho que tuvieren á la herencia, declarándose además popular esta accion en la misma Ley; disposicion que se halla ratificada en los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria que hemos espuesto. En cuanto al juez competente para el nombramiento de tutores legítimos ó dativos y para el discernimiento del cargo á los testamentarios, lo son los de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria. (V. la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1861) y de estos el del domicilio del huérfano, el del pueblo de su nacimiento y el de su padre, y el del pueblo en que aquel tiene la mayor parte de sus bienes: ley 12, tit. 16, Parte 6.<sup>a</sup> Si varios de estos jueces hubieran nombrado á distintos tutores, lo será el primeramente nombrado, y en caso de duda, el juez del domicilio. Mas la práctica es discernir el cargo de tutor en el pueblo en que radica la testamentaria, práctica que se halla corroborada por la nueva Ley.

## SECCION II.

## DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES PARA LOS BIENES.

51. La ley 13, tit. 16, Part. 5.<sup>a</sup> consignaba la regla de que «los menores que son en su acuerdo non pueden ser apremiados que reciban curadores si non quisieren; fueras ende si ficiesen demanda á alguno en juicio ó otro la ficiese á ellos, ca estonces los juzgadores les pueden dar tales curadores.» No obstante esta regla, la misma ley á continuacion, si bien prohibia nombrar curador en testamento, declaraba que «si el juzgador entendiere que es á pro del mozo, *débelo confirmar;*» y la ley 12 del mismo título, facultaba al juez para nombrar curador al varon mayor de 14 años y á la hembra mayor de 12 y menores de 23. Los intérpretes, tratando de salvar esta antinomia, sentaban que la regla prohibitoria de la ley 13, debia entenderse limitando el derecho que daba á los menores á no recibir por curador á persona que no fuera de su agrado, ó á que si el menor designaba la persona que queria recibir por curador, la aprobara el juez si la hallaba idónea para el cargo; y asi se verificaba en la práctica. De manera que á pesar de la regla y prohibicion espuestas, habia lugar á la curatela testamentaria y á la dativa, y además se reconocia la que se verificaba por nombramiento del mismo menor.

52. La nueva ley de Enjuiciamiento sanciona la curatela testamentaria y la que á falta de ésta verifica el mismo menor limitándose las facultades del juez al discernimiento del cargo, y estendiendo y dando mas estension á la curatela testamentaria, pues admite respecto de ella los mismos casos ó iguales reglas que respecto de la tutela testamentaria, segun demuestran los siguientes artículos. Si el padre hubiere nombrado curador para sus hijos se le discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido; art. 1231, esto es, sin exigirle fianzas, si le hubiere relevado de ellas el padre, segun dicen los arts. 1219 y 1220, y cuya esposicion puede verse en

48. En todos los casos en que el juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente mas inmediato ó cualquiera otro de los que le sigan en orden no reuniere las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirle á otra persona que merezca su confianza: art. 1229. Esto se funda segun dice uno de los redactores de esta Ley, el señor La Serna, en que la prelación que tienen para ser tutores los parientes sobre los extraños, es cuando en ellos concurren las circunstancias y las garantías que la Ley exige para desempeñar sus funciones con provecho del pupilo. Esta disposición guarda cierta analogía con lo que dice la ley 2, tit. 16, Part. 6, sobre que tiene lugar la tutela dativa, cuando el huérfano «non ha pariente cercano que lo guarde, ó si lo ha, es embargado de manera que non lo puede ó non lo quiere guardar,» esto es, cuando tiene impedimento ó excusa para ser tutor. La circunstancia de no concurrir en los parientes las garantías que exige la Ley para la tutela, deberán hacerse constar por el juez en el expediente, puesto que no puede variar á su arbitrio el orden que marcan las leyes para las tutelas.

49. Si sobre el nombramiento se empuñare cuestion, se sustanciará en via ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de curador suyo para dicho pleito determinadamente: art. 1230, puesto que dicho tutor merece la confianza del juez, como lo prueba el hecho de haberlo nombrado, y además, nadie como el mismo nombrado tiene interés en sostener su nombramiento cuando lo ve atacado por otro, por estimularle á ello su amor propio y acaso su dignidad ó decoro. Asimismo, mientras dura el pleito continuará ejerciendo su cargo el tutor nombrado, cuidando de la persona y bienes del huérfano. No habrá, pues, necesidad de nombrar otro tutor con este objeto, ni tampoco un curador *ad litem* para el mencionado litigio, sino solo en el caso de suscitarse otro pleito, ó cuando en el mencionado, estuvieren opuestos los intereses del menor y los de su tutor, v. gr. si fuera este quien se negara á aceptar el cargo, alegando por ejemplo que habia parientes á quienes correspondia la tutela legítima del menor.

Cuando el tutor ya sea testamentario legítimo ó dativo, tuviere algún impedimento ó alguna causa para no aceptar ó ejercer el cargo, debe manifestarlo al juez en el término legal. (V. la ley 4, tit. 17, Part. 6) en un escrito sencillo y documentado: el juez oirá al promotor fiscal, y si su dictámen es favorable á la admision de la excusa, y el juez lo estimare procedente, declarará hallarse excusado el tutor ó admitida la excusa; mas si fuere esta improcedente, la desechará el juez. De esta providencia podrá apelar el agraviado para ante el Tribunal Superior, y si éste la desechara tambien, podrá ser apremiado el tutor á aceptar el cargo, condenándole en los daños y perjuicios seguidos al pupilo desde el dia en que supo el nombramiento hasta la sentencia confirmatoria ley 8, tit. 18, Part. 5.<sup>o</sup>

50. El nombramiento de tutores puede hacerse á petición de los parientes y aun de cualquiera del pueblo, ó de oficio por el juez. Asi se consigna en la ley 12, tit. 16, Part. 6, la cual impone espresamente esta obli-

gacion á los parientes llamados á la sucesion del huérfano bajo pena de perder el derecho que tuvieren á la herencia, declarándose además popular esta accion en la misma Ley; disposicion que se halla ratificada en los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria que hemos espuesto. En cuanto al juez competente para el nombramiento de tutores legítimos ó dativos y para el discernimiento del cargo á los testamentarios, lo son los de primera instancia de la jurisdiccion ordinaria. (V. la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1861) y de estos el del domicilio del huérfano, el del pueblo de su nacimiento y el de su padre, y el del pueblo en que aquel tiene la mayor parte de sus bienes: ley 12, tit. 16, Parte 6.<sup>a</sup> Si varios de estos jueces hubieran nombrado á distintos tutores, lo será el primeramente nombrado, y en caso de duda, el juez del domicilio. Mas la práctica es discernir el cargo de tutor en el pueblo en que radica la testamentaria, práctica que se halla corroborada por la nueva Ley.

## SECCION II.

## DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES PARA LOS BIENES.

51. La ley 13, tit. 16, Part. 5.<sup>a</sup> consignaba la regla de que «los menores que son en su acuerdo non pueden ser apremiados que reciban curadores si non quisieren; fueras ende si ficiesen demanda á alguno en juicio ó otro la ficiese á ellos, ca estonces los juzgadores les pueden dar tales curadores.» No obstante esta regla, la misma ley á continuacion, si bien prohibia nombrar curador en testamento, declaraba que «si el juzgador entendiere que es á pro del mozo, *débelo confirmar;*» y la ley 12 del mismo título, facultaba al juez para nombrar curador al varon mayor de 14 años y á la hembra mayor de 12 y menores de 23. Los intérpretes, tratando de salvar esta antinomia, sentaban que la regla prohibitoria de la ley 13, debia entenderse limitando el derecho que daba á los menores á no recibir por curador á persona que no fuera de su agrado, ó á que si el menor designaba la persona que queria recibir por curador, la aprobara el juez si la hallaba idónea para el cargo; y asi se verificaba en la práctica. De manera que á pesar de la regla y prohibicion espuestas, habia lugar á la curatela testamentaria y á la dativa, y además se reconocia la que se verificaba por nombramiento del mismo menor.

52. La nueva ley de Enjuiciamiento sanciona la curatela testamentaria y la que á falta de ésta verifica el mismo menor limitándose las facultades del juez al discernimiento del cargo, y estendiendo y dando mas estension á la curatela testamentaria, pues admite respecto de ella los mismos casos ó iguales reglas que respecto de la tutela testamentaria, segun demuestran los siguientes artículos. Si el padre hubiere nombrado curador para sus hijos se le discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido; art. 1231, esto es, sin exigirle fianzas, si le hubiere relevado de ellas el padre, segun dicen los arts. 1219 y 1220, y cuya esposicion puede verse en

la seccion anterior. *Si el padre no hubiere relevado de fianzas á la persona nombrada, no podrá discernirsele el cargo sin que las haya previamente prestado:* art. 1232; y en tal caso las fianzas serán proporcionadas al caudal que haya de administrarse. *Si la madre hubiere nombrado curador á sus hijos, se le discernirá tambien el cargo exigiéndole fianzas si no ha sido relevado de ellas, y sin exigirselas, en el caso de haber esta relevacion:* artículo 1233. *Lo dispuesto en el artículo anterior se observará tambien en el caso de que alguna persona que hubiere instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, le haya nombrado curador:* art. 1234. *Puede, sin embargo, el juez exigir fianzas al curador nombrado, en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, aun cuando haya relevacion de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal del menor:* art. 1235.

55. Al establecer la nueva Ley la curatela testamentaria en los casos que llevamos espuestos, deseosa sin embargo de respetar la regla prohibitoria de la ley 15 de Partida, de no dar curador al menor contra su voluntad, adoptando la interpretacion que de ella hacian los intérpretes y que ya hemos indicado, y teniendo en cuenta que los que se hallan sujetos á curaduría por razon de su edad, tienen suficientemente desarrollada su razon é ilustrado su entendimiento para prever los daños que puede irrogarles que sean sus curadores personas de quienes desconfian por causa de negligencia, intereses encontrados, rencor que puedan tenerles ú otra de índole análoga, les faculta para oponerse á dicho nombramiento salvo el cargo en que lo hubiere verificado el padre, pues respecto de éste no puede existir la causa que en la madre, de debilidad de sexo, ni la de falta de todo el celo necesario para acertar en la eleccion del curador que en los extraños. Así, pues, dispone en su artículo 1236, que *si el menor se opusiere al nombramiento de curador hecho por la madre ó por la persona que le haya instituido heredero ó dejándole manda de importancia, y el juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrado.* En tal caso se proveerá á esta oposicion en el espediente de jurisdiccion voluntaria, si aquella fuere justa, resolviendo en pro ó en contra de la oposicion, si no se suscitare cuestion por el curador nombrado ó por el menor; mas en caso de empeñarse cuestion sobre cualquiera de los particulares indicados en los artículos precedentes, esto es, no solo sobre el nombramiento, sino sobre si ha de darse ó no fianza, su entidad, etc., mas no sobre las excusas ó incapacidades, pues de estas se entiende, segun dijimos en el núm. 49, como entonces se convierte el acto de jurisdiccion voluntaria, en contencioso, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor si lo hubiere tenido, que hace en este caso las veces de curador para pleitos, conforme á lo prescrito en el art. 1230: segundo, el que haya sido su curador para pleitos, en los casos en que haya debido dársele, pues ya tiene acreditada su probidad é inteligencia: tercero, y á falta de los dos anteriores, el promotor fiscal del juzgado.

54. *No habiendo curador nombrado por el padre, madre ó persona que*

*haya instituido heredero al menor ó dejándole manda de importancia, y no autorizándose por derecho la curatela legitima para los bienes, ni permitiendo tampoco al juez la nueva Ley nombrar curador por su propia autoridad, correspondera al mismo menor su nombramiento,* art. 1237. *El nombramiento de curadores deberán hacerlo los menores, ante el juez, por comparecencia que suscribirán con el mismo y el escribano.*

55. Mas asi como la ley no confia ciegamente en que la madre ni el extraño que instituye heredero al menor, nombren siempre tutor á una persona hábil, celosa y leal, á quien pueda discernirsele el cargo sin exigirle fianzas, asi tampoco confia en que el menor haga siempre una eleccion ó nombramiento acertado. Por esto, dispone el art. 1239 de la ley, que *si la persona nombrada por el menor no reuniere las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el juez negarle el discernimiento y exigir del menor que nombre otro en su lugar.* Esta exigencia no debe entenderse que infringe ó quebranta la regla de la ley 12 citada, puesto que este nuevo nombramiento lo verifica el menor en persona de su agrado, que era á lo que se reducía el significado que daban á esta regla los intérpretes: por otra parte, ninguno mas interesado que el menor en hacer este nombramiento, para que nadie tenga inconveniente en celebrar con él contratos y para librarse de los peligros á que se espone no teniendo curador.

56. *Hecho el nombramiento, el juez, con audiencia del promotor, si no tuviere el menor con anterioridad curador para pleitos, y con la de éste en lugar de aquel, habiéndolo, determinará la fianza que el curador nombrado haya de prestar:* art. 1240. *La misma audiencia deberá tener lugar para apreciar y aprobar la fianza que se prestase:* art. 1241. *Aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado:* art. 1242. Estas disposiciones son análogas á las de los arts. 1224 y 1225 sobre las tutelas, por lo que les son aplicables las mismas consideraciones que hicimos respecto de estas.

## SECCION III.

## DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES EJEMPLARES.

57. El nombramiento de curadores á los que tienen alguna incapacidad intelectual para atender á sus personas y á sus bienes, lo confiere desde luego la ley al poder judicial por la especial proteccion que merecen del Estado aquellos desvalidos que, por hallarse por lo comun fuera de su familia, por haber llegado á la mayor edad, carecen de la proteccion y vigilancia que reciben de esta los menores no incapacitados. Esto, sin embargo, no obsta á la obligacion que tienen sus parientes, por los deberes de la sangre y las demás personas por ley de humanidad y caridad, de pedir al juez les provea de curadores.

Por eso se consigna en el art. 1243 de la nueva Ley de Enjuiciamiento, que *el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesitare* (es decir, que se hallare en estado de incapa-

la seccion anterior. Si el padre no hubiere relevado de fianzas á la persona nombrada, no podrá discernirsele el cargo sin que las haya previamente prestado: art. 1232; y en tal caso las fianzas serán proporcionadas al caudal que haya de administrarse. Si la madre hubiere nombrado curador á sus hijos, se le discernirá tambien el cargo exigiéndole fianzas si no ha sido relevado de ellas, y sin exigirselas, en el caso de haber esta relevacion: artículo 1233. Lo dispuesto en el artículo anterior se observará tambien en el caso de que alguna persona que hubiere instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, le haya nombrado curador: art. 1234. Puede, sin embargo, el juez exigir fianzas al curador nombrado, en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, aun cuando haya relevacion de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal del menor: art. 1235.

55. Al establecer la nueva Ley la curatela testamentaria en los casos que llevamos espuestos, deseosa sin embargo de respetar la regla prohibitoria de la ley 15 de Partida, de no dar curador al menor contra su voluntad, adoptando la interpretacion que de ella hacian los intérpretes y que ya hemos indicado, y teniendo en cuenta que los que se hallan sujetos á curaduría por razon de su edad, tienen suficientemente desarrollada su razon é ilustrado su entendimiento para prever los daños que puede irrogarles que sean sus curadores personas de quienes desconfian por causa de negligencia, intereses encontrados, rencor que puedan tenerles ú otra de índole análoga, les faculta para oponerse á dicho nombramiento salvo el cargo en que lo hubiere verificado el padre, pues respecto de éste no puede existir la causa que en la madre, de debilidad de sexo, ni la de falta de todo el celo necesario para acertar en la eleccion del curador que en los extraños. Así, pues, dispone en su artículo 1236, que si el menor se opusiere al nombramiento de curador hecho por la madre ó por la persona que le haya instituido heredero ó dejándole manda de importancia, y el juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrado. En tal caso se proveerá á esta oposicion en el espediente de jurisdiccion voluntaria, si aquella fuere justa, resolviendo en pro ó en contra de la oposicion, si no se suscitare cuestion por el curador nombrado ó por el menor; mas en caso de empeñarse cuestion sobre cualquiera de los particulares indicados en los artículos precedentes, esto es, no solo sobre el nombramiento, sino sobre si ha de darse ó no fianza, su entidad, etc., mas no sobre las excusas ó incapacidades, pues de estas se entiende, segun dijimos en el núm. 49, como entonces se convierte el acto de jurisdiccion voluntaria, en contencioso, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor si lo hubiere tenido, que hace en este caso las veces de curador para pleitos, conforme á lo prescrito en el art. 1230: segundo, el que haya sido su curador para pleitos, en los casos en que haya debido dársele, pues ya tiene acreditada su probidad é inteligencia: tercero, y á falta de los dos anteriores, el promotor fiscal del juzgado.

54. No habiendo curador nombrado por el padre, madre ó persona que

haya instituido heredero al menor ó dejándole manda de importancia, y no autorizándose por derecho la curatela legitima para los bienes, ni permitiendo tampoco al juez la nueva Ley nombrar curador por su propia autoridad, correspondera al mismo menor su nombramiento, art. 1237. El nombramiento de curadores deberán hacerlo los menores, ante el juez, por comparecencia que suscribirán con el mismo y el escribano.

55. Mas así como la ley no confia ciegamente en que la madre ni el extraño que instituye heredero al menor, nombren siempre tutor á una persona hábil, celosa y leal, á quien pueda discernirsele el cargo sin exigirle fianzas, así tampoco confia en que el menor haga siempre una eleccion ó nombramiento acertado. Por esto, dispone el art. 1239 de la ley, que si la persona nombrada por el menor no reuniere las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el juez negarle el discernimiento y exigir del menor que nombre otro en su lugar. Esta exigencia no debe entenderse que infringe ó quebranta la regla de la ley 12 citada, puesto que este nuevo nombramiento lo verifica el menor en persona de su agrado, que era á lo que se reducía el significado que daban á esta regla los intérpretes: por otra parte, ninguno mas interesado que el menor en hacer este nombramiento, para que nadie tenga inconveniente en celebrar con él contratos y para librarse de los peligros á que se espone no teniendo curador.

56. Hecho el nombramiento, el juez, con audiencia del promotor, si no tuviere el menor con anterioridad curador para pleitos, y con la de éste en lugar de aquel, habiéndolo, determinará la fianza que el curador nombrado haya de prestar: art. 1240. La misma audiencia deberá tener lugar para apreciar y aprobar la fianza que se prestase: art. 1241. Aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado: art. 1242. Estas disposiciones son análogas á las de los arts. 1224 y 1225 sobre las tutelas, por lo que les son aplicables las mismas consideraciones que hicimos respecto de estas.

### SECCION III.

#### DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES EJEMPLARES.

57. El nombramiento de curadores á los que tienen alguna incapacidad intelectual para atender á sus personas y á sus bienes, lo confiere desde luego la ley al poder judicial por la especial proteccion que merecen del Estado aquellos desvalidos que, por hallarse por lo comun fuera de su familia, por haber llegado á la mayor edad, carecen de la proteccion y vigilancia que reciben de esta los menores no incapacitados. Esto, sin embargo, no obsta á la obligacion que tienen sus parientes, por los deberes de la sangre y las demás personas por ley de humanidad y caridad, de pedir al juez les provea de curadores.

Por eso se consigna en el art. 1243 de la nueva Ley de Enjuiciamiento, que el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesitare (es decir, que se hallare en estado de incapa-

cidad, ó que, segun mencionan la ley 13, tit. 16, Part. 6, y otras, fuera loco ó imbecil, sordo-mudo de nacimiento ó pródigo), *luego que tenga noticia de su incapacidad*, y en su consecuencia, de oficio, por noticias que haya adquirido, bien por sí mismo, bien por los parientes del incapacitado que pidan se haga dicho nombramiento, bien por cualquiera del pueblo. Se confiere esta facultad al juez del domicilio, porque es el que tiene mas medios de hacerlo con mas acierto y mas urgencia, puesto que se halla en él el incapacitado.

58. Sin embargo, como de proceder el juez sin toda la prudencia y circunspeccion debidas, pudiera resultar graves y á veces irreparables perjuicios á la persona á quien se declara hallarse en aque estado, privándole de la administracion de sus bienes y acaso de su libertad, y darse lugar á los abusos que engendra á veces la avaricia, la enemistad y otras bastardas pasiones, se dispone en el art. 1244, que *á este nombramiento deberá preceder justificacion cumplida de la incapacidad*. Esta justificacion podrá verificarse en general por informacion de testigos contestes y abonados que depongan de los hechos que la acrediten, y por dictámen de facultativos que certifiquen hallarse la persona de que se trata privada del uso de la razon ó de sus facultades intelectuales, etc. Respecto de los pródigos, sostiene la mayoría de los autores que la justificacion debe consistir en la ejecutoria dada en juicio contradictorio que los declare con esta incapacidad. Sin embargo, otros dos son de opinion que basta se presente justificacion cumplida de la prodigalidad, por los medios comunes de prueba que la ley reconoce y designa en general, y Gregorio Lopez en la glosa 2.<sup>a</sup> á la ley 5, tit. 11, Part. 5, opina, que bastará la informacion de testigos que depongan haber visto á la persona que se supone ser pródigo dilapidariamente sus bienes y gastar mucho mas de lo que permiten sus facultades, opinion que vemos adoptada por la práctica en un caso elevado en recurso de casacion al Tribunal Supremo de Justicia. Véase la sentencia de 10 de noviembre de 1862, espuesta en el núm. 20. Esta práctica, que ofrece verdaderamente gravedad, puede justificarse en cierto modo teniendo en cuenta los trascendentales perjuicios que se seguirian de dilatar el nombramiento de curador al pródigo, hasta que recayera sentencia ejecutiva declarando esta incapacidad, puesto que en el largo tiempo que para ello habria de trascurrir, podria dilapidar enteramente sus bienes, reduciéndose á sí propio á su familia á la miseria. Puede favorecer tambien esta opinion y práctica la consideracion de que en los actos de jurisdiccion voluntaria pueden hacerse declaraciones de importancia, tales como la de ser una persona hijo natural de otra, para el efecto de que esta le señale alimentos provisionales, cuando se concrete dicha declaracion al expediente de jurisdiccion voluntaria, reservando á los interesados su derecho para usar de él en juicio ordinario. Véase la sentencia del 11 de abril de 1861, espuesta en el número 23, 2.<sup>o</sup> y asimismo, que puede oirse al que se supone pródigo en la forma que espresamos en el núm. 20 al fin, al esponer la sentencia de 10 de noviembre citada.

59. Acerca de las personas á quienes debe nombrar el juez curadores ejemplares, la nueva ley ha introducido notables variaciones. Nuestras antiguas leyes, entre ellas, la 4.<sup>a</sup>, tit. 16, Part. 6, prohibian ser tutor á las mujeres, á no ser la madre ó la abuela, por considerarse la tutela un cargo viril. Asimismo no establecian la tutela legítima, pues no obligaban al juez á nombrar curadores á los parientes mas cercanos del incapacitado, como hacian respecto de la tutela, limitándose únicamente la ley 5, tit. 11, Partida 5, á declarar que el juez podia dar al pródigo por tutor á un pariente ó á un estraño, por lo que, y no hablando la ley de la curadoria legítima del furioso, interpretaban los autores que la del pródigo, que se equiparaba á esta, era dativa. La nueva Ley de Enjuiciamiento ha sancionado la curatela legítima, admitiendo en ella á la mujer, madre y hermanas del incapacitado, atendiendo á las garantías de proteccion y celo que ofrecen los vivos y desinteresados afectos que inspiran estos sagrados vínculos de la sangre.

60. Asi, pues, dispone el art. 1243, que *este nombramiento de curadores deberá recaer por su orden en las personas que á continuacion se expresan, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán tambien preferidos los varones á las hembras, y el mayor al menor. Concurriendo abuelos paternos y maternos serán tambien preferidos los varones á las hembras; y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre, á los que lo fueren por la de la madre*, art. 1246.

61. Segun se ve por estas disposiciones, la escala ó el orden de parentesco que la ley obliga á seguir al juez en el nombramiento de curadores, no se estiende á los parientes que pasan de segundo grado, porque el afecto, á veces débil, que se observa entre estos parientes y la lejanía en que han vivido por lo regular respecto del incapacitado, no inspiran toda la confianza que seria de desear, sobre que emplearan todo el cuidado y celo que requiere la atencion de la persona del incapacitado, y la buena gestion de sus bienes, mucho mas si puede contribuir á disminuir este celo el interés que engendra la esperanza próxima de heredarle. Sin embargo, como esta desconfianza nace de presunciones mas ó menos fundadas, no excluye la ley absolutamente á estos parientes, sino que deja al prudente juicio del juez la apreciacion de sus cualidades y circunstancias para que pueda nombrar los curadores á falta de los de primero y segundo grados. *No habiendo, pues, ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, ó no siendo aptos para la curatela, el juez podrá nombrar á la que estimare mas á propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieran la necesaria capacidad, las que sean parientes ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres*: art. 1247.

62. *Hecho y aceptado el nombramiento, se determinará con audiencia del promotor del juzgado, el importe de la fianza que haya de prestar el curador nombrado. La misma audiencia deberá tener lugar para la apreciacion y aprobacion definitiva de la fianza que se preste*: art. 1248. Esta disposicion es igual á la del artículo 1240, con la sola diferencia de



que no ha de darse audiencia al curador que tuviere con anterioridad el menor.

63. *Dada y aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado; art. 125. Discernido el cargo, se hará entrega al curador del caudal del incapacitado por inventario que se unirá al expediente; para que conste y pueda exigírsele la responsabilidad de su mala gestion, si llegare el caso: artículo 1251.*

Este precepto envuelve la necesidad de hacer entrega al curador de los títulos y documentos correspondiente para que administre los bienes del incapacitado y perciba los frutos y rentas provenientes de los mismos, y el juzgado que hizo el nombramiento del curador tiene jurisdicción para requerir á su entrega á cualquiera que los tuviere y conocer de estas diligencias. Así se ha declarado por decisión del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de junio de 1839, sobre competencia.

64. *Se dará asimismo á reconocer al curador nombrado como tal, á quien corresponda según las circunstancias del caudal, esto es, á los administradores y arrendatarios y demás que por sus negocios necesitaren tratar con él: art. 1252.*

65. *Todo expediente que se formare para el nombramiento de curador ejemplar, hecha que sea la entrega de los bienes, se protocolizará en la escribanía pública del lugar del domicilio del incapacitado, ó en la que el juez designe si hubiere mas de una. Caso de no haber ninguna, la protocolización se hará en la escribanía de la cabeza de partido que el juez determine: art. 1251. Esta disposición tiene por objeto que pueda hallar fácilmente las noticias que fueren necesarias sobre el nombramiento del curador ejemplar, prestación de fianzas, justificaciones que se practica-*

*ron, etc.*

#### SECCION IV.

##### DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR PARA PLEITOS.

66. Según el art. 1255, de la nueva Ley, *no se nombrará curador para pleitos á los menores de doce y catorce años, ni se permitirá los nombren á los mayores de dichas dos edades respectivamente, sino cuando sus tutores ó curadores no puedan con arreglo á derechos representarlos, como sucederá cuando se promueva un pleito en que tengan intereses opuestos el pupilo y el tutor ó curador para bienes, según indicamos al esponder el artículo 1250. En su consecuencia, en todos los demás casos no podrá representar á los menores en los pleitos que ocurran, mas que su tutor ó curador, sin que por ningún pretexto se admita la representación del curador para pleitos: art. 1254; puesto que aquellos tienen la obligación de seguir los litigios y defender en juicio, así como fuera de él, los derechos de la persona que tiene en guarda: leyes 17, tit. 16, Part. 6 y 2; tit. 7, lib. 3 del Fuero Real. Estas disposiciones tienen por objeto hacer que desaparezca la prác-*

tica abusiva de algunos juzgados de nombrar á los menores ó incapacitados, cuando tenían que demandar en juicio ó eran demandados, curadores á pleitos que los representaran y defendieran, aun en el caso de tener tutores ó curadores para bienes que podian y debian representarlos judicialmente práctica que causaba perjuicios atendibles á los constituidos en tutela ó curaduría, por los gastos, dilaciones y aun desacuerdos y contiendas que originaba esta doble representación, si habia entre los mismos tutores y curadores intereses encontrados.

67. *El nombramiento de curador para pleitos cuando el juez hubiere de hacerlo, esto es, cuando fuere para un pupilo, para un incapacitado ó para un menor de 25 años, pero mayor de 14 siendo varon, y de 12 si hembra, que no es incapacitado, y no quiere nombrarle según le faculta la Ley y diremos mas adelante, debe recaer en pariente inmediato aunque no es necesario que sea en el de grado mas próximo, pero si que tampoco sea muy remoto, si lo hubiere del menor ó incapacitado, y que no tuviere en el pleito interés encontrado con el del menor: en su defecto, en persona de su intimidad ó de la de sus padres, y no habiéndolo: ó no siendo aptas las que hubiere en vecino del lugar del domicilio del menor ó incapacitado que mereciere la confianza del juez: art. 1255: escala gradual que se funda, en que es de esperar que estas personas representarán al menor y defenderán sus intereses con toda lealtad y celo. En ella se revela tambien el intento de escluir, al menos del primer orden de graduacion, á los procuradores de los juzgados, que era á quienes generalmente se conferia con autoridad á la nueva Ley, el cargo de curador para pleitos, por no haberlos ésta considerado como los mas á propósito para tal objeto, por la influencia que puede ejercer en su poco acertado desempeño el interés que tienen en la prolongacion de los litigios por los derechos que devengan en ellos. Esta exclusion ha sido tachada por algun intérprete, como introductora de una novedad que duplica las representaciones y aumenta los gastos que ocasiona el litigio, puesto que hay que comparecer en juicio por medio de un procurador según el art. 15 de la Ley; pero aunque esto último es exacto, el objeto del artículo 1255 es, que el curador á pleitos en este caso, evite las dilaciones y demás abusos que pudiera cometer el procurador, atendiendo solo á sus intereses. Sin embargo, podrá nombrar el juez á dichos procuradores, si concurriere en ellos la amistad íntima ó la vecindad á que se refiere el artículo 1255 y fueren personas de aptitud ó merecieren su confianza. Téngase presente la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 de enero de 1863, en que se declaró no haber lugar al recurso de casacion de un fallo sobre un caso en que se alegaban como infringidos el art. 1253 citado, por no hallarse una persona nombrada curador para pleitos entre aquellas en quienes con preferencia debiera recaer el nombramiento, y los 1253, 1254, 1274 y 1275, si bien se habia dejado pasar el término legal para reclamar contra la providencia en que se nombró al curador. El Tribunal Supremo declaró, que consentido el nombramiento de un curador *ad litem* por una persona que despues trató de oponerse á el, dicha persona está legalmente*

que no ha de darse audiencia al curador que tuviere con anterioridad el menor.

63. *Dada y aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado; art. 125. Discernido el cargo, se hará entrega al curador del caudal del incapacitado por inventario que se unirá al expediente; para que conste y pueda exigírsele la responsabilidad de su mala gestion, si llegare el caso: artículo 1251.*

Este precepto envuelve la necesidad de hacer entrega al curador de los títulos y documentos correspondiente para que administre los bienes del incapacitado y perciba los frutos y rentas provenientes de los mismos, y el juzgado que hizo el nombramiento del curador tiene jurisdicción para requerir á su entrega á cualquiera que los tuviere y conocer de estas diligencias. Así se ha declarado por decisión del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de junio de 1839, sobre competencia.

64. *Se dará asimismo á reconocer al curador nombrado como tal, á quien corresponda según las circunstancias del caudal, esto es, á los administradores y arrendatarios y demás que por sus negocios necesitaren tratar con él: art. 1252.*

65. *Todo expediente que se formare para el nombramiento de curador ejemplar, hecha que sea la entrega de los bienes, se protocolizará en la escribanía pública del lugar del domicilio del incapacitado, ó en la que el juez designe si hubiere mas de una. Caso de no haber ninguna, la protocolización se hará en la escribanía de la cabeza de partido que el juez determine: art. 1251. Esta disposición tiene por objeto que pueda hallar fácilmente las noticias que fueren necesarias sobre el nombramiento del curador ejemplar, prestación de fianzas, justificaciones que se practica-*

*ron, etc.*

#### SECCION IV.

##### DEL NOMBRAMIENTO DE CURADOR PARA PLEITOS.

66. Según el art. 1255, de la nueva Ley, *no se nombrará curador para pleitos á los menores de doce y catorce años, ni se permitirá los nombren á los mayores de dichas dos edades respectivamente, sino cuando sus tutores ó curadores no puedan con arreglo á derechos representarlos, como sucederá cuando se promueva un pleito en que tengan intereses opuestos el pupilo y el tutor ó curador para bienes, según indicamos al esponder el artículo 1250. En su consecuencia, en todos los demás casos no podrá representar á los menores en los pleitos que ocurran, mas que su tutor ó curador, sin que por ningún pretexto se admita la representación del curador para pleitos: art. 1254; puesto que aquellos tienen la obligación de seguir los litigios y defender en juicio, así como fuera de él, los derechos de la persona que tiene en guarda: leyes 17, tit. 16, Part. 6 y 2; tit. 7, lib. 3 del Fuero Real. Estas disposiciones tienen por objeto hacer que desaparezca la prác-*

tica abusiva de algunos juzgados de nombrar á los menores ó incapacitados, cuando tenían que demandar en juicio ó eran demandados, curadores á pleitos que los representaran y defendieran, aun en el caso de tener tutores ó curadores para bienes que podían y debían representarlos judicialmente práctica que causaba perjuicios atendibles á los constituidos en tutela ó curaduría, por los gastos, dilaciones y aun desacuerdos y contiendas que originaba esta doble representación, si habia entre los mismos tutores y curadores intereses encontrados.

67. *El nombramiento de curador para pleitos cuando el juez hubiere de hacerlo, esto es, cuando fuere para un pupilo, para un incapacitado ó para un menor de 25 años, pero mayor de 14 siendo varon, y de 12 si hembra, que no es incapacitado, y no quiere nombrarle según le faculta la Ley y diremos mas adelante, debe recaer en pariente inmediato aunque no es necesario que sea en el de grado mas próximo, pero si que tampoco sea muy remoto, si lo hubiere del menor ó incapacitado, y que no tuviere en el pleito interés encontrado con el del menor: en su defecto, en persona de su intimidad ó de la de sus padres, y no habiéndolo: ó no siendo aptas las que hubiere en vecino del lugar del domicilio del menor ó incapacitado que mereciere la confianza del juez: art. 1255: escala gradual que se funda, en que es de esperar que estas personas representarán al menor y defenderán sus intereses con toda lealtad y celo. En ella se revela tambien el intento de escluir, al menos del primer orden de graduacion, á los procuradores de los juzgados, que era á quienes generalmente se conferia con autoridad á la nueva Ley, el cargo de curador para pleitos, por no haberlos ésta considerado como los mas á propósito para tal objeto, por la influencia que puede ejercer en su poco acertado desempeño el interés que tienen en la prolongacion de los litigios por los derechos que devengan en ellos. Esta exclusion ha sido tachada por algun intérprete, como introductora de una novedad que duplica las representaciones y aumenta los gastos que ocasiona el litigio, puesto que hay que comparecer en juicio por medio de un procurador según el art. 15 de la Ley; pero aunque esto último es exacto, el objeto del artículo 1255 es, que el curador á pleitos en este caso, evite las dilaciones y demás abusos que pudiera cometer el procurador, atendiendo solo á sus intereses. Sin embargo, podrá nombrar el juez á dichos procuradores, si concurriere en ellos la amistad íntima ó la vecindad á que se refiere el artículo 1255 y fueren personas de aptitud ó merecieren su confianza. Téngase presente la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 21 de enero de 1863, en que se declaró no haber lugar al recurso de casacion de un fallo sobre un caso en que se alegaban como infringidos el art. 1253 citado, por no hallarse una persona nombrada curador para pleitos entre aquellas en quienes con preferencia debiera recaer el nombramiento, y los 1253, 1254, 1274 y 1275, si bien se habia dejado pasar el término legal para reclamar contra la providencia en que se nombró al curador. El Tribunal Supremo declaró, que consentido el nombramiento de un curador *ad litem* por una persona que despues trató de oponerse á el, dicha persona está legalmente*

incapacitada para reclamar contra un nombramiento que ha pasado ya en autoridad de cosa juzgada, y que por tanto, la sentencia que confirma el nombramiento de curador ya consentido, no puede decirse válidamente que infringe los arts. 1253, 1254, 1274 y 1275 de la Ley de Enjuiciamiento, aun en la hipótesis de que atendida su naturaleza, fueren alegables como fundamento para la casación en un pleito de aquélla especie.

68. El art. 1255 anterior, al determinar como debe efectuarse el nombramiento de curador el juez, advierte que esto ha de entenderse *cuando el juez hubiere de hacerlo*, lo cual persuade que no siempre lo verifica éste. Y en efecto, en el siguiente art. 1256, dispone la ley, que *los menores de 25 años que no estén incapacitados, y que sean mayores de catorce años, siendo varones, y de doce si hembras, podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente*. Esta disposición guarda consecuencia con la del art. 1257, que faculta á los menores para nombrar curadores para los bienes, nombramiento que es de mayor importancia que el de curadores para pleitos, puesto que aquel cargo comprende obligaciones más estensas que este. Tienen también la misma limitación que la anterior, y que contiene el artículo 1240, pues según el 1257, *queda, sin embargo, al prudente arbitrio del juez otorgar al nombrado el discernimiento del cargo ó negárselo, si creyere que no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo*. En este último caso, podrá el menor designar otra persona, mas si se negase á ello, el juez podrá verificarlo de oficio.

69. *Si sobre el discernimiento del cargo, esto es, sobre haberse verificado respecto de una persona que no tenía la aptitud ó los requisitos que la ley, exige, sobre haberse quebrantado el orden que marca el art. 1255, etc., se empeñare cuestión, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor el promotor fiscal del juzgado*, pues no teniendo en este caso tutor ni curador al menor, como en el del art. 1230, que pueda representarle, hay que recurrir á la autoridad que tiene á su cargo la defensa de los menores.

#### SECCION V.

##### DEL DISCERNIMIENTO DE LOS CARGOS DE TUTOR Y CURADOR.

70. En las secciones anteriores se ha tratado de los casos en que respectivamente debe el juez otorgar ó rehusar el discernimiento á los tutores y curadores, según que se hubiere verificado su nombramiento con arreglo á la ley, ó sin atenderse á ella, ó que concurrieren en su persona las circunstancias que la misma exige. En la presente sección se trata de la manera como deberá verificarse el discernimiento, y en su consecuencia, de las diligencias que deberán practicarse y de las justificaciones que habrán de hacerse para que pueda aquel decretarse en forma debida: así es, que expresamente las disposiciones que debe dictar el juez para preparar el modo mejor de atender á los alimentos del huérfano ó incapacitado, á la

administración de sus bienes y á las seguridades que deben dar los tutores y curadores sobre el buen desempeño de su cargo.

71. Acerca del modo de proveerse á los alimentos y educación de los constituidos en tutela ó curatela, y de indemnizarse al tutor ó curador por su administración, la nueva ley reconoce y sanciona dos medios. El primero se hallaba admitido por la práctica, según la que, cuando los frutos de los bienes de estos venían á ser iguales á los alimentos que les correspondían, el juez concedía á los tutores y curadores *frutos por alimentos*, esto es, que alimentando y educando á aquellos, según sus circunstancias, hicieran suyos los frutos, sin obligación de dar cuenta de estos. Conforme con esta práctica, la nueva ley dispone, que *antes de hacer el juez el discernimiento de todo cargo de tutor, curador para bienes ó ejemplar, teniendo en consideración la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona*, esto es, de su clase y condición, *y oyendo siempre al promotor, determinara si se entiende el desempeño del cargo fruto por pension: § 1 del art. 1261. Declarado que el ejercicio del cargo se entiende fruto por pension, y consentida y ejecutoriada esta declaración*, lo cual revela que podrá apelarse de ella por el tutor ó curador ó por el promotor fiscal, *el tutor ó curador hacen suyos los frutos del caudal*, y en su consecuencia, no tiene que dar cuenta de él, y *contraen la obligación de cubrir todas las necesidades del menor*, esto es, las relativas á su manutención, vestido y carrera, si no fuera incapacitado, según su clase, ó como dice la ley 16, tit. 10, Part. 6, «de comer e de vestir e las otras cosas que menester le fueren, según entendiere que lo debe hacer, catando todavía que lo faga según los bienes que recibió del» *y las atenciones del mismo caudal*, esto es, el pago de gravámenes y contribuciones y las reparaciones ordinarias de las fincas, pero no las extraordinarias ó hechas para utilidad perpétua ó mejora de los bienes, pues estas se hacen á espensas del menor, obteniéndose por el tutor ó curador la licencia judicial si tuviere que enagenar alguna de los bienes de este, comprendidos en el art. 1401.

72. Asimismo, anteriormente estaba declarado que el testador, especialmente si era el padre, pudiera consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produjeran sus bienes, no siendo muy pingües ó excesivos á los que, según su esfera, pudiera gastar en su educación, en cuyo caso no tenía el tutor que dar cuenta de su inversión; lo que se fundaba en las disposiciones y el espíritu que dominan en el derecho, de respetar ante todo la voluntad del padre, según aquella regla: *nonumquam tamen á voluntate patris discedit Prætor*, y lo prescrito en la ley 19, tit. 16, Part. 6, sobre que «deve criarse el huérfano en aquel lugar é con aquellas personas que mandó el padre en su testamento.» y de aquí el respetarse con tanta mayor razón la asignación que hace el padre de cuota determinada para los alimentos, á no ser insuficiente, ó que menguase ó destruyera el patrimonio del huérfano.

Adviértase que al hacer el señalamiento de frutos por pension, se atiende del estado del caudal en aquella época, sin que se entiendan comprendi-

incapacitada para reclamar contra un nombramiento que ha pasado ya en autoridad de cosa juzgada, y que por tanto, la sentencia que confirma el nombramiento de curador ya consentido, no puede decirse válidamente que infringe los arts. 1253, 1254, 1274 y 1275 de la Ley de Enjuiciamiento, aun en la hipótesis de que atendida su naturaleza, fueren alegables como fundamento para la casación en un pleito de aquélla especie.

68. El art. 1255 anterior, al determinar como debe efectuarse el nombramiento de curador el juez, advierte que esto ha de entenderse *cuando el juez hubiere de hacerlo*, lo cual persuade que no siempre lo verifica éste. Y en efecto, en el siguiente art. 1256, dispone la ley, que *los menores de 25 años que no estén incapacitados, y que sean mayores de catorce años, siendo varones, y de doce si hembras, podrán nombrar curador para pleitos á quien tengan por conveniente*. Esta disposición guarda consecuencia con la del art. 1257, que faculta á los menores para nombrar curadores para los bienes, nombramiento que es de mayor importancia que el de curadores para pleitos, puesto que aquel cargo comprende obligaciones más estensas que este. Tienen también la misma limitación que la anterior, y que contiene el artículo 1240, pues según el 1257, *queda, sin embargo, al prudente arbitrio del juez otorgar al nombrado el discernimiento del cargo ó negárselo, si creyere que no reúne las circunstancias necesarias para desempeñarlo*. En este último caso, podrá el menor designar otra persona, mas si se negase á ello, el juez podrá verificarlo de oficio.

69. *Si sobre el discernimiento del cargo, esto es, sobre haberse verificado respecto de una persona que no tenía la aptitud ó los requisitos que la ley, exige, sobre haberse quebrantado el orden que marca el art. 1255, etc., se empeñare cuestión, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor el promotor fiscal del juzgado*, pues no teniendo en este caso tutor ni curador al menor, como en el del art. 1230, que pueda representarle, hay que recurrir á la autoridad que tiene á su cargo la defensa de los menores.

#### SECCION V.

##### DEL DISCERNIMIENTO DE LOS CARGOS DE TUTOR Y CURADOR.

70. En las secciones anteriores se ha tratado de los casos en que respectivamente debe el juez otorgar ó rehusar el discernimiento á los tutores y curadores, según que se hubiere verificado su nombramiento con arreglo á la ley, ó sin atenderse á ella, ó que concurrieren en su persona las circunstancias que la misma exige. En la presente sección se trata de la manera como deberá verificarse el discernimiento, y en su consecuencia, de las diligencias que deberán practicarse y de las justificaciones que habrán de hacerse para que pueda aquel decretarse en forma debida: así es, que expresamente las disposiciones que debe dictar el juez para preparar el modo mejor de atender á los alimentos del huérfano ó incapacitado, á la

administración de sus bienes y á las seguridades que deben dar los tutores y curadores sobre el buen desempeño de su cargo.

71. Acerca del modo de proveerse á los alimentos y educación de los constituidos en tutela ó curatela, y de indemnizarse al tutor ó curador por su administración, la nueva ley reconoce y sanciona dos medios. El primero se hallaba admitido por la práctica, según la que, cuando los frutos de los bienes de estos venían á ser iguales á los alimentos que les correspondían, el juez concedía á los tutores y curadores *frutos por alimentos*, esto es, que alimentando y educando á aquellos, según sus circunstancias, hicieran suyos los frutos, sin obligación de dar cuenta de estos. Conforme con esta práctica, la nueva ley dispone, que *antes de hacer el juez el discernimiento de todo cargo de tutor, curador para bienes ó ejemplar, teniendo en consideración la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona*, esto es, de su clase y condición, y oyendo siempre al promotor, *determinara si se entiende el desempeño del cargo fruto por pension: § 1 del art. 1261. Declarado que el ejercicio del cargo se entiende fruto por pension, y consentida y ejecutoriada esta declaración*, lo cual revela que podrá apelarse de ella por el tutor ó curador ó por el promotor fiscal, *el tutor ó curador hacen suyos los frutos del caudal*, y en su consecuencia, no tiene que dar cuenta de él, y *contraen la obligación de cubrir todas las necesidades del menor*, esto es, las relativas á su manutención, vestido y carrera, si no fuera incapacitado, según su clase, ó como dice la ley 16, tit. 10, Part. 6, «de comer e de vestir e las otras cosas que menester le fueren, según entendiere que lo debe hacer, catando todavía que lo haga según los bienes que recibió del» y *las atenciones del mismo caudal*, esto es, el pago de gravámenes y contribuciones y las reparaciones ordinarias de las fincas, pero no las extraordinarias ó hechas para utilidad perpétua ó mejora de los bienes, pues estas se hacen á espensas del menor, obteniéndose por el tutor ó curador la licencia judicial si tuviere que enagenar alguna de los bienes de este, comprendidos en el art. 1401.

72. Asimismo, anteriormente estaba declarado que el testador, especialmente si era el padre, pudiera consignar al tutor por alimentos del pupilo todos los frutos que produjeran sus bienes, no siendo muy pingües ó excesivos á los que, según su esfera, pudiera gastar en su educación, en cuyo caso no tenía el tutor que dar cuenta de su inversión; lo que se fundaba en las disposiciones y el espíritu que dominan en el derecho, de respetar ante todo la voluntad del padre, según aquella regla: *nonumquam tamen á voluntate patris discedit Prætor*, y lo prescrito en la ley 19, tit. 16, Part. 6, sobre que «deve criarse el huérfano en aquel lugar é con aquellas personas que mandó el padre en su testamento.» y de aquí el respetarse con tanta mayor razón la asignación que hace el padre de cuota determinada para los alimentos, á no ser insuficiente, ó que menguase ó destruyera el patrimonio del huérfano.

Adviértase que al hacer el señalamiento de frutos por pension, se atiende del estado del caudal en aquella época, sin que se entiendan comprendi-

dos en ella los acrecentamientos extraordinarios, como por herencia, etc.

75. El otro medio de proveer á los alimentos del constituido en tutela ó curatela que tiene lugar, *caso de no declararse que se entiende el cargo fruto por pension*, es el que se verifica *señalando el mismo juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educacion, y el tanto por ciento que haya que abonarse por la administracion*: § 2.º del art. 1261: disposicion conforme con lo prescrito en la ley 20, tit. 16, Part. 6, sobre que debe el juez señalar los alimentos segun su prudente arbitrio y la riqueza del huérfano, procurando que salgan de los frutos y rentas, quedándole así salvos los bienes. *Hecho el señalamiento de suma determinada para alimentos, y de un tanto por ciento para la administracion*, que deberá ser proporcionado al trabajo que esta ocasiona, *se abonarán sus respectivos importes en sus cuentas al tutor ó curador, debiendo agregarse á la masa del caudal los productos integros del mismo*: art. 1263. Esta disposicion ha corregido nuestro antiguo derecho, segun el cual se abonaba al tutor ó curador el 10 por 100 de los productos, deducidas las espensas: ley 3, tit. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo, pues no siendo esta cuota proporcional al trabajo y desvelos que ocasionaba cada tutela, era unas veces excesiva, convirtiéndose en grangería este cargo de piedad y confianza, y otras apenas bastaba para compensar la pérdida de tiempo y de lucros que habia ocasionado aquel cargo.

74. Respecto á las fianzas, deben tambien quedar determinadas y constituidas antes del discernimiento del cargo, para que estén asegurados los intereses del menor ó incapacitado. Con este objeto previene el art. 1264 de la ley, que *al discernimiento de todo cargo de tutor ó curador deberá siempre preceder la justificacion cumplida de haber sido relevado por el padre de fianzas, ó por la madre ó persona que haya instituido heredero al menor ó dejándole manda de importancia, y de la aprobacion del juez en estos dos últimos casos, ó el otorgamiento de las correspondientes fianzas con arreglo á lo que queda prevenido en las secciones anteriores*. La justificacion de la relevacion de fianzas se hará con el testamento ó codicilo que la contenga, y la de la aprobacion del juez con la providencia en que conste.

75. Sobre la clase de las fianzas, nuestro antiguo derecho las hacia consistir en fiadores: «deben dar fiadores valiosos al juez, decia la ley 9, tit. 16, Part. 6, que prometan e se obliguen por los guardadores que ellos alñaran e guardaran bien e lealmente los bienes de los huérfanos e los frutos de ellos:» pero la nueva Ley, considerando que ofrece mas garantía el valor de un inmueble que la obligacion de una persona cuya fortuna puede desaparecer rápidamente, ha requerido *que las fianzas en los casos en que deban darse, serán siempre hipotecarias*: art. 1266. Además, *la entidad de las fianzas deberá ser proporcionada al caudal del menor ó incapacitado, con exclusion de los bienes inmuebles*, atendida no solo la época en que aquellas se constituyen, sino las posteriores respecto de los aumentos que pueda tener dicho caudal, por lo que podrá ampliarse la fianza, segun espresamente se permite por los artículos 213 y 216 de la Ley Hipotecaria

de 1861, que espusimos al explicar el art. 1224 de la de Enjuiciamiento. Véase los artículos de la Ley y Reglamentos para su ejecucion allí citados. Apoya tambien esta doctrina sobre la ampliacion de las fianzas en el caso indicado; el que segun el art. 1267, las fianzas *serán además estensivas, en los casos en que no se declare se entienda fruto por pension el desempeño del cargo, al sobrante que de las rentas ó productos del caudal quedare, despues de rebajada de ellos la suma señalada para alimentos, y el tanto por ciento de la administracion*, de manera, que no solo se estienden las fianzas á los bienes que recibió el tutor ó curador, sino á lo demás que quedare, pues que aquellas deben abrazar todo lo relativo á la gestion de los bienes.

76. El artículo 1266 escluye de la graduacion para regular la entidad de las fianzas de los bienes inmuebles del menor, con el objeto de no dificultar, haciendo aquellas demasiado gravosas, que puedan ejercer el cargo de tutores ó curadores personas que por no hallarse en la imposibilidad de dar fianzas cuantiosas, carecen de la aptitud necesaria para dicho objeto: además, los bienes inmuebles se hallan al abrigo de todo abuso del tutor ó curador por no poderse verificar su enagenacion sin licencia del juez.

77. Mas las reglas que acabamos de esponer sobre las fianzas, no son aplicables al curador para pleitos, porque no administra los bienes de los huérfanos ó incapacitados, y por eso dice Lara, cap. 24, núms. 29 al 31, que los curadores para pleitos suelen tambien afianzar el buen desempeño, (sin duda en la representacion y defensa del menor en el litigio); pero aunque no lo hagan, no por eso es nulo el acto, puesto que ni administran ni tienen que hacer inventario, ni que dar cuentas como los otros; y el artículo 1268, corroborando esta doctrina, dispone, que *para el discernimiento del cargo de curador para pleitos, basta acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras consignadas en la Ley, es decir, no son necesarias las justificaciones á que se refiere el art. 1264, ni lo prescrito en su consecuencia en los tres siguientes*.

78. *Cumpliendo cuanto queda dispuesto en los artículos que preceden, se exigirá al tutor ó curador nombrado, ya sea para bienes, ejemplar ó para pleitos que otorgue en el mismo expediente, bien de fianza y aceptacion, bien de esta sola si fuere curador para pleitos, la oportuna obligacion á desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, bajo la responsabilidad que las leyes imponen*: art. 1269. Por nuestro antiguo Derecho se imponia á los guardadores la obligacion de jurar el buen desempeño de su cargo. «E sobre todo, deben jurar los guardadores, decia la ley 9, tit. 16, Part. 6, de fazer todas las cosas que sean á pro de los huérfanos que han en guarda, e de no se entremeter de fazer cosa que se torne á daño de ellos.» Gregorio Lopez, sin embargo, afirma en su glosa 7.ª á dicha Ley, que no obstante no jurar el guardador, valdrian las transacciones ó tratos que hiciese, para que no quedaran defraudados los que trataron con el, y asimismo que podia remitir este juramento el testador. La Comision redactora de la nueva Ley, creyó que no debia exigirse el juramento, vínculo que por

desgracia no es tan eficaz en nuestros dias como en los siglos anteriores, dice su sus *Motivos de la Ley*, el señor Laserna; mas en su *Tratado de procedimientos*, se duele con razon de que se haya quitado la necesidad de prestar el jurameato que por su solemnidad y acaso por su efecto moral, dice, pudiera tal vez haberse conservado.

79. *Otorgada dicha obligacion, se estenderá en seguida la diligencia del discernimiento, en la cual el juez dará facultades al nombrado para representar al menor con arreglo á las prescripciones legales; y para cuidar de su persona y bienes: art. 1270.*

## SECCION VI.

## DISPOSICIONES COMUNES A LAS SECCIONES ANTERIORES.

80. Estas disposiciones se refieren á las medidas de inspeccion que deben tomar los jueces para que tengan cumplido efecto en todas sus consecuencias las anteriores disposiciones sobre la buena gestion de los guardadores y la conservacion de los intereses de los menores ó incapacitados, y que sea una verdad la benéfica proteccion que les dispensa la Ley.

81. Previénese, pues, en primer lugar con tan laudable propósito, que en los juzgados de primera instancia habrá un registro en que se pondrá testimonio de todos los discernimientos que se hicieren de cargo de tutor ó curador para los bienes: art. 1271, entre los que se comprende el curador ejemplar, porque tambien administra bienes; mas no el curador para pleitos por no tener esta administracion. Este registro evita que los jueces tengan que acudir á los archivos de las diversas escribanias en que se hallen los espedientes de discernimientos, teniéndolos reunidos en un solo punto y en su mismo juzgado.

82. *El dia último de cada año, y en los demás que fueren necesarios, examinarán los jueces dichos registros y dictarán en su concecuencia de oficio, de las medidas siguientes, las que correspondan, segun las circunstancias de cada caso y que les sean aplicables:*

1.ª *Si resultare haber fallecido algun tutor ó curador, esto es, si por la inspeccion del registro se advierte que se habian nombrado tutores ó curadores á sugetos que se sabe han fallecido, harán sean reemplazados como corresponde con arreglo á la Ley, esto es, si fueren testamentarios, se pondrá diligencia en que conste el fallecimiento, uniendo al espediente la partida de defuncion, y procederá el juez á designar el pariente que deba ser tutor, ó en su defecto, á elegir persona que ha de ejercer este cargo: si el fallecido fuere tutor ó curador legitimo, procederá, haciéndolo constar, á nombrar otro pariente, ó á falta de estos, un tutor dativo; y si el que murió fuere curador para bienes, requerirá el juez al menor, para que lo nombre, ó en su defecto lo nombrará él mismo, etc.*

2.ª *Si procedente de cualquiera enagenacion hubiere alguna suma depositada para darle destino determinado, procurarán tenga esto cumplido*

*efecto, para evitar que se estravie ó malverse. Esta disposicion es una confirmacion de lo prescrito en los arts. 1409 y 1410 sobre lo que debe hacerse con el precio de la venta de bienes de menores. Esta regla se hace extensiva por los intérpretes á las demás cantidades que ingresen en el patrimonio del menor, aunque no provengan de venta de bienes del mismo, v. gr. de una herencia, donacion, si debe darse á esta suma un objeto determinado, pues de no ser asi, se regirá por la regla 3.ª.*

3.ª *Exigiran tambien rindan cuentas los tutores ó curadores que deban darlas, esto es, los tutores ó curadores para bienes ó ejemplares, á quienes no se señala frutos por pension, pues en este caso no están obligados á dar cuentas segun digimos y ha decidido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 7 de abril de 1839; mas no los curadores para pleitos, puesto que no tienen la administracion de los bienes. Mas esta inspeccion del juez se refiere al caso en que hubiesen cesado los tutores ó curadores en sus funciones, mientras dura respecto del menor ó incapacitado la tutela ó curaduría por no haber llegado á la mayor edad ó permanecer en su incapacidad, que son los casos sobre este particular en que el juez tiene el deber de proteger á los menores ó incapacitados en representacion de la sociedad, v. gr., si fueron removidos ó cesaron por justa causa ó por cumplir el tiempo ó condicion de la tutela testamentaria, pues respecto de la obligacion de dar cuentas que imponen las leyes á los guardadores cuando cesaron en sus cargos por haber llegado los huérfanos á la mayor edad ó haber recobrado su capacidad, ó haber obtenido dispensa de edad, como entonces se hallaran estos en el pleno goce de sus derechos civiles, pueden pedirlos ellos mismos, y ya no incumbe al juez el deber de proteccion indicado. Véase sobre el modo de rendir las cuentas lo prescrito en los artículos 1274 y 1275.*

4.ª *Obligarán á los mismos tutores y curadores, en los casos en que no se entienda el desempeño de sus cargos frutos por pension, á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto, los sobrantes de las rentas ó productos del caudal de los menores ó incapacitados, despues de cubierta la suma señalada para alimentos y de pagado el tanto por ciento de administracion, con el objeto de que no se malversen ó sustraigan aquellos fondos; pero esto debe hacerse dejando en poder del tutor ó curador las sumas necesarias para poder atender sin estrechez al cuidado del menor ó incapacitado y á la gestion de sus bienes.*

5.ª *Procurarán la imposicion de cualesquiera fondos existentes á que no deba darse otra aplicacion especial, conforme á lo determinado en la regla 2.ª Esta disposicion tiene por objeto hacer productivos los fondos pertenecientes al huérfano, por lo que no se opone á que se impongan en establecimientos particulares si se cree mas ventajoso, puesto que no se circunscribe la imposicion á los establecimientos públicos, como se hace respecto de los fondos á que se refiere la disposicion anterior, cuyo fin es mas bien asegurar las existencias ó sobrantes de la administracion, de que se supone se ha de echar mano con frecuencia para atender á esta, y que por tanto, no*

desgracia no es tan eficaz en nuestros dias como en los siglos anteriores, dice su sus *Motivos de la Ley*, el señor Laserna; mas en su *Tratado de procedimientos*, se duele con razon de que se haya quitado la necesidad de prestar el jurameato que por su solemnidad y acaso por su efecto moral, dice, pudiera tal vez haberse conservado.

79. *Otorgada dicha obligacion, se estenderá en seguida la diligencia del discernimiento, en la cual el juez dará facultades al nombrado para representar al menor con arreglo á las prescripciones legales; y para cuidar de su persona y bienes: art. 1270.*

## SECCION VI.

## DISPOSICIONES COMUNES A LAS SECCIONES ANTERIORES.

80. Estas disposiciones se refieren á las medidas de inspeccion que deben tomar los jueces para que tengan cumplido efecto en todas sus consecuencias las anteriores disposiciones sobre la buena gestion de los guardadores y la conservacion de los intereses de los menores ó incapacitados, y que sea una verdad la benéfica proteccion que les dispensa la Ley.

81. Previénese, pues, en primer lugar con tan laudable propósito, que en los juzgados de primera instancia habrá un registro en que se pondrá testimonio de todos los discernimientos que se hicieren de cargo de tutor ó curador para los bienes: art. 1271, entre los que se comprende el curador ejemplar, porque tambien administra bienes; mas no el curador para pleitos por no tener esta administracion. Este registro evita que los jueces tengan que acudir á los archivos de las diversas escribanias en que se hallen los espedientes de discernimientos, teniéndolos reunidos en un solo punto y en su mismo juzgado.

82. *El dia último de cada año, y en los demás que fueren necesarios, examinarán los jueces dichos registros y dictarán en su concecuencia de oficio, de las medidas siguientes, las que correspondan, segun las circunstancias de cada caso y que les sean aplicables:*

1.ª *Si resultare haber fallecido algun tutor ó curador, esto es, si por la inspeccion del registro se advierte que se habian nombrado tutores ó curadores á sugetos que se sabe han fallecido, harán sean reemplazados como corresponde con arreglo á la Ley, esto es, si fueren testamentarios, se pondrá diligencia en que conste el fallecimiento, uniendo al espediente la partida de defuncion, y procederá el juez á designar el pariente que deba ser tutor, ó en su defecto, á elegir persona que ha de ejercer este cargo: si el fallecido fuere tutor ó curador legitimo, procederá, haciéndolo constar, á nombrar otro pariente, ó á falta de estos, un tutor dático; y si el que murió fuere curador para bienes, requerirá el juez al menor, para que lo nombre, ó en su defecto lo nombrará él mismo, etc.*

2.ª *Si procedente de cualquiera enagenacion hubiere alguna suma depositada para darle destino determinado, procurarán tenga esto cumplido*

*efecto, para evitar que se estravie ó malverse. Esta disposicion es una confirmacion de lo prescrito en los arts. 1409 y 1410 sobre lo que debe hacerse con el precio de la venta de bienes de menores. Esta regla se hace extensiva por los intérpretes á las demás cantidades que ingresen en el patrimonio del menor, aunque no provengan de venta de bienes del mismo, v. gr. de una herencia, donacion, si debe darse á esta suma un objeto determinado, pues de no ser asi, se regirá por la regla 3.ª.*

3.ª *Exigiran tambien rindan cuentas los tutores ó curadores que deban darlas, esto es, los tutores ó curadores para bienes ó ejemplares, á quienes no se señala frutos por pension, pues en este caso no están obligados á dar cuentas segun digimos y ha decidido el Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 7 de abril de 1839; mas no los curadores para pleitos, puesto que no tienen la administracion de los bienes. Mas esta inspeccion del juez se refiere al caso en que hubiesen cesado los tutores ó curadores en sus funciones, mientras dura respecto del menor ó incapacitado la tutela ó curaduría por no haber llegado á la mayor edad ó permanecer en su incapacidad, que son los casos sobre este particular en que el juez tiene el deber de proteger á los menores ó incapacitados en representacion de la sociedad, v. gr., si fueron removidos ó cesaron por justa causa ó por cumplir el tiempo ó condicion de la tutela testamentaria, pues respecto de la obligacion de dar cuentas que imponen las leyes á los guardadores cuando cesaron en sus cargos por haber llegado los huérfanos á la mayor edad ó haber recobrado su capacidad, ó haber obtenido dispensa de edad, como entonces se hallaran estos en el pleno goce de sus derechos civiles, pueden pedirlos ellos mismos, y ya no incumbe al juez el deber de proteccion indicado. Véase sobre el modo de rendir las cuentas lo prescrito en los artículos 1274 y 1275.*

4.ª *Obligarán á los mismos tutores y curadores, en los casos en que no se entienda el desempeño de sus cargos frutos por pension, á que depositen en el establecimiento público destinado al efecto, los sobrantes de las rentas ó productos del caudal de los menores ó incapacitados, despues de cubierta la suma señalada para alimentos y de pagado el tanto por ciento de administracion, con el objeto de que no se malversen ó sustraigan aquellos fondos; pero esto debe hacerse dejando en poder del tutor ó curador las sumas necesarias para poder atender sin estrechez al cuidado del menor ó incapacitado y á la gestion de sus bienes.*

5.ª *Procurarán la imposicion de cualesquiera fondos existentes á que no deba darse otra aplicacion especial, conforme á lo determinado en la regla 2.ª Esta disposicion tiene por objeto hacer productivos los fondos pertenecientes al huérfano, por lo que no se opone á que se impongan en establecimientos particulares si se cree mas ventajoso, puesto que no se circunscribe la imposicion á los establecimientos públicos, como se hace respecto de los fondos á que se refiere la disposicion anterior, cuyo fin es mas bien asegurar las existencias ó sobrantes de la administracion, de que se supone se ha de echar mano con frecuencia para atender á esta, y que por tanto, no*

es fácil colocarlos reproductivamente si no es en los establecimientos públicos. Nuestras leyes anteriores nada determinaban espresamente sobre este punto, de cuyo silencio se previalian algunos autores para sentar, que no tenian los guardadores tal obligacion, y que los jueces deberian andarse con mucho tiento para condenarlos á los intereses, á menos de reunirse contra ellos circunstancias muy agravantes, como la de haber puesto á interés su dinero, al mismo tiempo que tuvieron ocioso el del pupilo. Febrero, sin embargo, sentaba, que los guardadores debian tambien emplear el dinero sobrante para que produjera y no estuviese ocioso, bien fuera imponiéndolo á censo, ó comprando fincas, pues de otro modo serian responsables á los intereses que pudiera haber rendido estando empleado. Y en efecto, la obligacion de imponer ó emplear productivamente los fondos del huérfano, se deducia de las leyes de Partida que obligaban á procurar los frutos naturales de los bienes de aquel, con los que guardan grande analogia los frutos civiles, tales como la ley 15, tit. 6, Part. 6, que dice: «deben los guardadores hacer labrar las heredades de cuidar los ganados que fallaren;» la 9, que les impone la obligacion general de «facen todas las cosas que sean á pro de los huérfanos,» y la 21, que les obliga «á dar buena cuenta e verdadera de todos los bienes del huérfano e entregarlo todo al mismo, obligacion estensiva á sus fiadores y á sus herederos y á todos sus bienes, y corroborada por la ley 23, tit. 13, Part. 5.<sup>a</sup> Esta interpretacion y doctrina ha sido ratificada últimamente por el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 10 de marzo de 1839, sobre un recurso de casacion en la cual se ha consignado, que es innegable la obligacion de todo tutor de mirar por los intereses de los menores, conservando los bienes, no solo con toda seguridad, sino de un modo productivo, y si por su descuido ó culpa dejan estos de reeditar, es el tutor responsable á los intereses, porque de otro modo no da la buena cuenta e verdadera que exige la ley, y que el tutor de que se trataba, lejos de tener un buen recabdo y de un modo productivo los bienes de sus pupilos, dejó un considerable alcance contra sí, que nada produjo desde el dia en que resultó liquidado, siendo, por consiguiente, indudable su responsabilidad al resarcimiento de este perjuicio, y lo mismo la de sus fiadores, por la obligacion que contrataron en la escritura de fianza, y por las que les imponia en consecuencia de esta, la ley 1.<sup>a</sup> tit. 1.<sup>o</sup> lib. 10 de la Nov. Recop.

6.<sup>a</sup> Tomando al efecto las noticias que estimen necesarias del estado de la gestion de la tutela ó curatela, adoptarán las determinaciones que estimen convenientes para evitar los abusos y remediar los que puedan haberse cometido, regla que deja la ley, en su ejercicio, al prudente arbitrio de juez, por la dificultad de designar y prever los diversos casos en que deba tener aplicacion, y en la que deberá la autoridad judicial evitar, ya una fiscalizacion que pueda entorpecer el desahogo natural que debe dejarse á toda gestion, ya una tolerancia que pudiera ocasionar perjuicios á los intereses sagrados de aquellas personas desvalidas.

85. Tales son las diversas reglas consignadas en el art. 1272 de la ley

para velar por el buen desempeño de los cargos de la tutela y curaduría. Pero estas reglas no tienen aplicacion respecto de todos los guardadores, pues segun el art. 1273, *lo prevenido en el artículo anterior no se entiende con los tutores ó curadores nombrados por el padre y á quienes este haya relevado de fianzas*, por la seguridad que inspira de que los guardadores llevarán cumplidamente sus deberes, la confianza que de ellos hizo el padre que debia conocer á fondo sus cualidades y circunstancias personales. Sin embargo de esta disposicion, creemos que es aplicable á dichos tutores ó curadores la regla 1.<sup>a</sup> del art. 1272, por no referirse á la mayor ó menor confianza que se tuviere en el tutor ó curador; la 2.<sup>a</sup> del mismo sobre que procure el juez que los guardadores empleen la suma que hubiese depositada procedente de cualquiera enagenacion para darle destino determinado, puesto que en el art. 1409 de la ley se previene al juez en general, cuide, bajo su responsabilidad, de que se dé al precio que se haya obtenido de la venta de bienes de menores la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion para dicha venta, y que esta disposicion es general, asi como la necesidad de pedir tal autorizacion, sin escluirse á los guardadores que diera el padre. Asimismo les es aplicable la regla 3.<sup>a</sup> del citado art. 1272 sobre que exijan los jueces rindan cuentas los tutores y curadores que deban darlas, pues lo contrario seria dar lugar á abusos que pudieran ocasionar graves perjuicios á los menores; por lo que, segun sienta el señor Laserna en sus *Elementos de derecho civil*, no se liberta de la obligacion de dar cuentas el guardador aunque el testador le haya relevado de ella.

84. *Sobre las cuentas que los tutores ó curadores rindieren durante aun la menor edad de sus pupilos, ó menores ó la incapacidad de los que estuvieren bajo este concepto en curaduría, se oirá siempre al curador para pleitos de los mismos, si lo tuvieren, y si no, á los promotores fiscales*, artículo 1274; disposicion análoga á la de los arts. 1250, 1256 y 1260, y que no comprende el caso en que las cuentas se dieren después de cumplir la mayor edad los menores, ó de haber los incapaces recobrado su capacidad, porque entonces estos se defienden por sí, y no se está en el caso de dispensarles la sociedad la inmediata proteccion del ministerio público.

85. *No oponiendo los menores, ni los que, á pesar de estar sometidos á curaduría ejemplar tuvieran el uso de sus facultades mentales, como los pródigos, ni sus curadores para pleitos ó promotores en su caso* (esto es, si no tuvieren dichos curadores), *reparo á las cuentas, se probarán, por providencia del juez, con la cualidad de sin perjuicio del derecho que las leyes conceden á los mismos para reclamar cualquier agravio que en ellas pueda haberseles causado*: art. 1275. La ley usa en este artículo de la frase *cualquier agravio*, de suerte que los menores podrán reclamar el beneficio de la restitucion si creyeren asistirlas. Si hubiere oposicion se hace contencioso el espediente y se sustanciará en juicio ordinario, de mayor ó de menor cuantía, segun el importe del perjuicio inferido, que pudo apreciarse, como toda reclamacion de agravios. El juez no está obligado, cuando no hubiere oposicion, á aprobar las cuentas, sino que de no juzgarlas arregladas á dere-



cho, ó de notarse en ellas faltas, omisiones ó abusos, tomará las medidas que juzgue oportunas para suplir ó corregir estos, y aun dictar providencia desaprobándolas.

Para conocer de los pleitos en que se ejerciten acciones, respecto á la dacion de cuentas ó á la gestion de los guardadores, es juez competente el del lugar en que se hubiere administrado lo principal y no el de la residencia del tutor ó el en que existen la mayor parte de los bienes del menor, lo cual es mas atendible cuando el guardador y el menor no tienen un mismo domicilio. Decisión del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de setiembre de 1837.

86. Finalmente, la nueva Ley contiene una disposicion importante sobre la remocion de los tutores ó curadores sospechosos, ó que por su mala versacion ó conducta hacen temer que disiparán los bienes del huérfano ó le enseñaran malas costumbres, previniendo en su artículo 1276, que *los tutores ó curadores, ya sean para los bienes, ya para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdiccion voluntaria, aun cuando sea á solicitud de los menores. Para decretar su separacion, despues de discernido el cargo, es indispensable oírlos y vencerlos en juicio.* Esta disposicion viene á ratificar nuestras antiguas leyes sobre esta materia, desatendidas á veces en la práctica. Segun las leyes 2 y 3, tit. 18, Part. 6, podian proponer la acusacion de sospechoso las personas unidas con el huérfano por lazos de parentesco ó de afecto, aunque fueran mujeres, el menor con el consejo de sus parientes si llegó á la pubertad, y el mismo juez de oficio. Y en cuanto al procedimiento, previene la ley 5.ª que *«luego que el guardador es acusado por sospechoso e el pleito de la acusacion es comenzado por demanda e por respuesta, debe el juez dar á otro ome bueno en fieldad la guarda del mozo e de sus bienes, fasta que el pleito sea acabado.* La frase e el pleito de la acusacion es comenzado por demanda e por respuesta se entendia por algunos como encerrando un sentido condicional y como suponiendo que podia verificarse dicha acusacion sin necesidad de juicio contencioso, en acto de jurisdiccion voluntaria como el nombramiento de los tutores y curadores, y de aquí el pedirse en la práctica la remocion por este medio y de que se accediera á ella, sin oírse á los interesados, con menoscabo de su buen concepto y fama, y con perjuicio por lo comun de los menores. Asi mismo, era opinion que el curador para pleitos podia ser removido sin expresion ni prueba de la causa, apoyándose en que se equipara al simple procurador ó apoderado. V. Gutier. part. 1, cap. 19, núm. 26. Mas la nueva Ley, fundada en la nota desfavorable que imprime la remocion por sospechoso, por suponer mala conducta en el tutor ó curador, ha querido que, tanto respecto del tutor ó curador para bienes como para pleitos, sea necesario, para decretar la remocion, presentar demanda formal que deberá sustentarse con audiencia de los interesados por todos los trámites del juicio ordinario hasta que recaiga sentencia ejecutoria.

87. Debemos advertir finalmente, que respecto de la obligacion en que se hallan los tutores y curadores de formar inventario y demás, consigna-

das en nuestra legislación anterior sobre que guarda silencio la nueva Ley, debe entenderse como refiriéndose á la misma.

## TITULO IV.

### De los depósitos de personas.

#### § I.

#### *De los depósitos de personas en general.*

88. El depósito de personas á que se refiere la ley de este título, es el que se verifica por la autoridad competente, constituyendo bajo la custodia ó responsabilidad de una persona abonada, á las que necesitan de su asistencia, ya por su menor edad ó por falta de sus facultades intelectuales y por su estado de abandono, ya por hacer temer las circunstancias especiales en que se hallan, que sean oprimidas ó violentadas injustamente por los que ejercen sobre ellas autoridad en el orden de las familias. Este depósito es provisional mientras duran estas circunstancias especiales, ó mientras se provee de guardadores á los menores ó incapacitados.

Fúndanse, pues, estas disposiciones en la necesidad imperiosa que tiene todo Gobierno de proteger la seguridad personal y el legítimo ejercicio de la libertad de accion de sus súbditos, para realizar debidamente los altos fines de la sociedad.

En su consecuencia, el art. 1277 de la ley previene, que *podrá decretarse el depósito* en cinco casos, por ser los en que ha creído que podia temerse injusta opresion ó haber verdadero abandono, evitando con esta limitacion los abusos y fraudes, á que podria dar lugar una proteccion ilimitada bajo este punto por parte de la autoridad pública; pero sin que por eso deje de atenderse en nuestro juicio á los casos análogos que pudieran ocurrir.

1.º *De mujer casada que se proponga intentar ó haya intentado demanda de divorcio ó querrela de adulterio*, porque en tales casos hay fundado temor de que no goce de la libertad necesaria para entablar ó seguir su accion judicial, y de que experimente de parte de su consorte vejaciones ó malos tratamientos, y no solo cuando la demanda se funde en servicio de trato, sino tambien en cualquiera otra de las causas que dan lugar al divorcio, puesto que todas ellas tienen que originar desavenencias graves entre los cónyuges. Lo mismo debe entenderse si la demanda fuese sobre la nulidad del matrimonio. Sin embargo, para que se proceda al depósito, es necesario que lo pida la mujer segun el artículo 1281, puesto que ella es la que puede calcular hasta qué punto puede temer verse oprimida ó violentada.

2.º *De mujer casada contra la cual haya intentado su marido demanda de divorcio ó acusacion de adulterio*, porque en este caso es de temer con mayor razon que en el anterior, que el marido oprima ó maltrate á su mujer

cho, ó de notarse en ellas faltas, omisiones ó abusos, tomará las medidas que juzgue oportunas para suplir ó corregir estos, y aun dictar providencia desaprobándolas.

Para conocer de los pleitos en que se ejerciten acciones, respecto á la dacion de cuentas ó á la gestion de los guardadores, es juez competente el del lugar en que se hubiere administrado lo principal y no el de la residencia del tutor ó el en que existen la mayor parte de los bienes del menor, lo cual es mas atendible cuando el guardador y el menor no tienen un mismo domicilio. Decisión del Tribunal Supremo de Justicia de 11 de setiembre de 1837.

86. Finalmente, la nueva Ley contiene una disposicion importante sobre la remocion de los tutores ó curadores sospechosos, ó que por su mala versacion ó conducta hacen temer que disiparán los bienes del huérfano ó le enseñaran malas costumbres, previniendo en su artículo 1276, que *los tutores ó curadores, ya sean para los bienes, ya para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdiccion voluntaria, aun cuando sea á solicitud de los menores. Para decretar su separacion, despues de discernido el cargo, es indispensable oírlos y vencerlos en juicio.* Esta disposicion viene á ratificar nuestras antiguas leyes sobre esta materia, desatendidas á veces en la práctica. Segun las leyes 2 y 3, tit. 18, Part. 6, podian proponer la acusacion de sospechoso las personas unidas con el huérfano por lazos de parentesco ó de afecto, aunque fueran mujeres, el menor con el consejo de sus parientes si llegó á la pubertad, y el mismo juez de oficio. Y en cuanto al procedimiento, previene la ley 5.ª que *«luego que el guardador es acusado por sospechoso e el pleito de la acusacion es comenzado por demanda e por respuesta, debe el juez dar á otro ome bueno en fieldad la guarda del mozo e de sus bienes, fasta que el pleito sea acabado.* La frase e el pleito de la acusacion es comenzado por demanda e por respuesta se entendia por algunos como encerrando un sentido condicional y como suponiendo que podia verificarse dicha acusacion sin necesidad de juicio contencioso, en acto de jurisdiccion voluntaria como el nombramiento de los tutores y curadores, y de aquí el pedirse en la práctica la remocion por este medio y de que se accediera á ella, sin oírse á los interesados, con menoscabo de su buen concepto y fama, y con perjuicio por lo comun de los menores. Asi mismo, era opinion que el curador para pleitos podia ser removido sin expresion ni prueba de la causa, apoyándose en que se equipara al simple procurador ó apoderado. V. Gutier. part. 1, cap. 19, núm. 26. Mas la nueva Ley, fundada en la nota desfavorable que imprime la remocion por sospechoso, por suponer mala conducta en el tutor ó curador, ha querido que, tanto respecto del tutor ó curador para bienes como para pleitos, sea necesario, para decretar la remocion, presentar demanda formal que deberá sustentarse con audiencia de los interesados por todos los trámites del juicio ordinario hasta que recaiga sentencia ejecutoria.

87. Debemos advertir finalmente, que respecto de la obligacion en que se hallan los tutores y curadores de formar inventario y demás, consigna-

das en nuestra legislación anterior sobre que guarda silencio la nueva Ley, debe entenderse como refiriéndose á la misma.

## TITULO IV.

### De los depósitos de personas.

#### § I.

#### *De los depósitos de personas en general.*

88. El depósito de personas á que se refiere la ley de este título, es el que se verifica por la autoridad competente, constituyendo bajo la custodia ó responsabilidad de una persona abonada, á las que necesitan de su asistencia, ya por su menor edad ó por falta de sus facultades intelectuales y por su estado de abandono, ya por hacer temer las circunstancias especiales en que se hallan, que sean oprimidas ó violentadas injustamente por los que ejercen sobre ellas autoridad en el orden de las familias. Este depósito es provisional mientras duran estas circunstancias especiales, ó mientras se provee de guardadores á los menores ó incapacitados.

Fúndanse, pues, estas disposiciones en la necesidad imperiosa que tiene todo Gobierno de proteger la seguridad personal y el legítimo ejercicio de la libertad de accion de sus súbditos, para realizar debidamente los altos fines de la sociedad.

En su consecuencia, el art. 1277 de la ley previene, que *podrá decretarse el depósito* en cinco casos, por ser los en que ha creído que podia temerse injusta opresion ó haber verdadero abandono, evitando con esta limitacion los abusos y fraudes, á que podria dar lugar una proteccion ilimitada bajo este punto por parte de la autoridad pública; pero sin que por eso deje de atenderse en nuestro juicio á los casos análogos que pudieran ocurrir.

1.º *De mujer casada que se proponga intentar ó haya intentado demanda de divorcio ó querrela de adulterio*, porque en tales casos hay fundado temor de que no goce de la libertad necesaria para entablar ó seguir su accion judicial, y de que experimente de parte de su consorte vejaciones ó malos tratamientos, y no solo cuando la demanda se funde en servicio de trato, sino tambien en cualquiera otra de las causas que dan lugar al divorcio, puesto que todas ellas tienen que originar desavenencias graves entre los cónyuges. Lo mismo debe entenderse si la demanda fuese sobre la nulidad del matrimonio. Sin embargo, para que se proceda al depósito, es necesario que lo pida la mujer segun el artículo 1281, puesto que ella es la que puede calcular hasta qué punto puede temer verse oprimida ó violentada.

2.º *De mujer casada contra la cual haya intentado su marido demanda de divorcio ó acusacion de adulterio*, porque en este caso es de temer con mayor razon que en el anterior, que el marido oprima ó maltrate á su mujer

ó la prive de la libertad necesaria para su defensa, á lo que se agrega, como dice el señor Laserna en sus *Motivos*, el horrible suplicio que pasaria la mujer si se la obligara á vivir con quien la acusa de tan horroroso delito, y de aquí se deduce claramente, que quien debe pedir el depósito en este caso, es tambien la mujer, como asimismo se infiere de lo prescrito en el art. 1298. Además en el caso de malos tratamientos por parte del marido, tiene la mujer espedido el remedio de intentar demanda de divorcio por servicia de trato, y pedir el depósito bajo este concepto.

3.º *De mujer soltera que trate de contraer matrimonio contra la voluntad de sus padres ó curadores.* Esta disposicion tiene tambien por objeto evitar á las menores los malos tratamientos por parte de los que las tienen bajo su guarda, y que se les coarte la libertad para hacer uso de su derecho. Pudiendo temerse iguales abusos é inconvenientes, respecto de los hijos que tienen tambien la obligacion de pedir dicho consentimiento, se ha interpretado por algunos autores, entre ellos el señor Laserna, que esta disposicion es aplicable tanto á las hembras como á los varones que se hallen en este caso. Para que pueda constituirse en depósito la mujer soltera en este caso, debe segun el art. 1501, preceder orden de la autoridad á quien compete conocer de los expedientes de disenso. Tanto esta disposicion como la anterior de la Ley de Enjuiciamiento, han sufrido importantes reformas que la ley de 18 de junio de 1862, sobre el consentimiento que han de obtener los menores de edad para contraer matrimonio, puesto que la Ley de Enjuiciamiento se refirió á la legislación vigente sobre esta materia en la época en que se promulgó, esto es, á la ley 18, tit. 2, lib. 10 de la Novísima Recopilacion y al real decreto de 30 de agosto de 1836, que facultaba á los menores de edad que tenían obligacion de pedir, para contraer matrimonio, el consentimiento de sus padres, abuelos y curadores, para recurrir cuando creían que se les negaba sin razon ó injustamente, á la autoridad competente, que era el gobernador civil de la provincia en que se hallaban domiciliados, para que despues de tomar los informes que creia oportunos, formase un expediente gubernativo que se llamaba de *irracional disenso*, con el objeto de suplir el consentimiento de la persona á quien por la ley compete darlo á la ley 16, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Recop., y á la real orden de 1.º de julio de 1846, que disponian que cuando las hijas de familia no gozasen en la casa paterna ó de aquel cuyo consentimiento debían obtener, la libertad suficiente para manifestar su voluntad, la autoridad debia decretar el depósito de aquellas, eligiendo una casa en la que no pudieran influir para su determinacion ni los padres que se opusieren al matrimonio ni el que deseaba contraerlo con ellas. Mas en el dia, segun el art. 14 de la ley de 18 de junio citada, las personas autorizadas para prestar su consentimiento para el matrimonio del hijo de familia que no ha cumplido 25 años y de la hija que no ha cumplido 20, que son los que tienen obligacion de pedir dicho consentimiento, no necesitan espresar las razones en que se funden para rehusarle, y *contra su disenso, no se dará recurso alguno.* En su consecuencia, no puede, pues, verificarse el caso de depósito de

soltera menor de 20 años ni de soltero menor de 25, que traten de contraer matrimonio contra la voluntad de sus padres á que se refiere el caso 5.º del artículo 1277 de la Ley de Enjuiciamiento, ni preceder al depósito la orden de la autoridad á quien compete conocer de los expedientes de disenso, puesto que no tiene lugar el recurso de irracional disenso, ni puede suplirse por la autoridad el consentimiento de las personas de la familia que están facultadas para darle, ni pueden los referidos menores contraer dicho matrimonio bajo condicion alguna.

Mas no obstante, disponiéndose en el art. 15 de dicha ley de 18 de junio, que los hijos legítimos mayores de 25 años y las hijas mayores de 20, pedirán consejo para contraer matrimonio á sus padres ó abuelos, y si no fuere el consejo favorable, no podrán casarse hasta despues de transcurridos tres meses desde la fecha en que lo pidieron, como en este caso, el hijo ó hija de familia tiene facultad ó derecho para contraer el matrimonio referido aun contra el consejo ó negativa de sus padres ó abuelos, transcurridos que sean los tres meses de expectativa respetuosa que prescribe la ley, y como en este plazo pudieran militar razones atendibles que reclamaran la conveniencia de separar de su familia á los menores ó de constituirlos en depósito en el domicilio de algun pariente ó persona de todo respeto y confianza, tales por ejemplo, como disensiones y querellas ó disgustos, y aun malos tratamientos á que pudiera dar motivo el proyectado matrimonio, parece que podrá tener lugar el depósito de dichos menores á que se refiere el artículo 1277 de la ley, y conforme á las disposiciones de los 1501 al 1513, aunque con las modificaciones consiguientes á las nuevas reformas efectuadas sobre esta materia, segun espondremos mas adelante. Mas si no tuvieren lugar estos disgustos graves, disensiones ó violencias, si las querellas no escudieren de los términos consiguientes á la controversia ú oposicion que ocasiona y requiere la persuasion ó el vencimiento de una pasion mal dirigida, no juzgamos que deba verificarse la separacion de los menores de quienes tratamos del lado de personas tan respetables como sus padres ó abuelos, pues con esta medida podrá causarse á los menores el grave perjuicio de impedir que aquellos, con sus sábios consejos y reflexiones, evitaren un enlace á todas luces inconveniente, y darse ocasion á los menores para salir de la casa paterna con tales pretextos, dando lugar á abusos numerosos y trascendentales. Estas dos alternativas se hallan en nuestro juicio, apoyadas por las siguientes palabras que pronunció en la sesion del Senado de 31 de mayo de 1862, el señor Gomez de Laserna. Este término, dijo, se da al padre para que pueda influir con su prudencia y consejos en bien del hijo; es á la vez un medio que se da al hijo ó un recurso ó espacio de tiempo para que reflexione y no vaya precipitadamente á contraer un matrimonio que sea inconveniente y que quizá á los pocos dias considerase como una carga insoportable. Además los hijos como las hijas tienen este tiempo tambien como recurso natural para librarse de la opresion que pudieran sufrir de sus padres.

4.º *Del hijo ó hija de familias, pupilo ó pupila que sean maltratados*

por sus padres, tutor ó curador ú obligados por los mismos á actos reprobados por las leyes; ó por la moral, pues si bien los padres, tutores ó curadores, tienen la facultad de reprender y aun corregir á sus hijos ó pupilos, con mas ó menos severidad á proporcion de la mayor autoridad que les atribuyen los íntimos vínculos de la sangre ó aquellos cargos protectores, esta facultad no debe dejenerar nunca en crueldad ó tiranía, sino antes bien ir siempre templada por el afecto que aquellos mismos vínculos engendran. Todavía es mas repugnante que aquellos á quienes la ley la Providencia misma ha puesto para sembrar y desarrollar en los corazones y en las inteligencias juveniles la semilla de la virtud, tuerzan y dirijan sus instintos hacia la relajacion, la inmoralidad y el vicio. En tales casos, la ley debe dar medios para recurrir á la autoridad pública y amparar con su égida protectora á aquellos desgraciados seres, que si bien deben respeto y obediencia á los que los tienen bajo su custodia, esta obediencia se entiende en cuanto no afecte á la moral, en cuanto no se refiera á lo ilícito, segun aquel precepto; *magis Deo obediendum quam hominibus.*

5.º De huérfano ó incapacitado que queden en abandono por la muerte de la persona á cuyo cargo estuvieren, para evitar queden reducidos á la miseria ó tal vez á la muerte estas personas desvalidas.

89. Acerca de la jurisdiccion competente para conocer de los depósitos de personas, la nueva ley ha introducido una innovacion importante, disponiendo en su art. 1278, que solo los jueces civiles ordinarios pueden decretar los depósitos en todos los casos de que habla el artículo anterior.

Por esta disposicion se ha cerrado, pues, la puerta, como dice el señor Gomez de Laserna en sus motivos de la Ley, para atender en estos negocios á la autoridad eclesiástica, á los jueces de los fueros privilegiados, y á los funcionarios del orden administrativo. No podrá ya, pues, entender en el dia, como lo hacia anteriormente la autoridad eclesiástica, del depósito de mujer casada en las causas de divorcio ó de nulidad de matrimonio, cuando se pedia aquel en la misma demanda, (lo cual no dejará de ocasionar por lo menos á los cónyuges los gastos y dilaciones consiguientes á la remision de este incidente á la jurisdiccion ordinaria), ni tampoco podrán conocer del depósito de los jóvenes menores de edad que desean casarse sin el consentimiento (hoy en su caso sin el consejo) de sus padres ó abuelos, los alcaldes á quienes conferia esta facultad la real orden de 1.º de julio de 1846, como delegados de los gobernadores de provincia; ni la jurisdiccion militar ordinaria ó privilegiada, conocerá ya de los depósitos de personas de que entendian antes de la nueva Ley.

Mas téngase presente que por sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1860, se ha declarado, que la jurisdiccion que la Ley de Enjuiciamiento civil concede exclusivamente á los jueces civiles ordinarios en lo relativo á depósitos de personas, está limitada á proveer al desvalido de la cama y ropas de uso diario, señalarle alimentos provisionales y nombrarle en su caso curador para pleitos, sin tener en su consecuencia autoridad para conocer de ulteriores cuestiones, ni de las reclamaciones sobre el de-

recho á percibir los alimentos ó sobre su entidad, pues estas deben sustanciarse segun el art. 1318 en juicio ordinario, y asimismo todas las demás que no son de naturaleza urgente, y de este juicio debe conocer el juez del fuero del demandado. (Véase lo espuesto en el número 22, § 5.º de este libro 4.º)

90. En la misma jurisdiccion civil ordinaria, está limitado el conocimiento de esta materia á los jueces del lugar mas beneficioso para las personas que reclama el depósito. Por eso declara el art. 1279, que es juez competente para decretar los mismos depósitos el de primera instancia del domicilio de la persona que deba ser depositada, porque en él es donde se padece la opresion, la violencia ó el abandono, y donde se puede poner mas pronto el urgente remedio que reclama. Por esta misma razon y sin embargo de la disposicion que precede, cuando la persona que deba ser depositada se encontrara fuera de su domicilio, y lo exigieren circunstancias especiales, que serán todas las que reclamen tal urgencia en el depósito para subvenir debidamente á la opresion ó abandono que sufre aquella persona y que no dé tiempo para que conozca del depósito desde luego el juez del domicilio, podrá el juez del lugar en que se encontrase decretar el depósito, pero aun este caso, solo interina y provisionalmente, remitiendo las diligencias al del domicilio y poniendo la persona á su disposicion, para que determine si debe ó no hacerse el depósito definitivamente y en qué caso, etc. Pero tanto este juez como el del caso anterior, deberán ser los jueces de primera instancia y no los de paz, por la prudencia y cordura y conocimientos especiales que requiere lo grave y delicado de esta clase de asuntos, segun espresa el señor Laserna en sus Motivos de la Ley. Mas el juez de primera instancia podrá cuando la mujer que pide el depósito se hallare en pueblo distinto del en que esté situado el juzgado, dar comision al de paz, pues entonces éste se limita á lo que aquel le ordena y obra bajo su direccion: artículo 1291 de la Ley.

## § II.

*Depósito de mujer casada que intenta demanda de divorcio ó querrela de adulterio.*

91. Para decretar el depósito en el caso del párrafo 1.º del art. 1277, esto es, de mujer casada que se proponga intentar ó haya intentado demanda de divorcio ó querrela de adulterio, deberá preceder solicitud por escrito de la mujer: art. 1281. Es, pues, necesario que pida el depósito la mujer, segun se hallaba prescrito por nuestra anterior legislación, porque ella es quien puede apreciar mejor que nadie hasta qué punto puede temer opresion, violencias ó malos tratamientos por parte de su marido de quien desea separarse, ó si le es ó no conveniente esta prévia separacion. No podrá, pues, proceder para constituir el depósito el juez de oficio, porque esto seria faltar al respeto y quebrantar el secreto del hogar doméstico,

tan sagrados para toda sociedad bien organizada, y solamente podrá el juez en caso de que los malos tratamientos constituyan delito ó produzcan escándalo ó alarma para la sociedad, proceder de oficio al conocimiento de estos sucesos por exigirlo así el orden público, mas solo para el efecto de castigarlos, no para verificar el depósito de la mujer, si ésta no lo pidiere. La solicitud debe hacerse por escrito para que conste más fácilmente, pero no es necesario que la escriba ó firme la mujer, si no pudiere por falta de libertad ó por ignorancia u otro motivo atendible, bastando que la escriba y firme un tercero á su nombre, con tal que la mujer reconozca su certidumbre y se ratifique despues en ella.

92. No se faculta tampoco al marido para pedir el depósito; porque este se ha constituido, segun dice el señor Gomez de Laserna en la Revista de Legislacion, tomo 14, solo y exclusivamente en beneficio de la mujer. Terrible seria en efecto, dice, su situacion, si cuando se ha visto constituida en la tristísima necesidad de intentar la demanda de divorcio ó de querrellarse por el adulterio del marido, tuviera que permanecer por fuerza en la casa del demandado ó acusado, sujeta á él, como al jefe de la familia, oprimida en su libertad, coartada en su defensa y espuesta tal vez á los tormentos inhumanos del que la habia puesto en la situacion angustiosa en que se hallaba. (Véase lo que decimos en el número 93).

93. *Presentada la solicitud, se trasladará el juez acompañado del escribano á la casa del marido, y sin que se halle este presente, hará comparecer á la mujer para que manifieste si se ratifica ó no en el escrito en que haya pedido el depósito: art. 1282.* Se prohibe la presencia del marido para evitar contestaciones entre los cónyuges que pudieran enconar mas sus ánimos ó coartar la libertad de la mujer para ratificarse. Si la mujer se hubiere refugiado en casa de sus padres ó de otra persona por evitar la cólera del marido, son de opinion algunos autores que el juez deberá trasladarse á ella con el escribano y verificar allí la ratificacion; pero otros intérpretes juzgan que la comparecencia ha de verificarse en la casa del marido precisamente, fundándose en que la mujer no puede abandonarla por su propia autoridad, y en que el juez no puede autorizar esa situacion que conceptúan ilegal; pero en nuestro juicio, la fuerza de la necesidad y el deber quizá de la conservacion de la existencia, cuando no puede evitarse la ira del marido de otra suerte que huyendo de su morada, disculpará esta fuga, si por otra parte se acoge la mujer al amparo de parientes ó personas respetables y abonadas, y además justifica estos extremos.

94. El juez deberá practicar por sí esta diligencia y la constitucion del depósito, pero si la mujer que pidiera se la deposite residiera en pueblo distinto del en que esté situado el juzgado, podrá el juez dar comision para con-tituir el depósito al de paz correspondiente sin perjuicio de poderlo hacer por sí mismo, en los casos en que lo crea necesario: art. 1291

95. *Ratificándose la mujer en su solicitud para el depósito, procurará el juez se pongan marido y mujer de acuerdo sobre la persona que haya de encargarse del depósito: art. 1283,* lo cual se verificará en una compare-

encia verbal, sin admitir mas escritos ni abrirse procedimientos que por lo regular enconarian los rencores y producirian escándalos. Véase, pues, que para la constitucion del depósito ó designacion de la persona á que haya de encargarse, no se consulta solo á la conveniencia de la mujer, á su proteccion y libre defensa, como se verifica para que se decrete el depósito, sino también á los intereses de ambos cónyuges, al bien de la sociedad conyugal y á la honra del marido. No se oye al marido para decretar el depósito porque se presume con fundamento que la que entabla demanda de divorcio ó querrela contra su marido, y no creyéndose segura bajo el techo conyugal, invoca el amparo de la autoridad, tiene motivos fundados para tener la opresion y la coartacion de los medios de defensa. La interesada principal y directamente en el depósito es la mujer, por lo que no puede ser objeto de controversia, si para él no precede la audiencia del marido. Pero en la designacion de la casa en que ha de constituirse ó de la persona que de él ha de encargarse están interesados directamente tanto la mujer como el marido por graves y elevadas dimensiones, y debe consultarse á ambos cónyuges. Y en efecto, la mujer tiene interés en que no alcancen á su nueva morada de las vejaciones ó rigores de la cólera de su esposo; éste lo tiene en que, se halle á cubierto en la casa elegida su propia honra y la de su mujer y que se aleje hasta la sospecha de que en lugar de ser un refugio sagrado para esta, sea un asilo en que pueda faltar á los respetos que debe al hombre á quien juró fidelidad al pie de los altares: y por último, es de interés de ambos cónyuges, que las personas constituidas depositarias procuren calmar con prudencia y templanza los rencores domésticos, en lugar de exacerbarlos, ó que por lo menos guarden imparcialidad respecto de los motivos de queja de cada consorte. Véase la Revista de legislacion, tomo 14 citado.

Sobre este particular la ley ha fijado reglas diferentes para el depósito que se constituye antes de intentarse, ó intentado pero aun no admitida la demanda de divorcio ó querrela de adulterio, que para el depósito que tiene lugar despues de admitida una ú otra. Porque hay que advertir que, segun el contesto y espíritu de los artículos 1283, 1284, 1290 y 1297 de la ley de Enjuiciamiento civil, y segun se declara espresamente en los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de noviembre de 1858, hay dos clases de depósitos de mujer casada que intenta aquellas acciones; uno *provisional*, anterior á la admision de la demanda y otro *definitivo ó permanente*, con posterioridad á dicha admision, que solo en el primer caso es cuando la ley exige la intervencion del marido, y que el artículo 1283 se refiere á los depósitos provisionales.

Así, pues, respecto de estos, ordena la ley que procure el juez se pongan de acuerdo los cónyuges sobre el depositario, para lo cual el juez tratará de disipar sus prevenciones y recelos nombrando persona de buena conducta, moralidad y discrecion para que libre á la mujer de toda violencia, mire por la honra del marido, y trate de reconciliar á los cónyuges y de volver la paz á la familia; y para el caso de que no se conviniere los

consortes, dispone asimismo la ley, que el juez elija la que crea mas á propósito, bien de las designadas por ellos, si estimare infundada la oposicion que se hubiere hecho, esto es, de los reparos opuestos por alguno de los esposos, ó bien cualquiera otra de su confianza: art. 1284. En este caso, pues, se igualan los derechos de los dos cónyuges respecto de la designacion del depositario, lo cual se apoya en que, no sabiéndose aun si es fundada la demanda de la mujer, no hay ningun dato legal que haga presumir cuál de los dos cónyuges tiene de su parte la razon en la cuestion de que se trata, y no es justo dar mas medios al marido de ejercer una venganza en su mujer, ni á esta para poner en peligro los verdaderos intereses del matrimonio ó la honra de su consorte. Véase lo espuesto en el número 14, párrafo 2.º de este libro 4.º sobre que no se da recurso de casacion contra la providencia que decide provisionalmente sobre el depósito de mujer casada.

Mas cuando se ha admitido la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio ó cuando se trata del depósito definitivo ó permanente, no es ya igual el derecho de ambos cónyuges en la designacion del depositario, porque el marido no puede proponer á persona determinada ni tiene el mismo derecho que para la constitucion del depósito provisional: solo la mujer puede hacer la designacion. Asi lo dice el art. 1297, y se funda, en que la presuncion de la ley se va inclinando á favor de la mujer que ha tenido que esponer hechos circunstanciados, ofrecer informaciones y alegar causas que probadas darán lugar á que consiga su propósito, y en que el auto del juez eclesiástico ó civil en que admite la demanda ó la querrela es una garantía de que no son improcedentes las causas que se alegan.

Mas no por esto quedan desatendidos los derechos del marido, pues aun cuando no puede designar el depositario, debe ser oido respecto á la constitucion de todo nuevo depósito y atendida la oposicion que presente si es fundada, é igualmente, puede solicitar que se varíe el depósito, alegando razones atendibles, sobre que la casa en que se constituye ó el depositario no ofrecen las garantías de moralidad, buena fama, celo y vigilancia que en un principio, y que el honor del solicitante ó el interés de la familia se interesan en el cambio. Asi se halla consignado en los artículos 1294 y 1297, y en las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 13 de noviembre de 1858 y de 24 de octubre de 1861, que citamos al explicar aquel artículo. Véase la Revista de Legislacion, tomo 14 citado.

96. Para evitar los pocos dignos altercados á que anteriormente daba ocasion el negarse á veces el marido (olvidándose por venganza de su propio decoro y del á que debió atender respecto de su mujer) á darle las ropas que necesitaba para su decencia, previene la ley en su art. 1283, que en el acto de designarse depositario, *dispondrá tambien el juez se entreguen á la mujer la cama y ropas de su uso diario, formándose de todo el oportuno inventario. Si hubiere cuestion entre marido y mujer sobre las ropas que debieron entregarse*, el juez en el acto, poniendo de ello diligencia, *sin ulterior recurso*, ni aun el de apelacion en un solo efecto que concede la regla 12 del art. 1208, interponer de los actos de jurisdiccion voluntaria en general

á los que no promovieron el espediente, de las providencias que crean perjudiciales, y teniendo en cuenta las circunstancias de la clase y fortuna de las personas de los cónyuges, determinara las que *deben considerarse como de uso diario y entregarse de consiguiente*: art. 1286; pero nunca deberán entregarse á la mujer objetos de mero lujo que desdigan de la gravedad y respecto con que debe vestir la que puede decirse lleva enlutado el corazon por tener que vivir separada de su marido. Véase lo espuesto en el número 14, párrafo 2.º de este libro.

97. *Evacuado todo lo que queda prevenido en los cuatro artículos anteriores, el juez estraerá á la mujer de las casas del marido y constituirá el depósito con la solemnidad debida*, art. 1287; esto es, verificando la traslacion de la mujer de casa del marido ó de la en que se hallare, á la del depositario, con el recato debido y sin llamar la atencion pública si es posible y haciendo saber al depositario la obligacion en que se halla de cuidar con todo miramiento de la mujer que se le entrega en depósito, y de responder de éste. Al mismo se le facilitará un testimonio de la providencia en que se le haya nombrado, y de la constitucion del depósito para su resguardo: artículo 1292.

98. *A continuacion de la diligencia que acredite quedar constituido el depósito dictará el juez providencia mandando intimar al marido, que no moleste á su mujer ni al depositario, bajo apercibimiento de procederse contra él á lo que hubiere lugar, segun que infriere injurias ó que causare vejaciones ó que cometiere otros escesos mas ó menos graves*: art. 1288. Asimismo, como en los casos en que la mujer solicite el depósito provisional, cuando aun no haya entablado la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, es necesario para poder dar á dicho depósito un carácter definitivo ó permanente, que la mujer de pruebas de que tiene intencion deliberada de intentar aquellas acciones, pues de lo contrario, se le daria un pretesto para poder separarse de su marido por su sola voluntad y sin el ministerio de la autoridad pública ni con justa causa, y para ocasionar vejaciones y disgustos á su consorte caprichosamente, se dispone en el art. 1288 citado, que el juez *mandará en dicha providencia intimar á la mujer, que si dentro de un mes no acredita haber intentado la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, quedará sin efecto el depósito, y será restituida á las casas de su marido*. Esta providencia, se notificará en forma legal á la mujer y al marido: artículo 1289. Se designa el término en un mes para intentar estas demandas, no porque se juzgue todo el necesario para ello, si no con el principal y benéfico objeto de dar á la mujer un periodo de tiempo suficiente para que aplacado su ánimo, y pasado el primer arrebato que escitan aquellas graves ofensas, pueda con sosiego y templanza meditar en las funestas y generalmente irreparables consecuencias que trae consigo la separacion de los cónyuges, no solo para ellos mismos, si no tambien para toda la familia, é inclinarse á perdonar los agravios que se le han inferido, ó bien para que tengan el tiempo necesario los parientes y amigos para mediar en estas querellas domésticas y hacer conocer á los dos cónyuges la mútua conveniencia de

evitar procesos de este género. Para que resulte, pues, completo todo el término del mes que la ley concede á la mujer con tan noble propósito, en el caso de que residiere distante del lugar donde se halla el tribunal ó juzgado ante quien se ha de presentar aquella demanda, dispone el art. 1290, que dicho término podrá aumentarse con un día por cada seis leguas que diste el pueblo en que se constituya el depósito, del en que resida el juez eclesiástico ó el de primera instancia que hayan de conocer de la demanda de divorcio ó querrela de adulterio.

99. Además, como puede suceder también que aun á pesar de dicho aumento, no haya podido la mujer intentar aquellas acciones por causas ajenas de su voluntad, y como en tal caso seria ilusorio el plazo asignado primeramente, previene el art. 1293, que el término señalado para la duración del depósito podrá prorogarse, si no acreditare que por causa no imputable á la mujer ha sido imposible intentar la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio ú obtener su admision. Adviértase que aquí se refiere la ley no solo al hecho ó requisito de haber intentado la demanda ó querrela, sino también al de que se haya admitido por el tribunal competente, pues dicha admision sirve de garantía de que la accion interpuesta era fundada y real, y no un mero pretexto para separarse los cónyuges por mútuo convenio y por su sola voluntad. Fácilmente podrá suceder que no se haya resuelto en el plazo designado sobre la demanda de divorcio por el Tribunal eclesiástico que es el que conoce de las demandas de esta clase, porque teniendo que oírse para ello al fiscal y al defensor de matrimonios, es aquel plazo sobrado breve. Esta causa asi como el extravío de la demanda en el tribunal ú otra análoga serán suficientes para que pueda concederse la próroga, por no haberse admitido la demanda por causa no imputable á la mujer, probadas que sean por ésta, para lo que le bastará presentar la certificacion del tribunal en que se haga constar, asi como el caso de una inundacion ó epidemia, podrá ser causa de no haber podido intentar la demanda, ó de no llegar ésta á poder del juez competente. Para acreditar la interposicion de la demanda ó su admision, bastará presentar el testimonio del tribunal en que asi conste.

100. Puede acontecer que la mujer no encuentre en la casa en que se la deposita la seguridad personal y la proteccion que eran de esperar ó que el marido tenga fundados motivos para creer que no se atiende ya en ella á lo que reclama su honor como en un principio ó que el depositario tenga razones para no poder continuar haciéndose cargo del depósito, y en su consecuencia sea necesario confiar éste á otra persona ó por último pueden ocurrir incidentes relativos al depósito, ó inmediatamente relacionado con la constitucion de éste, y que requieran una resolucion pronta y espedita. En su consecuencia, establece la ley en su art. 1294, que las pretensiones que puedan formularse por la mujer, por el marido ó por el depositario sobre variacion de depósito, ó cualesquiera otros incidentes á que éste pueda dar lugar, se sustanciarán en un escrito por cada parte, esto es, el de la pretension y el de la contestacion de la parte contraria, para lo que se procede-

rá segun la regla 3.<sup>a</sup> del art. 1208: y oidas en juicio verbal sus justificaciones, se dictará sentencia, la cual será apelable en ambos efectos.

El juicio verbal se celebrará conforme á los demás juicios de esta clase de que trata la ley en varios artículos, entre ellos el 715 sobre interdictos de retener; pero aquí se podrán admitir toda clase de pruebas, bien sea documental, testifical, ó de posiciones. De este juicio se estenderá un acta en que con claridad y precision se consigne lo alegado por las partes, las pruebas producidas y las manifestaciones de los testigos, firmándola todos los presentes, esto es, los interesados, el juez y escribano, y también los testigos, segun se espresa en dicho art. 715. La sentencia deberá pronunciarse dentro de las 24 horas siguientes á la terminacion del juicio, pues este es el término que se designa en el referido art., en el 702 y en el 1152 sobre juicios y comparencias verbales.

101. Pero se exceptúan de este procedimiento las solicitudes que se refieran á alimentos provisionales, las cuales se sustanciarán de la manera establecida en el título respectivo de la Ley de Enjuiciamiento, que es el 2.<sup>o</sup> de este libro 4.<sup>o</sup>

102. Teniendo por objeto, segun ya hemos dicho el depósito, provisional ó que se verifica cuando aun no ha intentado la mujer la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, dar tiempo á la mujer para que reflexione si se determina á usar de su derecho, y para que use de él en su caso con toda libertad se sigue, que no acreditándose por ella haberse intentado y admitido la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio dentro del término señalado en los artículos anteriores, levantará el juez el depósito y restituirá á la mujer á las casas de su marido: art. 1295; lo cual verificará de oficio, sin necesidad de que lo pida el marido, porque se trata de una medida de orden público y que afecta hasta á la moral, cual es que los consortes no vivan separados por su propia voluntad.

103. Por el contrario, acreditándose por la mujer la admision de la demanda de divorcio ó querrela de adulterio, se ratificará por el juez el depósito provisionalmente constituido, por providencia que se hará saber al marido y al depositario, puesto que tienen interés en ello: art. 1296. Esta ratificacion recae sobre la persona que el juez nombró para encargarse del depósito, de acuerdo ó consultando la voluntad de la mujer y del marido segun lo prescrito en los arts. 1285 y 1284. Pero en este caso tiene ya la mujer, por la garantía que presta la providencia del tribunal que admitió su demanda de que aquella procede con seria y deliberada intencion y con fundamentos atendibles, para pedir la separacion, derecho á pedir en su consecuencia se nombre nuevo depositario aun cuando no lo apruebe el marido, segun dijimos al explicar el art. 1285. Y por eso se previene en el artículo 1297, que luego que se justifique estar admitida la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, se podrá constituir el depósito en otra persona que la mujer designe, si el juez no encuentra en ello dificultad fundada á pesar de la oposicion del marido. El juez no necesitará, pues, como en el caso del depósito provisional dar audiencia al marido para atender á su vo-

luntad sobre la persona que ha de ser depositaria, por parecerle mejor que la que designa su mujer, no obstante concurrir en ella las cualidades que la ley requiere para aquel cargo, pues admitida la demanda ó querrela, no puede ya el marido hacer la designacion de depositario, siendo este derecho esclusivo de la mujer, sino para oírle sobre si por faltarle estas cualidades ó circunstancias, es de temer fundadamente que peligre la fama del marido ó de la mujer ó el honor y los elevados intereses de la propia familia que se hallan comprometidos en este delicado asunto. Y siendo fundada la oposicion que el marido hiciere en este sentido, para que no se constituya el depósito en la persona designada por la mujer, deberá el juez acceder á lo que solicite el marido, al paso que como dice el art. 1297, si no la encontrase fundada, constituirá el depósito en la persona designada por la mujer. La jurisdiccion del Tribunal Supremo de Justicia se halla conforme con esta doctrina, segun puede verse en las sentencias de 13 de noviembre de 1858 y de 24 de octubre de 1861. Tambien podrá solicitar el marido que se varíe el depósito constituido por el juez en este caso, cuando en adelante ocurriese algun hecho ó circunstancias por la que es de temer fundadamente que haya perdido el depositario alguna de las cualidades requeridas por la ley.

104. Para que el marido pueda oponerse al nombramiento del depositario que designe la mujer en el caso del art. 1297, deberá el juez mandar que se pongan de manifiesto los autos en la escribanía para que aquel pueda enterarse de la pretension de la mujer y de la persona que designe, segun prescribe el art. 1208, § 3.º, y se procederá segun lo dispuesto en el artículo 1294. Asi se deduce del espíritu del mismo por identidad de razon, del 1208 y se demuestra por las sentencias citadas.

105. Cuando la mujer solicitare el depósito despues de habersele admitido la demanda ó querrela, deberá acompañar á su solicitud el testimonio del tribunal en que asi se acredite, y se procederá conforme á los artículos 1282, 1285, 1286, 1287, 1288 en su primera parte, 1291, 1292, 1294 y 1297.

### §. III.

*Depósito de mujer casada cuando el marido intenta demanda de divorcio ó querrela de adulterio.*

106. El procedimiento que se sigue para este depósito, es igual al del á que se refiere el párrafo anterior, por la grande analogía que existe entre ambos depósitos, no existiendo mas diferencias que las que reclama la especialidad de cada caso.

107. Asi, pues, previene el art. 1298, que, *para decretar el depósito en el caso del párrafo segundo del art. 1277, esto es, en el de que intente el marido demanda de divorcio ó querrela de adulterio contra su mujer, deberá previamente acreditarse haberse admitido la demanda del divorcio ó querrela de adulterio promovidas por el marido.* Esta solicitud deberá ha-

cerse por escrito, como en el caso del art. 1281, aunque no lo espresa aqui la ley, y bajo la misma forma y condiciones y por los mismos fundamentos que espusimos al explicar el citado artículo.

108. Nada dice la ley sobre si se ha de hacer la solicitud para que se deposite á la mujer por esta misma ó por el marido. La última cláusula del artículo 1298, da á entender que puede hacerla la mujer, y la regla de interpretacion por analogía que se deduce á *contrario sensu*, de este caso comparado con el del art. 1281, persuade que puede tambien presentarla el marido. Y por eso, uno de los redactores de la ley, el Sr. Laserna, dice que respecto de la mujer, no puede haber duda ninguna, porque el depósito se hace principalmente en su beneficio, para proveer á su seguridad, á su justa libertad y á la plenitud de la defensa; y que á las veces tambien podrá el marido pedir el depósito de la mujer, especialmente en los casos en que se entablase el divorcio por amenazas y asechanzas á la vida, pues seria peligroso negarle este derecho; y si se trataba de la cuestion de adulterio, seria tambien cruel obligar al marido á vivir con la mujer infiel que quizá por venganza ó por otras pasiones vituperables no quisiera habitar en casa diferente. Debe tenerse en cuenta que siendo en este caso la mujer la criminal, hay que temer de ella excesos que no son de esperar en el caso del artículo 1281, en que no aparece culpable.

109. Debe advertirse tambien, que el art. 1298 no concede el depósito por el solo hecho de que el marido intente la demanda del divorcio ó la querrela de adulterio, como el art. 1281, respecto del caso en que las intenta la mujer, sino que exige que se haya intentado y sido admitida por el tribunal competente, lo que se funda, en que el marido no carece de libertad para proponer sus acciones, como la mujer, la cual necesita se la deposite fuera de la casa conyugal para este objeto. Asi, pues, no existe en este caso el depósito provisional, ni en su consecuencia, se consigna, respecto de él, ninguna de las disposiciones referentes al mismo que hemos espuestos en el párrafo anterior.

110. Asi, pues, *constando la admision de la demanda ó de la querrela, y ratificado el marido en su solicitud, cuando fuera él quien la presentó, el juez se trasladará á las casas del marido, y despues de hacer comparecer á la mujer para que se ratifique en ausencia de éste, en su solicitud de depósito, si fue ella quien la presentó, procurará se ponga aquel de acuerdo con la mujer sobre la persona en quien hubiere de constituirse el depósito, y si no convinieren, nombrará el juez la que el marido haya designado, si no hubiere razon fundada que lo impida:* art. 1299. En este caso, prefiere el juez para depositario la persona designada por el marido, al paso que en el del párrafo anterior, prefiere, segun el art. 1297, la designada por la mujer. Esta diferencia es lógica, y se funda en que en el primer caso, está la presuncion de culpabilidad contra la mujer, y en el segundo, lo está contra el marido, desde el momento en que por admitir el tribunal la demanda ó querrela respectivas, hay una presuncion vehemente de que estas se apoyan en excesos ó hechos graves y atendibles. Por esto



en el primer caso, no puede designar depositario la mujer, y en el segundo, no puede designarlo el marido. Pero la mujer en el caso de que tratamos, puede oponerse á que se nombre depositario á la persona que el marido designa, si fuere de mala fama ó no procurase por su seguridad y defensa, ó no evitase cuanto pudiera afectar á la honra de los cónyuges, ó no concurriesen en él las circunstancias que la ley requiere para desempeñar aquel delicado cargo; y asimismo podrá tambien una vez constituida depositaria dicha persona, pedir que se varíe el depositario por iguales razones; y el juez hallándolas fundadas, deberá proveer á su solicitud. Asi se deduce del texto del art. 1299 y de declarase aplicable á este caso por el art. 300, lo dispuesto en el 1294.

111. Y en efecto, segun dicho art. 300, *son aplicables á los depósitos que se constituyan en los casos de que habla el párrafo segundo del artículo 1277, las reglas establecidas en los 1285, 1286, 1287, primera parte del 1288, 1289, 1291, 1292 y 1294, esto es, las relativas á la entrega de ropas y resolución de las cuestiones que sobre ello se promovieren, extracción de la mujer de la casa del marido, y constitucion del depósito con la solemnidad debida, intimacion al marido para que no moleste á la mujer ni al depositario, notificacion de esta providencia á los cónyuges, comisiones al juez de paz para constituir el depósito de la mujer, que resida en pueblo distinto que el del juzgado, resguardo del depositario y pretensiones sobre variacion de depósito, é incidentes sobre alimentos y demás á que este pueda dar ocasion.*

#### § IV.

*Depósito de mujer soltera que trata de contraer matrimonio contra el consejo de sus padres ó abuelos.*

112. La nueva Ley de Enjuiciamiento, dispone que *para que pueda constituirse en depósito la mujer soltera en los casos de que habla el párrafo 3.º del art. 1277, esto es, cuando se trata de contraer matrimonio contra la voluntad de sus padres ó curadores, deberá preceder orden de la autoridad á quien competa conocer de los expedientes de disenso: art. 1501: que no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán los jueces, en caso de suma urgencia, constituir á la mujer soltera que se halle en alguno de dichos casos en depósito provisionalmente y hasta tanto que se obtenga la orden de la autoridad referida: art. 1502: que al constituirse este depósito provisional se intimará á la que lo haya solicitado, que dentro de un término que el juez señalará prudencialmente, atendidas las circunstancias del caso y podrá prorogar si las mismas lo exigieren, obtenga y presente la orden para el depósito, bajo apercibimiento, de que no presentándola se le hará volver á las casas de sus padres ó curadores: art. 1503: que transcurrido el término que se hubiere señalado y sus prorogas, si se hubiesen concedido, si no se presentare la orden de la autoridad competente, cesará*

*el depósito, y se hará volver á la mujer á las casas de sus padres ó curadores, estendiéndose esta diligencia en el expediente formado para el depósito: artículo 1504.*

115. Pero como ya dijimos al esponer la regla 3.ª del artículo 1277, todas estas disposiciones se refieren á las leyes y decretos que han sufrido importantes reformas ó derogaciones por la nueva ley de 18 de junio de 1862, posterior, como se ve á la Ley de Enjuiciamiento, publicada en 3 de octubre de 1855. Por dicha ley se ha abolido el antiguo recurso llamado de irracional disenso que podian entablar los menores ante el gobernador de la provincia cuando creian que sus padres, abuelos ó curadores les negaban infundadamente el consentimiento para celebrar el matrimonio y asimismo el depósito que podia decretarse por la autoridad para explorar libremente la voluntad de los menores, segun y en los casos que ya espusimos. Por lo tanto, no pueden tener aplicacion las disposiciones espuestas de la Ley de Enjuiciamiento al caso á que se referian, por no poder ocurrir en el dia. V. el núm. 88, caso 5.º

114. Sin embargo, podrán tenerla tal vez la de los artículos siguientes en el caso en que los hijos mayores de 23 años y á las hijas mayores de 20 que tienen que pedir el consejo de su padre, madre ó abuelo paterno ó materno sucesivamente, se les negase este consejo y tuvieren que esperar los tres meses que asigna la ley para poder casarse á pesar de esta negativa, y cuando en este intervalo, experimentaran opresion y violencias graves, dichos menores de parte de su familia y se juzgare necesario, ó conveniente depositarlos en casa de parientes ó personas de toda confianza, segun espusimos en el lugar citado.

115. Admitida esta opinion, que emitimos con desconfianza, por no haberla visto sancionada por la práctica, aunque se encuentra consignada en algunos comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento, podrán aplicarse al caso espuesto los artículos 1505 y siguientes de esta ley, en combinacion, asimismo con los 1512 al 1519 sobre el caso 4.º del art. 1227 acerca de depósitos de hijos de menores que sean maltratados por sus padres, tutores ó curadores, en la forma que pasamos á esponer.

116. El menor que se hallase en aquel caso, presentará solicitud al juez alegando las circunstancias en que se encuentra y la opresion ó violencia que sufre, y acompañando: 1.º justificacion de la peticion del consejo por declaracion del que hubiese de prestarla ante notario público ó eclesiástico, ó ante el juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal, segun previene el art. 15 de la ley de 18 de junio; 2.º alguna justificacion de las coacciones ó malos tratamientos ó abusos de autoridad de los padres, tutores ó curadores: art. 1512 de la Ley de Enjuiciamiento; y por último, pedirá que se la deposite debidamente donde se vea libre de aquellas violencias.

117. El juez, en vista de la solicitud de depósito, se trasladará á las casas de los padres ó curadores, y hará que sin hallarse estas presentes para que no cohiban su libertad para ractificarse manifieste si se ratifi-

ca ó no la que no haya perdido en su solicitud: art. 1305 de la Ley de Enjuiciamiento.

118. Si no se ratifica, ó desiste la interesada de su solicitud, sobreseerá el juez en el expediente. Si se ratificare, procederá el juez á exigir del padre, madre ó curador que designen depositario. Sobre esta designacion oirá á la hija, por el interés que tiene en que no se le designe casa en que se halle tan vejada como en la de que trata de salir: art. 1307 de la ley. De esta audiencia, que deberá ser verbal, se estenderá la diligencia correspondiente.

119. No oponiéndose á dicha designacion la interesada, ó si, aun cuando se oponga, reúne la persona designada las condiciones necesarias á juicio del juez, y considera éste la oposicion infundada, constituirá en ella el depósito: art. 1308. Mas si la persona designada por los padres ó curadores no fuere á propósito, á juicio del juez ó considera éste fundada la oposicion á ella que haga hecho la interesada, designará otra y constituirá seguidamente el depósito: art. 1309. Para apreciar debidamente el juez si es á propósito para depositario la persona designada, deberá procurar que concurren en esta las circunstancias de buena fama, moralidad y severidad de costumbres tan necesarias para confiarle un depósito tan sagrado; que se vea bajo su custodia, libre la menor de toda opresion ó vejacion por parte de los que le negaron el consejo para casarse, y asimismo de las sugerencias que pudiera emplear el que pretende casarse con ella para hacerla continuar en su proyecto de enlace ó de los ardidés ó falacias que pudiera usar para cegarla ó fascinarla indebidamente con este objeto. Mas no podrá ni deberá en nuestro juicio impedirse que los que negaron el consejo á la menor, la visiten y traten de disuadirle de llevar á cabo su proyectado enlace, con tal que sus amonestaciones no escedan de los límites de la prudencia y de una discusion racional y comedida que no pueda afectar notablemente la salud ó bienestar de la menor depositada. Ya que llegue á admitirse este depósito, no debe desvirtuarse el noble objeto que se ha propuesto la ley de 18 de junio, al impedir que en el espacio de tres meses pueda la menor realizar su proyecto, cual es, dar lugar á que sus padres ó superiores puedan disuadirla de un enlace que creen le es desventajoso ó inconveniente.

120. Como este depósito puede durar algun tiempo, si persiste la menor en su proyecto, podrá el juez aplicar á este caso lo que para el 4.º del artículo 1277 prescriben los artículos 1315 y 1316, esto es, hacer que los padres, tutores ó curadores, faciliten á la menor la cama y ropa de su uso, de todo lo cual formará inventario que se unirá al expediente. Si sobre esto se moviere cuestion, el juez sin ulterior recurso, determinará las ropas que hayan de entregarse. El mismo juez, atendidas las circunstancias de las personas, señalará la suma que para los alimentos deben abonar provisionalmente los padres, tutores ó curadores al depositario.

121. Este depósito cesará. 1.º Si se verifica el matrimonio por haber persistido en él la menor, pues entonces se va á casa de su marido. 2.º Si

la interesada desistiese de sus pretensiones, porque entonces no hay motivo para que continúe el depósito, puesto que lo ocasionó el proyecto de matrimonio. En tal caso, el juez volverá á la menor á casa de sus padres ó curadores, estendiéndose la oportuna diligencia en el expediente formado para el depósito: art. 1311. Y si estos volvieren á sus anteriores violencias ó vejaciones, respecto de la menor, se procederá conforme á los trámites que establece la Ley de Enjuiciamiento para el caso 4.º del art. 1277.

### § V.

*Depósito de los hijos de familia y menores, por abusos de autoridad cometidos por sus padres y guardadores.*

122. Aunque la ley solo se refiere en sus arts. 1277 y 1312 sobre este procedimiento á los hijos de familia, pupilo ó pupila, es indudable que comprende tambien á los menores púberos, por militar identidad de razon y por tener lugar contra los curadores, segun el § 4.º del art. 1277 que solo se dan á estos.

123. El respeto debido á los padres y guardadores por los que se hallan bajo su autoridad para no imprimir en su crédito sin razon y fundamento atendibles, la nota desfavorable que siempre infiere el acto de sacar de su poder á las personas á quienes debieron servir de egida protectora, por suponerse que abusaron de su autoridad ó no atendieron á sus sagradas obligaciones, y el no dar pretexto á menores discolos para eludir aquella autoridad, faltando á la subordinacion debida, ha sido causa de que la ley requiera que se justifiquen suficientemente los motivos que dan ocasion al depósito.

124. En su consecuencia, previene en su art. 1312, que para decretar el depósito de un hijo ó hija de familia, pupilo ó pupila, en los casos de que habla el párrafo 4.º del art. 1277, esto es, de que sean maltratados por sus padres, tutor ó curador, ú obligados por los mismos á actos reprobados por las leyes, se necesita:

1.º Solicitud del interesado para que se le constituya en depósito, expresando si lo pide por malos tratamientos, ó porque se le obligue á actos reprobados, y aun en qué consisten unos y otros para que el juez pueda apreciar si son de gravedad suficiente para proceder á la medida extrema del depósito; si bien cuando se trate de los padres convendrá espresarse con cierta generalidad y reserva por el gran respeto que se les debe. Nada dice la ley sobre la clase de malos tratamientos que puedan dar lugar al depósito y demás excesos, por lo que para apreciarlos debidamente el juez habrá de tener en cuenta la educacion y consideraciones que requiere el menor, segun la clase del que se trata, las circunstancias especiales en que puede encontrarse, y demás que puedan influir en la gravedad de aquellos. La ley 18, tit. 18, Part. 4.ª, faculta al juez para obligar al padre á eman-

cipar al hijo ó hija, «cuando les castiga muy cruelmente ó sin aquella piedad que debe haber segun natura, ca el castigamiento debe ser con mesura é con piedad; y cuando el padre ficiere tan gran maldad que diese carreras á sus fijas de ser malas mujeres de sus cuerpos apremiándolas que fuesen á tan gran pecado. Y la ley 1, tit. 18, Part. 6.<sup>a</sup>, faculta al juez para sacar á los menores del poder de sus guardadores, y removerlos por sospechosos si les enseñaren malas costumbres.

2.<sup>o</sup> *Alguna justificacion, aun cuando no sea cumplida, de los malos tratamientos ó abusos de autoridad de los padres, tutores ó curadores*, por los que faculta la ley para pedir el depósito. No se requiere en este caso justificacion plena, atendiendo á la dificultad que puede tener el menor para suministrarla, por carecer de la libertad ó de los medios necesarios para ello ó por su natural inesperienza.

125. Esta falta de libertad ú opresion podrá llegar al estremo de serle imposible al menos hacer siquiera la solicitud para el depósito, en cuyo caso la ley, siempre dispuesta á prestar su benéfica proteccion en favor de los oprimidos, mucho mas cuando á esta desgraciada circunstancia, reunen la no menos interesante de ser menores de edad, previene en su art. 1313, que *los jueces podrán, no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, sin solicitud del interesado decretar el depósito de oficio y por sí mismos cuando les conste la imposibilidad en que se encuentre de formularla*, ya por aviso que tengan confidencial de personas abandonadas que se interesan por el bien del menor, ya cuando llegue á su noticia por rumor público ó de otra suerte los actos abusivos que con ellos tienen lugar.

126. *Hecha la justificacion de los malos tratamiento ó abusos procederá el juez, si la estimase suficiente, á depositar al hijo ó hija de familias, pupilo ó pupila ó menor en poder de la persona que estime conveniente*: artículo 1314, sin que para ello tenga que consultar ni prestar audiencia á las personas que por su cruel ó inmoral proceder hacen sospechar que no atenderán debidamente á los intereses y al bien de los menores en la designacion de depositario, y que en su consecuencia, de seguirse su parecer podrán verse espuestos aquellos á sufrir sus vejaciones ó su mala influencia. El juez, pues, elegirá por sí para depositario persona de confianza, honradez y probidad, y que sepa guardar á los menores las consideraciones debidas á su clase y estado.

127. Teniendo los padres y guardadores obligacion de dar alimento al menor que está bajo su autoridad ó guarda, y no siendo justo que se libren de ello por la constitucion del depósito á que dió lugar su mal proceder, *el juez al depositario, hará que los padres, tutores ó curadores le faciliten la cama y repas de su uso, de todo lo cual se formará inventario que se unirá al espediente*. En este caso no limita la ley, como en el depósito de mujer casada, la entrega de ropas, á las del uso diario, sino que se refiere á todas las del menor, sin duda por ser estas generalmente de escaso valor ó por lo menos muy diverso del de las que tiene una mujer casada. Sin embargo, *si sobre esto se moviere cuestion, el juez sin ulterior recurso, de-*

*terminarán las ropas que hayan de entregarse y serán las que requiera la clase del menor para su decencia*: art. 1313. *El mismo juez atendidas las circunstancias de clase, posicion de la familia, de las personas de cuyo depósito se trata, ó de sus padres, señalará la suma que para los alimentos deban abonar provisionalmente los padres, tutores ó curadores al depositario*: art. 1316. Cuando se trate de un menor constituido en tutela ó curaduría, y segun el art. 1262 se hubiera señalado al tutor ó curador frutos por pension, el juez señalará los alimentos segun las necesidades del menor, puesto que en tal caso el tutor ó curador están obligados á cubrir todas las que aquel tuviere. Cuando el juez hubiera señalado al tutor ó curador una cantidad alzada para los alimentos y educacion del menor, dispondrá se entregue al depositario la suma señalada con este objeto, con arreglo á lo prescrito en el art. 1263.

128. Este depósito es solamente provisional, pues la situacion en que por él se constituye al menor, no es la que naturalmente le corresponde. Para que cese, pues, esta situacion indefinida y se constituya al menor en su situacion verdadera, dicta la ley las disposiciones convenientes, distinguiendo el caso en que tenga ó no el menor curador para pleitos que pueda practicar las diligencias necesarias para aquel efecto.

129. *Si tuviere el depositado curador para pleitos, el juez, verificado el depósito, no tiene que providenciar diligencia alguna, sino que, le hará saber la constitucion del depósito al curador para pleitos, á fin de que practique en su defensa las gestiones que correspondan y en el juicio propio de la reclamacion que se deduzca*: art. 1317. *Si no tuviese curador para pleitos, se le exigirá al menor lo nombre, si pudiera hacerlo por ser ya puer, ó lo hará el juez, si no se hallare en la edad necesaria para hacerlo*: esto es, si no hubiere cumplido 14 años siendo varon, y 12 siendo hembra; artículo 1318. *Nombrado que sea el curador, se le entregará el espediente para que pida lo que estime procedente segun las circunstancias*: art. 1318; esto es, segun la clase del abuso que se cometió, y las obligaciones que tenian respecto del menor las personas á cuyo cargo se hallaba. En su consecuencia podrá procederse á entablar las reclamaciones sobre los daños y perjuicios que con aquellos escesos se le hubiesen causado, y para procurar á los menores la seguridad personal para lo futuro, ó sobre que se les saque de la patria potestad, si el esceso fuera de aquellos por los que se pierde ésta ó sobre que se remueva al tutor ó curador de su cargo, y asimismo, la imposicion de los castigos á que estos se hubiesen hecho acreedores segun el Código penal.

130. Tambien pueden promoverse en este caso, en nuestro juicio, las pretensiones á que se refiere el art. 1294 sobre variacion del depósito y demás en él mencionadas y conformes á la naturaleza y objeto del mismo, debiendo procederse segun en el citado artículo se previene, y siendo juez competente para ello, si la pretension se entabla despues de haberse propuesto la demanda principal, el juez que conoce de ésta, y si antes el que conoció del depósito.

## § VI.

*Depósito de menores ó incapacitados que quedan en abandono.*

131. El procedimiento de que aquí se trata se limita á los menores de 14 años si fuesen varones y de 12 si hembras, ó á los incapacitados que quedasen en abandono por muerte de las personas que los tuviesen á su cargo, según la disposición del art. 1320. Su objeto es evitar que se reduzcan á la miseria, á la desesperación ó á la infamia los menores que hallándose en el deplorable estado de absoluto abandono, no pudieran por su falta de discernimiento ó de capacidad intelectual proporcionarse lo necesario para subvenir á sus necesidades, ni aun reclamar la protección de la autoridad pública. Por no existir esta falta de discernimiento, ni de incapacidad en los mayores de dichas edades para procurarse el amparo que necesitan privada ó públicamente, no los comprende la ley en este procedimiento, no obstante usarse en el § 5.º del art. 1277 de la palabra *huérfano*, sin añadir menor, como se ve en el art. 1318 que debe considerarse como supletorio de aquel. Tampoco se aplica este procedimiento según algunos autores al caso en que el abandono no proviene de muerte del que los tenía á su cargo, aun cuando quedaren sin su amparo por haberse fugado ó ausentado, dejándolos abandonados, pues si bien en tales casos debe la autoridad pública amparar convenientemente á dichos menores, esto no tanto lo verifica por el procedimiento que esponemos en este párrafo, quanto por el de los anteriores y especialmente por el del § 4.º del artículo 1277 de la ley, pero otros autores opinan que les es aplicable este procedimiento del § 5.º Como quiera que sea, el juez deberá proveer al depósito de los referidos menores y á la custodia de sus bienes, dictando las providencias y tomando las medidas convenientes para hacer que vuelvan al cumplimiento de sus deberes las personas que tan indebidamente faltaron á ellos. Cuando se ignorase el paradero de estas personas, se aplicará el procedimiento del citado § 5.º, pues aquella circunstancia viene á equipararse por sus efectos á la muerte, como se ve en el art. 1367, y si se averiguara despues de constituido el depósito dicho paradero, ó se presentaren aquellas personas, volverá á constituirse á los menores bajo su potestad ó cargo, si no hubieren incurrido en culpa ó delito que se la hubiera hecho perder ó fuera peligroso confiarles de nuevo á los menores y exigiéndoles las responsabilidades de perjuicios y demás á que quedaron sujetos. V. los artículos 1370 y 1371.

132. No existiendo en el caso de que se trata quien promueva este procedimiento, debe el juez proceder de oficio por sí mismo. Y por eso se previene en el art. 1320 que, *inmediatamente que tuviere noticia judicial ó extrajudicialmente un juez de que algun huérfano menor, si es varon de 14 años, y de 12 si es hembra, ó incapacitado, se hallan en el caso de que habla el párrafo 5.º del art. 1277 ya espuesto, procederá á depositarlos don-*

*de y como estime conveniente, para proveer desde luego, y sin pérdida de tiempo á sus necesidades, y evitarles los padecimientos y peligros consiguientes á su abandono; y además, en el acto adoptará, respecto á sus bienes, las precauciones oportunas para evitar los abusos de todo género que pudieran tener lugar sobre los mismos, á saber: depredaciones, deterioros y falta de productos ó rendimientos consiguientes, cuando no hay quien atienda á ellos. Para el efecto convendrá designar persona que esté á su mira, y si fueren bienes muebles formar inventario, ó por de pronto custodiarlos en habitaciones, recogiendo sus llaves: art. 1320.*

133. *Inmediatamente tambien, por lo mucho que importa la urgencia en este caso, procederá el mismo juez á proveerles de tutor, si son huérfanos los menores, ó de curador ejemplar si son incapacitados, procediendo en la forma que llevamos espuesta en el tit. 3.º de este libro, y poniéndolos á su disposición, para lo cual los sacará del depósito en que los constituyó provisionalmente: art. 1321.*

134. *Tambien cuidará el juez de que se haga la entrega al tutor ó curador nombrado, de los bienes del huérfano ó incapacitado, luego que les estén discernidos los cargos: art. 1322, para que pueda tomar las medidas convenientes á su custodia y buena administración.*

## TITULO V.

**Del deslinde y amojonamiento.**

135. Por *deslinde* se entiende el acto de señalar ó distinguir los términos ó limites de cada una de las heredades contiguas, conforme á los títulos de propiedad ó pertenencia de los dueños de las mismas y demás pruebas que acrediten los referidos términos en que se comprende cada finca y á que aquellos tienen derecho. Y el *amojonamiento* es la fijación de señales ó mojones en las líneas divisorias de las propiedades contiguas determinadas por el deslinde.

136. Asi, pues, el acto de verificar el deslinde y amojonamiento, no atribuye nuevamente derechos de propiedad ó de posesion á nadie; no hace mas que señalar ó aclarar los que cada dueño tenía en los términos que se deslindan, con el objeto de impedir que aquellos se confundan, ó desaparezcan las señales de los antiguos linderos, y de evitar en lo porvenir controversias y litigios. Por esta razon, y por practicarse esta diligencia y adquirir su fuerza por la voluntad de los interesados, es un acto de mera jurisdicción voluntaria, y solo cuando se opone al deslinde alguno de los dueños de los terrenos á que afecta, y se promueve cuestion sobre sus respectivos derechos, se convierte en acto de jurisdicción contenciosa y se ejercita el derecho de cada uno en el juicio correspondiente.

137. La Ley de Enjuiciamiento declara en su art. 1323, que es juez competente para conocer de las diligencias que tengan por objeto el deslin-

## § VI.

*Depósito de menores ó incapacitados que quedan en abandono.*

131. El procedimiento de que aquí se trata se limita á los menores de 14 años si fuesen varones y de 12 si hembras, ó á los incapacitados que quedasen en abandono por muerte de las personas que los tuviesen á su cargo, según la disposición del art. 1320. Su objeto es evitar que se reduzcan á la miseria, á la desesperación ó á la infamia los menores que hallándose en el deplorable estado de absoluto abandono, no pudieran por su falta de discernimiento ó de capacidad intelectual proporcionarse lo necesario para subvenir á sus necesidades, ni aun reclamar la protección de la autoridad pública. Por no existir esta falta de discernimiento, ni de incapacidad en los mayores de dichas edades para procurarse el amparo que necesitan privada ó públicamente, no los comprende la ley en este procedimiento, no obstante usarse en el § 5.º del art. 1277 de la palabra *huérfano*, sin añadir menor, como se ve en el art. 1318 que debe considerarse como supletorio de aquel. Tampoco se aplica este procedimiento según algunos autores al caso en que el abandono no proviene de muerte del que los tenía á su cargo, aun cuando quedaren sin su amparo por haberse fugado ó ausentado, dejándolos abandonados, pues si bien en tales casos debe la autoridad pública amparar convenientemente á dichos menores, esto no tanto lo verifica por el procedimiento que esponemos en este párrafo, quanto por el de los anteriores y especialmente por el del § 4.º del artículo 1277 de la ley, pero otros autores opinan que les es aplicable este procedimiento del § 5.º Como quiera que sea, el juez deberá proveer al depósito de los referidos menores y á la custodia de sus bienes, dictando las providencias y tomando las medidas convenientes para hacer que vuelvan al cumplimiento de sus deberes las personas que tan indebidamente faltaron á ellos. Cuando se ignorase el paradero de estas personas, se aplicará el procedimiento del citado § 5.º, pues aquella circunstancia viene á equipararse por sus efectos á la muerte, como se ve en el art. 1367, y si se averiguara despues de constituido el depósito dicho paradero, ó se presentaren aquellas personas, volverá á constituirse á los menores bajo su potestad ó cargo, si no hubieren incurrido en culpa ó delito que se la hubiera hecho perder ó fuera peligroso confiarles de nuevo á los menores y exigiéndoles las responsabilidades de perjuicios y demás á que quedaron sujetos. V. los artículos 1370 y 1371.

132. No existiendo en el caso de que se trata quien promueva este procedimiento, debe el juez proceder de oficio por sí mismo. Y por eso se previene en el art. 1320 que, *inmediatamente que tuviere noticia judicial ó extrajudicialmente un juez de que algun huérfano menor, si es varon de 14 años, y de 12 si es hembra, ó incapacitado, se hallan en el caso de que habla el párrafo 5.º del art. 1277 ya espuesto, procederá á depositarlos don-*

*de y como estime conveniente, para proveer desde luego, y sin pérdida de tiempo á sus necesidades, y evitarles los padecimientos y peligros consiguientes á su abandono; y además, en el acto adoptará, respecto á sus bienes, las precauciones oportunas para evitar los abusos de todo género que pudieran tener lugar sobre los mismos, á saber: depredaciones, deterioros y falta de productos ó rendimientos consiguientes, cuando no hay quien atienda á ellos. Para el efecto convendrá designar persona que esté á su mira, y si fueren bienes muebles formar inventario, ó por de pronto custodiarlos en habitaciones, recogiendo sus llaves: art. 1320.*

133. *Inmediatamente tambien, por lo mucho que importa la urgencia en este caso, procederá el mismo juez á proveerles de tutor, si son huérfanos los menores, ó de curador ejemplar si son incapacitados, procediendo en la forma que llevamos espuesta en el tit. 3.º de este libro, y poniéndolos á su disposición, para lo cual los sacará del depósito en que los constituyó provisionalmente: art. 1321.*

134. *Tambien cuidará el juez de que se haga la entrega al tutor ó curador nombrado, de los bienes del huérfano ó incapacitado, luego que les estén discernidos los cargos: art. 1322, para que pueda tomar las medidas convenientes á su custodia y buena administración.*

## TITULO V.

**Del deslinde y amojonamiento.**

135. Por *deslinde* se entiende el acto de señalar ó distinguir los términos ó limites de cada una de las heredades contiguas, conforme á los títulos de propiedad ó pertenencia de los dueños de las mismas y demás pruebas que acrediten los referidos términos en que se comprende cada finca y á que aquellos tienen derecho. Y el *amojonamiento* es la fijación de señales ó mojones en las líneas divisorias de las propiedades contiguas determinadas por el deslinde.

136. Asi, pues, el acto de verificar el deslinde y amojonamiento, no atribuye nuevamente derechos de propiedad ó de posesion á nadie; no hace mas que señalar ó aclarar los que cada dueño tenía en los términos que se deslindan, con el objeto de impedir que aquellos se confundan, ó desaparezcan las señales de los antiguos linderos, y de evitar en lo porvenir controversias y litigios. Por esta razon, y por practicarse esta diligencia y adquirir su fuerza por la voluntad de los interesados, es un acto de mera jurisdicción voluntaria, y solo cuando se opone al deslinde alguno de los dueños de los terrenos á que afecta, y se promueve cuestion sobre sus respectivos derechos, se convierte en acto de jurisdicción contenciosa y se ejercita el derecho de cada uno en el juicio correspondiente.

137. La Ley de Enjuiciamiento declara en su art. 1323, que es juez competente para conocer de las diligencias que tengan por objeto el deslin-

de y amojonamiento de cualesquiera terrenos el del partido en cuyo termino se hallen situados. Segun esta disposicion, cuando se tratase del deslinde de varias heredades contiguas, situadas en los limites de dos partidos, de suerte que unas lo estén en uno y otras en otro, entenderá en el deslinde de cada una el juez del partido respectivo. Fúndase esta disposicion en el respeto á los principios y reglas que rigen sobre la jurisdiccion que tiene cada juez para entender de los actos judiciales que hayan de practicarse en su territorio, y si se atribuyera competencia á un juez para conocer del deslinde de terrenos situados en otro término judicial, se estenderia su jurisdiccion con menoscabo de la del juez de este término. Sin embargo, como en tal caso habrá que formar dos expedientes y que dividirse la continencia del negocio, opinan algunos intérpretes que debería declararse la competencia á favor del juez del termino en que se halla enclavada la finca que motiva principalmente el deslinde, ó en igualdad de circunstancias, del que eligiera el que solicitó el deslinde. El art. 20 de las ordenanzas de Montes de 1835, prevenia, que cuando el monte tocara á varios términos, verificase su deslinde el juez de letras mas inmediato de la comarca.

158. Debe advertirse que aunque por el art. 1523 se atribuye al juez del partido la competencia para el deslinde de *cualquiera terrenos*, esto debe entenderse como refiriéndose á toda clase de fincas ó heredades de dominio particular ó privado, mas no á los terrenos que por su especial naturaleza, por la relacion que tienen con los intereses generales de los pueblos, del Estado y de los establecimientos públicos, y por la grande importancia de estos intereses, no pueden someterse á las reglas comunes y á la accion por lo comun lenta de los tribunales ordinarios, sin peligro de comprometerlos ó de esponerlos á perjuicios sumamente graves y por lo tanto conoce en cuanto á su deslinde y amojonamiento la jurisdiccion ó las autoridades administrativas. Nos referimos á los deslindes y amojonamientos de los términos *divisorios* de los pueblos, de los terrenos lindantes con las carreteras, caminos y canales, al deslinde de los de montes correspondientes á los mismos pueblos, al Estado ó á establecimientos públicos, al de montes que aunque son de propiedad particular confinan en *todo ó en parte* con aquellos, y cuando en su consecuencia al deslindar los de particulares hay que deslindar los montes públicos. Los tribunales y juzgados ordinarios conocerán solamente de las cuestiones de propiedad que se susciten despues de verificado el deslinde gubernativo, pues aun respecto de los litigios que se promueven acerca de este deslinde, incumbe su conocimiento á los consejos provinciales. Tambien conocerá la autoridad judicial de las cuestiones de servidumbre y demás, relativas á la propiedad, y del mismo deslinde de los terrenos privados en la parte que no confinan con montes ó terrenos públicos. Véanse entre otras disposiciones legales, el real decreto de 9 de noviembre de 1852, el art. 5.º del de 30 del mismo mes de 1853, las reales órdenes de 17 de mayo y 24 de febrero de 1858, las de 1.º de marzo de 1859, de 23 de julio de 1842, la ley de 2 de abril de 1845, el real decreto de 16 de abril y la real orden de 16 de febrero de 1847, la

real orden de 24 de mayo, 1.º de abril y 22 de noviembre de 1846, y la de 16 de febrero de 1847, y las decisiones del Consejo de Estado de 19 de agosto de 1846 y de 29 de marzo de 1850, y las que citamos en el artículo *Deslinde del Suplemento al Diccionario de Legislacion y Jurisprudencia* del señor Escriche, y los artículos *Amojonamiento*, seccion 6.ª y *Competencia administrativa* de la *Enciclopedia de Derecho y Administracion*. Debemos tambien advertir, que en el proyecto de ley sobre casificacion de montes en públicos y en particulares y sobre enagenacion y clasificacion de los mismos aprobado por el Congreso de Diputados en 28 de mayo de 1862, se dispone en su art. 14, que cuando los montes particulares estuvieren sin deslindar é inmediatos á alguno público, quedarán sometidos á las disposiciones que dictase la administracion para promover el *deslinde administrativo* y para garantir hasta su ejecucion los intereses públicos.

159. El propietario que pretendiere el deslinde de una heredad, deberá presentar al juez solicitud por escrito bajo su firma, designando las circunstancias que sirvan para distinguirla, espresando la causa que motiva su pretension, esto es, el haber desaparecido las señales de los linderos que la determinaban, espresando los que aun se conservaren, y acompañando los documentos que crea favorables para el buen resultado de la operacion, y finalmente, pidiendo se proceda á su deslinde y amojonamiento, con intervencion del juez y de los dueños de las heredades contiguas.

140. *Deducida la pretension, se señalará dia y hora para el deslinde por el juez, citándose personalmente ó por exhortos, á fin de que concurren á él á todos los dueños de los terrenos colindantes: art. 1525. Si alguno ó algunos de ellos no fueren conocidos, se les citará por edictos que se fijarán en los sitios públicos, en los cuales se espresará el dia y la hora señalados para la diligencia: art. 1525. Tanto una como otra citacion, se harán tambien con la anticipacion necesaria para que puedan concurrir los interesados el dia que se señalare, y procurarse los documentos ó justificaciones sobre la estension ó linderos de sus propiedades: art. 1526, por lo que, el término que señale el juez para comparecer, deberá ser mas ó menos largo, atendida la distancia en que se hallaren las personas citadas.*

141. *La diligencia de deslinde podrá autorizarla el juez con su presencia ó someterla al juez de paz del pueblo en cuyo término se halle situado el terreno que se trate de deslindar; pero siempre, esto es, en uno ú otro caso, la autorizará el escribano: art. 1527.*

142. *Llegado el dia que se hubiese señalado, se procederá al deslinde y amojonamiento en su caso, esto es, si se hubiera tambien solicitado este, con asistencia de los dueños de los terrenos colindantes que se presentaren de los que fueron citados debidamente: art. 1528. Tanto el que hubiere solicitado el deslinde como los demás concurrentes á la diligencia, podrán producir en ella los títulos de sus fincas y hacer las reclamaciones que estimen procedentes por sí ó por medio de apoderado que nombren al efecto: § 1.º del art. 1530. Aunque la ley solo menciona aquí como medios de justificacion de la estension ó linderos de las fincas, los documentos, podrá y de-*

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 desaeuerdo 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. 1329. 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. 1330. 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 1333 y 1334 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. 1331. 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. 1332.

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. 1333. 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 1334, 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

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 desaeuerdo 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. 1329. 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. 1330. 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 1333 y 1334 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. 1331. 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. 1332.

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. 1333. 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 1334, 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>, titulo 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 expedientes 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 dirigía 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 dia, segun los artículos 1535 y 1536 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 solicita, 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 expediente, 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 expediente fijando los extremos que se deben acreditar en cada caso; incoado el expediente, 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. 1537. 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 tratado 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 debería entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á derecho, entregándole al efecto el expediente.

151. *Estas informaciones se recibirán siempre ante escribano y con citacion del promotor fiscal:* art. 1538, 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. 5.<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. 1539, 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. 1363, 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 estiende, 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 u 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 jurisdiccion 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 inferirsele 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. 1547, 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 1547, 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 expediente, segun se previene para caso análogo en el art. 1534.

161. *De lo que espusiere cualquiera de los que debieran ser oídos en estos expedientes, 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 expediente 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 expediente 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 atendiéndolas 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. 4, 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 señorio 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 entonces, 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. 5.

167. Los intérpretes esponen otra prohibicion análoga á la anterior, respecto de la mujer, fundados en la ley 5, tit. 2, Part. 5, 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 tuvieran.

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. 5, y la 15, tit. 1, libro 10 de la Nov. Recop., lo cual se ha confirmado por la nueva ley de Enjuiciamiento

haberse mandado su citacion haya sido efecto de un mero olvido. Por eso dispone el art. 1547, 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 1547, 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 expediente, segun se previene para caso análogo en el art. 1534.

161. *De lo que espusiere cualquiera de los que debieran ser oídos en estos expedientes, 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 expediente 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 expediente 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 atendiéndolas 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. 4, 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 *deudo 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 entonces, 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. 5.

167. Los intérpretes esponen otra prohibicion análoga á la anterior, respecto de la mujer, fundados en la ley 5, tit. 2, Part. 5, 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 tuvieran.

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. 5, y la 15, tit. 1, libro 10 de la Nov. Recop., lo cual se ha confirmado por la nueva ley de Enjuiciamiento

que determina debidamente la manera y forma de concederse, según los casos y circunstancias.

170. En su consecuencia, dispone en su art. 1551, que *necesitan habilitacion para comparecer en juicio: el hijo de familia, mayor ó menor de edad, y la mujer casada, que se encontraren en alguno de los casos siguientes:*

1.º *Hallarse el padre ó marido ausentes sin que haya fundada esperanza de su próxima vuelta, esto es, no existiendo motivo atendible para esperar su regreso á tiempo oportuno, para evitar los perjuicios que pudieran seguirse al hijo ó mujer de no promoverse el juicio, ó de no seguirse el promovido, con la urgencia que reclama el negocio de que se trata, ó como decía la ley 59 de Toro, cuando el marido se hallare ausente y no se espera de próximo á venir ó corra peligro en la tardanza el negocio de que se trata, y cuando no hubieran dejado personas que los representen. Asimismo, es necesario que el padre ó marido se hallen en países cuya distancia no permita que nombren otras personas que los representen ó que no residan en punto fijo donde se les pueda emplazar, ó emplazados, no comparecieren. De lo contrario, no habrá lugar á la habilitacion judicial que es un remedio extraordinario que solo debe concederse cuando sea absolutamente indispensable á falta de los ordinarios.*

2.º *Ignorarse el paradero del padre ó marido y su próxima vuelta, y no permitir la urgencia el negocio esperarla ilimitadamente.*

3.º *Negarse el padre ó marido á representar en juicio al hijo ó mujer, porque no es justo que estas personas sufran perjuicio cuando por rencillas injustas, ó tal vez por odio ó por prevenciones indebidas, se nieguen los padres ó maridos á prestarles la proteccion y defensa que les deben. Para conceder el juez la habilitacion á la mujer en este caso, no será necesario, como requería la ley 57 de Toro, que compela al marido para que la dé, y que aun á pesar de esto, se niegue á ello. La nueva ley ha juzgado con razon que estos apremios servian generalmente para enconar el ánimo del marido, y para ocasionar divisiones en la familia. Asi en el dia bastará que la mujer ó el hijo acrediten ante el juez haberse negado el padre ó marido á representarlos en juicio para que se proceda á entender sobre si há ó no lugar á la habilitacion.*

171. Esta no debe concederse sino en virtud de causa justa, esto es, como dicen las leyes 15 y 15, tit. 1, lib. 10 de la Noy. Recop., con conocimiento de causa legítima, necesaria y provechosa á la mujer ó al menor.

*Para conceder, pues, la habilitacion, es necesario, según el art. 1552 de la nueva ley, que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

1.º *Ser demandado el que la solicitare, porque no pudiendo entonces dilatarse ó suspenderse el juicio por el demandado, aun cuando lo permitiera la naturaleza del negocio por no ser urgente, puesto que no es escusa para ello la ausencia ó negativa del padre ó marido para representarle en juicio, porque el tercero que demanda nada tiene que ver con esto, es necesario suplir lo que impide al menor ó á la mujer presentarse á defenderse, para que no sufran los perjuicios que podrían seguirseles de lo contra-*

rio, ó de sentenciarse el pleito en rebeldía y sin oírseles. La prueba de este extremo podrá verificarse presentando la cédula de citacion.

2.º *Seguirsele grave perjuicio de no promover la demanda para que se pida la habilitacion; tal sería, por ejemplo, cuando estuviere para espirar el término porque se prescribe la accion que se intentaba entablar, y hubiera fundado motivo para temer que no terminase antes la ausencia, ó no cediera en su negativa el padre ó marido, ó si hubiera que entablar el interdicto de despojo, ó entregarse de cosas que no pueden conservarse. Mas no ocasionándose perjuicio, ó siendo este de poca entidad de dilatarse la interposicion de la demanda, hasta que cesen aquellas circunstancias, conviene esperar al regreso del padre ó marido, ó á que se persuadan á representar al hijo ó mujer, puesto que su natural cariño á personas tan allegadas es una garantía de que promoverán con mas celo que otro alguno sus intereses.*

Por las consideraciones espuestas, dice la ley, que *fuera de estos casos no podrá otorgarse la habilitacion.*

172. *Es juez competente, para conceder habilitaciones, á fin de comparecer en juicio el domicilio del que lo solicitare: art. 1550, puesto que allí es mas fácil de acreditarse por el solicitante y de apreciarse por el juez los motivos en que se funda la peticion: si el solicitante no tuviese domicilio, lo será el de su residencia por identidad de razon.*

173. *Para conceder la habilitacion se oirá siempre al promotor fiscal del juzgado: art. 1555, porque se trata de ausentes, de menores, de mujeres; en una palabra, de personas que se hallan bajo la inmediata proteccion de las leyes y de las autoridades públicas por concurrir en ellas circunstancias que limitan sus facultades ó sus medios de accion, para atender con plena libertad á su defensa.*

174. *Quando la habilitacion se concede á un menor de edad, se le proveerá de curador para pleitos de la manera prevenida en esta ley: art. 1554; porque la habilitacion se limita en su objeto á remover el obstáculo que impide al hijo ó á la mujer ser defendidos judicialmente, á causa de la ausencia ó negativa de su padre ó su marido, pero deja á aquellos en las mismas condiciones impuestas por las leyes á su estado respecto de todo lo demás, y en su consecuencia, continúa considerándose á los menores con la falta de discernimiento que es necesario para dirigir sus negocios por sí mismos, porque esto es efecto de su menor edad y no de su dependencia del padre ó marido.*

175. Como consecuencia tambien del efecto enunciado de la habilitacion, *en el auto en que se conceda esta al hijo de familias ó á la mujer que sean mayores de edad, se les autorizará para que otorguen poder á procurador, pues esto es efecto de haberseles declarado por la habilitacion, en lo relativo á su defensa en aquel negocio, libres de la potestad patria ó marital, y se les mandará dar testimonio del mismo auto para que ejecuten dicho nombramiento, y no esperimenten oposicion por parte del funcionario público que ha de autorizarlo: art. 1553. Este deberá espresar en el poder*

que otorgue al procurador que lo hace el menor en virtud de habilitacion judicial, para que no oponga en el juicio contencioso la escepcion de falta de personalidad. De esta suerte podrán presentarse en el juicio contencioso que se hubiera entablado contra ellos por un tercero, ó que ellos tuvieren que promover contra este.

176. Nada dice aquí la ley, sobre si en el caso de negarse por el juez la habilitacion, podrán el hijo ó la mujer apelar de esta providencia para ante la audiencia territorial; mas sin duda este silencio es efecto de haberse ya prescrito en general en los arts. 1208 y 1209, reglas 10 y 11, que de las providencias que se dictaren en los actos de jurisdiccion voluntaria, se admitirán las apelaciones que se interpusieren, debiendo admitirse simplemente y en ambos efectos, al que hubiere promovido el espediente.

177. El espediente sobre habilitacion para comparecer en juicio es un acto de jurisdiccion voluntaria, mientras no haya oposicion ó contradiccion de parte legitima, mas cuando esto ocurriere, se convierte en acto de jurisdiccion contenciosa, segun hemos dicho que es regla general en esta clase de asuntos.

178. Será, pues, acto de jurisdiccion voluntaria este espediente y se procederá en él conforme llevamos espuesto, cuando se hallasen el padre ó marido ausentes ó se ignorase su paradero, ó cuando se presentaren y no se opusieren. Y será acto de jurisdiccion contenciosa, cuando hallándose presentes el padre ó marido, bien desde un principio ó por haber vuelto de su ausencia, se presentaren oponiéndose. En estos casos, la oposicion versará, no sobre su derecho á representar al hijo ó á la mujer, pues la habilitacion solo tiene por objeto suplir la personalidad del padre ó marido, y si estos se presentan á representar al hijo ó á la mujer, no hay ya caso de controversia, sino sobre las razones que creen existen para que no se conceda á aquellos dicha habilitacion en el caso de que se trata; mas nunca se entrarán en el fondo del negocio que ocasionó aquella, de suerte que pueda perjudicar este debate en lo sucesivo al hijo ó á la mujer. Hé aquí lo que previene la ley respecto de estos últimos casos.

*Cuando se pidiera la habilitacion por negarse el padre ó marido á representar en juicio al hijo ó á la mujer para la defensa de sus derechos, se sustanciará la demanda en via ordinaria:* art. 1337, porque habiendo en tal caso una verdadera colision de derechos, no hay nada que la exima de las condiciones del juicio ordinario, á que pertenece desde un principio, como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*. *Lo mismo sucederá cuando antes de haberse otorgado la habilitacion que se haya pedido por ausencia ó por ignorarse el paradero del padre ó marido, comparecieren estos oponiéndose á la solicitud:* art. 1337; porque en este caso, se convierte el acto de jurisdiccion voluntaria en acto de jurisdiccion contenciosa por la oposicion, ó mejor, porque por esta oposicion no há lugar á principiar á conocer del espediente bajo aquel carácter. La sentencia que se pronunciare en estos casos, será si se halla justificada la negativa ú oposicion del padre ó marido, declarado asi, negando al hijo ó á la mujer la habilitacion para compare-

cen en juicio; y si se encontrare infundada la negativa ú oposicion, otorgará el juez la habilitacion al hijo ó á la mujer para presentarse en juicio, mas no deberá obligar al padre ó al marido á que los representen si no quieren, porque no seria entonces de esperar que lo verificaran con el celo y buena voluntad que reclaman los intereses de aquellas personas.

179. *Si el padre ó el marido, en los casos de ausencia y de ignorarse su paradero, comparecieren despues de concedida la habilitacion, se hará contencioso el espediente y sustanciará en via ordinaria.* Pero en este caso, mientras se sustancia debidamente el juicio contencioso entre el padre é hijo, ó entre el marido y la mujer, que comparecieron, *seguirá surtiendo todos sus efectos la habilitacion:* art. 1338. Esto no debe parecer extraño, dice el señor Laserna en sus *Motivos*, porque la cuestion no está íntegra, y no hay motivo alguno para que quede desairada la providencia del juez que con conocimiento de causa otorgó la autorizacion antes de debatirse y juzgarse las razones que por una y otra parte se alegaren, porque hasta que en el juicio contencioso se aleguen razones y pruebas suficientes sobre que no debió concederse aquella, hacen presumir su prócedencia la sentencia del juez que la otorgó con conocimiento de causa; y de consiguiente, no es justo que se suspenda la marcha del procedimiento para que aquella se dió y en el que se hallan comprometidos intereses de un tercero. Por lo tanto, en este caso, se seguirán dos juicios contenciosos á un mismo tiempo, el relativo á la habilitacion y el promovido sobre el asunto principal para el que se pidió esta. Téngase presente lo dicho en la pág. 702 de este tomo, sobre que las providencias que deben su origen la jurisdiccion voluntaria, son variables y modificables, lo cual escluye la idea de que queden firmes en los juzgados de primera instancia, segun la sentencia del 6 de febrero de 1839.

## TITULO VIII.

### De las informaciones para perpetua memoria.

180. Las informaciones para perpetua memoria son la averiguacion ó prueba que se hace judicialmente y á prevencion, para que conste algun hecho que puede afectar en lo sucesivo el interés ó los derechos del que las solicita, ó para llenar requisitos prescritos por las leyes administrativas. Tales serian por ejemplo, la informacion sobre haber estado una persona poseyendo pacíficamente alguna cosa, ó desempeñado algun cargo, ó sobre limpieza de sangre, nobleza ó hidalguía, ó sobre haber quedado en estado de desamparo ó desvalimiento, ó sobre haberse verificado un acontecimiento que presenciaron testigos, ó sobre la vida y costumbres de un sujeto en época determinada, etc.

181. No se trata aquí, pues, de las informaciones para hacer constar hechos que producen inmediatamente obligaciones y derechos reciprocos

que otorgue al procurador que lo hace el menor en virtud de habilitacion judicial, para que no oponga en el juicio contencioso la escepcion de falta de personalidad. De esta suerte podrán presentarse en el juicio contencioso que se hubiera entablado contra ellos por un tercero, ó que ellos tuvieren que promover contra este.

176. Nada dice aquí la ley, sobre si en el caso de negarse por el juez la habilitacion, podrán el hijo ó la mujer apelar de esta providencia para ante la audiencia territorial; mas sin duda este silencio es efecto de haberse ya prescrito en general en los arts. 1208 y 1209, reglas 10 y 11, que de las providencias que se dictaren en los actos de jurisdiccion voluntaria, se admitirán las apelaciones que se interpusieren, debiendo admitirse simplemente y en ambos efectos, al que hubiere promovido el espediente.

177. El espediente sobre habilitacion para comparecer en juicio es un acto de jurisdiccion voluntaria, mientras no haya oposicion ó contradiccion de parte legitima, mas cuando esto ocurriere, se convierte en acto de jurisdiccion contenciosa, segun hemos dicho que es regla general en esta clase de asuntos.

178. Será, pues, acto de jurisdiccion voluntaria este espediente y se procederá en él conforme llevamos espuesto, cuando se hallasen el padre ó marido ausentes ó se ignorase su paradero, ó cuando se presentaren y no se opusieren. Y será acto de jurisdiccion contenciosa, cuando hallándose presentes el padre ó marido, bien desde un principio ó por haber vuelto de su ausencia, se presentaren oponiéndose. En estos casos, la oposicion versará, no sobre su derecho á representar al hijo ó á la mujer, pues la habilitacion solo tiene por objeto suplir la personalidad del padre ó marido, y si estos se presentan á representar al hijo ó á la mujer, no hay ya caso de controversia, sino sobre las razones que creen existen para que no se conceda á aquellos dicha habilitacion en el caso de que se trata; mas nunca se entrarán en el fondo del negocio que ocasionó aquella, de suerte que pueda perjudicar este debate en lo sucesivo al hijo ó á la mujer. Hé aquí lo que previene la ley respecto de estos últimos casos.

*Cuando se pidiera la habilitacion por negarse el padre ó marido á representar en juicio al hijo ó á la mujer para la defensa de sus derechos, se sustanciará la demanda en via ordinaria: art. 1337, porque habiendo en tal caso una verdadera colision de derechos, no hay nada que la exima de las condiciones del juicio ordinario, á que pertenece desde un principio, como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*. Lo mismo sucederá cuando antes de haberse otorgado la habilitacion que se haya pedido por ausencia ó por ignorarse el paradero del padre ó marido, comparecieren estos oponiéndose á la solicitud: art. 1337; porque en este caso, se convierte el acto de jurisdiccion voluntaria en acto de jurisdiccion contenciosa por la oposicion, ó mejor, porque por esta oposicion no há lugar á principiar á conocer del espediente bajo aquel carácter. La sentencia que se pronunciare en estos casos, será si se halla justificada la negativa ú oposicion del padre ó marido, declarado asi, negando al hijo ó á la mujer la habilitacion para compare-*

cen en juicio; y si se encontrare infundada la negativa ú oposicion, otorgará el juez la habilitacion al hijo ó á la mujer para presentarse en juicio, mas no deberá obligar al padre ó al marido á que los representen si no quieren, porque no sería entonces de esperar que lo verificaran con el celo y buena voluntad que reclaman los intereses de aquellas personas.

179. *Si el padre ó el marido, en los casos de ausencia y de ignorarse su paradero, comparecieren despues de concedida la habilitacion, se hará contencioso el espediente y sustanciará en via ordinaria.* Pero en este caso, mientras se sustancia debidamente el juicio contencioso entre el padre é hijo, ó entre el marido y la mujer, que comparecieron, seguirá surtiendo todos sus efectos la habilitacion: art. 1338. Esto no debe parecer extraño, dice el señor Laserna en sus *Motivos*, porque la cuestion no está íntegra, y no hay motivo alguno para que quede desairada la providencia del juez que con conocimiento de causa otorgó la autorizacion antes de debatirse y juzgarse las razones que por una y otra parte se alegaren, porque hasta que en el juicio contencioso se aleguen razones y pruebas suficientes sobre que no debió concederse aquella, hacen presumir su prócedencia la sentencia del juez que la otorgó con conocimiento de causa; y de consiguiente, no es justo que se suspenda la marcha del procedimiento para que aquella se dió y en el que se hallan comprometidos intereses de un tercero. Por lo tanto, en este caso, se seguirán dos juicios contenciosos á un mismo tiempo, el relativo á la habilitacion y el promovido sobre el asunto principal para el que se pidió esta. Téngase presente lo dicho en la pág. 702 de este tomo, sobre que las providencias que deben su origen la jurisdiccion voluntaria, son variables y modificables, lo cual escluye la idea de que queden firmes en los juzgados de primera instancia, segun la sentencia del 6 de febrero de 1839.

## TITULO VIII.

### De las informaciones para perpetua memoria.

180. Las informaciones para perpetua memoria son la averiguacion ó prueba que se hace judicialmente y á prevencion, para que conste algun hecho que puede afectar en lo sucesivo el interés ó los derechos del que las solicita, ó para llenar requisitos prescritos por las leyes administrativas. Tales serian por ejemplo, la informacion sobre haber estado una persona poseyendo pacíficamente alguna cosa, ó desempeñado algun cargo, ó sobre limpieza de sangre, nobleza ó hidalguía, ó sobre haber quedado en estado de desamparo ó desvalimiento, ó sobre haberse verificado un acontecimiento que presenciaron testigos, ó sobre la vida y costumbres de un sujeto en época determinada, etc.

181. No se trata aquí, pues, de las informaciones para hacer constar hechos que producen inmediatamente obligaciones y derechos reciprocos

respecto de personas determinadas, y que se refieren á pleitos próximos á entablarse ó ya pendientes y de que trata el artículo 223 de la ley de Enjuiciamiento, puesto que cuando el demandante tuviere que preparar el juicio en los pocos casos en que se le permite quebrantar la regla de que todo juicio ha de principiarse por demanda y por respuesta) por medio de informaciones testificales, y por justo motivo, esto es cuando por edad avanzada de algun testigo, peligro inminente de su vida, proximidad de una ausencia á punto con el cual sean difíciles ó tardías las comunicaciones, ó por otra causa poderosa por la que pueda el actor esponerse á perder su derecho por falta de justificación, deberá verificarse su exámen *del modo que se previene en el art. 306 y siguientes* de dicha ley, segun el mismo artículo 223 prescribe, esto es, entre otras solemnidades, con citacion de la parte contraria ó con quien se va á seguir el juicio, para que se asegure de la formalidad con que se procede ó pueda preparar sus medios de defensa.

182. A estas últimas informaciones se refieren las leyes 2 y siguientes, tit. 16 de la Part. 3. La 2 dispone que no deben ser recibidos los testigos antes que el pleito ha comenzado por demanda ó por respuesta, fueras ende sobre cosas señaladas que son de tal natura, que si antes no se recibiesen podria ser que perdiera el demandado ó demandador su derecho; y espresa el mismo caso que la nueva ley de que fueren ancianos ó estuvieren enfermos ó ausentes los testigos, cuya declaracion se necesita, disponiendo que el juez debe citar á aquel contra quien recibe á los testigos para que presencie su juramentacion. La 4 trata del caso en que se adoptare á algun hijo y el padre le prometiese dar ó le diese alguna heredad ó le señalase alguna renta ó pension, facultando la ley al hijo para que pueda entonces pedir se le admita informacion testifical para acreditar aquella promesa y no sufrir los perjuicios consiguientes á su olvido, y que se mande otorgar escritura pública sobre ello; pero requiriendo asimismo la ley, que cuando estos testigos fuesen de recibir «débenlo hacer saber á aquel contra quien los quieren recibir ó á sus herederos para que vayan á ver el recibimiento de ellos si quisieren.»

183. Teniendo, pues, por único objeto las informaciones de que se trata en este título, hace constar hechos, de los que puede resultar al que ellos solicita beneficios ó derechos pero solo en lo sucesivo, sin consideracion á obligaciones respecto de otra persona, y de cuya reclamacion se trate, previene la ley en su art. 1759, que *los jueces admitirán y harán se prantiquen las informaciones que ante ellos se promoviesen, con tal que no se refieran á hechos de que pueda resultar perjuicio á alguna persona conocida y determinada*, esto es, á persona cuya existencia conste y se sepa quién es, pues si se atendiera á conjeturas sobre si podria causar perjuicios aquella informacion á alguna persona, eventualmente, no podria practicarse ninguna, porque apenas hay acto que no pueda perjudicar á un tercero. Esta disposicion tiene por fin evitar informaciones que encerrarán el objeto paliado de preparar una prueba para un litigio que se pensara promover contra alguno,

eludiendo á su sombra las disposiciones citadas que requieren que tales informaciones se practiquen con citacion de aquel á quien perjudican y en el juicio en que se usa de ellas. V. el núm. 13 del lib. 3.º de esta obra.

184. Con este mismo objeto de evitar informaciones que deben hacerse en juicio contradictorio, bajo el pretexto de las llamadas propiamente para perpétua memoria, y pudiendo perjudicarse en aquel caso á personas ausentes ó ignoradas, á las cuales tiene el ministerio público el deber de proteger, dispone el art. 1561 de la ley que, *para admitir toda informacion de esta clase, se oirá el promotor fiscal del juzgado en que se promoviere.*

185. El art. 1259 al referirse á los jueces que deben practicar dichas informaciones, no especifica el juez del lugar competente para ello, por lo que es opinion que puede serlo cualquiera de primera instancia á quien se pidieren, puesto que se trata de un acto en que no hay, por entonces al menos, parte contraria á cuyo domicilio poder atender para la competencia, y de hechos que pueden haber ocurrido en puntos distantes del domicilio de quien la solicitó, por lo que aquí solo se atiende á la voluntad de este. Sin embargo, parece que deberá acudirse al juez del punto donde hubiere ocurrido el hecho de que se trata, ó en donde, por el objeto de la informacion, fuese mas fácil practicarla.

Si pues este juez juzgase que procede la informacion, la pasará al promotor fiscal, y si este diere dictámen opinando lo mismo, dictará el juez en seguida del dictámen, providencia, admitiéndola. Mas si él ó el promotor creyeren que debe practicarse alguna diligencia previa sobre el derecho del que pide la informacion, ó sobre si causa algun perjuicio, se procederá á efectuarla.

Como puede acontecer que se oculte al juez ó promotor fiscal, por grande que sea su celo y perspicacia, al examinar la clase de informacion que se pide, que puede resultar perjuicio de ella á persona cierta y determinada, no siendo justo que ésta quede perjudicada é indefensa por motivos á veces insuperables, se ha dispuesto que *si admitida una informacion y estándose practicando, se formulare oposicion á ella, se sustanciara en via ordinaria*: art. 1560, como se previene en general para cuando el acto de jurisdiccion voluntaria se convierte en acto contencioso, por la oposicion de un tercero, que es lo que aquí se verifica. En tal caso, deberá remitirse el expediente al juez competente para conocer de este juicio ordinario, á no ser que las partes se sometan al que conocia del acto de jurisdiccion voluntaria.

186. *Admitida que sea la informacion, se hará saber la providencia á quien la propuso para que comparezca con los testigos en el dia que haya de efectuarse, y espresándose los extremos que abraza el interrogatorio que presentó y que se han juzgado admisibles por el exámen. Verificado esto, serán examinados los testigos que se presentaren, con las solemnidades que la ley requiere en general para el exámen de testigos, dando además fe el escribano de su conocimiento*: art. 1562. *Si no los conociese el escribano, se exigirá que ó traigan un documento bastante á comprobar la identidad de sus*



personas ó dos testigos que se aseguren conocerlos, y á quienes conozca el escribano: art. 1565. Estas disposiciones análogas á la del art. 1539 sobre dispensas de ley, tienen el mismo objeto que ya digimos, de evitar se presenten testigos con nombres supuestos, ó que se atribuyan cualidades que no tienen para dar mayor fuerza y peso á su declaracion. El escribano deberá espresar cuando se presentaren testigos de conocimiento, el nombre de estos, los cuales deberán tambien firmar las declaraciones, segun se efectúa cuando en la autorizacion de documentos públicos, por no conocer el escribano á las partes, tienen estas que presentar dos testigos que digan las conocen, con arreglo á la ley 2, tit. 25, lib. 10 de la Nov. Recop.

187. *Dada la informacion, se pasará al promotor. Este se limitará á examinar las cualidades de los testigos que pueden influir en mayor ó menor crédito que debe darse á su declaracion, y tambien á las que destruyeran la fuerza de esta enteramente por ser causa de tacha legal, pues como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la Ley*, el promotor debe procurar «que no pasen desapercibidas las incapacidades que tengan los testigos.» Deberá tambien examinar el promotor si se ha acreditado el conocimiento de los testigos por el escribano en la forma que queda prevenida y consta la entidad de sus personas: art. 1564. En su consecuencia, examinará si dió el escribano fe de conocer á los testigos presentados ó á los de abono, si hubiera sido necesario presentar estos, por no conocer á los primeros, ó si el documento que se adujo es suficiente ó no para comprobar la identidad de sus personas. Se limita el exámen del promotor á estos particulares, porque ellos son los que interesan para la validez y fuerza de la informacion puesto que si acerca de si es ó no procedente, ya efectuó su exámen al oírsele sobre su admision, y respecto de sus efectos, no produciéndolos en la época en que se da, no hay que examinar ni determinar lo que deba hacerse en vista de su resultado.*

188. *Devuelto el expediente por el promotor fiscal con su dictámen y hallándose conforme en que se apruebe la informacion, la aprobará el juez, si la estimare procedente; pues el juez no está obligado á seguir el dictámen fiscal, si no lo juzgase fundado. Como en el exámen que hacen, tanto el juez como el promotor, se limitan á si es prudente dar la informacion, á si no perjudica á persona determinada y á si se ha efectuado con las solemnidades prescritas que requiere la ley, mas sin entrarse en el exámen de los efectos que puede producir, ni á si se iniere con ella perjuicio á persona que no sea cierta y determinada, para salvar el derecho de cada uno sobre los particulares que comprende la informacion, se inserta en los autos de aprobacion de estas informaciones la cláusula sin perjuicio de tercero. Asimismo, mandará el juez que se protocolicen en el oficio de un escribano público de la cabeza del partido judicial, para que puedan ser encontradas fácilmente cuando llegase el caso de hacerse uso de ellas, y que se den de ella los testimonios que pidiese el que lo haya promovido, para resguardo y defensa en lo sucesivo de los derechos que se propuso amparar: art. 1565.*

189. *Si el promotor fiscal opusiere algunos reparos, esto es, hiciere notar que se han omitido algunas formalidades en la informacion ó practicado indebidamente, hasta que se hayan subsanado, caso de ser procedentes, pues si no lo fueren á juicio del juez, no se halla éste obligado á mandar se practiquen las diligencias que propuso el promotor con tal objeto, no podrá dictarse el auto de aprobacion.*

*Informaciones de posesion.*

190. La nueva ley Hipotecaria en el título 14 sobre inscripcion de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicacion de la misma, introduce un procedimiento especial para la informacion de posesion de biena, para el efecto de inscribir su derecho el propietario que careciere de título escrito de dominio, pues segun el art. 597, deberá inscribir previamente su posesion ante el juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del promotor fiscal, si tratase de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario ó la de los demás partícipes en el dominio, si pretendiere inscribir un derecho real. Si los bienes estuvieren situados en pueblo ó término donde no resida el juez de primera instancia, podrá hacerse dicha informacion ante el juez de paz respectivo, con audiencia del síndico del ayuntamiento en todos los casos en que debería ser oído el promotor fiscal. La intervencion del promotor ó del síndico, se limitará á procurar que se guarden en el expediente las formas de la ley.

191. Se entiende que carece de título para este efecto, no solo el que realmente no lo posea, sino tambien el propietario que teniéndolo, no pueda reclamar inmediatamente su inscripcion por haberlo de traer de punto distante del lugar en que deba hacerla, ó por cualquiera otra causa que le obligue á dilatar su presentacion. Esta circunstancia podrá hacerse constar en el expediente y en la misma inscripcion: art. 526 del reglamento para la ejecucion de dicha ley.

192. El escrito en que se pida la admision de la informacion de que trata el artículo anterior espresará: 1.º La naturaleza, situacion, medida superficial, linderos, nombre, número, y cargas reales de la finca, cuya posesion se trata de acreditar: 2.º La especie legal, valor, condiciones y cargas del derecho real de cuya posesion se trate, y la naturaleza, situacion, linderos, nombre y número de la finca sobre la cual estuviere aquel impuesto: 3.º El nombre y apellidos de la persona de quien se haya adquirido el inmueble ó derecho: 4.º El tiempo que se llevare de posesion: 5.º La circunstancia de no existir título escrito ó de no ser fácil hallarle en el caso de que se trata: art. 598 de la ley.

195. La informacion prevenida en el art. 597, se verificará con dos ó mas testigos vecinos, propietarios del pueblo ó término en que estuvieren situados los bienes: art. 598. Los testigos de que trata el artículo anterior, justificarán tener las cualidades en él referidas, presentando los documentos

que las acrediten. Contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio el que promueva el espediente, y el tiempo que haya durado la posesion, y serán responsab les de los perjuicios indebidos que puedan causar la inexactitud de sus deposiciones: art. 400.

194. El que trate de inscribir su posesion, presentará tambien el recibo del último trimestre de contribucion territorial que haya satisfecho. Si no hubiere pagado ninguno por su adquisicion reciente, se dará conocimiento del espediente á la persona de quien proceda el inmueble ó á sus herederos, á fin de que manifiesten si tienen algo que exponer á su inscripcion. Si el que lo solicita fuere heredero del anterior poseedor, presentará el último recibo de contribucion que este haya satisfecho: art. 401.

Si el partícipe en la propiedad ó en los derechos de una finca que deba ser citado estuviere ausente, el juez le señalará para comparecer por sí ó por medio de apoderado el término que juzgue necesario segun la distancia. Si se ignorase su paradero, ó si transcurrido dicho término no compareciere el citado, el juez aprobará el espediente, y mandará hacer la inscripcion del derecho, sin perjuicio del que corresponda á dicho partícipe, espresándose que éste no ha sido oido en la informacion. La incripcion en tal caso, espresará tambien dichas circunstancias: art. 403.

195. Cualquiera que se crea con derecho á los bienes, cuya inscripcion se solicite mediante informacion de posesion, podrá alegarlo ante el juez competente, en juicio ordinario. La interposicion de esta demanda y su inscripcion en el registro, suspenderán el curso del espediente de informacion y la inscripcion del mismo, si estuviere ya concluido y aprobado: artículo 403.

196. Siendo suficiente la informacion practicada en la forma prevenida en los artículos anteriores, y no habiendo oposicion de parte legitima, ó siendo desestimada la que se hubiese hecho, el juez aprobará el espediente y mandará estender en el registro la inscripcion solicitada, sin perjuicio de tercero de mejor derecho: art. 404.

197. El poseedor que haya obtenido la providencia espresada en el anterior artículo, presentará en el registro el espediente original, que deberá habersele entregado para este efecto, y solicitará en su virtud la inscripcion correspondiente: art. 405.

198. En el espediente para acreditar la posesion, no se podrá exigir del que lo promueva, que presente el título de adquisicion de finca ó derecho, ni se admitirá otra oposicion de parte interesada que la que se contraiga esclusivamente al hecho de poseer en nombre propio. La cuestion del derecho no podrá ventilarse sino en juicio ordinario, con arreglo á lo dispuesto en el art. 403 de la ley: art. 527 del reglamento.

## TITULO IX.

**Del consentimiento que han de obtener los menores de edad para contraer matrimonio.**

199. Segun la pragmática del señor don Carlos IV, de 14 de abril de 1803, ó sea la ley 18, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Recop., los hijos menores de 25 años y las hijas menores de 23 necesitaban, para contraer matrimonio, obtener el consentimiento de su padre; á falta de padre, habian de obtener el de la madre; pero los hijos adquirian en este caso la libertad de casarse sin necesidad de dicho consentimiento un año antes que en el caso anterior, esto es, los varones á los 24 años y las hembras á los 22: á falta de padres necesitaban el consentimiento del abuelo paterno, y no existiendo éste, el del materno; pero en tal caso podian casarse sin él, á los 23 y 21 años respectivamente. Faltando los abuelos paterno y materno, necesitaban el consentimiento del guardador los varones menores de 22 años y las hembras menores de 20; y á falta de todos estos, se requería el consentimiento del juez de primera instancia del domicilio de dichos menores de las edades mencionadas. Además, aun cuando los padres y demás personas citadas, no estaban obligadas, si negaban el consentimiento, á dar razon de las causas que tenian para ello, se facultó á los menores de aquellas edades para recurrir al gobierno cuando creian que sus padres, abuelos ó curadores se lo negaban sin razon ó injustamente, para que tomados los informes oportunos se formase un espediente que se llamaba de *irracional disenso*, con el objeto de suplir el consentimiento de aquellas personas por la autoridad competente, que segun la pragmática citada, eran las Audiencias y Chancillerias, y posteriormente los gobernadores de provincia, por el real decreto de córtes de 14 de abril de 1813, restablecido por real órden de 30 de agosto de 1836.

La ley de Enjuiciamiento civil se refiere en este título IX á la licencia ó consentimiento para contraer matrimonio que debia otorgar ó negar el juez á los menores de 22 años, siendo varones y de 20 siendo hembras, cuando no tenian padre, madre, abuelos paterno ó materno ni curadores que pudiesen prestárselo, mas no como han entendido algunos, al suplemento por medio del recurso de irracional disenso, del consentimiento de estas personas, cuando se negaban injustamente á prestárselo, pues esto competia como ya hemos dicho á la autoridad administrativa.

Mas habiendo sufrido una reforma radical las disposiciones citadas por la ley hecha en córtes y publicada en 20 de junio de 1862, sobre el consentimiento que han de obtener los menores de edad para contraer matrimonio, ha quedado naturalmente sin aplicacion lo prescripto en el tit. 9 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su mayor parte, habiendo que atender sobre esta materia á lo dispuesto por la ley de 20 de junio citada.

que las acrediten. Contraerán sus declaraciones al hecho de poseer los bienes en nombre propio el que promueva el espediente, y el tiempo que haya durado la posesion, y serán responsa bles de los perjuicios indebidos que puedan causar la inexactitud de sus deposiciones: art. 400.

194. El que trate de inscribir su posesion, presentará tambien el recibo del último trimestre de contribucion territorial que haya satisfecho. Si no hubiere pagado ninguno por su adquisicion reciente, se dará conocimiento del espediente á la persona de quien proceda el inmueble ó á sus herederos, á fin de que manifiesten si tienen algo que exponer á su inscripcion. Si el que lo solicita fuere heredero del anterior poseedor, presentará el último recibo de contribucion que este haya satisfecho: art. 401.

Si el partícipe en la propiedad ó en los derechos de una finca que deba ser citado estuviere ausente, el juez le señalará para comparecer por sí ó por medio de apoderado el término que juzgue necesario segun la distancia. Si se ignorase su paradero, ó si transcurrido dicho término no compareciere el citado, el juez aprobará el espediente, y mandará hacer la inscripcion del derecho, sin perjuicio del que corresponda á dicho partícipe, espresándose que éste no ha sido oido en la informacion. La incripcion en tal caso, espresará tambien dichas circunstancias: art. 403.

195. Cualquiera que se crea con derecho á los bienes, cuya inscripcion se solicite mediante informacion de posesion, podrá alegarlo ante el juez competente, en juicio ordinario. La interposicion de esta demanda y su inscripcion en el registro, suspenderán el curso del espediente de informacion y la inscripcion del mismo, si estuviere ya concluido y aprobado: artículo 405.

196. Siendo suficiente la informacion practicada en la forma prevenida en los artículos anteriores, y no habiendo oposicion de parte legitima, ó siendo desestimada la que se hubiese hecho, el juez aprobará el espediente y mandará estender en el registro la inscripcion solicitada, sin perjuicio de tercero de mejor derecho: art. 404.

197. El poseedor que haya obtenido la providencia espresada en el anterior artículo, presentará en el registro el espediente original, que deberá habersele entregado para este efecto, y solicitará en su virtud la inscripcion correspondiente: art. 405.

198. En el espediente para acreditar la posesion, no se podrá exigir del que lo promueva, que presente el título de adquisicion de finca ó derecho, ni se admitirá otra oposicion de parte interesada que la que se contraiga esclusivamente al hecho de poseer en nombre propio. La cuestion del derecho no podrá ventilarse sino en juicio ordinario, con arreglo á lo dispuesto en el art. 405 de la ley: art. 527 del reglamento.

## TITULO IX.

**Del consentimiento que han de obtener los menores de edad para contraer matrimonio.**

199. Segun la pragmática del señor don Carlos IV, de 14 de abril de 1803, ó sea la ley 18, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Recop., los hijos menores de 25 años y las hijas menores de 23 necesitaban, para contraer matrimonio, obtener el consentimiento de su padre; á falta de padre, habian de obtener el de la madre; pero los hijos adquirian en este caso la libertad de casarse sin necesidad de dicho consentimiento un año antes que en el caso anterior, esto es, los varones á los 24 años y las hembras á los 22: á falta de padres necesitaban el consentimiento del abuelo paterno, y no existiendo éste, el del materno; pero en tal caso podian casarse sin él, á los 23 y 21 años respectivamente. Faltando los abuelos paterno y materno, necesitaban el consentimiento del guardador los varones menores de 22 años y las hembras menores de 20; y á falta de todos estos, se requería el consentimiento del juez de primera instancia del domicilio de dichos menores de las edades mencionadas. Además, aun cuando los padres y demás personas citadas, no estaban obligadas, si negaban el consentimiento, á dar razon de las causas que tenian para ello, se facultó á los menores de aquellas edades para recurrir al gobierno cuando creian que sus padres, abuelos ó curadores se lo negaban sin razon ó injustamente, para que tomados los informes oportunos se formase un espediente que se llamaba de *irracional disenso*, con el objeto de suplir el consentimiento de aquellas personas por la autoridad competente, que segun la pragmática citada, eran las Audiencias y Chancillerias, y posteriormente los gobernadores de provincia, por el real decreto de córtes de 14 de abril de 1813, restablecido por real órden de 30 de agosto de 1836.

La ley de Enjuiciamiento civil se refiere en este título IX á la licencia ó consentimiento para contraer matrimonio que debia otorgar ó negar el juez á los menores de 22 años, siendo varones y de 20 siendo hembras, cuando no tenian padre, madre, abuelos paterno ó materno ni curadores que pudiesen prestárselo, mas no como han entendido algunos, al suplemento por medio del recurso de irracional disenso, del consentimiento de estas personas, cuando se negaban injustamente á prestárselo, pues esto competia como ya hemos dicho á la autoridad administrativa.

Mas habiendo sufrido una reforma radical las disposiciones citadas por la ley hecha en córtes y publicada en 20 de junio de 1862, sobre el consentimiento que han de obtener los menores de edad para contraer matrimonio, ha quedado naturalmente sin aplicacion lo prescripto en el tit. 9 de la ley de Enjuiciamiento civil, en su mayor parte, habiendo que atender sobre esta materia á lo dispuesto por la ley de 20 de junio citada.

Esta ley, sin embargo, no deroga lo dispuesto por la pragmática de 1805 sobre los enlaces de los infantes y demás individuos de la familia real, según diremos mas adelante y enunció en la sesión del Senado de 4 de junio, el distinguido individuo de la comisión señor Arrazola. En su consecuencia, espondremos en este lugar las formalidades que requiere esta ley, principalmente cuando ha de prestar el juez el consentimiento para casarse á los menores, con cuyo objeto nos haremos cargo de las esplicaciones enunciadas por las comisiones de ambos cuerpos legisladores que la redactaran en proyecto, y que pueden considerarse como una interpretación auténtica ó comentario oficial de la misma, é igualmente de los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil, que todavía pueden servir á aquella de complemento, y espondremos asimismo lo prescrito por la ley de 20 de junio sobre el consentimiento que han de prestar los padres, abuelos y curadores, si bien con brevedad que nos recomienda la índole de esta obra, como quiera que aquellas disposiciones pertenecen al Código civil, y que al entrar en su historia y en las razones filosóficas en que se fundan nos llevaría demasiado lejos.

200. Según el art. 1.º de dicha ley, el hijo de familia que no ha cumplido 25 años y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno. Por la nueva ley se rebaja, pues, la edad en que pueden casarse los menores sin necesidad de este consentimiento en dos años respecto de los varones y en tres respecto de las hembras, sobre la asignada anteriormente. Esta rebaja de edad, no solo afecta á la libertad para contraer los menores matrimonio sin dicho consentimiento, sino tambien á la libertad para contraer esponsales, puesto que facultándose en la pragmática de 1805 á los menores para contraer esponsales cuando tuvieran edad para contraer matrimonio por sí mismos, ó sin el consentimiento de sus padres, abuelos, etc., y facultándose por la nueva ley á los menores para este efecto á la edad de 23 y 20 años, según su sexo, es consiguiente que se les faculte para contraer esponsales á la misma edad, puesto que se ha derogado lo prescrito por la pragmática respecto de la edad para contraer matrimonio libremente. «Son terminantes, decia un ilustrado individuo de la comisión del Congreso de Diputados que redactó el proyecto de ley de que tratamos, el señor Auriol, en la sesión de 25 de marzo de 1862, las palabras de la pragmática de 1805, por la que se prohíbe se admitan en los tribunales civiles y eclesiásticos demandas de esponsales, como no sean celebrados por personas hábiles para contraer matrimonio por sí mismas, y como según esta pragmática no podían contraerlo los menores de 22 á 24 años siendo varones, y de 20 á 25 siendo hembras, es claro que la prohibición sobre esponsales se refería á los que se contrajeran por personas menores de esta edad; pero innovadas estas disposiciones sobre la edad, no hay duda que la prohibición contenida en la pragmática queda subsistente, pero modificados los requisitos para celebrar esponsales en el hecho de reformarse los prescritos para contraer matrimonio.»

201. En el caso del artículo anterior, si falta el padre ó se halla impe-

dido para prestar el consentimiento, corresponde la misma facultad á la madre y sucesivamente, en iguales circunstancias (esto es, de faltar ó hallarse impedida) al abuelo paterno y al materno: art. 2.º La nueva ley no concede como la pragmática anterior á los menores la libertad de casarse, cuando tienen que pedir el consentimiento de la madre y de los abuelos, un año ó dos antes respectivamente que cuando, por tener padre, necesitan el consentimiento de éste, sino que están sujetos á pedir el consentimiento de la madre ó de los abuelos, mientras no hayan cumplido 23 ó 20 años respectivamente.

Esta obligación de pedir ó prestar el padre ó la madre el consentimiento para el matrimonio de sus hijos, existe aun cuando aquellos pasen á segundas nupcias, según declaró la comisión de Diputados en la sesión de 25 de marzo citada.

202. A falta de la madre, y del abuelo paterno y del materno, corresponde la facultad de prestar el consentimiento para contraer matrimonio, al curador testamentario y al juez de primera instancia sucesivamente, esto es, corresponde prestar el consentimiento cuando el abuelo paterno ó materno faltaren ó se hallaren impedidos, primero, al curador testamentario, y solo cuando este faltare ó se hallare impedido, corresponderá al juez de primera instancia: § 1.º del art. 3.º

Se le concede preferencia al curador sobre los parientes porque tiene un título legítimo para ello, porque ha sido nombrado por el padre en su última voluntad, prefiriéndolo á aquellos por razones sin duda atendibles. Sesión del Senado de 3 de junio de 1862, discurso del señor Roda, de la comisión.

Además de los casos en que puede estar impedido el curador para prestar su consentimiento, como enfermedad grave á prolongada, etc., se considera tambien inhábil, según el párrafo 2.º de dicho artículo al curador, cuando el matrimonio proyectado lo fuese con pariente suyo dentro del cuarto grado civil. La razón en que se funda esta disposición es muy obvia, á saber: la presunción de que no proceda con la imparcialidad necesaria el curador ofuscado por el interés que tenga en favorecer á su pariente.

Asimismo, según el art. 402 del Código penal, está prohibido al que tiene ó ha tenido en curaduría á un menor, prestar su consentimiento para que contraigan matrimonio con él sus hijos ó descendientes, antes de la aprobación legal de sus cuentas, bajo pena de prisión correccional y multa de 100 á 4,000 duros.

Por curador testamentario se entiende aquí, no solo el que nombra el padre en su testamento á sus hijos, según el art. 1231 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y el que nombra la madre, según el 1233, sino tambien el que nombra una persona estraña, instituyendo heredero al menor ó dejándole manda de importancia. Declaración de la comisión del Congreso de Diputados en la sesión de 25 de marzo de 1862. Limita este artículo la facultad para conceder este permiso ó consentimiento á los curadores testamentarios, por la garantía que inspiran las personas que han merecido la confianza del

padre ó madre, ó que dan al menor pruebas suficientes de cariño, instituyéndole heredero. No concede esta facultad la ley, al curador que puede elegir el menor á falta de estos, segun el art. 1237, para evitar la confabulación entre el menor y una persona cualquiera que previamente estuviere de acuerdo con él para que le nombrase curador y prestar su consentimiento al menor para contraer matrimonio con una persona que no le conviniera. Sesión del Congreso de Diputados de 23 de marzo; discurso del señor Auriolés. El curador de que aquí se trata es el nombrado para los bienes, mas no el curador para pleitos, pues éste solo tiene la responsabilidad del negocio ó asunto para que se le nombra. Sesión del Senado de 2 de junio de 1862; declaración del señor Gomez de Laserna, como de la comisión.

203. Segun el art. 3.º de la ley de 20 de junio, parece que solo se da facultad al curador y al juez para prestar su consentimiento al matrimonio de los menores cuando hubiesen fallecido la madre, y el abuelo paterno y materno de estos, por lo que se suscita la duda de si tendrá tambien aquella facultad el curador y el juez cuando se ignorase el paradero de dichas personas ó se hallaren en países muy remotos, como establece la Ley de Enjuiciamiento civil. Y en efecto, esta ley dispone en su art. 1567, «que en los casos en que con arreglo á las leyes, la autoridad judicial deba dar su licencia á un menor para contraer matrimonio, deberá acreditarse previamente y cumplidamente por el que la solicitare hallarse en alguno de los tres casos siguientes. 1.º No tener padre, madre (abuelos) ni curador. 2.º Hallarse los mismos en países, con los cuales sea preciso invertir mas de un año para comunicarse y obtener respuesta. 3.º Ignorarse el paradero del padre, madre (abuelos) ó curador. Fuera de estos tres casos, el juez no podrá otorgar la licencia.» ¿Deberá, pues, entenderse derogadas por la ley de 20 de junio las disposiciones de la de Enjuiciamiento civil que se refieren á la ausencia ó ignorancia del paradero del padre, madre ó abuelos, de suerte que el curador y el juez no puedan dar su consentimiento para casarse al menor, por causa de aquella ausencia ó ignorancia, mientras no se halle justificado plenamente el fallecimiento de aquellas personas? Respecto del caso de ausencia á países remotos, creemos que la nueva ley de 20 de junio rechaza en su espíritu su aplicación en el día, puesto que vendria á debilitar y aun á destruir la fuerza y autoridad que da al padre, madre y abuelos, la disposición de su art. 14, por la cual se les confiere el veto absoluto sobre el matrimonio de los menores, sin necesidad de explicar las razones en que se fundan para rehusar su consentimiento, y sin que se dé ningun recurso contra su disenso. Habiendo revestido la nueva ley á dichas personas de una autoridad absoluta é inapelable, y en su consecuencia mucho mayor que la pragmática de 1805 respecto del matrimonio de los menores, no puede entenderse subsistente la disposición mencionada sobre la ausencia, de la de Enjuiciamiento civil, que se fundaba en la falta de autoridad y de fuerza en que se dejaba á aquellas personas por dicha pragmática.

Acerca del caso de ignorarse el paradero del padre, madre, abuelos y

curadores, puede sostenerse su aplicación en el día, aun despues de la ley de 20 de junio, por lo menos siempre que trascurra el tiempo necesario para presumirse la muerte de una persona, y que señalan nuestras antiguas leyes para otros casos de importancia análoga á la del presente; puesto que está fundado en razon y justicia, que cuando ha trascurrido largo tiempo de duda acerca de la existencia de un individuo, cuyo paradero se ignora, debe la ley disponer lo conveniente para que esta situación incierta no perjudique á los intereses de tercero, y aun del mismo ausente: no autorizar medida alguna hasta que la muerte de este constara plenamente, seria una desviación del orden natural de los sucesos, mucho mas cuando aquella prueba puede prolongarse demasiado y aun quizá no llegar á obtenerse. De aquí, pues, la necesidad de establecerse por la ley la presunción de su muerte para algunos casos, y por eso dispone la ley 14, tit. 14, Part. 3.ª, que si se dudase si es vivo ó muerto un ausente que marchó á países lejanos, puede su próximo pariente recibir su herencia si han pasado diez años por lo menos, si entre todos los del lugar es fama que murió el ausente: pero si hubiere trascurrido corto tiempo, desde su partida, como de cinco años abajo, ó esta fue á tierra en que se puede saber la verdad, entonces se necesitará la prueba de la muerte por testigos que vieron el cadáver y el acto de enterrarles.

Cuando los que prestan el consentimiento para el matrimonio son el curador ó el juez, adquieren los menores varones la libertad de casarse sin necesidad de él tres años antes que cuando tienen que pedirlo á los parientes enunciados en los artículos anteriores, puesto que en el § 3.º del art 3.º de la ley de 20 de junio, se dice que cesará la necesidad de obtener su consentimiento, si los que desean contraer matrimonio, cualquiera que sea su sexo han cumplido la edad de 20 años.»

Ademas, cuando se trata de hijos legítimos, y han de prestar el consentimiento el curador ó el juez, deberán proceder en union con los parientes mas próximos, segun espondremos mas adelante.

204. Los hijos naturales (esto es, hijos de padres que no tienen impedimento para casarse), no necesitan para contraer matrimonio del consentimiento de los abuelos, ni de la intervención de los parientes cuando el curador ó el juez sean llamados á darles el permiso: art. 12.

Los demás hijos ilegítimos solo tendrán obligación de impetrar el consentimiento de la madre; á falta de esta, el del curador si lo hubiese, y por último, el del juez de primera instancia: en ningun caso se convocará á los parientes. Los jefes de las casas de espósitos serán considerados para los efectos de esta ley como curadores de los hijos ilegítimos, recogidos y educados en ellas: art. 15. El objeto de esta disposición es conceder á los jefes de las casas de los espósitos las mismas atribuciones que desempeñan los curadores, esto es, la facultad, el derecho de prestar el consentimiento para la celebración de los matrimonios de estos desgraciados, á quienes la sociedad ha proporcionado aquel asilo; pero como estos no tienen familia, no hay que oír á pariente alguno, ni en suplemento de la junta de estos, á la

Junta de Beneficencia, como interpretaba un señor diputado. Sesión de 25 de marzo. Considerándose, pues, el jefe de estas casas como curador, le corresponde dar el consentimiento á falta de padre y madre, en los hijos naturales, y á falta de madre, en los espúreos.

205. Ya hemos dicho que cuando el curador y el juez, por falta de padre y madre, y abuelos paterno y materno, han de prestar ó negar el consentimiento para el matrimonio de los menores de 20 años, tienen la obligación de reunir una junta de parientes para ilustrarse sobre la conveniencia de aquel matrimonio, por los antecedentes y circunstancias especiales que acerca de los intereses, carácter del menor, etc., pueden darles mejor que otro alguno las personas que han debido conocerle y tratarle íntimamente por ser tan allegadas á él. Esta disposición es análoga á otras varias de nuestra legislación anterior. Y en efecto, en el Fuero Juzgo se dispone sobre la tutela, que la desempeñe: 1.º la madre; 2.º los hermanos mayores de edad; 3.º los tios; y 4.º que nombren tutor los parientes cercanos en presencia del alcalde; y en la pragmática de 1776 sobre matrimonios de los menores, se prevenia, que á falta de padres, madres y abuelos, prestarán el consentimiento *los dos parientes mas cercanos del menor* que no tuvieran aspiraciones, ni fueran interesados en el matrimonio mismo. La nueva ley no ha querido denominar á esta junta *Consejo de familia*, para que no se entendiera prejuzgada la cuestión, que es muy grave, de la institucion de este Consejo. Sesión del Congreso de Diputados del 25 de marzo de 1862, discurso del señor Auriolos.

206. Esta junta de parientes se compondrá: 1.º de los ascendientes del menor; 2.º de sus hermanos mayores de edad y de los maridos de las hermanas de igual condicion, viviendo estas. A falta de ascendientes, hermanos y maridos, ó cuando sean menos de tres, se completará la junta hasta el número de cuatro vocales con los parientes mas allegados, varones y mayores de edad, elegidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la del padre. En igualdad de grado, serán preferidos los parientes de mas edad: art. 4.º de la ley de 20 de junio. No son llamados á la junta los parientes naturales, porque para la creacion de esta junta no se ha atendido al principio hereditario, sino á la misma familia que no la componen los parientes naturales, pues verdaderamente no hay familia donde no hay misión santificada por la religion ó por las leyes civiles, y seria inmoral igualar á los hijos naturales con los legítimos. Si fuera la base de esta junta el derecho hereditario, no podrian ser eliminadas de ella las mujeres, ni ser admitidos en representacion de las hermanas sus maridos, ni serian eliminados de ella los menores de edad ni ninguno de los que tienen derecho á heredar: Sesión del Congreso de Diputados de 25 de marzo de 1862, discurso del señor Auriolos, como de la comision. La eliminacion de las mujeres respecto de esta junta, de que se habla en esta declaracion, se refiere solo á los parientes fuera del segundo grado, v. gr. de las hermanas, pues las demás mujeres, tales como la abuela paterna y materna y las hermanas que por ser solteras no pueden ser representadas por sus maridos, se

hallan comprendidas en la nueva ley para la formacion de la junta de parientes. Asi se declaró en la sesión del Senado de 2 de junio de 1862, por el ilustrado individuo de la comision señor Gallardo, quien preguntado por un señor senador si las personas que habian de componer la junta habian de ser indistintamente varones y hembras, y si podian componerla las abuelas paterna y materna, y las hermanas solteras, contestó diciendo, que era claro que cuando se emplea la voz *parientes*, se entiende que tanto los abuelos como todos los ascendientes que no ejerzan el veto para el matrimonio, han de formar parte de la junta de familia; que no hay duda que los abuelos, asi como todos los ascendientes que no tengan la facultad especial que concede esta ley para dar su consentimiento en la celebracion del matrimonio, entran á formar la junta de familia con preferencia á los demás parientes, por ser los mas próximos, y que no era necesario agregar en el texto de la ley las palabras varon y hembra, al hablar de los hermanos, como pretendia el citado señor senador, atendiendo á que podia haber hermanas solteras, porque en derecho, la palabra hermano comprende á ambos sexos, segun la ley del Digesto entre otras, *de Verbor. signif.*

El curador, aun cuando sea pariente, no se computará en el número de los que han de formar la junta: § 6 del art. 4.º de la ley de 20 de junio. Esto se funda en que debiendo formarse la junta de cuatro parientes, si es posible, se requiere además el voto del curador para evitar empates y discordias.

207. La asistencia á la junta de parientes será obligatoria respecto de aquellos que residan en el domicilio del huérfano ó en otro pueblo que no diste mas de seis leguas del punto en que haya de celebrarse la misma, y su falta, cuando tenga causa legitima, será castigada con una multa que no excederá de diez duros. Los parientes que residan fuera de dicho radio, pero dentro de la Peninsula é Islas adyacentes, serán tambien citados aunque les podrá servir de justa excusa la distancia (esto es, cuando el plazo señalado para asistir á la junta no fuere suficiente para el viaje desde el punto en que se hallaren). En todo caso, formará parte de la junta el pariente de grado y condicion preferentes, aunque no citado, que espontáneamente concurre: art. 5.º

208. A falta de parientes se completará la junta con vecinos honrados elegidos, siendo posible, entre los que hayan sido amigos de los padres del menor (para asegurar mayormente de esta suerte el celo é interés en mirar por el bien del menor): art. 5.º La falta de parientes será, ya porque no los haya, bien porque falten por su voluntad; es decir, que si no hay parientes se está en el caso de nombrar los individuos que han de representarlos en la junta, y si habiéndolos no quieren concurrir á ella, sufriendo la pena de que se habla en el artículo 5.º anterior, se está en igual caso. Sesión del Senado de 2 de junio de 1862, discurso del señor Palma Vinuesa, como de la comision.

209. La reunion se efectuará dentro de un término breve que se fijará en proporcion á las distancias, y los llamados comparecerán personalmente

ó por apoderado especial, que no podrá representar mas que á uno solo: art. 7.º

210. La junta de parientes será convocada y presidida por el juez de primera instancia del domicilio del huérfano, cuando le toque por la ley prestar el consentimiento: en los demás casos lo será por el juez de paz. Dichos jueces calificarán las excusas de los parientes (para no asistir á la junta); impondrán las multas de que habla el art. 4.º y elegirán los vecinos honrados llamados por el art. 6.º: art. 8.º La junta de familia se reúne en dos casos, ó cuando el hijo ó hija no cuentan con mas persona que les ampare que el curador testamentario, y entonces la presidencia corresponde al juez de paz, ó en los demás casos en que faltando el curador testamentario, toca dar su consentimiento, al juez de primera instancia, y entonces preside la junta este juez: Sesión del Senado de 3 de junio: discurso del señor Gallardo, de la Comisión. Cuando el juez de primera instancia ha de prestar su consentimiento, no parece bien que presida la junta el juez de paz, sino aquel mismo. Fuera de este caso por regla general, la junta la preside el juez de paz, porque es un asunto privativo de los jueces de paz y está en el espíritu de las disposiciones sobre esta institución, puesto que estos jueces no solo deben ejercer atribuciones judiciales y conciliadoras sino estrajudiciales, entre las que se comprende la de presidir los consejos de familia, y además el conocimiento de las contravenciones ó faltas á las leyes de este ramo. El juez de paz conoce de plano de esta clase de asuntos y no necesita intervención de abogado ni de escribano, porque tiene su secretario que es quien debe despachar en todos los asuntos de su privativa y peculiar incumbencia. No puede ser el que presida un pariente, porque hay en estos asuntos algo mas que la presidencia: hay las recusaciones; hay sobre todo que dar formalidad y autenticidad al acto, lo cual no puede hacerse sino por los jueces de paz. Sesión del Congreso de Diputados del 23 de marzo de 1862, discurso del señor Aurióles. Además, conviene que haya un moderador del órden; que arregle, que contenga los ánimos divididos, que temple los arrebatos de los parientes. Sesión del Senado de 3 de junio, discurso del señor Gallardo.

211. Las reclamaciones relativas á la admision, recusacion ó exclusion de algun pariente, se resolverán en acto previo y sin apelacion por la misma junta en ausencia de las personas interesadas. Solo podrá solicitar la admision el pariente que se crea en grado y condiciones de preferencia. Las recusaciones de los mismos se propondrán únicamente por el curador ó por el menor, y siempre con expresion del motivo. Cuando de la resolucion de la junta resulte la necesidad de una nueva sesion, se fijará por el presidente el dia en que deba celebrarse: art. 9.º de la ley de 18 de junio.

212. El curador deberá asistir á la junta y podrá tomar parte en la deliberacion de los parientes, respecto á las ventajas é inconvenientes del enlace proyectado: art. 10. Como el curador aunque investido en cierto modo con la autoridad del padre, por delegacion testamentaria, no tiene el veto absoluto que concede la ley al padre, á la madre, ó á los abuelos

para negar ó conceder el consentimiento á los menores, por lo que le sujeta la ley á unirse con los parientes del menor, quiere esta y con razon, que antes de dar su fallo, oiga el curador á personas allegadas al menor, que son las que pueden darle noticias acerca de su estado, riqueza, carácter, etc., pues asi solo puede dar con acierto su consentimiento. Sesión del Senado de 3 de junio, discurso del señor Roda, de la comision.

213. En las mismas razones se funda la asistencia del juez de primera instancia á la junta de parientes, y por eso decia el señor Aurióles en la sesión del Congreso de Diputados de 23 de marzo, «como no se concede el veto absoluto á los curadores ni á los jueces que han de ocupar, supletoriamente, que han de sustituir á los padres, madres y abuelos cuando estos no existan, requiere la ley para su ilustracion que sean auxiliados por una junta de parientes mas cercanos del menor que va á contraer matrimonio»; y el señor Gallardo en la sesión del Senado de 3 de junio: «Si el juez no asistiera á la junta, se le privaria de la única ilustracion mas segura que puede tener para votar: si el juez ha de dar un voto ilustrado cual conviene, es necesario que obre con conocimiento de causa y sepa lo que hay, oyendo la deliberacion de los parientes.»

214. El curador, lo mismo que el juez de primera instancia, en sus casos respectivos, votarán con separacion. Cuando el voto del curador ó el del juez no concuerde con la junta de parientes, prevalecerá el voto favorable al matrimonio. Si resultare empate en la junta presidida por el juez de primera instancia, dirimirá este la discordia. En la presidida por el juez de paz, dirimirá la discordia el pariente mas inmediato, y si hubiere dos en igual grado, ó cuando la junta se componga solo de vecinos, el de mayor edad: art. 10 de la ley de 20 de junio. Segun este artículo, no confiere la ley á solo la junta de parientes ó á estos, la facultad de negar ó conceder el consentimiento para que se case el menor; sino que se le da tambien en un caso al curador y en otro al juez, de modo que puede decirse que los parientes no tienen mas que medio voto, puesto que es necesario, para que no tenga lugar el matrimonio, que haya concierto y voten de consuno en ese mismo sentido negativo, el curador en un caso y el juez de primera instancia en otro, y puesto que en caso de discordia, el voto del curador ó el del juez, vale tanto como el de los parientes. Consecuencia de esto es tambien, que dicho voto se dé con distincion y separacion del de los parientes. No quedan desairados ó rebajados estos porque voten contra el parecer del curador ó del juez en su caso respectivo, atendido á que ni el curador ni el juez pueden votar sin oír á los parientes, y que su voto no es superior al de estos, de manera que en caso de discordancia habrá dos elementos en contrarios, pero respetables, el dictámen del curador que tiene la representacion del padre (ó el del juez que representa á la ley) y el de los parientes, muy atendible y que merecen gran consideracion ante la misma. Si hallándose opuestos, prevalece el dictámen del curador (ó el del juez) si es que se lleve á efecto el matrimonio contra el de los parientes que opinan por la negativa, es porque la ley protectora de la familia, debe ser favorable á

la opinion de los que están por el matrimonio; y tambien por el contrario cuando estos opinan por la afirmativa y aquellos por la negativa, quiere la ley que predomine aquel dictámen por la misma razon, y porquolos parientes tienen interés en favorecer al huérfano, á quien profesan afecto y cariño. Sesión del Senado de 3 de junio, discurso del señor Roda, de la comision.

Estas mismas reglas del art. 40, para la votacion sobre la concesion ó negativa del consentimiento deberán tenerse presentes para la votacion sobre la admision, esclusion ó recusacion de algun pariente, por identidad de razon.

En esta junta no solamente deberá deliberarse sobre si es ó no conveniente el matrimonio al menor, sino que podrán y deberán pedirse los informes y datos que se crean oportunos para la mayor ilustracion sobre este asunto, segun se faculta en el art. 1568 de la ley de Enjuiciamiento civil al juez para conceder á los menores la licencia legal para casarse.

215. Las deliberaciones de la junta de parientes serán absolutamente secretas; § 1.º del art. 11: esta disposicion se funda como se comprende fácilmente, en la conveniencia de que no trasciendan al público las causas por las que debe considerarse favorable ó desventajoso aquel matrimonio, por el perjuicio que pudiera irrogarse de ello á los menores en sus intereses ó en su fama, etc. El escribano ó secretario del juzgado intervendrá solo en las votaciones y estension del acta, la cual deberán firmar todos los concurrentes y contendrá únicamente la constitucion de la junta y las resoluciones y voto de la misma, y los del curador ó juez, en sus casos respectivos: artículo 11 de la ley de 18 de junio.

De la primera disposicion de este art. 11, y de la del 10, se desprende que tanto las deliberaciones de la junta, con los informes y datos que pueden pedirse á las personas que tengan conocimiento de las circunstancias de la persona con quien desea contraer matrimonio el menor, deberán versar, no ya como limitaba el art. 1568 de la ley de Enjuiciamiento civil, sobre si habia ó no obstáculo que pudiera legalmente impedir el matrimonio, debiendo en el primer caso, negarse la licencia y concederse en el segundo, pues esta facultad es la misma que ejercen los párrocos en todo matrimonio, sin estendiéndose á todas las razones y circunstancias que pueden redundar en pro ó en contra de aquel matrimonio, que pueden persuadir ser favorable su celebracion al menor, ó perjudicial, por ser efecto solo de una pasion imprudente é irreflexiva, hija de la inesperienza de la menor edad. Asi, pues, deberá entenderse derogada la disposicion espuesta de la ley de Enjuiciamiento civil por los artículos 10 y 11 de la de 20 de junio.

216. Mas creemos aplicables al procedimiento de esta última ley, lo prescrito en los artículos 1570 al 1575 de aquella, en el caso de que se prestare el consentimiento por el curador ó el juez á causa de ignorarse el paradero del padre, de la madre ó de los abuelos, si es que se admite esta interpretacion por las razones que hemos indicado al esponer el art. 5.º de la ley de 20 de junio. Asi, pues, segun los arts. 1570 al 1572 modificados con aplicacion á dicha ley, si antes de prestarse el consentimiento al menor por

el curador ó juez en la junta de parientes, se supiere el paradero del padre, madre ó abuelos del que lo haya pedido, y mejor aun si se presentaren estos, se sobreseerá inmediatamente en el expediente, como dice el art. 1570, ó mejor, se suspenderá la junta, y se dictarán las disposiciones necesarias para que aquellas personas puedan prestar ó negar su consentimiento. Si se supiere de dicho paradero ó se verificase la presentacion, despues de prestado el consentimiento por el curador ó el juez en union con los parientes, pero antes de celebrarse el matrimonio, se anulará dicho consentimiento, esto es, el acta de la junta en que conste se prestó y se recogerá por el juez para que no produzca ningun efecto, dictándose las disposiciones necesarias para que puedan prestar ó negar su consentimiento aquellas personas.

Asimismo, conforme el art. 1575 de la ley de Enjuiciamiento, cualesquiera cuestiones de carácter contencioso que se suscitaren en la junta de parientes ó el justificarse las formalidades que requiere la ley en estos expedientes, se sustanciarán en los términos prevenidos en la de Enjuiciamiento, esto es, en los juicios correspondientes, segun su indele y naturaleza, terminando desde el momento en que se promovieren aquellas la jurisdiccion voluntaria del juez.

217. Las personas autorizadas para prestar su consentimiento, no necesitan espresar las razones en que se funden para rehusarlo y contra su disenso, no se dará recurso alguno: art. 14 de la ley de 20 de junio. Esta disposicion ha derogado el recurso de irracional disenso, que segun ya hemos dicho, podian por nuestras anteriores leyes promover los menores de edad, cuando creian injusta la negativa del consentimiento de sus padres ó de las personas que los reemplazaban. Tambien debe considerarse abolida la disposicion del art. 1569 de la ley de Enjuiciamiento civil que concedia la apelacion libremente y en ambos efectos para ante la Audiencia del territorio, de la providencia que dictaba el juez negando á los menores la licencia ó consentimiento para contraer matrimonio, pues si bien por la nueva ley no se da á los curadores ni al juez, considerados aisladamente, el veto absoluto que al padre, á la madre y á los abuelos, lo tienen en union con los parientes. De suerte que en el dia, contra la negativa del consentimiento para contraer matrimonio los menores que deben pedirlo, no hay recurso alguno, ni queda mas remedio á los hijos de familia que aguardar á salir de la menor edad. Mas no deberá entenderse derogada por el art. 14 espuesto de la ley de 20 de junio, ni por el final que derogó todas las leyes contrarias á las disposiciones contenidas en aquella, el recurso al soberano que se concedió en la pragmática de 1805 á los infantes é individuos de la familia real y demás personas que deben pedir la licencia regia para contraer enlace cuando se les negase injustamente el consentimiento para este efecto por las personas á quienes deben pedirlo. Sesión del Senado de 4 de junio de 1862, discurso del señor Arrazola, como de la comision.

218. Acerca del modo como ha de justificarse el consentimiento, cuando hubieren de prestarlo el curador ó el juez en union con los parientes, disponiendo la ley que se consigne en una acta firmada por todos los concur-





rentes, es claro que este será el documento probatorio; en el caso que hubieren de prestarlo los ascendientes ó el jefe de la casa de espósitos, deberá bastar los prescritos por la disposicion que establece para un caso análogo el art. 15 de la misma ley, á saber, la declaracion del que hubiere de prestarlo, hecha ante notario público ó eclesiástico, ó bien ante el juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal. El ilustrísimo señor arzobispo de Zaragoza en unas notables advertencias dirigidas en 28 de julio de 1862 para el cumplimiento de esta ley á los curas párrocos de su diócesis, les autorizó para recibir y certificar del consentimiento paterno, cuando correspondiera prestarlo al padre, madre ó abuelo, y estos se hallaren presentes al concertarse el matrimonio.

219. Respecto de la pena impuesta á los menores que contrajeran matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó de personas, que para el efecto hagan sus veces, dispone el nuevo Código penal reformado, en su artículo 399, que se imponga la de prision correccional y la de arresto mayor, en el caso de que las personas espresadas aprobaran el matrimonio una vez contraído. Mas habiéndose facultado por la Pragmática de 1776 á los ascendientes, para desheredar á sus descendientes menores de edad, que contraian matrimonio sin su consentimiento, contendian algunos intérpretes del Código, sobre si debía entenderse vigente esta facultad, despues de lo dispuesto en el art. 399, no faltando quienes opinaban por la afirmativa. En nuestro concepto, segun dijimos en nuestros comentarios á dicho Código, no existia esta cuestion respecto del caso del art. 399 porque dicha facultad de desheredar quedó derogada por la Pragmática de 1805, puesto que no impuso aquella pena, sin que pudiera atribuirse á olvido no haberse mencionado aquella facultad para derogarla espresamente, puesto que en el proyecto de dicha Pragmática, se impuso como única pena, que hubo un voto particular que la combatió como dura é injusta y que los fiscales del Consejo replicaron y la defendieron detenidamente: túvose presente la facultad de desheredar al sancionar dicha Pragmática, y si no se estableció en ella, fue porque se quiso quedase derogada. Sin embargo de estos antecedentes, el Congreso de diputados aprobó un voto particular de los individuos de la comision nombrada para proponer el proyecto de la nueva ley, en que se consignaba que la infraccion de esta por parte de los hijos, era justa causa de desheredacion á voluntad de los padres: mas esta disposicion que prevaleció solamente por uno ó dos votos, merced á los elocuentes y filosóficos racionios con que la atacó uno de nuestros oradores mas elocuentes y de los mas sabios individuos del Congreso, el señor Aparisi y Guijarro, llegó en su consecuencia á verse suprimida en el dictámen de la comision del alto cuerpo colegislador sobre el proyecto de la ley referida. «La comision ha estimado por unanimidad, se decia en este dictámen, que no debe aprobarse el art. 14 (en que se establecia aquella pena) porque lo cree, sobre inútil, muy perjudicial. La facultad de desheredar seria inútil en las provincias del reino, donde con arreglo á su derecho municipal, apenas gozan los hijos de porcion legítima, y seria inútil en todas, porque la

facultad que corresponde á los padres por derecho comun de disminuir considerablemente la legítima de los hijos inobedientes, mejorando á los otros herederos en el tercio y quinto y las penas señaladas en los arts. 399 y 403 del Código, á los que contraigan matrimonios ilegales y al párroco que los autorice con su asistencia, son suficientes para impedir su celebracion. No es de temer que los párrocos que constituyen la parte mas selecta del clero inferior, se arriesguen á incurrir en el triple anatema de la sancion religiosa, que condena como ilícitos tales matrimonios, la sancion política y la sancion popular, autorizando enlaces tan infaustos. La facultad de desheredar en el caso del art. 14, presupone el sistema de la herencia forzosa y está en contradiccion abierta con dicho sistema. La ley comun del reino declara porcion legítima de los hijos las cuatro quintas partes del caudal de los padres, porque supone que los puede haber tan inhumanos, que sin esta cortapisa dispondrian á favor de estraños de sus bienes en perjuicio de sus hijos. Pues mas posible seria, que ensañados contra sus hijos por enlaces hasta convenientes, pero contraidos contra su voluntad, los exheredasen injustamente, que no el que los privaran de lo que constituye la legítima por enriquecer

los estraños. ¿No seria una inconsecuencia de la ley civil, que se mostrase tan recelosa de los sentimientos de los padres en el primer caso, y tan confiada en el segundo? » En vista, pues, de estas y otras consideraciones, no se incluyó en el proyecto de ley del Senado la facultad de desheredar en el caso referido.

220. Pero deseando, por otra parte, enaltecer y fortificar la autoridad paterna, mas aun de lo que lo estaba á la sazón, se creyó no deber dejar en libertad completa de contraer matrimonio desde luego á los que hubieran cumplido las edades requeridas por la ley, para poderse casar sin el consentimiento de nadie. En su consecuencia, se estableció como un acto de deferencia y de respeto debido á los padres y abuelos, que los hijos legítimos mayores de 25 años y las hijas mayores de 20, deberán pedir consejo para contraer matrimonio á sus padres ó abuelos, por el orden prefijado en los arts. 1.º y 2.º; disposicion que ya se habia comprendido en la Pragmática de 1776. Si no fuere el consejo favorable, no podrán casarse hasta despues de transcurridos tres meses desde la fecha en que lo pidieren. § 1.º y 2.º del art. 15. Este término se da en beneficio del padre y del mismo hijo, en beneficio del padre, para que pueda influir con su prudencia y consejos en bien del hijo; en beneficio de este, como un recurso ó espacio de tiempo para que reflexione y no vaya precipitadamente á contraer un matrimonio que sea inconveniente y que quizá á los pocos dias considerase como una carga insoportable. Además, los hijos, asi como las hijas, tienen este tiempo tambien, como recurso natural para libertarse de la opresion que pudieran sufrir de los padres. (Sesion del Senado de 31 de marzo de 1862, discurso del señor Gomez de Laserna). Mas no se exige la peticion del consejo, á causa solo de la inesperienza de edad, sino tambien por el respeto natural que se debe á los padres y mayores que están en su lugar; asi es que se requiere la peticion de dicho consejo á las personas que enumera la ley en

los arts. 1.º y 2.º, aun cuando fueren mayores de 25 años, y aun cuando no tengan padre ni madre, ó teniéndolos, vivan fuera de su compañía, según se ha declarado espresamente por el Tribunal Supremo de Justicia en satisfaccion de una consulta sobre estos extremos del ilustrísimo señor arzobispo de Valencia.

221. Háse suscitado tambien la duda, sobre si tendrán necesidad de pedir, tanto el consentimiento como el consejo para contraer segundo enlace, los que habiéndose casado con dicho consentimiento ó consejo, llegaron á enviudar de este matrimonio. Los que opinan por la afirmativa se apoyan en que el fundamento de la ley no es tanto la patria potestad de que se sale por el matrimonio, cuanto, como decia la Pragmática de 1776, número 2, la indispensable y natural obligacion del respeto á los padres y mayores que están en su lugar por derecho natural y divino, y la gravedad de la eleccion de estado con persona conveniente, cuyo discernimiento no puede fiarse á los hijos de familia y menores, sin que intervenga la deliberacion y consentimiento paterno, para reflexionar las consecuencias y atajar con tiempo las resultas turbativas y perjudiciales al público y á las familias. «La ley de 20 de junio se hace solo cargo, dicen, de la falta de completo discernimiento de que adolecen los menores de las edades que se designan para comprender la trascendencia y resultados que puede acarrearles la union con determinada persona. Si esto es así, los viudos menores de dichas edades, no están exentos de su obtencion, si se considera que el primer matrimonio no es suficiente para que los que se hallen en la adolescencia, puedan conocer perfectamente las trascendencias de una union inconveniente, que no podrán evitar sin tener un pleno conocimiento del mundo, que no se consigue por el mero hecho de casarse. El casado una vez solo por haberse casado, ¿quedó dispensado de la natural y divina obligacion del respeto debido á los padres? Y aun cuando no tenga mas que 14 años, ¿ha adquirido tal madurez de entendimiento, tal esperiencia y tal cordura, que aunque inmediatamente enviude pueda casarse desde luego, sin peligro de atraerse su desventura y sin perjuicio de la honra, paz y tranquilidad de la familia? Originándose, pues, la necesidad, especialmente del consentimiento, de la menor edad y del respeto debido á los padres, lo mismo rige respecto á los viudos que á los solteros.» (Véase la *Revista general de Legislacion y Jurisprudencia*, tomo 22, págs. 452, 535 y 555).

Pero no obstante estas consideraciones, que ejercen su mayor fuerza respecto de la necesidad de pedir el consentimiento para casarse y con aplicacion al caso de que los menores que se casaren, enviuden dentro de la edad en que exige la ley de 20 de junio la peticion de dicho consentimiento, se ha decidido por la negativa en general, y para todo caso, y tanto respecto del consentimiento como del consejo, fundándose en las razones que vamos á esponer. Y en efecto, el Tribunal Supremo, contestando á la consulta que sobre este punto le dirigió el ilustrísimo señor arzobispo de Valencia ha declarado, que la ley de 20 de junio no habla con los viudos, respecto de la obligacion que establece de pedir los menores el consentimiento ó con-

sejo de sus mayores, porque cumplieron ya con ella al casarse, y porque en su art. 1.º habla solo de los hijos de familia y los viudos propiamente no lo son. Y el ilustrísimo señor arzobispo de Zaragoza en las Advertencias que dirigió al clero de su diócesis para el cumplimiento de dicha ley, dice «que los viudos no necesitan del consentimiento ó consejo, según su edad y clase para poder pasar á segundas nupcias, porque la ley habla de hijos de familia y el que una vez se casó, dejó de pertenecer á esta clase, pasando á ser jefe ó cabeza de una familia nueva: que es accidental que el viudo ó viuda tenga ó no hijos del primer matrimonio; que por les primeras nupcias se emanciparon de la patria potestad, y que ninguna ley vuelve á someterles á ella porque hayan quedado viudos.»

222. Otra duda importante se ha resuelto tambien por el Tribunal Supremo de Justicia á consulta del mismo ilustrísimo señor arzobispo de Valencia á saber: sobre si en el caso de que dos menores de 20 y 25 años respectivamente tuvieren una debilidad de que se siguió prole, y uno de ellos se hallare en peligro de muerte y quisieran casarse para su tranquilidad, legitimar la prole y dar á esta por completo los derechos de familia y no hubiere tiempo para obtener el consentimiento ó este fuere negado, siendo como era en tal caso precedente el matrimonio en el terreno de la conciencia, de la religion, de la justicia y de los respetables derechos de familia, si habia de hacerse sordo el prelado y el cura párroco á tan imperiosas demandas, ateniéndose literalmente al silencio negativo de la ley. El Tribunal Supremo de Justicia contestó, que respecto á este punto, la ley no responde en verdad de un modo categórico, pero que tampoco respondian á la duda las Pragmáticas de 1776 y 1805, y por ello no se supone haber antes ocurrido dudas semejantes: que interpretando el art. 8.º del Código penal, en que se trata de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal considerando exento de ella al que obra en cumplimiento de un deber, supone que el eclesiástico que, *in articulo mortis* casase á uno sin el consentimiento paterno, siendo el caso de grave necesidad, obraria en cumplimiento de un deber religioso, pero que este y otros casos semejantes los habia de ir resolviendo la jurisprudencia.» No obstante lo espuesto por el Tribunal Supremo sobre la legislacion anterior, si bien las Pragmáticas de 1776 y 1805 nada determinaron sobre este punto, se elevaron al Consejo de Castilla varias consultas sobre lo que deberia hacerse, «cuando los jóvenes insistian en casarse á pesar de la negativa racional de sus padres, etc., y de no verificarse su matrimonio debian temerse consecuencias muy graves, y habia lugar á aquellos perjuicios que no pueden repararse sino por el casamiento y que dieron motivo á los matrimonios llamados de *conciencia* por los Cánones y bulas apostólicas.» Véase el *Extracto del Expediente general de matrimonios* Par. 2.º, caso 20, donde se da razon de estas consultas y del dictámen de los fiscales de S. M.

223. Respecto al modo cómo debe acreditarse la peticion del consejo, se dispone en el § 3 del art. 15, que se verifique por declaracion del que hubiere de prestarlo ante notario público ó eclesiástico, ó bien ante el juez

de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal. Y en las advertencias citadas del ilustrísimo señor arzobispo de Zaragoza se advirtió, que previendo las dificultades, dilaciones y gastos que esta disposición de la nueva ley, podrá ocasionar á los interesados, y que de aquí nacerán muchos escándalos, si no se suavizaba en lo posible y sin faltar á la ley, venia en autorizar á todos los señores curas y regentes de las parroquias, como notarios eclesiásticos para el efecto de este artículo, de modo, que prestándose voluntariamente la persona á quien corresponde dar el consejo á declarar delante de ellos, que les ha sido pedido el consejo para el matrimonio y que le han dado favorable ó contrario, segun sea, pueden recibir dicha declaración, estenderla y certificar segun fuere necesario, como tales notarios eclesiásticos: pero si el que ha de dar el consejo no se presta voluntariamente, como en tal caso corresponde requerirle al juez de paz, de este debe emanar el documento justificativo, el cual ha de agregarse al expediente matrimonial.

224. Finalmente, respecto de la sancion penal, el § 4 del art. 15 dispone, que los hijos que contravinieren á las disposiciones del presente artículo, incurrieren en la pena marcada en el 485 del Código penal, (esto es, en la de tres á quince dias de arresto y reprension) y el párroco que autorizase tal matrimonio, en la de arresto menor.

## TITULO X.

### Las subastas voluntarias.

225. Pudiendo el que tiene la libre disposicion de sus bienes, enagenarlos de cualquiera de los modos que autoriza el derecho, y siendo uno de estos la enagenacion á pública subasta, esto es, la que se hace en pública licitacion al mejor postor, con intervencion judicial, es consiguiente que pueden los particulares que tienen el libre ejercicio del dominio de sus bienes recurrir á este medio para su venta. Estas subastas se llaman voluntarias, porque se verifican á voluntad de los dueños de los bienes que se enagenan, á diferencia de las subastas necesarias ó á que tienen que sujetarse estos forzosamente por estar prescritas por el derecho, y bajo reglas precisas y rigurosas, como sucede respecto de los deudores morosos en pagar á sus acreedores, cuyos bienes se venden contra su voluntad, por mandato del juez, cuando estos piden que se haga ejecucion y venta de ellos, segun vimos al esponer los trámites de la via de apremio en el *juicio ejecutivo*, ó segun se verifica respecto de los bienes del concursado, conforme á los artículos 536 y siguientes de la ley. Tambien en las subastas á que se refiere este título, interviene la autoridad judicial, á pesar de ser voluntarias y se hallan sujetas á ciertas reglas y prescripciones legales, aunque no tan rigurosas como las porque se rigen las subastas necesarias, porque concurren-

do á aquellas particulares interesados en que se verifique el acto de la venta con toda legalidad y justicia, es necesario que se halle inspeccionado por la autoridad pública y sujeto á ciertas reglas para evitar todo fraude ó abuso.

226. En su consecuencia, dispone la ley de Enjuiciamiento en su artículo 1574, que *para anunciar cualquiera subasta judicial deberá acreditarse por el que la verifique:*

1.º *Que le pertenece lo que sea objeto de ella*, porque si no se acreditase este extremo, podria venderse una cosa de otro, causando al comprador los perjuicios consiguientes á la revindicacion de la misma que hiciere su dueño verdadero. Puede tambien pedir la subasta una persona, cuando aunque no le pertenezca lo que sea objeto de ella, esté facultado para este acto por aquel á quien pertenecia ó la pida á su nombre, segun la ley; así por ejemplo, podrá el albacea pedir la subasta de los bienes pertenecientes á la herencia, si le faculta para ello el tasador, y el marido la de los bienes de su mujer á nombre de esta, sobre que no hubiere prohibicion legal.

Para esta justificacion que requiere la ley, bastará que presente el que pide la subasta un título justo con las solemnidades y requisitos que requiere el derecho y con el que se acredite haber adquirido legalmente el objeto que trata de enagenar; v. gr., una escritura pública de compra autorizada por el escribano público competente y firmada por los testigos que exige la ley, ó una escritura de donacion ó un testamento en forma en que se le hubiese dejado aquel objeto por herencia ó legado.

2.º *Que se halle* (el que pide la subasta) *en la libre administracion de sus bienes*, esto es, que tenga libre facultad de disponer de ella, como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, para evitar sin duda que se entendiera que puede pedir la substa de ciertos bienes el que tiene su simple administracion, pero sin poder disponer de ellos, como, por ejemplo, el padre que tiene la administracion de los bienes adventicios, y sin embargo, no puede venderlos si no militare la necesidad de verificarlo y ser útil la venta al hijo. No se entenderá tampoco que tiene facultad para disponer de lo que es objeto de la subasta, el que tiene prohibicion de hacerlo relativamente á ciertas personas. Así, hallándose prohibido al hijo de familia, constituido en la patria potestad verificar con sus padres y á estos respecto de sus hijos, contrato de compra ó venta, si no versa este sobre los bienes castrense ó quasi castrense, ni respecto de las demás personas estrañas, verificar contrato alguno sin licencia de sus padres, segun la ley 17, tít. 1.º, lib. 10 de la Nov. Recop., no podrán solicitar la subasta para la venta de dichos bienes respectivamente. Asimismo, el concursado á quien se haya prohibido la libre administracion de sus bienes, no puede enagenarlos á pesar de pertenecerle su dominio, ni por consiguiente pedir la subasta, sin el consentimiento de los acreedores. Los que tienen inhabilidad absoluta para disponer de sus bienes, como los dementes, fátuos, pródigos, es claro que no podrán pedir la subasta de ellos, sino sus curadores, con la justificacion y con los requisitos que requieren las leyes. V. el título 15 de este libro, y el título 47

de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal. Y en las advertencias citadas del ilustrísimo señor arzobispo de Zaragoza se advirtió, que previendo las dificultades, dilaciones y gastos que esta disposición de la nueva ley, podrá ocasionar á los interesados, y que de aquí nacerán muchos escándalos, si no se suavizaba en lo posible y sin faltar á la ley, venia en autorizar á todos los señores curas y regentes de las parroquias, como notarios eclesiásticos para el efecto de este artículo, de modo, que prestándose voluntariamente la persona á quien corresponde dar el consejo á declarar delante de ellos, que les ha sido pedido el consejo para el matrimonio y que le han dado favorable ó contrario, segun sea, pueden recibir dicha declaración, estenderla y certificar segun fuere necesario, como tales notarios eclesiásticos: pero si el que ha de dar el consejo no se presta voluntariamente, como en tal caso corresponde requerirle al juez de paz, de este debe emanar el documento justificativo, el cual ha de agregarse al expediente matrimonial.

224. Finalmente, respecto de la sancion penal, el § 4 del art. 15 dispone, que los hijos que contravinieren á las disposiciones del presente artículo, incurrieren en la pena marcada en el 485 del Código penal, (esto es, en la de tres á quince dias de arresto y reprension) y el párroco que autorizase tal matrimonio, en la de arresto menor.

## TITULO X.

### Las subastas voluntarias.

225. Pudiendo el que tiene la libre disposicion de sus bienes, enagenarlos de cualquiera de los modos que autoriza el derecho, y siendo uno de estos la enagenacion á pública subasta, esto es, la que se hace en pública licitacion al mejor postor, con intervencion judicial, es consiguiente que pueden los particulares que tienen el libre ejercicio del dominio de sus bienes recurrir á este medio para su venta. Estas subastas se llaman voluntarias, porque se verifican á voluntad de los dueños de los bienes que se enagenan, á diferencia de las subastas necesarias ó á que tienen que sujetarse estos forzosamente por estar prescritas por el derecho, y bajo reglas precisas y rigurosas, como sucede respecto de los deudores morosos en pagar á sus acreedores, cuyos bienes se venden contra su voluntad, por mandato del juez, cuando estos piden que se haga ejecucion y venta de ellos, segun vimos al esponer los trámites de la via de apremio en el *juicio ejecutivo*, ó segun se verifica respecto de los bienes del concursado, conforme á los artículos 536 y siguientes de la ley. Tambien en las subastas á que se refiere este título, interviene la autoridad judicial, á pesar de ser voluntarias y se hallan sujetas á ciertas reglas y prescripciones legales, aunque no tan rigurosas como las porque se rigen las subastas necesarias, porque concurren-

do á aquellas particulares interesados en que se verifique el acto de la venta con toda legalidad y justicia, es necesario que se halle inspeccionado por la autoridad pública y sujeto á ciertas reglas para evitar todo fraude ó abuso.

226. En su consecuencia, dispone la ley de Enjuiciamiento en su artículo 1574, que *para anunciar cualquiera subasta judicial deberá acreditarse por el que la verifique:*

1.º *Que le pertenece lo que sea objeto de ella*, porque si no se acreditase este extremo, podria venderse una cosa de otro, causando al comprador los perjuicios consiguientes á la revindicacion de la misma que hiciere su dueño verdadero. Puede tambien pedir la subasta una persona, cuando aunque no le pertenezca lo que sea objeto de ella, esté facultado para este acto por aquel á quien pertenecia ó la pida á su nombre, segun la ley; así por ejemplo, podrá el albacea pedir la subasta de los bienes pertenecientes á la herencia, si le faculta para ello el tasador, y el marido la de los bienes de su mujer á nombre de esta, sobre que no hubiere prohibicion legal.

Para esta justificacion que requiere la ley, bastará que presente el que pide la subasta un título justo con las solemnidades y requisitos que requiere el derecho y con el que se acredite haber adquirido legalmente el objeto que trata de enagenar; v. gr., una escritura pública de compra autorizada por el escribano público competente y firmada por los testigos que exige la ley, ó una escritura de donacion ó un testamento en forma en que se le hubiese dejado aquel objeto por herencia ó legado.

2.º *Que se halle* (el que pide la subasta) *en la libre administracion de sus bienes*, esto es, que tenga libre facultad de disponer de ella, como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, para evitar sin duda que se entendiera que puede pedir la subasta de ciertos bienes el que tiene su simple administracion, pero sin poder disponer de ellos, como, por ejemplo, el padre que tiene la administracion de los bienes adventicios, y sin embargo, no puede venderlos si no militare la necesidad de verificarlo y ser útil la venta al hijo. No se entenderá tampoco que tiene facultad para disponer de lo que es objeto de la subasta, el que tiene prohibicion de hacerlo relativamente á ciertas personas. Así, hallándose prohibido al hijo de familia, constituido en la patria potestad verificar con sus padres y á estos respecto de sus hijos, contrato de compra ó venta, si no versa este sobre los bienes castrense ó cuasi castrense, ni respecto de las demás personas estrañas, verificar contrato alguno sin licencia de sus padres, segun la ley 17, tít. 1.º, lib. 10 de la Nov. Recop., no podrán solicitar la subasta para la venta de dichos bienes respectivamente. Asimismo, el concursado á quien se haya prohibido la libre administracion de sus bienes, no puede enagenarlos á pesar de pertenecerle su dominio, ni por consiguiente pedir la subasta, sin el consentimiento de los acreedores. Los que tienen inhabilidad absoluta para disponer de sus bienes, como los dementes, fátuos, pródigos, es claro que no podrán pedir la subasta de ellos, sino sus curadores, con la justificacion y con los requisitos que requieren las leyes. V. el título 15 de este libro, y el título 47

del libro 2.º del Febrero Reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban.

A los requisitos que espresa el art. 1574 de la ley, debe agregarse tambien el de que el objeto cuya subasta se solicita no pertenezca á la clase de aquellos cuya enagenacion se halla prohibida por las leyes; v. gr. no sea litigioso, ó nocivo, ó público, etc. V. el tit. citado del Febrero, núm. 3236.

Esta circunstancia resultará de la determinacion de la cosa que trata de enagenarse, la cual deberá hacerse en el escrito en que se solicitare la subasta, espresando si es mueble, su denominacion, especie, calidad y cantidad, y si inmueble, sus linderos, cabida y demás circunstancias que la distingan.

Deberá espresarse asimismo las condiciones que el solicitante juzgare conveniente proponer relativas, tanto á la forma de hacerse la subasta, como á la enagenacion de aquel objeto, porque el verificarse esta con intervencion judicial no limita los derechos que tiene como dueño en la cosa para disponer de ella con las restricciones que juzgare conveniente, y que sean conformes á las leyes, ni quita al contrato su carácter de consensual, ni en su consecuencia, las obligaciones recíprocas que de él emanan respecto del vendedor y del comprador, tales como el quedar obligado el primero á la eviccion, y el segundo á la satisfaccion del precio convenido, y ambos asimismo, á las responsabilidades especiales de los pactos en que consintieron, segun todo se deduce del art. 1573 que esponemos mas adelante.

227. La solicitud de la subasta puede presentarse ante cualquiera juez de primera instancia, puesto que la ley de Enjuiciamiento no designa que deba acudirse ante el juez de un partido ó distrito determinado, y que uno de los individuos que la redactaron, el señor Laserna, dice en su Tratado de procedimientos, que la competencia del juez pende del arbitrio del que hace la pretension. Sin embargo, lo mas conveniente, para evitar fraudes, será acudir al del distrito donde se halle situado el inmueble que es objeto de ella.

228. *Acreditados los extremos indicados en el art. 1574, el juez accederá al anuncio de la subasta en la forma y bajo las condiciones que propusiere el que la haya solicitado:* art. 1575, lo cual se entiende siempre que dichas condiciones sean conformes á derecho, pues si versasen sobre puntos reprobados por las leyes, el juez deberá negarse á proceder á la subasta. Como esta subasta es voluntaria, dependen sus condiciones de la voluntad del que la solicita, y el juez debe prestar su proteccion é interponer su autoridad en todo lo que sea conforme á las leyes. En su consecuencia, no tendrá que atenderse el que pide la subasta á las formalidades ó procedimientos que establece la ley de Enjuiciamiento para la via de apremio en el juicio ejecutivo ó para la venta de bienes del concursado, sino que podrá proponer la forma en que ha de efectuarse la subasta, v. gr. el dia en que ha de tener lugar el remate, el plazo para hacer las posturas, y asimismo las condiciones de la venta, como la designacion del precio y la especie y plazo en que ha de satisfacerse.

229. Sin embargo, como de dejar la ley al que solicita la subasta en-

tera libertad para determinar la forma y condiciones con que ha de celebrarse, podria dar ocasion á que esta se dificultara por imponer el solicitante, ya por ignorancia ó codicia, condiciones embarazosas ó que no produjuran resultado alguno, hasta el punto de ocuparen actos repetidos é inútiles á la autoridad judicial mas de lo que comprende el deber de proteccion que debe dispensar á los particulares, y asimismo, haciendo perder el tiempo á los que de buena fe acudieran á hacer licitaciones á la subasta, ha puesto la ley ciertas limitaciones en los remates de las subastas voluntarias.

250. En su consecuencia, dispone en su art. 1576 que *si no hubiere postor en el primer remate* ó lo hubiere en menor cantidad que la designada por el que pidió la subasta, y este no quiere verificar la venta, aun cuando cubriera las dos terceras partes de la suma señalada, pues no está obligado el solicitante á efectuar la venta por dichas dos terceras partes en estas subastas, como lo está en el primer remate de las subastas necesarias el actor interesado en ellas, segun se vé en el art. 986 de la ley de Enjuiciamiento, *podrá anunciarse nueva subasta*, si el que la pidió insistiere en que se celebrase otra, pero *con prevencion* que deberá hacer el juez, *de que en el segundo remate se admitirán las posturas que lleguen al límite que deberá previamente fijar el que aspire á la venta*, fijacion precisa en este segundo remate, y podrá fijar el mismo precio que para el primer remate, ó otro menor.

Quando la falta de licitadores provenga de las condiciones que ha fijado el enagenante, independientes del precio, deberá tambien para el segundo remate permitirsele que las modifique, suprima ó proponga otras mas aceptables, lo que se anunciará debidamente.

251. *En este segundo remate será obligatorio al enagenante admitir las posturas que se hayan hecho dentro del límite fijado por él:* art. 1577, esto es, las posturas mayores ó mas ventajosas; sin que pueda admitir las que fueran menores con preferencia á aquellas, como puede hacer en un contrato meramente privado, porque así se causaron ya molestias y á veces perjuicios á los licitadores en el hecho de acudir al remate público, y no es justo defraudar las legítimas esperanzas del que ofreció mayores posturas ó ventajas al enagenante. Habiendo, pues, estas posturas, el juez declarará rematados los bienes á favor de dicho postor, haciéndole la adjudicacion de los mismos.

252. *Si en este segundo remate no hubiere postor, el interesado quedará en libertad para hacer lo que crea conveniente: sin que pueda accederse á tercera subasta:* art. 1578, por las razones que hemos dicho de no distraer á la autoridad judicial ni á los particulares licitadores con mas actos de subastas que no dan resultado alguno.

253. Mas como pudieran suscitarse cuestiones entre los interesados en la subasta, sobre los derechos ú obligaciones respectivas provenientes de ella, y estas constituyan un asunto de carácter contencioso, del cual no puede conocer el juez en el acto de jurisdiccion voluntaria á que pertenece el de las subastas de que tratamos, tendrá que procederse al juicio contencioso que corresponda, suspendiéndose los efectos del remate hasta que re-

caiga ejecutoria en este. Y por eso dispone la ley en su art. 1379, que cualesquiera cuestiones que, ya entre el que haya promovido la subasta y los postores, ya entre el mismo y terceros interesados, ya entre los postores se susciten, se sustanciarán en la forma que corresponda, con arreglo á las prescripciones de esta ley y segun su índole y naturaleza. Podrán suscitarse cuestiones entre el enagenante y los postores que den lugar al juicio contencioso, ya por no juzgar estos suficientemente acreditado el dominio del objeto que se vende por los títulos que aquel presentó, ó no creer bastante determinado éste, ó no corresponder, si fuese una finca, su cabida y linderos á los designados, etc. Podrá haberlas entre el enagenante y terceros interesados, ya por creerse perjudicados en algún derecho los dueños de los terrenos colidantes con el que se enagena, ó por presentarse terceros opositores, alegando pertenecerles este ó tener en él algún derecho que impida la enagenación. Y finalmente, podrá suscitarse cuestión entre los mismos postores, sobre los límites y demás cosas que corresponden á los bienes que se remataron á favor de cada uno. V. los comentarios á este título de la ley de Enjuiciamiento del señor Hernandez de la Rúa.

## TITULO XI.

### Del modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra.

254. Sabido es por nuestro Derecho civil, se permite al testador hacer testamento de palabra ó nuncupativo, que tambien se llama abierto, no solamente reduciéndolo desde luego á escritura pública, sino tambien espresando ante escribano público y testigos, ó ante estos solo, cuál es su voluntad de viva voz ó de palabra, ó bien leyéndoles alguna cédula en que la ha consignado por escrito, pero sin reducir desde luego la espresion de su voluntad, á escritura pública, pues no es de esencia este requisito para la validez del acto. Véanse las leyes, entre otras, 1.ª, tit. 1.º, Part. 6.ª y 1.ª tit. 18, lib. 10. Nov. Recop., y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1861. Sin embargo, para evitar que no pueda hacerse constar los particulares ó la voluntad que espresó el testador, por falta de memoria de las personas á quienes la manifestó, ó por llegar á fallecer alguna de ellas, cuando fuere necesario para adquirir el dominio de lo que se dejó en el testamento y para los demás efectos de aquel, se reduce posteriormente el testamento á escritura pública. No basta para ello acudir al escribano público, aun cuando se hubiere testado á presencia de éste, pues para evitar los abusos y amaños á que puede dar ocasion el no haberse consignado desde luego en escritura pública la voluntad del testador, se ha creído necesaria la intervencion judicial, como quiera tambien que ha de

procederse á tomarse la declaracion en forma á los testigos presenciales y á la identificacion de sus personas, etc.

255. *El testamento hecho de palabra podrá elevarse á escritura pública á instancia de parte legitima:* art. 1380, pues el respeto que se debe á las últimas voluntades y la conveniencia de no divulgarse estas, sino cuando hubiere alguno que se hallase interesado en ello legítimamente, aconseja que no pueda procederse á esta diligencia á instancia de persona que no tenga ésta interés ni legitimidad ó derecho á pedirla.

256. Para evitar toda mala inteligencia acerca de las personas que deben considerarse con esta legitimidad, espresa la ley en su art. 1380, que *se entiende ser parte legitima para los efectos del artículo anterior:*

1.º *El que tuviere interés en el testamento*, tales como los herederos, entendiéndose por éstos, no solamente los nombrados en el testamento, sino tambien los herederos legítimos ó á quienes hubiera ido la herencia á falta de testamentarios, pues así como los primeros tienen interés en el testamento para que se les dé lo que en él se les dejó, lo tienen los segundos para ver si es válido, puesto que de no serlo, pueden pedir su nulidad y que se les difiera la herencia como herederos abintestato, asimismo, los hijos desheredados, porque pueden haberlo sido injustamente, y en tal caso tienen interés en que así resulte, para pedir la parte en que se les priva de la herencia, igualmente los sustitutos hereditarios, los fideicomisarios, los mejorados, los legatarios, los acreedores hereditarios, esto es, aquellos á quienes el testador debiera alguna cantidad, la mujer por su mitad de gananciales y por la restitucion de su dote, el marido por el capital que aportó al matrimonio y por la mitad de gananciales, y todas las demás personas que tuvieren interés en la herencia.

2.º *El que hubiere recibido en el testamento cualquier encargo del testador*, como los herederos fiduciarios, ó á quienes se confia la entrega de la herencia á la persona que señala aquel, los albaceas ó testamentarios encargados del cumplimiento total ó parcial de las disposiciones testamentarias y los contadores ó partidores que deben distribuir la herencia con arreglo á las leyes entre los herederos nombrados, pues aunque estos no representan al testador tan inmediatamente como aquellos, tienen derecho á pedir se eleve á escritura pública el testamento, como consigna el señor Laserna en sus *Motivos de la Ley*.

3.º *El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se espresan en los párrafos anteriores*, tales son, el padre respecto de los hijos que tiene en su potestad, el marido respecto de su mujer, el tutor por los pupilos que estuvieren á su cargo y el curador por los menores é incapacitados, pues estas personas son las que pueden representar por la ley á los que están bajo su dependencia, sin necesidad de poder, como dice el art. 1381, para dar á entender que no se refiere á los procuradores que necesitan poder general ó especial para gestionar en nombre de otro. Las personas mencionadas, al pedir que se eleve el testamento á escritura pública, no obran por sí sino á

caiga ejecutoria en este. Y por eso dispone la ley en su art. 1379, que cualesquiera cuestiones que, ya entre el que haya promovido la subasta y los postores, ya entre el mismo y terceros interesados, ya entre los postores se susciten, se sustanciarán en la forma que corresponda, con arreglo á las prescripciones de esta ley y segun su índole y naturaleza. Podrán suscitarse cuestiones entre el enagenante y los postores que den lugar al juicio contencioso, ya por no juzgar estos suficientemente acreditado el dominio del objeto que se vende por los títulos que aquel presentó, ó no creer bastante determinado éste, ó no corresponder, si fuese una finca, su cabida y linderos á los designados, etc. Podrá haberlas entre el enagenante y terceros interesados, ya por creerse perjudicados en algún derecho los dueños de los terrenos colidantes con el que se enagena, ó por presentarse terceros opositores, alegando pertenecerles este ó tener en él algún derecho que impida la enagenación. Y finalmente, podrá suscitarse cuestión entre los mismos postores, sobre los límites y demás cosas que corresponden á los bienes que se remataron á favor de cada uno. V. los comentarios á este título de la ley de Enjuiciamiento del señor Hernandez de la Rúa.

## TITULO XI.

### Del modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra.

254. Sabido es por nuestro Derecho civil, se permite al testador hacer testamento de palabra ó nuncupativo, que tambien se llama abierto, no solamente reduciéndolo desde luego á escritura pública, sino tambien espresando ante escribano público y testigos, ó ante estos solo, cuál es su voluntad de viva voz ó de palabra, ó bien leyéndoles alguna cédula en que la ha consignado por escrito, pero sin reducir desde luego la espresion de su voluntad, á escritura pública, pues no es de esencia este requisito para la validez del acto. Véanse las leyes, entre otras, 1.ª, tit. 1.º, Part. 6.ª y 1.ª tit. 18, lib. 10. Nov. Recop., y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1861. Sin embargo, para evitar que no pueda hacerse constar los particulares ó la voluntad que espresó el testador, por falta de memoria de las personas á quienes la manifestó, ó por llegar á fallecer alguna de ellas, cuando fuere necesario para adquirir el dominio de lo que se dejó en el testamento y para los demás efectos de aquel, se reduce posteriormente el testamento á escritura pública. No basta para ello acudir al escribano público, aun cuando se hubiere testado á presencia de éste, pues para evitar los abusos y amaños á que puede dar ocasion el no haberse consignado desde luego en escritura pública la voluntad del testador, se ha creído necesaria la intervencion judicial, como quiera tambien que ha de

procederse á tomarse la declaracion en forma á los testigos presenciales y á la identificacion de sus personas, etc.

255. *El testamento hecho de palabra podrá elevarse á escritura pública á instancia de parte legitima:* art. 1380, pues el respeto que se debe á las últimas voluntades y la conveniencia de no divulgarse estas, sino cuando hubiere alguno que se hallase interesado en ello legítimamente, aconseja que no pueda procederse á esta diligencia á instancia de persona que no tenga ésta interés ni legitimidad ó derecho á pedirla.

256. Para evitar toda mala inteligencia acerca de las personas que deben considerarse con esta legitimidad, espresa la ley en su art. 1380, que *se entiende ser parte legitima para los efectos del artículo anterior:*

1.º *El que tuviere interés en el testamento*, tales como los herederos, entendiéndose por éstos, no solamente los nombrados en el testamento, sino tambien los herederos legítimos ó á quienes hubiera ido la herencia á falta de testamentarios, pues así como los primeros tienen interés en el testamento para que se les dé lo que en él se les dejó, lo tienen los segundos para ver si es válido, puesto que de no serlo, pueden pedir su nulidad y que se les difiera la herencia como herederos abintestato, asimismo, los hijos desheredados, porque pueden haberlo sido injustamente, y en tal caso tienen interés en que así resulte, para pedir la parte en que se les priva de la herencia, igualmente los sustitutos hereditarios, los fideicomisarios, los mejorados, los legatarios, los acreedores hereditarios, esto es, aquellos á quienes el testador debiera alguna cantidad, la mujer por su mitad de gananciales y por la restitucion de su dote, el marido por el capital que aportó al matrimonio y por la mitad de gananciales, y todas las demás personas que tuvieren interés en la herencia.

2.º *El que hubiere recibido en el testamento cualquier encargo del testador*, como los herederos fiduciarios, ó á quienes se confia la entrega de la herencia á la persona que señala aquel, los albaceas ó testamentarios encargados del cumplimiento total ó parcial de las disposiciones testamentarias y los contadores ó partidores que deben distribuir la herencia con arreglo á las leyes entre los herederos nombrados, pues aunque estos no representan al testador tan inmediatamente como aquellos, tienen derecho á pedir se eleve á escritura pública el testamento, como consigna el señor Laserna en sus *Motivos de la Ley*.

3.º *El que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos que se espresan en los párrafos anteriores*, tales son, el padre respecto de los hijos que tiene en su potestad, el marido respecto de su mujer, el tutor por los pupilos que estuvieren á su cargo y el curador por los menores é incapacitados, pues estas personas son las que pueden representar por la ley á los que están bajo su dependencia, sin *necesidad de poder*, como dice el art. 1381, para dar á entender que no se refiere á los procuradores que necesitan poder general ó especial para gestionar en nombre de otro. Las personas mencionadas, al pedir que se eleve el testamento á escritura pública, no obran por sí sino á

nombre de los que, por el estado ó dependencia en que se hallan, no pueden hacerlo por sí mismos, pero en realidad son estos los que ejercitan aquel derecho. De aquí se sigue, que las facultades de aquellos se limitan á la instancia y diligencias necesarias para que se eleve el testamento á escritura pública, respecto á las personas que hubiesen recibido del testador algun encargo que fuese personalísimo. ó fundado en la confianza de su persona, pues deberán desempeñar éste las personas á quienes se hizo.

237. La solicitud deberá hacerse para ante el juez de primera instancia, espresando hallarse el que la hiciere con la legitimidad que requiere el artículo 1381 de la ley, y asimismo el nombre y apellido de la persona que testó verbalmente, el día, hora y lugar en que lo hizo (si se acordare), la circunstancia de haber fallecido bajo de ella, sin hacer otra posterior: los nombres y apellidos de los testigos y del escribano (en su caso, ante quienes lo efectuó, y pidiendo se proceda al exámen de estos sobre los particulares que constituyeron la disposición testamentaria á que se refiere, y constando lo bastante, se declare por testamento y última voluntad lo que resultare de sus dichos, mandando protocolizar las actuaciones en el registro del escribano público para que se tengan por escritura pública, y dándose á los interesados las copias ó testimonios que pidieren.

238. *Hecha la solicitud, se señalarán por el juez, día y hora para el exámen de los testigos y del escribano, si hubiere concurrido al otorgamiento:* art. 1381. El plazo para concurrir al exámen será el que el juez calcule ser necesario para que puedan concurrir los testigos y escribano, según el lugar donde se hallaren.

239. *Los testigos presenciales del testamento, y el escribano en su caso, esto es, si lo presenció el escribano, serán examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que le hayan precedido:* art. 1384. Esta disposición es casi idéntica á la del art. 314 de la ley sobre el modo como deben examinarse los testigos en el juicio ordinario ó en los actos de jurisdicción contenciosa, y tiene por objeto evitar que la presencia de los demás testigos pueda ejercer opresión ó intimidación en el que declara, ó que sabiendo los unos las declaraciones de los otros, puedan confabularse ó declarar maliciosamente lo mismo unos que otros, ó viceversa, declarar falsamente en contrario. De esta identidad del art. 1381 respecto del 314, y del espíritu general de las disposiciones sobre el modo de procederse en el exámen de testigos, se deduce, que deberán también observarse en este caso las demás prescripciones del referido art. 314, sobre la prestación de juramento, en la forma y bajo las penas que las leyes previenen, á no ser que fueran menores de 14 años los testigos, pues entonces se hallan relevados de prestar el juramento; las del art. 315 sobre que se les pregunte su nombre y apellido, edad y domicilio, requisito que confirma con mas fuerza y espresamente el art. 1386, diciendo, que *el juez cuidará bajo su responsabilidad de que se espresen en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieran su vecindad al otorgarse el testamento.* La ley exige determinadamente, al tratar del modo de elevarse

á escritura pública el testamento hecho de palabra, la espresion de la edad y domicilio de los testigos, por la grande importancia que pueden tener estas circunstancias en dichos testamentos, puesto que según la ley 9.<sup>a</sup>, título 16, Part. 3.<sup>a</sup>, para que pueda darse crédito á los dichos de los testigos, es necesario que estos sean mayores de 14 años, y según la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 18, libro 40 de la Nov. Recop., se exige en general para la validez del testamento nuncupativo, que los testigos que presenciaron su otorgamiento sean vecinos del pueblo donde éste se otorgó al tiempo de su otorgamiento. Sin embargo, parece que cuando se hubiese otorgado éste ante siete testigos, en cuyo caso no exige la ley dicha vecindad, no debería ser necesario preguntar á los testigos por esta circunstancia; pero la disposición legal es terminante, absoluta y rigurosa.

240. Para evitar que se presenten testigos que no concurrieron al otorgamiento, tomando los nombres de estos, ó que se atribuyan cualidades y circunstancias que no tienen, dispone el art. 1384, que *el escribano ante quien se practicasen estas actuaciones, dará precisamente fe de conocer á los testigos. En los casos en que no los conozca, exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento, los cuales suscribirán las declaraciones de los que se encuentren en este caso.* Para el caso de que no se encontraren testigos de conocimiento, no establece aquí la ley que puedan los testigos presenciales identificar sus personas por medio de la presentación de un documento suficiente para esta comprobación, como lo establece en el caso de una información para perpétua memoria, lo cual se funda sin duda en que una de las principales circunstancias que dan validez y eficacia á los testamentos consiste en la prueba testifical.

241. Por razones análogas á las que acabamos de esponer, *deberá también acreditarse, si no constare por notoriedad, la calidad del escribano del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido á éste:* art. 1385. No dice aquí la ley cómo deberá hacerse esta justificación, por referirse sin duda á la manera indicada en el artículo anterior, esto es, á la presentación de dos testigos de conocimiento.

242. Verificado de esta suerte el exámen de los testigos y del escribano que se presentaron como habiendo concurrido al otorgamiento del testamento nuncupativo, el juez declarará si lo que resulta de las declaraciones es testamento. Para ello, pues, no tendrá que oír á las partes interesadas, al menos en este acto de jurisdicción voluntaria, sobre la nulidad ó validez como testamento de la manifestación del testador: pues esta cuestión tendría que ventilarse en juicio contencioso, y la declaración del juez en el acto de jurisdicción voluntaria, no prejuzga cuestión ninguna de aquella clase y conserva á los interesados todo su derecho sobre este punto.

Así, pues, previene el art. 1388, que *el juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulta, con la cualidad sin perjuicio de tercero,* esto es, que no perjudica esta declaración á los que no intervinieron en el asunto, si resultare de aquellas clara y terminantemente:

1.<sup>o</sup> *El propósito deliberado que tuviere el testador de hacer su última*



disposicion, como si los testigos declararan que el testador espresó á su presencia, sería y formalmente, que iba á hacer testamento nuncupativo en aquel acto ante ellos, ó que lo que les manifestó era su última voluntad y disposicion testamentaria, pues no bastaria que en una conversacion privada dijera el testador lo que queria se hiciese de sus bienes á su fallecimiento, para que se considerase como disposicion testamentaria.

2.º *La institucion de heredero*, si la hubiere habido, (puesto que por nuestras leyes dicha institucion no es necesaria para la validez del testamento) debiendo en tal caso espresar los testigos el nombre y circunstancias que designen al heredero nombrado, ó si no hubiere esta institucion, *el destino que el mismo testador diera á todos sus bienes ó parte de ellos*, para evitar las dudas y reclamaciones á que se daría lugar por falta de esta espresion.

3.º *Que los testigos y el escribano en su caso han oido de boca del testador y en un solo acto su disposicion*, esto es, que el testador espuso su voluntad con palabras claras é inteligibles, *paladinamente*, como dice la ley 1, tit. 1, Part. 6, ante dichos testigos y escribano en su caso que lo vieron y oyeron, *á lo ver otorgar*, dice la ley 1, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Recop. Exige tambien la nueva ley, conforme con lo dispuesto por derecho civil (V. la ley 3, tit. 1, Part. 6), que el testador haya otorgado su disposicion *en un solo acto*, ó segun decia la ley romana, *uno contextu*, es decir sin que se interrumpa el acto de la declaracion con otro extraño á ella, para evitar equivocaciones, omisiones ú olvidos, tanto respecto del testador como de los concurrentes, mas no deberá entenderse sin embargo que se vicia el testamento cuando la interrupcion fuese por causas naturales, como si por acometer un accidente al testador ó testigos hubiese que interrumpir aquel acto. Véase la ley 3, tit. 1, Part. 6 citada.

4.º *Que los testigos son los que exige la ley y reúnen las cualidades que la misma establece*, esto es, que son en número de tres y vecinos del lugar donde se hiciese el testamento, si concurrió escribano público, ó cinco testigos de la misma vecindad, si se hizo sin la concurrencia de éste; ó tres testigos vecinos, no habiendo en el pueblo cinco con esta calidad ni escribano; ó siete testigos aunque no fueren vecinos, teniendo las demas cuatidades que el derecho requiere, aunque no pase ante escribano.

245. Cuando el juez declare testamento lo que resulta de las declaraciones de los testigos, *mandará protocolizar el expediente en el registro de una escribanía pública que designará al efecto*: art. 1587, § final, para que se conserve sin estraviarse y al abrigo de toda suplantacion y fraude y se pueda dar en todo tiempo á los interesados las copias ó testimonios que pidieren.

*Será preferida para la protocolizacion de todo testamento hecho de palabra y que se eleva á escritura pública, la escribanía del lugar en que tuviere su domicilio el testador*: art. 1588, por considerarse ser esta en la que es mas fácil la protocolizacion por estar en el mismo domicilio, y á la que naturalmente acudirán los herederos ó la familia de aquél á pedir datos ó copias. *Si hubiere varias, se hará en la que designe el juez.*

244. *No habiendo escribano público en el lugar del domicilio del testador, tendrá lugar la protocolizacion en la escribanía de la cabeza de partido que el juez determinare*: art. 1589, lo cual hará teniendo por objeto la mejor conservacion y custodia del expediente, y la mayor facilidad de acudir á consultarlo ó pedir copias.

245. Hemos dicho al principio de este titulo, que el testador puede hacer el testamento nuncupativo, bien de viva voz, bien leyendo un papel ó cédula en que lleva escrita su voluntad, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1861, la virtud y eficacia del testamento nuncupativo consisten esencialmente en la abierta ó paladina manifestacion de la voluntad del testador, ya la enuncie oralmente, ya por la lectura de un papel, cédula, apunte ó memoria para que todos los asistentes al acto la entiendan y recuerden, siendo de todo punto indiferente que la lea por sí ó la mande leer á otra persona, con tal que despues de leida oigan el escribano, si asistiere, y siempre el competente número de testigos, que aquel es su testamento y última voluntad.

246. Cuando el testador hubiere dispuesto su testamento nuncupativo en cédula ó papel, leyéndolo á los testigos, se hará la solicitud espresando los particulares que hemos espuesto, y pidiendo se proceda al examen de los testigos y se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula y demás ya enunciado, y el juez habrá por presentada la cédula, y procederá á la informacion testifical, segun ya hemos dicho.

247. Aunque la ley de Enjuiciamiento se refiere en este titulo solamente á los testamentos nuncupativos, no hay duda que se comprenden tambien en el espíritu de sus disposiciones los codicilos otorgados en la misma forma por militar identidad de razon, y porque si la ley ha considerado suficientes aquellas medidas para asegurar la legitimidad de los testamentos, que es una manera de testar mas solemne que la de los codicilos, puesto que en ellos puede hacerse institucion de heredero, lo que no cabe en estos, con mas razon deben considerarse suficientes para asegurar la de este modo de manifestar la voluntad.

248. Respecto de los testamentos nuncupativos que se otorgan en Cataluña ante notario y dos testigos, si bien no son aplicables los arts. 1580 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, esto es, los de este titulo, segun se ha declarado por sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1861, en cuanto al número de testigos que deben concurrir en el otorgamiento de los testamentos nuncupativos, lo son acerca del modo como deben elevarse estos á instrumento público.

Tambien son aplicables estos artículos en el mismo concepto, respecto de los testamentos que se hacen ante el párroco y testigos en Cataluña, Aragon y Navarra, segun esponemos al explicar el art. 1415, último de la Ley, al fin de esta obra.

## TITULO XII.

## De la apertura de testamentos cerrados.

249. Otorgándose los testamentos cerrados de un modo reservado, en escritura cerrada, signada en la cubierta por el escribano y firmada por este y por siete testigos presenciales, pero ignorando su contenido todos ellos, ó por lo menos los últimos, sería sumamente fácil su falsificación ó la sustitución de la verdadera voluntad del testador con un documento apócrifo, si las leyes no hubieran establecido prudentes y numerosos requisitos y formalidades sobre su apertura.

250. Puede pedir esta el que tiene motivo fundado de que se le deja en él alguna cosa, según la ley 1, tit. 2, Part. 6, disposición que estienden los intérpretes á todos aquellos á quienes interesa su apertura, aunque nada se les dejare en el testamento. Véase la glosa de Gregorio Lopez, que pone por ejemplo, el hijo preterido que trata de pedir la nulidad de la disposición testamentaria. Esta petición no podrá hacerse hasta que hubiere fallecido el testador, «seyendo muerto el que hizo el testamento» dice la ley 1 citada, lo cual se funda en que hasta entonces puede el testador variar su voluntad.

Deberá, pues, espresarse en la solicitud ó pedimento, que habiendo fallecido tal persona dejando un testamento cerrado que se halla en poder de tal sugeto y teniendo el solicitante interés en dicha disposición testamentaria, se decrete que el sugeto mencionado la presente y se proceda á la apertura y publicación de la misma, mandándose reducir á escritura pública y dándose á los interesados las copias y testimonios que necesiten, protestando el solicitante no proceder de malicia. A esta solicitud deberá acompañarse la partida de defunción ó justificación del fallecimiento del testador.

El juez, en vista de esta petición, puede mandar que se le presente el testamento, si el que lo tuviere se encontrase en el mismo lugar del juzgado, asignando el plazo que creyere bastante para su presentación, si aquel se hallare ausente: ley 2, tit. 2, Part. 6.

251. Pero no solo se halla obligada la persona que tuviere un testamento cerrado á presentarlo cuando se lo mandare el juez en vista de aquella petición, sino que, según la citada ley 2 de Partida, ratificada por la 5, tit. 18, lib. 10 de la Nov. Recop., tiene esta obligación de presentarlo, sin necesidad de mandamiento judicial, dentro de un mes siguiente al día de la muerte del testador, pues de lo contrario, pierde lo que se le dejare en él y se distribuye por el alma del testador; y no dejándosele nada, debe indemnizar al interesado en la apertura los perjuicios que le hubiere ocasionado. Estas disposiciones tienen por objeto que se presente el testamento sin dilación, para evitar el soborno y con citación de los interesados contra él. Mas si el que tiene el testamento lo sustrajera, ocultare ó inuti-

lizare en todo ó en parte, incurre las penas que señala el art. 453 del Código penal, con referencia al 449. Además, debe tenerse presente que, según la ley 1, tit. 2, Part. 6, es nulo todo pacto, transacción ó convenio que se hiciere antes de la apertura del testamento cerrado sobre la herencia de que en él se trata.

252. Luego que se presentase ante cualquier juez un testamento cerrado, hará que se estienda por el escribano diligencia espresiva de su estado firmándola la persona que haya hecho la presentación, porque puede recaer responsabilidad sobre ésta si no lo presentó íntegro: art. 1390. En dicha diligencia se espresará cómo se han encontrado su cubierta y sus sellos y las demás circunstancias que se noten y puedan dar á conocer el estado del pliego que lo contenga, y se haya presentado: art. 1391. El objeto de estas disposiciones, tomadas de la legislación y práctica anteriores, es que pueda compararse el estado y signos exteriores que tiene el testamento presentado con lo que declararen los testigos presenciales para ver si hay vestigios de falsificación, quebrantamiento ó suplantación del verdadero testamento. En ellas además, se resuelve la duda que existía con anterioridad sobre qué juez era el competente para la apertura del testamento, si el del lugar en que se otorgó, ó el del en que se halla, ó el del fallecimiento del testador ó el del en que se pedía la apertura, puesto que el art. 1390 declara, que lo es cualquiera juez de primera instancia. Sin embargo, convendrá que se pida la apertura ante el del lugar del otorgamiento, porque residiendo allí por lo común los testigos instrumentales y el escribano que intervinieron en él, se practicarán con mas facilidad y menores dispendios las diligencias de apertura, y porque es el lugar más á propósito para descubrir las alteraciones ó falsificaciones que pudieran haberse hecho en el testamento.

253. Hecho lo prevenido en el art. 1391, sobre la diligencia que deberá poner el escribano acerca del estado en que se hallare el testamento, dispondrá el juez, que se cite para el día siguiente ó antes si es posible, por la urgencia con que conviene proceder en estos asuntos, para evitar la ausencia de los testigos presenciales, ó que desaparezcan con el tiempo alguna de las señales exteriores del testamento, etc., al escribano y testigos que firmaron en su cubierta, á fin de hacer ante ellos la solemne apertura del pliego, después de practicado por los mismos el reconocimiento de ser el propio que firmaron: art. 1392, pues reconocido así, debe abrirse ante ellos para que no quede duda de que lo en él dispuesto es la última voluntad del testador y no se ha sustituido por otra.

254. Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, serán abonados, examinándose dos testigos que conozcan las firmas de ellos y aseguren la semejanza de las del pliego con las que tienen ya indudablemente por legítimas: art. 1393. Juzgamos esta disposición aplicable al caso en que los testigos presenciales se hallaren enfermos, de manera que no puedan reconocer el testamento, ó con algun otro impedimento semejante. Así se deduce por identidad de razón, y lo apoya la ley 3, título 2, Part. 6, que dice: que el juez debe enviar el testamento á aquellos que

non fueren presentes, que conozcan sus sellos, si fuesen dolientes ó personas muy honradas, ó si fuesen en otra tierra que non pudiesen ser llamados sin venir sin gran trabajo.» En dicha ley se dispone tambien, que si no pudiesen ser habidos todos los testigos, basta la asistencia de la mayor parte de ellos, que aquí serán cuatro, para abrir á su presencia el testamento, y sacar el traslado, sin perjuicio de que hagan despues el reconocimiento los que se presentaren y de remitírselo á los ausentes en otro lugar para este efecto. Asimismo, que si todos ó la mayor parte de los testigos se hallaren ausentes y el juez creyere que habia perjuicio en dilatar su apertura, podrá verificar ésta y la publicacion y traslado del testamento ante hombres buenos; y volverá á cerrarlo firmando estos mismos, para que cuando vuelvan los testigos, se haga el reconocimiento, y constando la certeza de todo, se declare el testamento instrumento público.

255. En el caso de que hubieren fallecido todos ó la mayor parte de los testigos, ó se ignorase su paradero, era práctica hacer informacion de ello, de la legalidad del escribano ante quien se otorgó el testamento ó que firmó en la cubierta caso de haber muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban éste y los testigos en el lugar en que se hizo, y de que eran personas hábiles para testificar y dignas de fé en sus declaraciones; se comprobaban además sus firmas por quien las conociera ó con otras indubitadas, despues de lo cual lo mandaba abrir el juez. Véase el Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, tit. 20, lib. 2. Y esta misma práctica deberá seguirse en el día, aun en el caso de que no hubiere testigos de abono que conocieren las firmas de los testigos.

256. *Si el escribano hubiere fallecido ó se hallare ausente, será también abonado de la manera prevenida en el artículo anterior, esto es, examinándose dos testigos que conozcan su firma y signo y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas. Además, el juez y escribano ante quien se instruya el expediente, cotejarán su signo con otros del mismo que sean indubitados, cuando esto pueda verificarse:* art. 1594. En el caso de que no pudiera verificarse, por no conocer el juez ni el escribano actuario ni ninguna otra persona al escribano que signó la cubierta del testamento, ni tuvieran signos con que hacer la comprobacion, como puede suceder, cuando se hubiere hecho el testamento en pueblo muy distante, ó hubiere habido invasiones de enemigos, incendios, etc., deberá procederse á practicar la informacion mencionada en el número anterior.

257. *Tanto el escribano como los testigos, si están presentes, reconocerán sus firmas, espresando bajo juramento si son de su puño y letra, y si se hallan en el mismo estado que cuando las pusieron en la carpeta, ó si las encuentran con alguna variacion, lo cual se hará constar. No espresa aquí la ley que declaren los testigos su vecindad, como para la protocolizacion del testamento abierto, por no ser requisito indispensable en estos dicha cualidad, pero convendrá espresarse, asi como su edad, para la mejor identidad de sus personas.*

*También espresarán con igual solemnidad, esto es, bajo juramento, si*

*vieron poner las firmas de los que hagan fallecido ó estén ausentes y si las tienen por legítimas, y por identidad de razon, la firma y signo del escribano que se hallan en igual caso.*

*Poniéndoseles el pliego de manifiesto y permitiéndose lo reconozcan previamente, espresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallaba cuando firmaron su carpeta, ó si advierten indicios de haberse abierto ó cambiado algo que no estuviere al otorgarse; con el objeto de que sirva lo que dijeren de presuncion ó justificacion de que hubo ó no quebrantamiento:* art. 1595.

258. Asimismo se les tomará declaracion, segun se hacia en la antigua práctica, si el solicitante no presentó la partida de defuncion del testador ú otro documento que la acredite, sobre el fallecimiento de éste, y aun podrá y deberá el juez hacer por sí las indagaciones que juzgare convenientes, con arreglo á derecho sobre este estremo.

Todas estas declaraciones deben tomarse por el juez, sin cometer la diligencia al escribano, segun está prevenido en general en el art. 53 de la ley y es aplicable mas especialmente á este acto por su grande importancia.

259. *Hecho todo lo que queda prevenido en los artículos precedentes, se abrirá el pliego por el juez ante los escribanos, esto es, ante el que autorizó la carpeta y el actuario del expediente, y ante los testigos y la persona que lo hubiese presentado, leyéndose el testamento que contenga ante todos ellos* art. 1596. No servirá de obstáculo para proceder á su apertura, que algun de los testigos negase ser suya la firma, si es mayor el número de los que reconocen las suyas, segun espresamente previene la ley 5, tit. 2, Partida 6.

260. Cuando el testador, por motivos que le asistan y no necesita manifestar, prohíbe que se publique el todo ó parte de sus disposiciones hasta tiempo determinado, ha de observarlo así el juez, y si entiende por sí, que ha de resultar perjuicio de hacerlo de alguna cláusula que contenga, no deberá publicarla aunque el testador no lo haya prohibido: leyes 5 y final, título 2, Part. 6. Por lo tanto, será buena precaucion por parte del juez, que sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lea el testamento para sí y tácitamente por si contiene algo que no deba publicarse. Véase el Febrero reformado por los señores Goyena, Aguirre y Montalban, lib. 2, tit. 20, seccion 2, número 1591.

261. *Verificada la lectura, se dicta providencia por el juez, mandando protocolizar el testamento con todas las diligencias originales de su apertura, dándose á la persona que lo hubiere presentado, testimonio de la espresada providencia para su resguardo:* art. 1597; esto es, para que pueda acreditar que no lo tiene ya en su poder por haberse protocolizado, si alguno lo pidiere ó se le mandara presentar. El juez, en dicha providencia, declarará ó mandará tambien que se tenga aquella disposicion por testamento ó última voluntad del difunto, reduciéndose á escritura pública, (escepto de la parte ó disposicion que el testador dispuso quedase reservada, ó cuya publicacion estimare el juez que podría irrogar algun perjuicio) y que se

den á los interesados los traslados que pidieren, (escepto de la parte ó disposicion referida segun la ley 5, tit. 2, Part. 6.) Estos testimonios deben ser, cuando se dan á los herederos del testador, comprensivos de todo el testamento; mas respecto de los demás interesados en él, tan solo de lo que les pertenece, segun dispone la ley 5 citada, y la 105, tit. 18, Part. 5; siendo la práctica darse testimonio de la cabeza y pié del testamento, con la cláusula que les interesa nada mas; lo que tiene por objeto evitar todo perjuicio, falsedad ó fraude. Véase el Febrero, lugar citado, número 1599.

262. *La protocolizacion del testamento cerrado se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado su otorgamiento, siempre que sea posible, § 1 del art. 1400.* Esta disposicion ratificada por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 1.º de Agosto de 1859, ha corregido la práctica antigua de verificarse dicha protocolizacion en el registro de escribano ante quien se efectuaban las diligencias de apertura. *Caso de no ser posible por cualquiera causa* protocolizar el testamento en el registro del escribano que lo autorizó, se protocolizará en la *escribanta que designe el juez de las del lugar del domicilio del testador*: § 2 del art. 1400, disposicion que se funda, asi como la del párrafo anterior, en que puedan hallar fácilmente el testamento los interesados para consultarlo en las dudas que les ocurran, puesto que lo mas natural es que acudan con tal objeto á dichos lugares.

265. Todo lo espuesto sobre las diligencias para la apertura de los testamentos cerrados, es aplicable á los codicilos de la misma clase, por militar identidad de razon, y segun esponen todos los intérpretes y el señor Laserna, en los *Motivos de la ley de Enjuiciamiento*.

264. Inútil parece decir, que es juez competente para conocer del acto de la apertura de testamentos el de primera instancia ordinario, aun cuando se trate de testamentos de aforados de jurisdicciones especiales, segun se halla declarado espresamente por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 25 de mayo de 1860, entre otras, pues, esta disposicion se halla consignada como regla general en la primera del art. 1208, espuesto en el número 9 de este libro 4.º

265. Finalmente, debemos advertir, que segun el art. 280 del Código penal reformado, el empleado público que abriese ó consintiese abrir sin autorizacion competente, papeles ó documentos cerrados, cuya custodia le estuviere confiada, incurrirá en las penas de arresto mayor, inhabilitacion especial y multa de 25 á 250 duros. Y entendiéndose por empleado público para los efectos de este artículo, todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado, es consiguiente, que incurrirá en dichas penas el escribano que abriere el testamento sin la autorizacion y presencia del juez. Estas penas son aplicables á los particulares encargados accidentalmente del despacho ó custodia de papeles ó documentos por comision del gobierno ó de los empleados á quienes hubiesen sido confiados aquellos por razon de su cargo, y asimismo las impuestas en los casos de los arts. 278 y 279: art. 281 del Código penal.

## TITULO XIII.

**De la protocolizacion de las memorias testamentarias.**

266. Siendo las memorias testamentarias una cédula ó papel simple ó sellado en que el testador consigna varias de sus disposiciones ó á que se remite ó refiere en su testamento, (y aun espresa el nombre del heredero instituido en él) considerándola como parte de este, es consiguiente que se halle mucho mas espuesto que los testamentos cerrados á falsificaciones, suplantaciones, quebrantamientos y fraudes, atendiendo á que no se requiere para su otorgamiento ninguna formalidad pública ó derecho en su interior ni en su exterior, sino que se haga referencia de ellas en el testamento y contenga las señales y circunstancias que en él se mencionan. De aquí la importancia y necesidad de proceder á su protocolizacion para evitar, una vez elevada á escritura pública, aquellos abusos: sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de octubre de 1854 y 30 de enero de 1856 y artículos 1598 al 1400 de la ley de Enjuiciamiento civil.

267. Esta manera de espresar la última voluntad, si bien puede apoyarse en algunas leyes romanas, (Véase la 10, tit. 7, lib. 28 del Digesto) no se haya autorizada por nuestras leyes patrias, y autores de gran nota, entre ellos el *adicionador del Febrero*, no han vacilado en reprobarla: «Si la institucion de heredero, dice este autor, que es el acto esencial y constituido del testamento, no puede hacerse en una memoria, tampoco las demás disposiciones testamentarias. Si la intencion del testador es que ni el escribano ni los testigos sepan lo que dispone, la ley en este caso, le ha proporcionado un medio para que se mantenga oculta su voluntad hasta despues de su muerte, concediéndole facultad de hacer su testamento ó codicilo cerrado, una vez que observe en ellos las formalidades que ha prescrito con el fin de que nunca se dude de la identidad de estas escrituras; pero el testamento y codicilo que se remiten á memoria, ni son nuncupativos ó abiertos, ni escritos ó cerrados; únicos modos de testar autorizados y reconocidos. La ley 34, tit. 9, Part. 6, dice: en acabado testamento puede ser fecha toda manda, otrosi en otra manera de escrito, que se face ante cinco testigos á que llaman en latin *codicillum*, é la manda que fuere fecha en otra manda cualquier, si non en alguna de estas dos sobredichas non valdria. Antes que se introdujera la práctica de las memorias testamentarias, se hacian comunmente las mandas en los codicilos, que fueron unas escrituras inventadas para que los testadores supliesen lo que habian dejado de espresar en los testamentos, y para ellas la ley 5 de Toro pide las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades, exigen la misma solemnidad que para dejar mandas, legados y fideicomisos.» Han tratado tambien sobre las memorias testamentarias el cardenal de Luca, *Tract. de Testam. disc. 1 y 2*, números 2, 3 y 5; *disc. 6*; número 6; *dis. 14*, número 4 y *disc. 15*

den á los interesados los traslados que pidieren, (escepto de la parte ó disposicion referida segun la ley 5, tit. 2, Part. 6.) Estos testimonios deben ser, cuando se dan á los herederos del testador, comprensivos de todo el testamento; mas respecto de los demás interesados en él, tan solo de lo que les pertenece, segun dispone la ley 5 citada, y la 105, tit. 18, Part. 5; siendo la práctica darse testimonio de la cabeza y pié del testamento, con la cláusula que les interesa nada mas; lo que tiene por objeto evitar todo perjuicio, falsedad ó fraude. Véase el Febrero, lugar citado, número 1599.

262. *La protocolizacion del testamento cerrado se hará precisamente en el registro del escribano que haya autorizado su otorgamiento, siempre que sea posible, § 1 del art. 1400.* Esta disposicion ratificada por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 1.º de Agosto de 1859, ha corregido la práctica antigua de verificarse dicha protocolizacion en el registro de escribano ante quien se efectuaban las diligencias de apertura. *Caso de no ser posible por cualquier causa* protocolizar el testamento en el registro del escribano que lo autorizó, se protocolizará en la *escribanta que designe el juez de las del lugar del domicilio del testador*: § 2 del art. 1400, disposicion que se funda, asi como la del párrafo anterior, en que puedan hallar fácilmente el testamento los interesados para consultarlo en las dudas que les ocurran, puesto que lo mas natural es que acudan con tal objeto á dichos lugares.

265. Todo lo espuesto sobre las diligencias para la apertura de los testamentos cerrados, es aplicable á los codicilos de la misma clase, por militar identidad de razon, y segun esponen todos los intérpretes y el señor Laserna, en los *Motivos de la ley de Enjuiciamiento*.

264. Inútil parece decir, que es juez competente para conocer del acto de la apertura de testamentos el de primera instancia ordinario, aun cuando se trate de testamentos de aforados de jurisdicciones especiales, segun se halla declarado espresamente por decision del Tribunal Supremo de Justicia de 25 de mayo de 1860, entre otras, pues, esta disposicion se halla consignada como regla general en la primera del art. 1208, espuesto en el número 9 de este libro 4.º

265. Finalmente, debemos advertir, que segun el art. 280 del Código penal reformado, el empleado público que abriese ó consintiese abrir sin autorizacion competente, papeles ó documentos cerrados, cuya custodia le estuviere confiada, incurrirá en las penas de arresto mayor, inhabilitacion especial y multa de 25 á 250 duros. Y entendiéndose por empleado público para los efectos de este artículo, todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado, es consiguiente, que incurrirá en dichas penas el escribano que abriere el testamento sin la autorizacion y presencia del juez. Estas penas son aplicables á los particulares encargados accidentalmente del despacho ó custodia de papeles ó documentos por comision del gobierno ó de los empleados á quienes hubiesen sido confiados aquellos por razon de su cargo, y asimismo las impuestas en los casos de los arts. 278 y 279: art. 281 del Código penal.

## TITULO XIII.

**De la protocolizacion de las memorias testamentarias.**

266. Siendo las memorias testamentarias una cédula ó papel simple ó sellado en que el testador consigna varias de sus disposiciones ó á que se remite ó refiere en su testamento, (y aun espresa el nombre del heredero instituido en él) considerándola como parte de este, es consiguiente que se halle mucho mas espuesto que los testamentos cerrados á falsificaciones, suplantaciones, quebrantamientos y fraudes, atendiendo á que no se requiere para su otorgamiento ninguna formalidad pública ó derecho en su interior ni en su exterior, sino que se haga referencia de ellas en el testamento y contenga las señales y circunstancias que en él se mencionan. De aquí la importancia y necesidad de proceder á su protocolizacion para evitar, una vez elevada á escritura pública, aquellos abusos: sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 7 de octubre de 1854 y 30 de enero de 1856 y artículos 1598 al 1400 de la ley de Enjuiciamiento civil.

267. Esta manera de espresar la última voluntad, si bien puede apoyarse en algunas leyes romanas, (Véase la 10, tit. 7, lib. 28 del Digesto) no se haya autorizada por nuestras leyes patrias, y autores de gran nota, entre ellos el *adicionador del Febrero*, no han vacilado en reprobarla: «Si la institucion de heredero, dice este autor, que es el acto esencial y constituido del testamento, no puede hacerse en una memoria, tampoco las demás disposiciones testamentarias. Si la intencion del testador es que ni el escribano ni los testigos sepan lo que dispone, la ley en este caso, le ha proporcionado un medio para que se mantenga oculta su voluntad hasta despues de su muerte, concediéndole facultad de hacer su testamento ó codicilo cerrado, una vez que observe en ellos las formalidades que ha prescrito con el fin de que nunca se dude de la identidad de estas escrituras; pero el testamento y codicilo que se remiten á memoria, ni son nuncupativos ó abiertos, ni escritos ó cerrados; únicos modos de testar autorizados y reconocidos. La ley 34, tit. 9, Part. 6, dice: en acabado testamento puede ser fecha toda manda, otrosi en otra manera de escrito, que se face ante cinco testigos á que llaman en latin *codicillum*, é la manda que fuere fecha en otra manda cualquier, si non en alguna de estas dos sobredichas non valdria. Antes que se introdujera la práctica de las memorias testamentarias, se hacian comunmente las mandas en los codicilos, que fueron unas escrituras inventadas para que los testadores supliesen lo que habian dejado de espresar en los testamentos, y para ellas la ley 5 de Toro pide las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades, exigen la misma solemnidad que para dejar mandas, legados y fideicomisos.» Han tratado tambien sobre las memorias testamentarias el cardenal de Luca, Tract. de Testam. disc. 1 y 2, números 2, 3 y 5; disc. 6; número 6; dis. 14, número 4 y disc. 15

y 78; Menochio, Concil. 94, número 24. Ciriaco. contro. 444, números 7, 25, 55, 82 y 88; Anton. Fab. de Errorib. Pramm. Part. 5, decad. 69, error 5; Gracian. tomo 5, discep. for. cap. 977, números 44, 48 y 49, Cart. Lib. 4, contro. cap. 21, número 72; Covar. Cap. cum tibi, de Testament número 6.

268. Sin embargo, varios de nuestros espositores, entre ellos, el célebre Matienzo, en su Comentario á la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la Nov. Recop. sostienen el modo de espresar las últimas voluntades en memorias testamentarias, si bien limitándolo al caso en que no se hiciera en ellas institucion de heredero ni se pusieren condiciones al instituido; la práctica las adoptó con generalidad, y últimamente, ha ratificado y autorizado esta práctica, convirtiéndola en jurisprudencia, el Tribunal Supremo de Justicia. Y en efecto, háse consignado por este Tribunal, que las memorias testamentarias son válidas cuando se encuentran y están en la misma forma que resulta del testamento, por no haber ley que las prohiba y estar autorizadas por la práctica: sentencia de 12 de junio de 1850; que para que sea válida una memoria testamentaria, debe como requisito esencial, haberse hecho mencion de ella en el testamento á que se refiere: sentencia de 7 de octubre de 1854: que cuando en el poder para testar, no se dé para instituir heredero de la manera que puede darse, segun la ley recopilada, sino que se hace una institucion directa, que escluye hasta la posibilidad de semejante poder, es un verdadero testamento aunque se refiera á una memoria testamentaria en cuanto al nombre de la persona instituida, puesto que esta designacion de nombre puede hacerse con referencia á una memoria testamentaria, porque la práctica lo tiene recibido así, aplicando á las memorias lo que dispone la ley 8, tit. 5, Part. 6, sobre que pueda hacerse esta designacion en los codicilos: sentencia de 30 de enero de 1856; que las memorias testamentarias que contienen las circunstancias prevenidas por el testador, son válidas aunque no se hallen firmadas por este, y forman parte integrante del testamento á que se refieren, conforme á lo que estaba autorizado por la práctica y tiene establecida la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con las leyes, por cuya razon, y con arreglo á la ley 22, tit. 1, Part. 6, una disposicion testamentaria solemne con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, queda invalidada por el testamento posterior igualmente solemne que la revoca, si en la memoria testamentaria que forma parte integrante del mismo, se reproducen literalmente á este fin las palabras de dicha cláusula derogatoria: sentencia de 19 de octubre de 1861: que la jurisprudencia constante y la nueva ley de Enjuiciamiento civil, han reconocido el valor y eficacia de las memorias testamentarias, cuando reunen las circunstancias designadas por los testadores para acreditar su identidad, ó por otro medio de prueba su exactitud y la conformidad de sus disposiciones con la voluntad de los que las dictaron; que aunque el testador solo hable en su testamento de una memoria y despues se halle mayor número de ellas, son válidas todas y deben considerarse como la continuacion de la única indicada en el testamento, siempre que su contesto así lo revele, haya entre ellas, co-

nexion y enlace, hubieran ocurrido hechos que hicieren necesarias las posteriores, sea una misma la forma de redaccion en todas, estén las mas escritas sin ningun epígrafe ó con la advertencia de que son notas, ó concurra cualquier otra circunstancia que indique que la mente del testador no fue otra que continuar la memoria de que habia hecho referencia en su testamento, y que debiendo reputarse todas como una sola, la voluntad del testador ha de buscarse en todas ellas: Sentencia de 28 de enero de 1862.

Admitida, pues, esta manera de espresar las últimas voluntades, á pesar de los inconvenientes que ofrece, y reconocida por la ley de Enjuiciamiento civil la necesidad de darle el carácter de escritura pública, previene en su art. 1298, que si *hubiere memoria testamentaria, se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer*; pues segun hemos dicho estas son las únicas circunstancias que se requieren para su validez.

269. *Hallándose en la memoria las señales referidas en el artículo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento, como que se considera que forma parte de él*: art. 1399. En su consecuencia, la *protocolizacion de estas memorias se hará en el registro del escribano en que se protocoliza el testamento*: art. 1400 ya espuesto, que corrige la práctica anterior de protocolizarse en el registro del escribano, por cuya escribania se solicitaba la protocolizacion.

#### TITULO XIV.

##### De la venta de bienes de menores é incapacitados, y transacion sobre sus derechos.

###### *Venta de bienes de menores é incapacitados.*

270. Solicitas nuestras leyes, á imitacion de las romanas, de atender á que no se disminuya el patrimonio de las personas, que por causa de su menor edad ó incapacidad, tienen sus bienes bajo la administracion y guarda de sus tutores ó curadores, prohibieron enagenar ni hipotecar en general los bienes raices de aquellos, prohibicion que estendieron los intérpretes siguiendo el decreto romano, á los bienes preciosos. Solamente podia verificarse su enagenacion por causa de utilidad ó necesidad de los menores respecto de ella, prévia la debida informacion de que resultare esta causa, y aun entonces verificando la venta con autorizacion ú otorgamiento del juez del lugar y en subasta pública, para evitar á los menores todo fraude y perjuicio en aquel acto. Véase las leyes 60, tit. 18, Part. 5; 14, tit. 11, Part. 4; 4, títulos 5 y 8, tit. 13, Part. 5; 18, tit. 16, Part. 6 y 1, tit. 12, lib. 10, Nov. Recop. Véase tambien la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia

y 78; Menochio, Concil. 94, número 24. Ciriaco. contro. 444, números 7, 25, 55, 82 y 88; Anton. Fab. de Errorib. Pramm. Part. 5, decad. 69, error 5; Gracian. tomo 5, discep. for. cap. 977, números 44, 48 y 49, Cart. Lib. 4, contro. cap. 21, número 72; Covar. Cap. cum tibi, de Testament número 6.

268. Sin embargo, varios de nuestros espositores, entre ellos, el célebre Matienzo, en su Comentario á la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la Nov. Recop. sostienen el modo de espresar las últimas voluntades en memorias testamentarias, si bien limitándolo al caso en que no se hiciera en ellas institucion de heredero ni se pusieren condiciones al instituido; la práctica las adoptó con generalidad, y últimamente, ha ratificado y autorizado esta práctica, convirtiéndola en jurisprudencia, el Tribunal Supremo de Justicia. Y en efecto, háse consignado por este Tribunal, que las memorias testamentarias son válidas cuando se encuentran y están en la misma forma que resulta del testamento, por no haber ley que las prohiba y estar autorizadas por la práctica: sentencia de 12 de junio de 1850; que para que sea válida una memoria testamentaria, debe como requisito esencial, haberse hecho mencion de ella en el testamento á que se refiere: sentencia de 7 de octubre de 1854: que cuando en el poder para testar, no se dé para instituir heredero de la manera que puede darse, segun la ley recopilada, sino que se hace una institucion directa, que escluye hasta la posibilidad de semejante poder, es un verdadero testamento aunque se refiera á una memoria testamentaria en cuanto al nombre de la persona instituida, puesto que esta designacion de nombre puede hacerse con referencia á una memoria testamentaria, porque la práctica lo tiene recibido así, aplicando á las memorias lo que dispone la ley 8, tit. 5, Part. 6, sobre que pueda hacerse esta designacion en los codicilos: sentencia de 30 de enero de 1856; que las memorias testamentarias que contienen las circunstancias prevenidas por el testador, son válidas aunque no se hallen firmadas por este, y forman parte integrante del testamento á que se refieren, conforme á lo que estaba autorizado por la práctica y tiene establecida la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con las leyes, por cuya razon, y con arreglo á la ley 22, tit. 1, Part. 6, una disposicion testamentaria solemne con cláusula derogatoria ó *ad cautelam*, queda invalidada por el testamento posterior igualmente solemne que la revoca, si en la memoria testamentaria que forma parte integrante del mismo, se reproducen literalmente á este fin las palabras de dicha cláusula derogatoria: sentencia de 19 de octubre de 1861: que la jurisprudencia constante y la nueva ley de Enjuiciamiento civil, han reconocido el valor y eficacia de las memorias testamentarias, cuando reunen las circunstancias designadas por los testadores para acreditar su identidad, ó por otro medio de prueba su exactitud y la conformidad de sus disposiciones con la voluntad de los que las dictaron; que aunque el testador solo hable en su testamento de una memoria y despues se halle mayor número de ellas, son válidas todas y deben considerarse como la continuacion de la única indicada en el testamento, siempre que su contesto así lo revele, haya entre ellas, co-

nexion y enlace, hubieran ocurrido hechos que hicieren necesarias las posteriores, sea una misma la forma de redaccion en todas, estén las mas escritas sin ningun epígrafe ó con la advertencia de que son notas, ó concurra cualquier otra circunstancia que indique que la mente del testador no fue otra que continuar la memoria de que habia hecho referencia en su testamento, y que debiendo reputarse todas como una sola, la voluntad del testador ha de buscarse en todas ellas: Sentencia de 28 de enero de 1862.

Admitida, pues, esta manera de espresar las últimas voluntades, á pesar de los inconvenientes que ofrece, y reconocida por la ley de Enjuiciamiento civil la necesidad de darle el carácter de escritura pública, previene en su art. 1298, que si *hubiere memoria testamentaria, se estenderá diligencia espresiva de la persona que la haya presentado ó en poder de quien haya sido hallada, de su estado, y de si hay en ella señales que en el testamento se hayan consignado para darla á conocer*; pues segun hemos dicho estas son las únicas circunstancias que se requieren para su validez.

269. *Hallándose en la memoria las señales referidas en el artículo anterior, se mandará protocolizar juntamente con el testamento, como que se considera que forma parte de él*: art. 1399. En su consecuencia, *la protocolizacion de estas memorias se hará en el registro del escribano en que se protocoliza el testamento*: art. 1400 ya espuesto, que corrige la práctica anterior de protocolizarse en el registro del escribano, por cuya escribania se solicitaba la protocolizacion.

#### TITULO XIV.

##### De la venta de bienes de menores é incapacitados, y transacion sobre sus derechos.

###### *Venta de bienes de menores é incapacitados.*

270. Solicitas nuestras leyes, á imitacion de las romanas, de atender á que no se disminuya el patrimonio de las personas, que por causa de su menor edad ó incapacidad, tienen sus bienes bajo la administracion y guarda de sus tutores ó curadores, prohibieron enagenar ni hipotecar en general los bienes raices de aquellos, prohibicion que estendieron los intérpretes siguiendo el decreto romano, á los bienes preciosos. Solamente podia verificarse su enagenacion por causa de utilidad ó necesidad de los menores respecto de ella, prévia la debida informacion de que resultare esta causa, y aun entonces verificando la venta con autorizacion ú otorgamiento del juez del lugar y en subasta pública, para evitar á los menores todo fraude y perjuicio en aquel acto. Véase las leyes 60, tit. 18, Part. 5; 14, tit. 11, Part. 4; 4, títulos 5 y 8, tit. 13, Part. 5; 18, tit. 16, Part. 6 y 1, tit. 12, lib. 10, Nov. Recop. Véase tambien la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia

de 2 de diciembre de 1862, en que se declara, que la ley 60, tit. 18, Partida 5, comprende un precepto general y absoluto, segun el cual, no se pueden enagenar las cosas raices de los menores ni aun para pagar deudas ó con gran utilidad de los mismos, sin licencia ú otorgamiento del juez del lugar, requisito del cual no dispensan las leyes á los albaceas, segun tiene declarado el Tribunal Supremo.

271. La nueva ley de Enjuiciamiento ha adoptado estas disposiciones con mas estension y amplitud, resolviendo las dudas que sobre ellas se suscitaban.

272. Asi pues, establece en su art. 1401, que *será necesaria licencia judicial para la venta de bienes de menores é incapacitados, que correspondan á las clases siguientes:*

1.º *Bienes raices*, los cuales enumera la ley en primer lugar, por ser por lo comun, los de mas valor é importancia.

2.º *Derechos de todas clases*, esto es, bien sean en la cosa ó reales, como los censos, servidumbres, etc., derechos que se han considerado como bienes inmuebles, por razon de su objeto por los intérpretes, bien sean los derechos personales, ó á la cosa, como el titulo que constituye una obligacion á pagar una cantidad ó á hacer una cosa, por los graves perjuicios que puede irrogar la enagenacion de unos y otros.

3.º *Alhajas de plata, oro y piedras preciosas*, en cuya determinacion creemos debe comprenderse aqui la consignada en el Diccionario de la lengua de la Academia Española, á saber: un adorno *precioso* ó de *mucho valor* ó *estimacion*, y no la espuesta en la Enciclopedia de derecho, esto es, cualquier mueble de uso doméstico ó personal, estimable por su materia ó por su forma aunque sea de escaso valor, pues estos objetos se hallan incluidos en el número 4 de este artículo de la ley de Enjuiciamiento.

4.º *Bienes inmuebles*, esto es, que no sean por su naturaleza raices, pues estos se hallan comprendidos en el número primero, de este artículo. Tampoco pueden enagenarse sin licencia judicial los bienes de menores ó incapacitados, que segun dice este número, consistan en *muebles ó semovientes de valor, que puedan conservarse sin menoscabo*. Esta determinacion es análoga á la que hacia el derecho romano de los bienes preciosos pertenecientes á menores, y cuya enagenacion estaba prohibida en general, pues requería que pudieran conservarse con solo guardarlos y no pereciesen con el tiempo, si bien estaban, por ejemplo, el oro, plata ó piedras preciosas; mas los intérpres, entre ellos Febrero, en el tomo 2, cap. 28, número 37, añadian, despues de definir los muebles preciosos como en derecho romano, que se estimaban tales, los que guardándose podian conservarse mas de tres años. La ley de Enjuiciamiento, sin embargo, no establece ninguna limitacion de tiempo, pues al parecer atiende principalmente á que por su valor pueda su venta hecha sin la informacion de utilidad ó necesidad y sin la intervencion del juez, irrogar perjuicios á los menores ó incapacitados. Véase lo que esponemos en el número 274.

273. *Para decretar el juez la venta de bienes de menores ó incapacita-*

*dos*, esto es, para obtener la licencia judicial para dicha venta se necesita:

1.º *Que la pida por escrito el tutor del menor ó esté asistido de su curador*, disposicion que es una consecuencia de lo establecido por el derecho sobre los contratos de los menores, á saber, que el que salió de la infancia necesite, para quedar obligado, que interponga el tutor su autoridad y si salió de la edad pupilar, pueda obligarse con el consentimiento ó asistencia del curador. Véase las leyes 4 y 5, tit. 11, Part. 5, y la 17, tit. 16, y 2, tit. 19, Part. 6. Si se trata de la venta de bienes de un incapacitado, la pedirá tambien el curador de este, por reputarse menor á causa de su estado.

2.º *Que se espresen el motivo de la enagenacion y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga*, para que el juez pueda apreciar si se procede á la venta por causa de necesidad, y si redunde en utilidad de los menores ó incapacitados; segun la aplicacion que se haga del precio. No especifica la nueva ley las causas ó motivos que considera como justos para enagenar, sin duda porque pueden ser numerosos. Sin embargo, las leyes de Partida enunciaban algunos que pueden servir de ejemplo y de guia para otros análogos. Asi, la 18, tit. 16, Part. 6, al prohibir al guardador dar, vender ni enagenar ninguna de las cosas del huérfano «que sea raiz, añade, «*fuera ende si lo ficiere por pagar las debdas que hubiere dejado el padre del huérfano, ó por casar algunas de las hermanas del mozo, ó por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha que lo oviere de hacer, non lo pudiendo escusar en ninguna manera:*» y la ley 60, tit. 18, Part. 6, dice, que las cosas de los huérfanos, que son raiz non se puedan enagenar ligeramente, fueras ende por debda ó por grand pro del huérfano, y en el formulario que contiene esta ley de dicha clase de ventas, pone como ejemplo de la causa porque se hacia, el gravar al huérfano alguna deuda, «e porque el menor non pudiere caer en daño e oviese á pechar pena que fuere puesta sobre ella ó plazo sabido, ó porque gela demandaban muy afincadamente,» y al fin añade, *ó si el huérfano ha alguna cosa de que se non aproveche mucho ó el guardador la vende por comprar otra de que se aproveche mas.* Véase pues, por las cláusulas de estas dos leyes, puestas en cursiva, que será justa causa para la venta de bienes de menores, todo aquello que les librase de un gravamen de importancia ó les reportase utilidad ó beneficio atendible. Debe tenerse presente, que el Tribunal Supremo de Justicia ha declarado por sentencia de 11 de marzo de 1861, que las palabras de la ley 18, tit. 16, Part. 6, que dice, «*ó por otra razon derecha que lo oviese de hacer,*» se esplican por la 60 tit. 18, Part. 5, que dice: «*fuera ende por debda ó por grand pro de los huérfanos.*» Además la ley 4, tit. 5, Part. 5 declara: que los guardadores no deben enagenar las cosas de los huérfanos «*fuera ende cuando les fuese tan grand menester que non podrian al hacer ó por grand pro de ellos.*» Y segun la ley 14, tit. 11, Part. 4, no puede la mujer menor de 25 años, dar dote de cosa raiz á su marido, aunque tuviese guardador, por sí misma sin licencia del juez.

3.º *Que se justifiquen la necesidad ó utilidad de la enagenacion*, esto es,



cualquiera de estos dos extremos, sin que sea necesario justificar ambos, lo cual es conforme á las disposiciones de Partida citadas.

4.º *Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado con anterioridad, ó si no tuviese interés en la enagenacion contrario al del menor, y en su defecto al promotor fiscal del juzgado:* artículo 1402. Esta audiencia se verifica despues de hecha la justificacion anterior, segun espresa el artículo siguiente. El dictámen del curador ó promotor podrá versar sobre la verdad ó inexactitud de la causa de necesidad ó utilidad que se alegare, y sobre la suficiencia ó insuficiencia de la prueba documental, testifical ú otra de las reconocidas por derecho con que se hiciere la justificacion. Se da aquí audiencia al promotor en defecto de tutor, á semejanza de lo dispuesto en los arts. 1240 y 1275 para casos análogos, en que se trata de evitar que se irroge perjuicio á los menores, y por razones que espusimos al explicar estos artículos. La audiencia del curador para pleitos ó del promotor fiscal, tiene por objeto impedir que los tutores ó curadores para bienes, verifiquen la enagenacion de los de menores con miras ó por interés particular suyo.

274. Hecha, pues, la solicitud para que se conceda la autorizacion judicial para la enagenacion, con la espresion de la causa que la motive y el objeto á que va á aplicarse la suma que se obtenga, acompañando los documentos que la justifiquen, ú ofreciendo informacion de testigos, el juez la admitirá y procederá á practicar esta; y *dada la justificacion y evacuada la audiencia del curador á promotor en su caso*, en virtud del traslado que de aquellas deberá dárselas, *el juez traerá los autos á la vista*, esto es, llamará el expediente para examinarle y determinar segun lo que de él resultare, lo que crea justo, *y otorgará ó negará la autorizacion para la venta*, segun sea ó no exacto y suficiente el motivo que se alega, pudiendo, si se pidió la venta de varios objetos ó de uno divisible, para atender á una necesidad menor de la que se alegaba, otorgar la autorizacion para la venta de los necesarios á prever á esta y negarla respecto de los demás.

La ley 18, tít. 16, Part. 6 prescribe, que el juez no debe consentir que la casa que fue del padre ó del abuelo del huérfano y en que nació éste, se enagene en ninguna manera, pudiéndolo escusar. La nueva ley de Enjuiciamiento no dice nada sobre esto; pero no obstante, deberá el juez para la venta de aquella finca, examinar con mas detenimiento y rigor la causa que se alega, y exigir justificacion mas amplia de ella, si es que no puede persuadir al solicitante que enagene otra cosa en su lugar.

275. *La providencia que sobre la autorizacion se dictare, es apelable en ambos efectos:* art. 1404, disposicion que es una consecuencia y rectificacion de las prescritas en general en los reglas 10, 11 y 13 del art. 1208 de la ley, para los actos de jurisdiccion voluntaria, sobre que de las providencias que dictare el juez de primera instancia, se admitan para ante la Audiencia del territorio las apelaciones que se interpongan, debiendo admitirse siempre libremente y en ambos efectos, al que hubiere promovido el expediente, que en este caso será el tutor ó curador de bienes del menor ó

incapacitado y en un solo efecto, las que interpusieren los que han venido al mismo expediente, ó llamados por el juez ó para oponerse á la solicitud, que aquí serán el curador de bienes ó el promotor. En el art. 1404 se establece, para el caso de que tratamos y respecto de estas dos clases de apelantes, que se admita la apelacion en ambos efectos, disposicion que en verdad tiene mayor aplicacion respecto del curador ó promotor que se oponen á la solicitud, puesto que se supone que han de apelar cuando se concediere la enagenacion, y entonces cabe el efecto suspensivo, para que no se realice aquella, que no respecto del tutor ó curador del menor que piden la enagenacion, puesto que se supone han de apelar cuando se les negare aquella, y entonces, no habiendo nada que ejecutar, no hay que suspender acto alguno. La Audiencia entenderá de esta clase de apelaciones por los límites establecidos para las de providencias interlocutorias, segun se prescribe en la regla 13 del art. 1208.

276. *La autorizacion se concederá en todo caso bajo la condicion de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo evalúo por peritos si se tratare de bienes inmuebles ó raices:* art. 1405; con el objeto de que habiendo licitacion, se saque todo el partido ó mayor precio posible en beneficio del menor ó incapacitado, puesto que nunca deberá verificarse la enagenacion por menos precio que el que se hubiese valuado. La cláusula final de este artículo, *si se tratare de bienes inmuebles*, á que deberá agregarse «ó raices,» se refiere especialmente á la circunstancia de haber de efectuarse la venta en pública subasta, mas bien que á la de valuarse previamente los bienes, puesto que no hay razon equitativa para que deje de verificarse el evalúo de alhajas y demás bienes muebles cuando se tratase de la venta de estos, á no que lo tuvieren ya establecido en el mercado ó papeles oficiales, doctrina que sienta uno de los redactores de la ley, el señor Laserna.

277. *El nombramiento de peritos para el evalúo se hará siempre por el juez:* art. 1406; y no como en las subastas voluntarias por el dueño de los bienes, porque aquí no es el menor ó incapacitado propiamente el que lo haria, si no su tutor ó curador, á quienes precisamente tiene por objeto la ley en este expediente poner cortapisas, para evitar los abusos que por parte de ellos podrian cometerse, si tenian algun interés en que se hiciera la venta de los bienes por menos precio de lo que valian. Puesto que aquí se confia en que el juez concederá ó negará la autorizacion con arreglo á equidad y derecho, debe tambien confiarse en que procederá en el nombramiento de peritos con toda justicia.

278. *En el remate no podrá hacerse baja ninguna del valor que los peritos hayan dado á lo que se trate de vender:* art. 1406; como puede verificarse en las subastas voluntarias, aun cuando la rebaja no esciediere de una tercera parte, y aun cuando consintieren en ello el tutor ó curador, como se verifica en las subastas voluntarias cuando se aviene á ello el dueño de los bienes; pues ya hemos dicho que aquí el menor ó incapacitado no tienen en rigor personalidad íntegra por su falta de edad, sin que en esta

parte pueda suplirla el tutor ó curador, porque pueden tener interés en que se verifique la venta de lo que es objeto de ella por menos de lo que vale.

279. Mas como pudiera acontecer que por juzgar subido el precio asignado los concurrentes al remate, ó por otra causa, no llegase ninguno á ofrecerlo, para evitar á los menores ó incapacitados los perjuicios que pudieran irrogárseles de no efectuarse la venta, establece el art. 1407, que *si no hubiere postor en la primera subasta, podrá verificarse nuevo evaluo* (esto es, si el juez creyere que el no haber habido postores en la primera subasta, fue por lo elevado del precio y que no se presentaran tampoco en el segundo, si no se rebaja; pues si aquel se dejó de efectuarse por otra causa y se espera que se presenten en el segundo postores, á pesar del primer evaluo, no está obligado el juez á verificar segundo) y *abrirse nuevo remate. Lo mismo se hará si en esta segunda subasta ó en cualesquiera otras que puedan hacerse no se presentaren licitadores*: art. 1407.

280. *Si se tratare de bienes que no sean inmuebles*, esto es, de alhajas ó bienes muebles ó semovientes, *deberá ejecutarse la venta de ellos con las solemnidades posibles y que sean de costumbre en la localidad en que haya de verificarse*: art. 1408; con el objeto de darle toda la publicidad posible y de procurar compradores. No requiere la ley que dicha venta se verifique en pública subasta, porque los gastos consiguientes á las diligencias necesarias para esta pudieran ser excesivos ó gravosos comparativamente con el valor que suelen tener aquellos bienes. Aunque nada dice aquí la ley sobre el evaluo de ellos, es opinion general entre los intérpretes que deberá verificarse, especialmente, si son de valor, segun dijimos al explicar el artículo 1405.

281. *Hecha la venta, cuidará el juez bajo su responsabilidad de que se dé al precio que se haya obtenido la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion para ella*: art. 1409, puesto que esta aplicacion del precio es una consecuencia de tenerse que pedir la venta para un objeto determinado, á saber: para cubrir una necesidad, ó reportar un beneficio. Y por eso dice la ley 60, tít. 18. Part. 3, que cuando se vendan los referidos bienes para pagar deudas, se espese en la escritura de venta que se verificó dicho pago, y si se vendió una cosa del menor que le procure poca utilidad para comprar otra que le sea mas útil, se espese en las dos escrituras de compra y venta esta circunstancia, bajo nulidad.

282. La disposicion del art. 1209 es correlativa á la 2 del tít. 1272, sobre que el juez al examinar el registro en que se ponga testimonio de todos los discernimientos que se hicieren del cargo de tutor ó curador para los bienes, procuren que si hubiere alguna suma depositada para darle destino determinado, que tenga este cumplido efecto. La responsabilidad que aqui se impone al juez, será la relativa á los daños y perjuicios que se irrogaren al huérfano ó incapacitado, por no haberse aplicado el precio al objeto que se espesó.

285. *El precio se entregará, mientras se le dá la aplicacion correspon-*

*diente al tutor ó curador, si estuvieren relevados de fianza ó si las que tienen prestadas, son suficientes para responder de él*: § 1.º del art. 1410, porque en tales casos no hay motivo para sospechar que puedan distraer dicho precio en perjuicio del menor ó incapacitado. Bastará para la entrega del precio al tutor ó curador relevados de fianza, que esta relevacion se haya efectuado por el padre que los nombró en el testamento tutores ó curadores, segun lo prescrito en los art. 1219 y 1251; mas si se hizo por la madre, ó por un extraño que instituyó heredero al menor ó le dejó manda de importancia, conforme á los arts. 1221, 1253 y 1254, no bastará dicha relevacion de fianzas para entregarles aquel precio, si el juez por juzgar que las personas nombradas no ofrecen las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregárseles, les hubiere exigido que afianzasen, segun le facultan los arts. 1223 y 1253. Téngase tambien presente lo dispuesto en la regla 5.ª del art. 1272 y lo declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de marzo de 1858, sobre la obligacion de los guardadores á hacer reeditar los bienes de las personas á quienes tienen en guarda.

284. *En otro caso*, esto es, si no hubieren sido relevados de fianzas, los tutores ó curadores, ó si no las prestaron suficientes, *se depositará el precio mencionado en el establecimiento público en que deben constituirse los depósitos judiciales*: § 2.º del art. 1410, á no ser que prestaran fianza, suficiente para responder de dicho precio.

285. Verificándose la venta de bienes de menores, sin los requisitos y solemnidades espuestas, son nulas y de ningun valor ni efecto; mas sin embargo, se ha declarado por el Tribunal Supremo de Justicia, que son válidas las ventas de bienes raices hechas por menores de edad, cuando fingen ser mayores de 25 años, y por las circunstancias de estar próximos á esta edad, ser casados y tener la administracion de sus bienes ú otras especiales que en los mismos concurren, pueden creer los que intervienen en el contrato que son mayores de edad: Sentencia de 1.º de mayo de 1860.

286. Finalmente, debemos advertir, que el tutor ni curador no pueden comprar pública ni secretamente las cosas de los que tienen bajo su guarda, bajo nulidad, segun dispone la ley 1.ª, tít. 12, libro 10 de la Nov. Recop.; y asimismo, que por el Código penal reformado se prohíbe á los tutores ó curadores interesarse directa ó indirectamente en cualquiera clase de contrato ú operacion en que deban intervenir por razon de su cargo y respecto de los bienes pertenecientes á sus pupilos, bajo pena de inhabilitacion temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubieren tomando en el negocio.

*De la autorizacion para tramigir sobre derechos de los menores ó incapacitados.*

286. Siendo la transaccion un convenio sobre cosa dudosa y litigiosa, el cual no pueden hacer los que no pueden verificar contratos, como los menores ó incapacitados sin autoridad de sus tutores ó curadores, y siendo el

permitir á estos tutores ó curadores verificar por sí las transacciones sobre dichas cosas litigiosas pertenecientes á los menores ó incapacitados mucho mas espuesto á abusos y fraudes que la enagenacion de los bienes raices ó preciosos de aquellos, por la mayor dificultad que habria en descubrir el abuso en un convenio sobre objeto cuyo derecho á él no se hallaba bien determinado, nuestros jurisconsultos y nuestros prácticos fundados en el espíritu de las disposiciones que requieren ciertas solemnidades para la venta de bienes de menores ó incapacitados, autorizacion judicial y justificacion de existir para ella necesidad ó utilidad reconocida, han exigido para la transaccion sobre derecho de los mismos, formalidades iguales ó análogas con las modificaciones, propias de la naturaleza de los derechos.

La nueva Ley de Enjuiciamiento ha adoptado estas interpretaciones y prácticas, fijándolas y regularizándolas mayormente, y aun prescribiendo nuevas disposiciones análogas á aquel objeto.

287. Así, pues, previene en su art. 1411, que *para conceder el juez autorizacion á fin de transigir sobre derechos de menores ó incapacitados, se necesitan los mismos requisitos establecidos en el art. 1402.* En su consecuencia, deberá pedirla por escrito el tutor del menor ó éste asistido por el curador, espresando en qué consiste el derecho cuya transaccion desea verificarse, el motivo que le induce á transigir y las causas que justifiquen la necesidad ó utilidad de la transaccion. Para la mayor determinacion de estos particulares, convendrá tambien que se espresen las bases de la transaccion que se trata de llevar á efecto. El juez deberá oír tambien al curador para pleitos del menor, ó en su defecto al promotor fiscal, segun opina en su Tratado de procedimiento el señor Gomez de Laserna.

288. *Para la justificacion de la necesidad ó utilidad de la transaccion, deberá oírse á lo menos la opinion de tres letrados en ejercicio de su profesion, á los cuales se pasarán previamente todos los antecedentes necesarios para que puedan formar su juicio y emitir su dictámen en el debido conocimiento:* art. 1412.

Esta disposicion es conforme á las que requieren en todo dictámen pericial, el de aquellas personas que tienen los conocimientos necesarios ó ejercen la profesion ó arte á que se refiere el punto sobre que se les pide su parecer; pues tratándose aquí de la apreciacion de derechos de su importancia, de la mayor ó menor facilidad ó dificultad de justificarlos, y en su consecuencia, del mayor ó menor partido que se puede reportar de ellos transigiendo ó siguiendo adelante el testigo, los mejores peritos para dar el dictámen á que se refiere, son indudablemente los letrados.

289. *Estimando el juez bastantemente acreditadas la necesidad ó utilidad de la transaccion, otorgará la autorizacion para hacerla, facilitando al tutor ó curador, testimonio de su providencia, para acreditarla debidamente. Si no estimare suficiente la justificacion hecha, podrá denegarla. La providencia que dictare es en todo caso apelable libremente y en ambos efectos:* art. 1413. Esta disposicion es análoga á las de los arts. 1405 y 1404, y se funda en las mismas razones que espusimos al espciarlos.

290. Téngase presente que el documento en que consta la transaccion debe inscribirse en el registro de la propiedad, segun el art. 2 de la ley hipotecaria de 30 de julio de 1860, y que segun el art. 144, la transaccion que modifique ó destruya la eficacia de la obligacion hipotecaria anterior, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripcion nueva, de una cancelacion total ó parcial, ó de una nota marginal segun los casos.

291. Acerca del *reconocimiento á admision de la autoridad de los actos de jurisdiccion voluntaria por nuestros tribunales, efectuados por jueces extranjeros*, véase lo espuesto en los números 1885 al 1885 del lib. 3 de esta obra.

#### Disposiciones finales de la ley de Enjuiciamiento derogatorias de las anteriores.

292. Habiéndose propuesto el gobierno por principal objeto, al disponer que se redactara la nueva ley de Enjuiciamiento civil, y al proceder á su publicacion, ordenar y completar las leyes y reglas del Enjuiciamiento civil, restableciendo en toda su fuerza y vigor las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes, introduciendo las reformas que la ciencia y la esperiencia aconsejaban, y desterrando todos los abusos introducidos en la práctica, segun se espresaba en la base primera de la ley de 14 de mayo de 1853, era una consecuencia natural, fundada en equidad y justicia prescrita por la conveniencia pública: 1.º, la derogacion de todas las disposiciones legislativas anteriores sobre procedimientos judiciales en materia civil, si habian de evitarse las numerosas cuestiones, dudas y dificultades que se hubieran suscitado de quedar vigentes estas disposiciones; y 2.º, la estension de la observancia de la nueva ley á los juzgados y tribunales de fueros especiales que no tenian ley especial para esta clase de procedimientos, y que por lo tanto se regian en general por los anteriores del fuero ordinario, puesto que derogadas estas, era natural y consiguiente que se rigiesen por la nueva ley que venia á suplirlas.

293. Fundada sin duda en estas consideraciones, ha dispuesto la ley de Enjuiciamiento, respecto del primer particular, en su art. 1413, que *queden derogadas todas las Leyes, Reales Decretos, Reglamentos, Ordenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil.*

En su consecuencia, han quedado derogadas las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, Partidas, Novisima Recopilacion, el Reglamento Provisional para administracion de justicia y cualesquier otras Leyes, Reales Decretos,

Ordenes, Fueros y demás, sobre procedimientos judiciales en materia civil.

Acerca de los *Fueros* que deben entenderse derogados por el art. 1415, no hay duda que lo están los *Fueros municipales* de pueblos ó localidades respecto de las cuales se probase hallarse usados y guardados, con arreglo á la ley 5, tit. 2, lib. 5 de la Nov. Recop. Mas en cuanto á los *Fueros generales*, de las provincias y reinos de Aragon, Navarra y Principado de Cataluña (1) pudiera haberse suscitado legitimamente la duda de si podian y debian entenderse derogados por una cláusula general, como la del articulo 1415, puesto que aunque se halla inserta en una ley que comprende un sistema completo de Enjuiciamiento, solamente hace mencion de los *Fueros*, sin especificar ninguno de aquellos que por su importancia y estension y por referirse á un sistema especial de instituciones civiles á que se hallaban adaptados los procedimientos establecidos en ellos, parecia ser necesario para que se considerasen derogados que lo fueran por una ley que tuviera este objeto, ó por lo menos, por una cláusula especial en que se especificaran dichos fueros debidamente, si se ha de atender á los rectos principios y aun á las prescripciones de derecho acerca de la abolicion ó derogacion de las disposiciones legislativas. Sin embargo, hánse entendido en la práctica derogados todos estos Fueros generales, en cuanto á las disposiciones que contienen relativas al Enjuiciamiento civil.

294. Mas la nueva ley, no solo ha derogado las disposiciones referentes á los juicios civiles, sino tambien otras, que aun cuando se aplican en estos, emanan de instituciones civiles y se fundan en ellas, y aun cuando se hallen consignadas en Fueros provinciales. Tal es, por ejemplo, el término que tienen los parientes para retraer la finca patrimonial que se vende á un extraño. Este término, segun el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento, es de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, mas segun los Fueros de Aragon y Navarra consiste en un año y un dia. Acerca de esta disposicion oral relativamente al reino de Aragon, hé aqui cómo se explicaba un ilustrado escritor en los *Anales jurídicos* publicados por la Academia juridico-práctica aragonesa, núm. 20. «La ley de procedimientos, en su art. 1415, deroga todas las leyes, reales decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se *hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento*

(1) No hemos mencionado los fueros de Valencia por hallarse derogados por la ley 1, tit. 3, lib. 3, de la Nov. Recop., ó sea, por decreto de don Felipe V de 29 de junio de 1707, habiendo quedado sujeto este reino á lo dispuesto en las leyes de Castilla, derogacion que recordó el Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 16 de marzo de 1861. Los fueros de Aragon fueron abolidos por el mismo real decreto, mas este se moderó por real cédula del mismo don Felipe V, de 3 de abril de 1714, en que dispuso, que en los negocios y pleitos civiles entre particulares, deben observarse los Fueros de Aragon, pero que en los pleitos y negocios en que el rey interviniere como parte, así como en las causas criminales ha de estarse á las leyes de Castilla. Véase la ley, 2 tit. 7, lib. 5, de la Nov. Recop. y la *Ilustracion á los cuatro procesos forales de Aragon*, del señor La Ripa, prólogo.

*civil*; y estas palabras dan claramente á entender que la derogacion es solo relativa á las leyes y fueros ordinarios de pleitos, cuyo objeto es la tramitacion de los mismos. Ahora bien, los fueros 4 y 5 de *Communi dividundo* no sancionan una manera de proceder, una regla de tramitacion en pleito alguno, sino que conceden un derecho civil, puramente civil, en favor de los que puedan hacer uso del beneficio de la saca. Por consiguiente, no pueden estenderse sujetos á la derogacion del art. 1415; porque no hay identidad de fines en ambas disposiciones. Esta sencilla observacion resuelve, en nuestro entender de una manera satisfactoria, la cuestion propuesta; y si contra la misma, esto es, contra nuestra opinion, parece militar la letra de la ley su espíritu la confirma y robustece eficazmente.

»A interpretarse en otro sentido los fueros que hemos citado, á creerlos ordinativos de tramitacion, único caso en que pueden tenerse por derogados, hubiéranse creído ya abolidos de muy antiguo; pues por decreto de 29 de junio de 1707, el señor don Felipe V abolió y derogó todos los fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta entonces observada en los reinos de Aragon y Valencia, mandando que estos se redujeran á las leyes de Castilla y al uso, práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus tribunales. (Ley 1, tit. 5, lib. 3, Nov. Recop.) Sin embargo, los fueros 4 y 5 de *Communi dividundo* han subsistido en observancia, conforme al decreto de 5 de abril de 1714 del mismo don Felipe V, ó sea la ley 2, tit. 7, lib. 5 de la Novísima. De donde se sigue, que nuestra opinion se funda en la práctica universalmente observada, y en la interpretacion generalmente dada á las disposiciones que nos ocupan.

»Asi, pues, la ley de Enjuiciamiento civil, al enumerar entre las circunstancias de una demanda de retracto la de ser presentada dentro de nueve dias siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta, ha tenido presente lo sancionado en el derecho civil de Castilla; pero en nuestro entender, no ha querido derogar las prescripciones forales, que tienen otro objeto, que pertenecen á otro orden de cosas.

»Creemos en su virtud, que el juez que administre justicia en territorio en que se hallen vigentes nuestros fueros, podrá admitir una demanda de retracto incoada, despues de los nueve dias marcados en la ley de Enjuiciamiento civil, con tal que se ponga dentro del término ó términos respectivos, segun los casos, que se prescriben en nuestra legislacion foral. Por las mismas razones opinamos que el art. 675 no puede hacerse lugar entre nosotros, pues no es mas que una secuela del anterior.»

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia declaró derogadas estas disposiciones forales sobre término para retraer, por la nueva ley, así como todas las de procedimiento civil consignadas en los Fueros provinciales por sentencia de 20 de octubre de 1858, dictada admitiendo un recurso de casacion, providencia por la que se admitió una demanda de retracto interpuesta segun los fueros de Navarra, pasado el término de los nueve dias que marca la ley de Enjuiciamiento. El demandante se fundaba, en que la ley 1, tit. 5, libro 5 de la Nov. Recop. de Navarra, concede un año y un dia para ejerci-

tar el derecho de retracto gentilicio: en que esta ley, como de fondo ó declaratoria de derechos, solo podia ser derogada por otra de igual clase, cuando se realizara el arreglo ó modificacion de los fueros de la provincia, segun lo previsto y ordenado por el art. 2 de la ley de 16 de agosto de 1841, y en que no teniendo tal carácter la ley de Enjuiciamiento civil, no podia aplicarse á aquel caso su art. 674. El Tribunal Supremo, no obstante, se fundó en los siguientes considerandos. «Que segun el art. 1414 de la ley de Enjuiciamiento, conforme con la base 8 de la de 15 de mayo de 1835, por virtud de la cual se publicó aquella, todos los tribunales del reino deben arreglar su procedimiento á las disposiciones de la misma, sin que esté á su arbitrio exceptuar provincia alguna, pues que la ley no la exceptúa: Que todas las disposiciones contenidas en la referida ley las miró el legislador como formularias del juicio, por el hecho mismo de haberlas incluido en ella, sin reservarlas para el Código civil ú otras declarativas de derechos, por lo cual, tampoco pueden los tribunales atribuirles este carácter, cualquiera que sea su propia opinion: Que segun la ley de 16 de agosto de 1841, en Navarra, como en las demás provincias exentas, la administracion de justicia debe sujetarse en cuanto al procedimiento á lo establecido ó que en adelante se establezca para la nacion; Que al estimarse por la Audiencia una demanda de retracto, á la cual ni aun debió darse curso por haberse presentado fuera de los nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, se infringió el art. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Esta sentencia fue vivamente criticada por un señor diputado, el señor Ortiz de Zárate, en la sesion del Congreso de 4 de marzo de 1839, al paso que se abogaba por la conservacion de aquellas disposiciones forales. «El punto de los retractos es gravísimo, decia este señor, y sobre él llamo particularmente la atencion del Gobierno de S. M. Los retractos son una materia que se trata en las leyes civiles. Además, estos no son iguales en todas las provincias de España. Citaré entre otras la de Navarra en que el derecho de retracto se puede ejercitar dentro de un año y un dia. En Aragon sucede lo mismo. Además, el término dentro del cual puede interponerse el retracto, no es término de sustanciacion, de tramitacion; es de prescripcion de acciones, y asi como no dice la ley de Enjuiciamiento que despues de veinte años no puede interponerse ninguna demanda ordinaria, tampoco debe decir el término dentro del cual debe interponerse el retracto. Pero, como ya he dicho, de ninguna manera han podido los autores de la nueva ley de Enjuiciamiento modificar en este punto la ley civil de Aragon y Navarra, porque solamente se les dió el encargo de que recopilaran en un libro todas las leyes de sustanciacion, y no se les dió facultad para dar ó consignar derechos.»

«Esto es tan grave, señores, que en Navarra ha sucedido uno de estos casos y se ha dado lugar á un pleito que ha venido en recurso de casacion al Tribunal Supremo de Justicia. Este conoció, como no podia menos de conocer, que la ley de Enjuiciamiento no podia modificar la ley puramente civil, y en tal conflicto, no sabiendo como fundar su sentencia, acudió al

medio de poner un considerando en la forma que voy á leer. Dijeron los señores del Tribunal Supremo: «Considerando que todas las disposiciones contenidas en la referida ley de Enjuiciamiento las miró el legislador como formularias del juicio por el hecho mismo de haberlas incluido en ella sin reservarlas para el Código civil, ú otras declarativas de derechos, por lo cual tampoco pueden los tribunales atribuirles este carácter, cualquiera que sea su propia opinion.» Es decir, que el Tribunal Supremo en este considerando reconoce que este precepto no es de sustanciacion. Sin embargo, dice: basta que esté en una ley de sustanciacion, para que esto, que no es sustanciacion, lo sea. Yo respeto mucho los fallos de los tribunales, pero deseo para bien de la justicia, que no se les ponga en el caso de juzgar de esa manera. Me parece que el Tribunal Supremo pudo muy bien haber opinado de ese modo; respeto su fallo, pero deseo que no vuelva á darlos jamás en tales términos.»

El señor ministro de Gracia y Justicia (Fernandez Negrete) dió á las anteriores consideraciones, la siguiente contestacion, que no creemos satisficiese suficientemente á ellas, antes mas bien parece confirmarlas.

«Yo examinaré ahora brevisamente, dijo, tan brevemente como sea posible, si una ley meramente de procedimientos, puede ó no afectar el derecho civil en su parte dispositiva, ó lo que es lo mismo, si puede modificar los derechos y los deberes que nacen del Código, ó de las leyes civiles, y yo, señores, sin necesidad de gran meditacion, yo no vacilo en decir, que toda ley de Enjuiciamiento, siendo una ley meramente adjetiva, no tiene mas mision que la de regularizar las acciones que aseguran el ejercicio de los derechos y cumplimiento de deberes que se desprenden de las leyes sustantivas; porque una ley de procedimientos es una ley esterna, por decirlo asi, de simetria que no puede tener mas objeto que arreglar las formas de los juicios, y como todo juicio, como todo litigio, es segun la frase de un célebre escritor, un duelo entre dos ó mas contendientes, las leyes de Enjuiciamiento están encargadas de arreglar las condiciones á que deben atenderse en la lucha contenciosa los que ventilan sus derechos ante los tribunales de justicia.»

«Los derechos, pues, positivos, los derechos que son sustantivos porque son derechos, quedan completamente fuera de la accion de las leyes formularias, de las leyes judiciales, como dicen los franceses; pero estas formas exteriores, sin embargo, revisten los derechos, los dirigen, los encauzan, por decirlo asi, por un álveo que los conduce paralelamente, con condiciones iguales, hasta recibir en los tribunales una sancion augusta y soberana.»

«Pero como las formas del juicio, como las condiciones de esta lucha contenciosa fueron tan distintas en las provincias de España, tan variadas ó tan encontradas entre sí, y no solo en las diferentes provincias, sino en las varias localidades de una sola provincia, la opinion pública reclamaba hacia mucho tiempo y cada dia con mas urgencia, que se metodizase, que se armonizase, que se organizase, y sobre todo que se uniformase la práctica de

los tribunales. La ley de Enjuiciamiento vino pues á satisfacer este clamor universal, ordenando y compilando en un reducido tomo aquel fárrago monstruoso de nuestras antiguas prácticas forenses, aquel *camellorum onus* que decían los romanos, de tan inmenso, tan vario y tan costoso procedimiento.

Mas franco, mas espícito y mas conforme á los rectos principios sobre la derogacion de las disposiciones legales, se mostró uno de los dignos individuos de la comision encargada de formar la ley de Enjuiciamiento, el señor Gomez de Laserna, quien en sus *Motivos* de la misma, al hacerse cargo de otras varias derogaciones de leyes pertenecientes al Derecho ó Instituciones civiles, verificada en el titulo 5 de la parte 2 de la nueva ley, se espresa en estos términos: «Mas que en las fórmulas que habian precedido para el nombramiento de tutores y curadores, y para el discernimiento de estos cargos, hizo la Comision innovaciones importantes en las leyes sustantivas que á ellos se referian. No puede negarse, que así en cierto punto, estralimitaba la linea fijada para sus tareas, pero creyó que dejaria incompleta la obra, sino descendia á algunos puntos que en rigor corresponden al derecho civil. Así, por ejemplo, introdujo la innovacion de relevar de fianzas al tutor nombrado por el padre, por la madre, ó por cualquiera otra persona que hubiere instituido heredero al menor, ó le hubiere dejado una manda de importancia, si bien cuando no fuere el padre quien hiciere el nombramiento, pudiera el juez exigir fianzas al nombrado, en caso de no ofrecer las garantías suficientes para que se estimara asegurado el cuadal que hubiere de recibir.» Todas estas disposiciones derogan varias de nuestras anteriores leyes civiles, por hallarse en oposicion á ellas, puesto que las Partidas establecieron por regla general, la de que todos los tutores dieran fianzas, y solo la practica relevaba de ellas en algunas partes á los tutores testamentarios cuando así lo ordenaba el padre espresamente en su testamento; puesto que las mismas leyes de Partida solo permitian á los estraños dar tutor á los huérfanos, cuando los instituian herederos, mas no cuando les dejaban mandas. Pudiéramos citar otras muchas disposiciones de derecho civil que se hallan derogadas por la nueva ley, mas las omitimos, por no dilatarlos demasiado y porque hallándose consignadas las derogatorias en artículos espresos de la ley, las hemos espuesto en los lugares respectivos de esta obra.

295. Sin embargo, hase suscitado una duda sobre este punto de bastante importancia, que no creemos deber omitir; la de si deben entenderse derogadas por el art. 1415 de la ley de Enjuiciamiento civil y por los 1580 y 1589 que determinan el modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra, las disposiciones de los fueros de Aragon, Cataluña y Navarra sobre la manera de elevarse á escritura pública ó de darse autoridad legal al testamento otorgado segun permiten estos fueros ante el párroco y dos testigos, y aun si deberá considerarse derogada tambien esta forma de testar por la ley de 28 de mayo de 1862 sobre el Notariado, en cuyo artículo 1.º se establece, que el notario es el funcionario autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demas actos estrajudiciales.

Y en efecto, en el antiguo reino de Aragon, segun los fueros 1.º de Tutor, y 1.º, 2.º y 3.º de Testam. se faculta á los párrocos para autorizar los testamentos nuncupativos ante dos testigos, cuando no hubiere escribano en sus feligresias, ó no diese lugar á llamarle la gravedad del enfermo que quiere testar. Para que tenga los efectos de tal y adquiera fuerza probatoria este testamento, es necesario que se eleve á instrumento público por medio de la *adveracion*. Esta solemnidad se lleva á efecto del modo siguiente. El párroco y testigos que intervinieron en el testamento, lo presentan delante de las puertas de la iglesia parroquial ante el juez ordinario de la poblacion acompañado de un notario y dos testigos. El juez, entonces, abierto el libro de los Evangelios, manda que se lea á presencia de todos la disposicion testamentaria, y despues de jurar el párroco y testigos instrumentales que es la misma que hizo el testador y que este les rogó que dieran testimonio de ello, el notario estiene un acta de esta diligencia, insertando en ella íntegro el testamento y firmando todos ellos. V. La Ripa, 1.º Ilustr., part. 3.º, § 50; Palacios en las notas al Asso y de Manuel Instit. lib. 2.º, tit. 3.º y Lisa, Tiroc. lib. 2, tit. 2.

En Navarra, no hacen sus fueros exclusiva la facultad mencionada á solo el párroco, sino que la estienden á cualquiera otro clérigo, como aparece de la ley 10, tit. 13, lib. 3 de la Nov. Recop. de las leyes de Navarra, estableciendo que deban dichos testamentos abonarse conforme á lo procepuado en las leyes 7 y 8 del mismo titulo y libro.

En el Principado de Cataluña, segun real provision de 29 de noviembre de 1756 se hallan facultados tambien para autorizar las disposiciones *mortis causa*, los párrocos, en concepto de notarios, revestidos de la fe pública y conservando en su poder las matrices, de las cuales sacaban copias por mano de escribano sin que precediese diligencia ni declaracion alguna judicial.

Habiendo ocurrido un caso de estos en Cataluña, se consultó por la Audiencia de Barcelona al Gobierno, por conducto del Tribunal Supremo de Justicia, sobre las dudas que hemos indicado. El fiscal del Tribunal Supremo opinó, en el dictámen que emitió sobre ellas, en cuanto á la cuestion sobre el valor sustancial del testamento; que se hallaba salvado por la ley del notariado el derecho constituido, preexistente sobre las solemnidades esternas del testamento y formando parte de ese derecho el que en el territorio catalan habilita las últimas disposiciones otorgadas ante el párroco á falta de escribano real. Y respecto de la segunda cuestion ó sobre la forma ó valor de la escritura, dijo lo siguiente; «¿Mas deberá decirse lo mismo de la escritura, de las formas y accidentes de la recepcion? ¿Podrán seguir los párrocos estendiendo las últimas voluntades en papel sellado ó comun indiferentemente? ¿Quedaré el original en su poder? ¿Gozará de plena eficacia jurídica, salva la redargücion de falso, sin que compruebe su solemnidad y la solemnice supletoriamente la autoridad pública? Los estremos indicados no pertenecen al derecho civil sino al de procedimientos, y tales prácticas repugnan abiertamente en este particular, al espíritu de la ley de 28 de

mayo de 1862 y á la de Enjuiciamiento civil vigente. V. el *Faro Nacional*, número 464, día 20 de enero de 1863, donde se insertó íntegro este dictámen.

La direccion general del Registro de propiedad en el dictámen que emitió en vista del anterior, dijo entre otras cosas lo siguiente:

«El objeto de la ley del notariado, ha sido solo organizar la institucion notarial y marcar las formas estrinsecas de las escrituras; no ha sido su mente derogar disposicion alguna del derecho civil, de carácter sustantivo. Esto es propio de un código civil, mas no de una ley que se propone reglar la profesion notarial.

»De aquí que haya consignado en el art. 29 lo que deja prescrito en los artículos que preceden, relativamente á la forma de los instrumentos, al número y cualidades de los testigos y á la capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador, no es aplicable á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* en las cuales regirá la ley ó leyes especiales del caso.

»No ha variado, pues, en manera alguna la ley del Notariado las disposiciones anteriores generales ni locales relativas á últimas voluntades; son prescripciones vigentes á pesar de la mencionada ley. Continuarán otorgándose los testamentos á presencia del párroco y testigos en Cataluña, Aragón y Navarra, y los habitantes de estos antiguos reinos podrán de este modo ordenar con facilidad lo que quieren que se haga de sus bienes despues de su muerte.

»Sentado y probado que son eficaces los testamentos que se otorguen con arreglo á fuero, solo resta tratar de la variacion que implica la citada ley. La única que envuelve en concepto del negociado, es con respecto al carácter de los testamentos que se otorguen ante el párroco y testigos en Cataluña; estos á diferencia de los de Aragón y Navarra eran verdaderos instrumentos públicos, por estar autorizados por funcionario que segun las leyes de aquel pais, estaba revestido de fe pública para la autorizacion de toda clase de actos y contratos, hasta que se publicó la real provision de 19 de noviembre de 1756, que la limitó desde este época á solo los testamentos á falta del escribano; pero conservando tal carácter para este efecto, como lo demuestra la saca de las copias del libro en que se redactaron, que se considera matriz, sin necesidad de que preceda declaracion alguna y produciendo por sí todos los efectos de testamento, salva la redargüicion de falsedad.

»Publicada la ley del Notariado, ya no pueden continuar con semejante atribucion, porque al decir esta en su artículo 1.º, que el notario es el funcionario autorizado para dar fe, conforme á las leyes, de los contratos y demás actos estrajudiciales, al disponer en el mismo que en todo el reino habrá una sola clase de estos funcionarios; al derogar en el art. 48, todas las leyes y disposiciones generales ó locales contrarias á su tenor, les ha privado del carácter que antes gozaban; pues de lo contrario, ni los notarios serian los únicos que tendrian la fe pública estrajudicial, ni habria una sola clase de notarios en todo el reino.

»Derogado el privilegio por el art. 48 de la citada ley por ser contrario á las disposiciones de la misma, los testamentos en que intervenga el párroco y dos testigos con arreglo á fuero, deberán considerarse en adelante como los otorgados en los pueblos regidos por la legislacion de Castilla con las solemnidades de derecho, pero sin intervencion de escribano, elevándose á escritura pública en la forma que determinan las leyes. V. el *Faro Nacional*, número 465.

Finalmente, en otro caso ocurrido en Aragón, en 1837, consultada sobre él la Audiencia de Zaragoza, dictó la siguiente providencia: «Contéstese al juez de primera instancia de.... que las *adveraciones* de testamentos deben hacerse, como actos de jurisdiccion voluntaria, y en el modo y forma ordenado en la ley de Enjuiciamiento civil, y que una vez practicadas en el juzgado las diligencias necesarias para acreditar la verdad del testamento de palabra, debe remitirlas á un escribano para que conforme á lo dispuesto en los arts. 1588 y 1589 lo eleve á escritura pública, y el escribano remitirá un testimonio al juzgado del dia en que hubiese tenido lugar tal acto y del número y folios que ocupe en su protocolo.

296. Mas las leyes, reales decretos, reales órdenes, reglamentos y fueros anteriores á la nueva ley y á que se refiere su art. 1415 derogatorio, deberán entenderse derogados hasta el punto de que no pueda atenderse á sus disposiciones para suplir las omisiones que se advierten en la ley nueva, no solo relativamente á trámites y procedimientos necesarios, segun el espíritu de sus prescripciones, sino tambien referentes á reglas y actuaciones y recursos prescriptos de un modo espreso y terminante en sus artículos, pero sin que se halle ninguno de estos en que se ordene el modo de llevarlas á efecto? ¿A qué habrá de atenderse en tales casos? Véase la introduccion de esta obra, número 270, en donde se espresan varios procedimientos omitidos en la nueva ley, y el 272 en que se espone y rebate una opinion sobre el modo de procederse en estos casos.

Uno de los ilustrados redactores de la ley, el señor Laserna, dice en sus Motivos de la misma, sobre este particular lo siguiente: «Es verdad que casos hay prescritos por nuestro antiguo derecho, que no han tenido cabida en la ley de Enjuiciamiento civil; pero no es menos cierto que la Comision creyó que no debía descender á muchos de ellos, ya porque queria evitar que la ley degenerase en casuista, ya porque no aceptaba las antiguas decisiones, ya porque no cabian dentro de su sistema. Pero partiendo del supuesto, de que en efecto haya en las antiguas leyes disposiciones generales no contrarias á la reforma, y que hubiera sido útil incluir en la nueva ley, porque sería una temeridad el negarlo, no hay que recelar que de ello se origine el mas leve perjuicio. La jurisprudencia, complemento necesario del derecho escrito, su mejor intérprete, y encargado de suplirlo, dará la vida de la costumbre á lo que en virtud del último artículo de la ley, ha dejado de ser la voluntad espresa del legislador.» Pero estas consideraciones, no resuelven la dificultad propuesta, sino para cuando se halle formada jurisprudencia sobre los casos omitidos en la ley, y que supla estas omisiones.

y entonces, no existirá ya aquella dificultad, puesto que una de las fuentes del derecho la constituye la jurisprudencia, á la cual hay que atenerse á falta de disposicion legislativa, segun se recordó por el real decreto de 22 de setiembre de 1848 diciendo, que á falta de ley debía estarse á la jurisprudencia general y aun á la costumbre, conforme á lo prevenido en la ley 6, tit. 6, Part. 1. La dificultad propuesta se refiere á los casos ú omisiones sobre que no haya formada aun jurisprudencia. Y por eso decia un sabio magistrado y consejero de la corona, el señor don Nicolás Maria Garely en su discurso de apertura del Tribunal Supremo de Justicia, de 2 de enero de 1847. «Sin duda el magistrado es *siervo* de la ley, pues solo le incumbe aplicarla. Pero esto no desvirtúa la indole del poder judicial, ni cercena su gran latitud. Nadie ignora que la ley no puede comprender en detalle todos los casos posibles. Nadie desconoce las agudezas del interés para convertir en provecho suyo el espíritu ó la certeza de la ley. Pues bien, el magistrado es el que ha de poner término á semejantes conflictos, y por eso se le llama *intérprete de la ley*. Y lo es en realidad, sin que pueda despojarse de esta prerogativa que constituye la ciencia legal. De su buen ó mal uso depende el mérito ó demérito del magistrado... Incumbe al magistrado, como natural intérprete de la ley, ya *suplir* lo que esta omitió, ya modificar su testual severidad, con presencia de la variedad de circunstancias, de tiempos, lugares y personas, que no pudo ó no alcanzó á prever el legislador. La justicia es compañera inseparable de la equidad, y el magistrado que hiciese alarde de un *puritanismo legal*, en vez de entendido y recto, mereceria mas bien los dictados de injusto ó insensato. Pero el ejercicio de esta gran potestad discrecional, es sumamente aventurado, porque su menor ensanche conduce á la caprichosa arbitrariedad, y fuera por demás dictar leyes, si hubiera de desaparecer su fijeza al tiempo de aplicarlas, segun la justa observacion de Quintillano.—Para evitar este escollo tan peligroso, preciso es atenerse á la regla, cuando se trata de *suplir*, que el camino mas seguro son las *analogías, máxima consignada en nuestros códigos.*»

Además, segun la nota segunda de la ley 11, tit. 12, lib. 3 de la Novísima Recopilacion, cuya disposicion tiene fuerza y vigor en el dia, por haberse reiterado como regla general por el real decreto de 22 de setiembre de 1848, dando aclaraciones sobre el derecho penal, se dice: «Con ignorancia y malicia de lo dispuesto en las leyes; sucede regularmente, que cuando hay ley clara y terminante, sino está nuevamente recopilada, se persuaden muchos sin fundamento, á que no está en observancia ni debe ser guardada, y si en la Recopilacion se encuentra alguna ley ó pragmática suspendida ó revocada, aunque no haya ley alguna que decida la duda y la revocada ó suspendida, pueda decidirla ó aclararla, tampoco se usa de ella.»

En conformidad, pues, de la doctrina y disposicion que acabamos de esponer, cuando la letra ó el espíritu de la ley de Enjuiciamiento no deje duda acerca de la conservacion, observancia ó no derogacion de un trámite, diligencia, procedimiento ó recurso sobre que no contiene disposicion es-

presa, si no se encuentran en la misma otras disposiciones que se refieran á él mas ó menos directamente, ó que sean análogas al mismo, y con que pueda suplirse esta omision, deberá estarse á las disposiciones anteriores pero solo en aquello que no sea opuesto el espíritu de la nueva ley, porque de lo contrario pudiera suceder, que con arreglo á la ley antigua fuese mas favorecido un recurso ó procedimiento de poca importancia, que otro mas esencial que se rigiera por la ley nueva, ó al contrario, como en los casos espuestos en la introduccion de esta obra, número 274.

Cuando el procedimiento, diligencia ó recurso que omite la nueva ley á que se refieren sus disposiciones, puede suplirse por otras análogas de la misma, no deberá recurrirse á las leyes anteriores, aunque establezcan reglas determinadas y aplicables directamente á dichas actuaciones, sino suplirse la omision por las análogas, segun dijimos en el número 273 de la introduccion de esta obra.

Respecto de las diligencias ó prácticas útiles ó necesarias que se contienen en las ordenanzas y reglamentos de las audiencias y juzgados, y sobre que guarda silencio la ley, por ser mas propios de estos reglamentos como pertenecientes al régimen interior de aquellos tribunales, deberá estarse con mayor razon á lo que en ellos se dispone, para suplir las omisiones de la nueva ley.

297. Respecto á la segunda consecuencia que hemos dicho en el número 292 deducirse de la base primera de la ley 14 de mayo de 1855, á saber, la estension de la observancia de la ley de Enjuiciamiento á los tribunales de los demás fueros que no la tuviesen especial, dispone el art. 1414 de la ley, que *todos los jueces y tribunales, cualquier que sea su fuero, que no tengan ley especial para sus procedimientos, los arreglarán en los pleitos y negocios civiles de que conozcan á las disposiciones que anteceden.* Esta disposicion copiada casi testualmente de la base 8 de la ley de 14 de marzo citada, vino á ser una confirmacion y natural consecuencia de diversas disposiciones legales anteriores, en idéntico sentido, tales, por ejemplo, como las reales órdenes de 15 de febrero de 1855 y de 10 de abril de 1856 prescribiendo se arreglaran los tribunales eclesiásticos en los juicios civiles á la forma establecida por las leyes de procedimientos del fuero civil ordinario, el real decreto de 11 de octubre de 1856 respecto de los tribunales militares, y aun en cuanto á los tribunales que tienen ley especial para sus procedimientos, debe atenderse, como supletoria de lo que en aquella no se espresa, á la nueva ley de Enjuiciamiento civil, segun se declara en el art. 462 de la ley de Enjuiciamiento mercantil de 24 de julio de 1850, y segun otras varias disposiciones referentes á la jurisdiccion administrativa que espusimos en la introduccion de esta obra, número 297.

Lo prescrito en el art. 1414 ha venido á confirmarse posteriormente respecto de la jurisdiccion militar, por la real orden de 12 de marzo de 1856, que previene se observe en los tribunales militares y de estranjería la ley de Enjuiciamiento civil, con las aclaraciones que espusimos en el núm. 1502 del libro 3 de esta obra. Acerca de la jurisdiccion mercantil, se ha esten-



dido mayormente la aplicacion u observacion del art. 1414, por el real decreto de 12 de enero de 1859, por el que se previene, que tanto las audiencias de la península é islas adyacentes, como el Supremo Tribunal de Justicia, dictaran sus sentencias en todos los asuntos judiciales mercantiles, con sujecion á lo que prescriben los arts. 58 y 553 de la ley de Enjuiciamiento civil, (sobre que las sentencias definitivas de todo artículo y las de los pleitos serán fundadas y sobre el registro que debe llevarse de ellas mismas,) y que los recursos de injusticia notoria establecidos en el art. 1217 del Código de comercio, y formulados en el 453 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento mercantil, se decidirán por el Tribunal Supremo de Justicia, con sujecion á los arts. 1015, 1016, 1017, 1018, 1075 y 1074 (sobre recursos de casacion), de la ley de Enjuiciamiento civil, y los fallos que en ellos se dicten se fundarán con arreglo á los arts. 1058 y 1085 y se publicarán del modo que previenen los arts. 1064 y 1087 de la misma ley.

Estando, pues, obligados los jueces y tribunales de fueros distintos que el ordinario, cuando no tenían ley especial sobre procedimientos civiles, ó aun cuando la tuvieren, en todo lo que no se hallaba determinado por la misma, á los procedimientos del fuero civil ordinario, prescritos por disposiciones legislativas anteriores á la nueva ley de Enjuiciamiento, era consecuencia natural y legítima, que derogadas estas, tuvieran que atenerse á las que se dictaban para suplirlas por la nueva ley de Enjuiciamiento.

298. Mas en todo lo que se hallare dispuesto por sus leyes especiales sobre el procedimiento civil, y que no esté espresamente derogado por disposiciones espresas y terminates como las que acabamos de citar, deberán atenerse los jueces y tribunales de fuero distinto del civil ordinario á lo determinado en sus leyes propias, segun espusimos en el número 297 del libro 5 de esta obra.

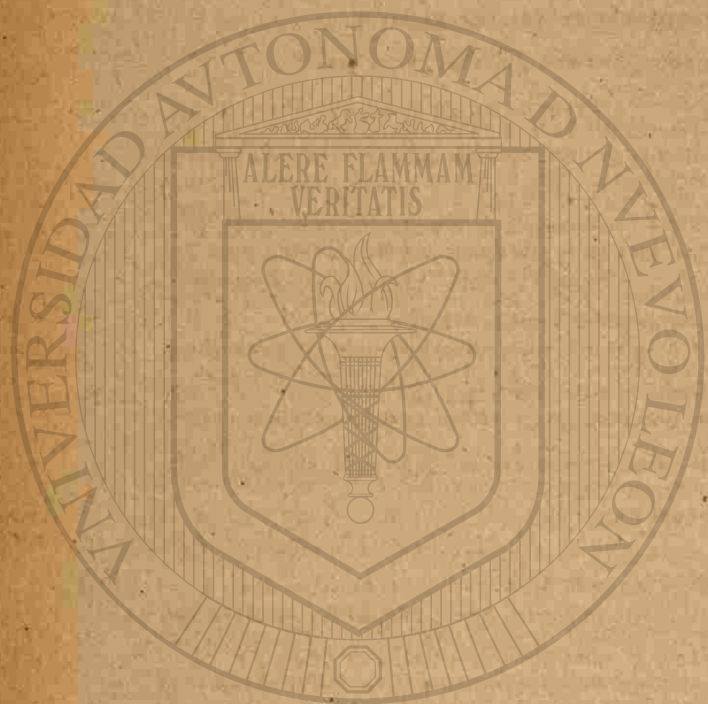
299. No deben entenderse, sin embargo, como leyes especiales de procedimientos las que no forman un sistema completo de Enjuiciamiento ó las que solo contienen disposiciones parciales referentes á un solo punto del Enjuiciamiento ó á la competencia de un fuero para conocer de ciertos juicios civiles. Asi se ha declarado por el Tribunal Supremo de Justicia en las siguientes decisiones, ratificándose lo prescrito por los arts. 1414 y 1415 de la ley de Enjuiciamiento.

Y en efecto, por sentencia de 5 de marzo de 1858, se ha declarado que por la base 8 de la ley de 15 de mayo de 1855, se autorizó al gobierno para hacer estensiva la observancia de la ley de Enjuiciamiento á los tribunales y juzgados, cualquiera que fuese su fuero que no la tuvieran especial para su procedimiento: que la escepcion puesta en esta base se refiere á una ley que comprenda un sistema completo de Enjuiciamiento en sus diversas instancias, y de ningun modo á disposiciones que tengan solo relacion con algunos puntos particulares de procedimiento: que de entenderse dicha base 8 como la entendia el juzgado de Marina en el caso de que se cuestionaba (á saber, que era juez competente dicho juzgado para conocer de un juicio verbal en que se demandaba á una mujer casada que gozaba de aquel

fuero, fundándose en el espíritu del art. 18, cap. 3, y el 51, tít. 1, de la ordenanza de matrículas de 1802 y con arreglo á las demás órdenes posteriores) sucederia, que para una clase de juicios se atenderia á la ley de Enjuiciamiento civil y para otra á lo dispuesto en la ordenanza, rompiéndose la unidad que debe existir en el sistema de procedimientos, y que por el art. 1162 de la ley de Enjuiciamiento civil se comete en primera instancia á los jueces de paz el conocimiento de las cuestiones entre partes, cuyo interés no exceda de 600 reales, y la ejecucion de las sentencias que en ellas se dicten, lo cual escluye toda jurisdiccion especial, porque no se conocen otros de paz que los ordinarios.

Asimismo, por otra sentencia de 8 de mayo de 1862, se declaró, que la real resolucion de 16 de mayo de 1796, extractada en la nota 2 de la ley 8, tít. 25, lib. 2 de la Nov. Recop., por la que se previno, que en los juzgados militares se determinasen en juicio verbal las cuestiones cuyo interés no pasara de 500 reales, no es una ley de procedimientos en el sentido de la base 8 de la ley de 15 de mayo de 1855, porque esta se refiere á un sistema completo de Enjuiciamiento para que deba entenderse exceptuada en el art. 1415, y que se halla derogada por el art. 1414 en general, y por el 1162 que establece, que toda cuestion entre partes cuyo interés no exceda de 600 reales, se decida en juicio verbal, determinado sin escepcion alguna, que el conocimiento de este juicio corresponde en primera instancia á los jueces de paz, con exclusion de toda jurisdiccion especial, porque no existen otros jueces de esta clase que los de la jurisdiccion ordinaria. Veáanse tambien las de 2 de mayo y 12 de setiembre 1858; de 9 de mayo de 1859, y de 8 de febrero y 12 de mayo de 1860.

500. Finalmente, conviene advertir, que refiriéndose la observancia de las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento, respecto de los tribunales especiales, á solo el procedimiento de los negocios civiles de que estos entienden, es claro que no se establece innovacion alguna acerca de los procedimientos que en los mismos se siguen sobre materias especiales propias de su conocimiento. Asi es, que los tribunales eclesiásticos continuarán observando lo prescrito por el derecho y jurisprudencia canónicas para el conocimiento de las causas eclesiásticas, como las de matrimonio, divorcios y demás de esta naturaleza, y los tribunales militares seguirán observando las ordenanzas y demás disposiciones posteriores concernientes á este fuero en los negocios puramente militares, segun ya dijimos en el núm. 298 del libro 5 de esta obra.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DIRECCIÓN GENERAL DE

## FORMULARIOS

CORRESPONDIENTES A ESTE TOMO

### Formulario de las apelaciones.

ESCRITO Y AUTOS COMUNES A TODAS LAS APELACIONES.

238. *Escrito presentándose ó mostrándose parte el apelante en el tribunal superior.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. A., cuya representación tengo acreditada en los autos en el inferior (ó en virtud de poder que en debida forma presento) en los autos con D. A. sobre tal cosa, ante V. S. como mejor proceda, parezco y digo: Que mi poderdante siguió los autos referidos en el juzgado de primera instancia de tal parte, en los que á su tiempo se dictó sentencia, de la que apeló en tiempo y forma. Y habiéndosele admitido esta apelación y emplazándosele para ante esta superioridad, remitiéndose á ella debidamente los autos del juzgado inferior, á fin de que sigan su debido curso, y que se oiga en justicia á mi principal, me muestro parte en su nombre, en este tribunal superior y

A A. S. Suplico, que habiendo por reproducido el poder que consta en autos, (ó por presentado el poder) se sirva tenerme por parte en los autos, en representación del referido D. A., mandando que se me entreguen á su tiempo, y se entiendan conmigo las diligencias sucesivas, por ser justicia que pido, etc. (*Lugar y fecha y firma del procurador.*)

*Nota de presentación.*—Presentado el anterior escrito en la escribanía de Cámara, en tal fecha.

239. *Providencia al anterior escrito.*

Madrid á tantos etc.

Señores de tal Sala.

M.

Hasé por parte á este procurador á nombre de D. A. en estos autos: pásense al relator para formar apuntamiento.

M.

Así lo mandaron los señores del margen y rubricó el señor

M.

Presidente (*Rúbrica del mismo y media firma del escribano de Cámara.*)

240. *Escrito del apelado mostrándose parte simplemente.*—(Por el estilo que el del apelante, con la diferencia de espresar haberse interpuesto la apelación por este y remitidos los autos á la superioridad en virtud de ella.)

241. *Escrito del apelado acusando la rebeldía al apelante y pidiendo se declare desierta la apelación.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. D., en los autos con D. A., sobre tal cosa, digo: Que habiendo transcurrido el término del emplazamiento para seguir ante esta superioridad la apelación interpuesta por D. A. sin que haya comparecido el apelante, le acuso la rebeldía debidamente, y

A V. E. Suplico, que habiéndola por acusada, se sirva declarar desierta la apelación, disponiendo se devuelvan los autos al juez inferior para la ejecución de la sentencia á costa del apelante, por ser justicia que pido. (*Fecha y firma del procurador.*)

242. *Providencia declarando desierto el recurso.*—(Se estiende en la forma que la anterior, diciendo): Hasé por acusada la rebeldía, declarándose desierto el recurso de apelación interpuesto por D. A. de tal sentencia, con las costas: devuélvanse los autos al juez de primera instancia para la ejecución de la misma á costa del apelante. Los señores, etc.

Se remiten los autos al inferior, con la certificación debida.

243. *Escrito del apelante acusando la rebeldía al apelado.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. A., etc., digo. Que habiendo transcurrido el término del emplazamiento para comparecer D. D. en esta superioridad, sin haberlo verificado, le acuso la rebeldía y

A V. E. Suplico, se sirva haberla por acusada y mandar seguir los autos su curso, notificándose en los estrados del tribunal las providencias que se dictaren, por ser justicia, etc.

244. *Providencia.* Como se pide. Los señores, etc.

## ESCRITOS Y AUTOS EN LAS APELACIONES DE SENTENCIAS DEFINITIVAS.

245. Puesta nota por el escribano de Cámara de haberse devuelto los autos por el relator con el apuntamiento y de haber dado cuenta á la Sala, dicta ésta la siguiente:

*Providencia, comunicando los autos al apelante para alegar de agravios.*—Entréguese estos autos á la parte apelante para espresar *agravios* de la sentencia, por *tal* término (de 8 dias, si los autos tuvieran 40 fojas; de 12, si 200; de 14, si 300 de 16, si 400; de 18, si 500; y de 20 si mas.) Los señores del márgen, etc.

Del término señalado pueden pedir las partes próroga.

246. *Escrito del apelante espresando agravios.*—Excmo. Sr.: D. P. en nombre de D. A. en los autos seguidos con D. D. sobre *tal* cosa, espresando agravios contra la sentencia pronunciada por *tal* juez, *tal* fecha, condenando en *tal* cosa, á mi principal de la que apeló para ante V. E. en forma debida, digo: Que V. E. en méritos de justicia se ha de servir revocar como injusta la referida sentencia definitiva absolviendo á mi parte de la demanda ó declarando *tal* cosa, por ser lo que procede segun las siguientes consideraciones. (*Se alegan*) Por tanto,

A V. E. Suplico, se sirva determinar como deyo solicitado en el ingreso de este escrito, por ser justicia que pido, etc.

Otrosí.—Hallándome conforme con el apuntamiento (ó creyendo conveniente que se verifiquen en él *tales* reformas ó adiciones.)

A V. E. Suplico, se sirva estimarlo así (ó mandar se efectuen las adiciones ó reformas referidas) por ser justicia que pido, etc.

247. *Providencia al escrito anterior.*—Por evacuado el traslado: háse á esta parte por conforme con el apuntamiento (ó respecto de las reformas y adiciones que solicita se efectúen en el apuntamiento, á su tiempo; dése traslado á la parte contraria por igual término (que el concedido al apelante.)

248. *Escrito del apelado contestando al de agravios.*—Excmo. Sr.: D. P. en nombre de D. D. en los autos con D. A. sobre *tal* cosa, evacuando el traslado que se me ha conferido del escrito de agravios, digo. Que V. E. á pesar de las alegaciones de la parte contraria, se ha de servir confirmar en todas sus partes la sentencia apelada con las costas, por las siguientes consideraciones. (*Se alegan*.) Por tanto,

A V. E. Suplico, que habiendo por presentada la copia que acompaño de este escrito, se sirva determinar como deyo solicitado en el ingreso del mismo, por ser justicia que pido, etc.

249. Si el apelado creyese conveniente adherirse á la apelacion, deberá verificarlo en este escrito, segun ordena el art. 855 de la ley, en cuyo caso añadirá despues de la cláusula «evacuado el traslado, etc., la de» y adhiriéndome á la apelacion pendiente en *tales* puntos en que creo perjudicial á mi parte la sentencia del inferior, etc., y en lugar de pedir la confirmacion de la sentencia en todas sus partes, pedirá que se confirme en los extremos que juzgare serle favorables y se declare nula ó se revoque como injusta en los que creyere serle perjudicial por *tales* razones; y se modificará á este tenor la súplica, suprimiéndose la cláusula relativa á la presentacion de la copia que no tiene lugar en este caso. En ambos casos se espresará por otros, si la parte se halla ó no conforme con el apuntamiento.

250. *Providencia de la sala á los escritos anteriores.*—(Al que no contiene adhesión á la apelacion). Por evacuado el traslado y por conforme á esta parte con el apuntamiento (si así fuere): entréguese á la contraria la copia del escrito que se acompaña, y pasen los autos al señor magistrado ponente por *tal* termino (el concedido á las partes). (Al escrito que contiene adhesión á la apelacion). Por presentado: háse á esta parte por adherida á la apelacion interpuesta por la contraria, y por conforme con el apuntamiento, y confiérese traslado al apelante para los efectos de lo prevenido en el art. 857 de la ley y por término de ocho dias (ó el concedido á las partes).

251. La contestacion á este escrito por el estilo de los anteriores, limitándose en ella á lo que hubiese sido objeto de la adhesión y acompañando copia simple en papel comun de este escrito, la que se entregará al apelado.

252. Segun práctica de la Audiencia de Madrid, la designacion del ministro ponente se hace per nota puesta por el escribano del magistrado á quien le corresponde serlo por turno: segun práctica de otras Audiencias, entre ellas la de Valladolid, se

verifica la designacion del ponente en la providencia al ascrito en que se muestra parte el apelante.

Devueltos los autos por el ministro ponente, cuando hay peticiones sobre adiciones ó reformas al apuntamiento, se dicta

253. *Providencia.*—En vista del informe del señor ministro ponente, adiciónese el apuntamiento en *tales* extremos solicitados (ó de los solicitados por las partes ó por *tal* parte) devolviéndose para ello los autos al relator.

254. Devueltos los autos por el ponente, cuando no se han pedido adiciones al apuntamiento, ó devueltos por el relator los autos con las adiciones mandadas efectuar por la providencia anterior, se dicta la siguiente: vuelvan los autos al relator para la vista, citadas las partes, á fin de señalar dia para la vista.

255. Cuando las partes creyeren conveniente á su derecho proponer prueba, lo solicitarán presentando el siguiente

*Escrito pidiendo el recibimiento del pleito á prueba.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. A., etc., digo: que conforme á los arts. 868 y 869 de la Ley de Enjuiciamiento civil, procede y conviene á mi parte se reciba este pleito á prueba en la presente instancia sobre *tales* extremos, por no haberse podido verificar en la primera por *tales* causas, no imputables á mi principal (ó sobre *tal* hecho que acaeció posteriormente al último dia del término de prueba de primera instancia, segun es público y notorio, ó por haberse ignorado el cual, no pudieron girar sobre él las alegaciones ni las puebas). En su consecuencia.

A V. E. Suplico se sirva mandar se reciba este pleito á prueba sobre los extremos mencionados por ser justicia que pido, etc.

256. *Providencia al escrito anterior.*—Traslado á la otra parte por término de tres dias.

257. Devueltos los autos oponiéndose ó consintiendo el recibimiento á prueba, se dicta *providencia*: Pasen los autos al señor magistrado ponente para los efectos de lo prevenido en el art. 870 de la ley de Enjuiciamiento, y por término de tres dias.

Nota de haberse pasado los autos al ministro ponente.

258. *Providencia admitiendo ó denegando la prueba.*—Se recibe este pleito á prueba por término de tantos dias comunes á las partes (ó no há lugar al recibimiento de estos autos á prueba, en consideracion á no ser pertinente la propuesta por *tales* consideraciones).

259. *Escrito pidiendo una de las partes que se imprima ó escriba la alegacion en derecho.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que conviniendo al derecho de mi parte que se escriba ó imprima en este pleito alegacion en derecho, por ser por su importancia y gravedad mas conveniente que se verifique el informe por escrito que oralmente

A V. E. Suplico se sirva concederme el término de cuarenta dias para escribir ó imprimir dicha alegacion con el apuntamiento, por ser justicia, etc.

Se da traslado de este escrito al contrario, y en vista de él se dicta

260. *Providencia.*—Se concede el término de tantos dias para escribir (ó imprimir) la alegacion en derecho.

Impreso el alegato en derecho con los requisitos legales del art. 882, se dicta

261. *Providencia.*—Unase á los autos de su razon y acredítese por diligencia del escribano de cámara el dia en que han sido entregados los ejemplares á los señores magistrados, para los efectos del art. 883 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

262. *Providencia de señalamiento de dia para la vista.*—Se señala para la vista de estos autos, con abogados ó sin ellos, el dia tantos y siguientes á la hora ordinaria, citadas las partes.

263. *Diligencia de vista.*—Vistos estos autos por los señores M. M. y M., con asistencia de los abogados y procuradores de las partes (ó sin ellos) y del escribano de cámara; habiéndose invertido en ella tantas horas (*lugar y fecha*).

264.— Si hubiere *discordia* se dictará providencia. «A mas señores»

265. La sentencia definitiva se redactará razonada por el estilo de la primera instancia espuesta en el número 51 del formulario del tomo 2.º Esta sentencia se estiende en el libro registro firmada por todos los magistrados. De ella se pondrá certificación para unirla á los autos que comprenderá la

266. *Diligencia de publicacion.*—Leida y publicada fue la sentencia anterior por el Sr. D. D., ministro ponente de *tal* sala, estando celebrando audiencia pública, de que yo el infrascrito escribano de cámara certifico, en *tal* parte.

## ESCRITOS Y AUTOS DE APELACIONES DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.

267. *Escrito de mejora de la apelacion de sentencia interlocutoria admitida en un solo efecto*.—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. A., de quien presento poder en debida forma, ante V. E. parezco y como mejor proceda digo: que en tal juzgado sigue mi parte pleito con D. D. sobre tal cosa, en el cual se dictó tal providencia interlocutoria con tal fecha, de la que apeló mi representado por considerarla perjudicial y gravosa á sus derechos, habiéndole sido admitida la apelacion en un solo efecto, facultándose asimismo testimonio de lo que señaló de los autos y con las adiciones que hizo el contrario y el juez estimó necesarias, cuyo testimonio presenté en debida forma, y haciendo uso del mismo y mejorando la apelacion en el término legal para que se revoque y enmiende la providencia apelada.

A. V. E. Suplico, que teniendo por presentado el poder y testimonio espesados, y á mí por mi parte, se sirva haber por mejorada la apelacion y mandar se pasen al relator los autos para la formacion del apuntamiento, y que verificado se entreguen á las partes para instruccion por ser justicia que pido, etc.

268. *Providencia*.—Por presentado con el poder y testimonio que se acompaña: háse por parte á este procurador en el nombre en que comparece, y por mejorada la apelacion; pásense los autos al relator para la formacion del apuntamiento. Los señores, etc.

269. Devueltos los autos por el relator con el apuntamiento, y dada cuenta tanto en este caso como en el de la apelacion de sentencia interlocutoria admitida en ambos efectos se dicta la siguiente

270. *Providencia*.—Entréguese los autos á las partes por su órden para instruccion de sus letrados y por término de seis dias (si los autos son de 50 fojas; de 8, si de 100; de 10, si de 200; de 12, si de 300; y de 15 si de mas).

271. *Escritos devolviendo los autos*.—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. A.: etc., digo: Que habiendose me comunicado los autos por providencia de tal fecha, para instruccion del letrado que suscribe y habiéndolos examinado y comparado con el apuntamiento, los devuelvo, manifestando hallarme conforme con este (ó que deben hacerse en él tales reformas ó adiciones), por lo cual,

A. V. E. Suplico, se sirva haber por hecha esta manifestacion de conformidad (ó mandar que se pasen los autos al relator para que reforme ó adicione el apuntamiento), pues así procede de justicia que pido, etc. (*Fecha y firma del letrado y del procurador*).

272. *Providencia*.—Háse por conforme á esta parte con el apuntamiento, y corra el traslado (ó comuniquense los autos) á la parte contraria para instruccion de su letrado por el término señalado (ó si se pidió adición á reforma del apuntamiento, despues de esta última cláusula, se añadirá: y respecto á lo solicitado sobre la adición ó reforma del apuntamiento, á su tiempo se proveerá).

273. *Escrito del apelado devolviendo los autos*.—(Por el estilo que el anterior con las diferencias indicadas en el número 240, espresándose tambien si se adhirióse á la apelacion, la cláusula sobre esta adhesion espuesta en el número 249, y acompañando en este caso con su escrito una copia de él en papel comun).

274. *Providencia*.—Por evacuado el traslado (ó por devueltos los autos) y por presentada por parte del apelado la copia del escrito adhiriéndose á la apelacion que se entregará á la contraria. Esta cláusula se omitirá si no hubiere adhesion á la apelacion: pasen los autos al señor ministro ponente por tal término (el mismo concedido á las partes) y tráiganse los autos á la vista, citadas las partes.

275. Si no hubiere conformidad con el apuntamiento, se dictará.

*Providencia*.—Al señor ministro ponente para que informe sobre las adiciones ó reformas del apuntamiento.

Y devueltos los autos por el ministro ponente, con su informe sobre aquellas, se dicta

276. *Providencia*.—Practíquense las adiciones ó reformas solicitadas ó tales reformas de las solicitadas, para cuyo efecto, pasen los autos al relator (ó no há lugar á las reformas solicitadas), y tráiganse los autos á la vista, citadas las partes.

277. Habiendo conformidad con el apuntamiento, ó devueltos los autos por el relator, verificadas las reformas que concedió la sala, se dicta

*Providencia*.—Háse por conformes á las partes con el apuntamiento (ó mediante

á haberse verificado las adiciones ó reformas decretadas en el apuntamiento), tráiganse los autos á la vista por el relator, citadas las partes,

278. Y se dicta *providencia de señalamiento*.—Se señala para la vista de estos autos tal dia.

La vista, discordia y demás, como en las apelaciones de sentencias definitivas.

## Formulario de apelaciones en pleitos de menor cuantía.

279. *Escrito personándose el apelante*.—(Por el estilo que el espuesto en el número 238). (Este escrito puede ir firmado por la parte, pues no necesita en estos juicios valerse de letrado ni de procurador.)

*Providencia de la sala de la Audiencia*.

Madrid, á tantos.

Señores de la Sala:

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

M.

Por presentado el anterior escrito, se le há por parte en

estos autos, y pasen al relator por término de tercero dia,

para que se instruya de ellos y de cuenta, sin formar apun-

tamiento, á la Sala en el dia de la vista para la que se señala el tantos á tal hora

Los señores, etc.

280. Se estiende la *diligencia de vista* y se pronuncia *sentencia*, fundada, en la forma ordinaria, revocando la del inferior ó confirmándola, y en este caso conde- nando en costas al apelante, ó si se interpuso la nulidad, espuesta en el núme- ro 61 del formulario del tomo 2.º de esta obra declarando haber ó no lugar á dicho recurso, con imposicion de costas al juez inferior y con los demás pronunciamien- tos consiguientes. (V. los arts. de la Ley 61, 62 y 63 y lo espuesto en los núme- ros 248 y 1456 y siguientes del lib. 3.º de esta obra.)

*Publicacion de la sentencia y notificaciones*.

281. Si no se hubiere personado el apelante dentro de los ochos dias siguientes al en que se hubieren recibido los autos en la Audiencia se presenta *escrito* por el apelado acusándole la rebeldía, y la Audiencia dicta

282. *Providencia*.—No habiendo comparecido el apelante en el término legal, devuélvase los autos al juzgado inferior para que lleve á efecto la sentencia y se condena al apelante en las costas á que dió lugar la remesa de los autos. Lo señores, etc.

283. Tambien se mandarán devolver los autos al inferior, confirmada ó revocada la sentencia, con certificacion de la misma y tasacion de las costas.

## Formulario de apelacion en los juicios verbales.

284. *Diligencia de haber comparecido las partes ó el apelado solo*, en cuyo caso, se espresará en la misma diligencia acusar éste la rebeldía al apelante, pi- diendo se declare desierta la apelacion, ó de haber comparecido solo el apelante, en cuyo caso se espresará pedir éste siga en su rebeldía la sustanciacion de la ins- tancia.

285. *Providencia*.—(Cuando se personó solo el apelado.) Háse por acusada la rebeldía por parte del apelado: declárase por desierta la apelacion pendiente, y devuélvase los autos al juez de paz.

(Cuando se personaron ambas partes.) Habiéndose personado ambas partes en el juzgado, comparezcan en tal dia y hora en la sala de audiencia para celebrar la comparecencia verbal que determina el art. 1179 de la ley de Enjuiciamiento civil (Cuando no se hubiese presentado el apelado se omitirá la primera cláusula y se añadirá la de «y no habiéndose personado el apelado, notifíquese esta providencia en los estrados del juzgado respecto del mismo. El Sr. D. J., juez de primera ins- tancia».)

286. *Acta de la comparecencia ó juicio verbal*, en la forma espuesta para otras análogas.

287. *Sentencia*, confirmando ó revocando la del juez de paz.—Si se reclamó en forma la declaracion de nulidad del juicio, y procediere, la hará el juez aute todo, declarándose incompetente y reservando su derecho al actor para que lo deduzca

donde corresponda: si el juez creyese que no procede esta declaracion de nulidad, lo declarará así y fallará sobre el fondo del litigio. En dicha sentencia deberá expresarse siempre la cláusula, «y devuélvanse los autos con certificacion de esta sentencia al juez de paz para su ejecucion.» (V. lo espuesto en los núms. 248 y siguiente del libro 3.º de esta obra.)

288. Sobre el *Formulario de las apelaciones en los juicios de retracto, desauicio, interdictos y ejecutivo*, véase lo espuesto al fin del formulario de dichos juicios, y acerca del *formulario de apelaciones sobre incidentes, en cuestiones de competencia, sobre recusaciones, acumulacion de autos, sobre el cumplimiento de lo convenido en el juicio ó acto de conciliacion; sobre la apelacion de las sentencias de los árbitros, juicios de concurso, y de las providencias sobre la ejecucion de las sentencias, etc.*, véase lo espuesto en el núm. 1,436 del lib. 3.º de esta obra.

#### Formulario del recurso contra providencias que admiten en un efecto las apelaciones procedentes en ambos.

289. *Escrito para que la Audiencia declare admitida en ambos efectos la apelacion de sentencia definitiva que lo fue en uno solo.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que por tal juzgado se dictó sentencia en los autos seguidos por mi principal en el mismo con D. D. sobre tal cosa, mandándose tal extremo, y habiendo interpuesto mi representado apelacion de esta providencia en tiempo y forma legales, la admitió el señor juez de dicho juzgado en un solo efecto; remitiendo los autos á esta superioridad en tal fecha; y como procede segun derecho la admision de la referida apelacion en ambos efectos, por lo que resulta de autos y por tales razones (se esponen), sin perjuicio de revocar V. E. como injusta la citada sentencia en su día por las razones que se espondrán á su tiempo.

A V. E. Suplico, se sirva revocar el auto de tantos por el que se admitió la apelacion del de tantos en un solo efecto, declarando admitida libremente y en ambos efectos la apelacion mencionada mandando se libre orden al citado señor juez de tal parte para que suspenda la ejecucion de la referida sentencia, pues así procede de justicia que pido, etc.

290. *Providencia de la Sala.*—De la pretension de D. A. para que la apelacion admitida en un solo efecto, se entienda en ambos, se confiere traslado á la parte contraria por término de tercero día, y con lo que dijere ó no, dése cuenta por relator.

291.—*Escrito de la parte contraria evacuando el traslado, oponiéndose ó no á la admision de la apelacion en ambos efectos.*—(Por el estilo que los demás escritos de oposicion.)

292. *Providencia de la Sala.*—(Si decide en sentido afirmativo): se revoca el auto de tantos del juez de tal parte, por el que se admitió la apelacion del de tantos en un solo efecto; declarándose admitida en ambos, y librese orden al referido juez para que suspenda la ejecucion de la sentencia mencionada. Los señores del margen, etc.

Si se decidiese en sentido negativo, se dirá: No ha lugar á revocar el auto del juez, etc., ó no ha lugar á admitirse la apelacion en ambos efectos, y siga la sustanciacion con arreglo á derecho.

293. *Escrito pidiendo se admita en ambos efectos la apelacion de sentencia interlocutoria, admitida en uno solo.*—(Al mejorar esta apelacion, despues de decir en la súplica que se tenga por presentado el testimonio de lo que señaló de autos, dirá el apelante, «y por lo que de él resulta, se sirva revocar el auto del juez de tal parte, de tal fecha por el que admitió dicha apelacion en un solo efecto y declararla admitida libremente, mandando se libre orden al mismo para que remita los autos originales con citacion y emplazamiento de las partes por término de veinte días, suspendiendo la prosecucion del juicio.»)

294. La Sala dicta la providencia de traslado del núm. 290 y en vista de lo que alega la parte contraria, dicta sentencia revocando el auto referido, mandando librar al juez la orden para la remision de los autos originales con citacion y emplazamiento, ó bien decide, no haber lugar á aquella revocacion ó admitirse la apelacion en ambos efectos y que siga adelante el procedimiento.

295. Cuando la apelacion procede en un solo efecto y se admite en ambos, tendrá el apelado el remedio ó *recurso de reposicion*, cuyo formulario esponemos á continuacion; y si no se le concediere dicha reposicion, tendrá el remedio de apelacion. Si procediendo la apelacion de la sentencia en uno ó en ambos efectos, se denegare absolutamente, procederá el *recurso de queja*, cuyo formulario esponemos despues del de reposicion.

#### Formulario del recurso de reposicion.

296. *Escrito pidiendo reposicion de sentencia interlocutoria.*—D. P., en nombre de D. A., en los autos con D. D. sobre tal cosa, como mas haya lugar en derecho, digo: Que se me ha notificado la providencia interlocutoria que V. S. se ha servido dictar con tal fecha, por la que se determina tal cosa, y como esta providencia cause á mi principal un gravámen irreparable para definitiva por tales razones (se alegan), haciendo uso del derecho que me concede el art. 65 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para pedir reposicion de ella.

A V. E. Suplico se sirva reponer (ó reformar) dicha providencia como mas haya lugar en derecho, dictando tal otra, y en caso de no acceder á ello, admitirme la apelacion que interpongo de ella desde luego para ante la superioridad, en forma debida, por ser así justicia que pido, etc.

297. *Auto:* traslado por tercero día á la parte contraria y evacuado, autos.—El señor D. J., etc.

298. Evacuado el traslado, ó acusada la rebeldía, trascurrido el término señalado, dicta el juez

299. *Providencia sobre la reposicion.*—(Si la negare). No ha lugar á la reposicion de la providencia de tal fecha solicitada por D. A., admitase en ambos efectos la apelacion que de ella ha interpuesto el mismo para ante la superioridad, á la que se remitirán los autos originales, con citacion y emplazamiento de las partes. El señor D. J., etc.

(Si la concediere). Se repone ó reforma como mas haya lugar en derecho (ó á contrario imperio) la providencia de tal fecha, providenciándose en su lugar tal cosa. El Sr. D. J., etc.

Notificaciones en forma.

#### Formulario del recurso de queja.

300. *Escrito interponiendo el recurso de queja.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. R., de quien presento poder en forma debida, ante V. E. parezco y como mejor proceda, digo: Que en el pleito que sigue mi poderdante en tal juzgado, sobre tal cosa con D. C., recayó sentencia, mandando tal cosa, y habiendo apelado de ella mi parte, en forma debida, por creerla gravosa y perjudicial á sus derechos, se le negó dicha apelacion absolutamente, confirmándose esta negativa á pesar de haber pedido mi parte reposicion de la primera, alegando nuevamente los fundamentos legales á favor de la admision de la apelacion interpuesta, segun todo resulta del testimonio que presento en debida forma espresivo de la naturaleza del pleito, con copia literal de la sentencia apelada, del escrito de apelacion, del de reposicion y de los autos denegatorios de estas solicitudes. En su consecuencia, se halla mi parte en la necesidad de hacer uso ante V. E., como lo hago en su nombre, del recurso de queja que le concede la Ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 75, para que se le admita la referida apelacion en ambos efectos, pues así procede por las siguientes consideraciones y fundamentos legales (se alegan). Por tanto,

A V. E. Suplico, que habiéndome por presentado en esta superioridad con el poder y testimonio mencionados, y por interpuesto el recurso de queja, se sirva revocar la providencia de tal fecha del juez de primera instancia de tal parte, denegatoria de la apelacion referida, declarando proceder esta en ambos efectos y ordenando á dicho juez remita los autos originales á esta superioridad, con citacion y emplazamiento de las partes y con suspension de todo procedimiento, pues así es justicia que pido, etc.

301. *Providencia de la Sala.*—Por interpuesto el recurso de queja con el poder y testimonio que acompaña: librese carta-orden con copia del escrito presentado al juez de primera instancia de tal parte, para que informe con justificacion acerca de lo espuesto por el recurrente.

Recibido en informe en la Audiencia, se dicta,

302. *Providencia.*—Unase á los antecedentes de su razon, y comuníquese á la parte recurrente por término de tercero dia, para que en su vista, esponga lo que se le ofrezca y parezca. Los señores del margen, etc.

Devueltos por la parte, se dicta providencia, «Dése cuenta por relator,» y dada, se dicta,

303. *Providencia decidiendo el recurso.*—Si se accede á él, se dice: Se declara que ha debido otorgarse la apelacion interpuesta en tal ó tales efectos por D. R. en tiempo y forma debidos, en tales autos, seguidos en tal juzgado con D. C. sobre tal cosa, denegada por auto de tal fecha por el juez de primera instancia del mismo: líbrese órden á dicho juez para que remita los referidos autos originales (ó el testimonio á que se refiere el art. 71 de la Ley, si procediese la apelacion en una efecto y fuere de sentencias interlocutorias), previa citacion y emplazamiento de las partes. Los señores del margen, etc.

(Si se decidiere no haber lugar al recurso, se dirá): Se declara no haber lugar á la apelacion interpuesta por D. R. del auto de tal fecha, etc., y en su consecuencia, no proceder el recurso de queja interpuesto: espídase al referido juez certificacion de esta providencia para que conste en los autos. Los señores del margen, etc.

304. Respecto del FORMULARIO SOBRE NULIDAD DE LAS PROVIDENCIAS Ó ACTUACIONES, rigiéndose por el de las apelaciones, ó por el de las súplicas, ó el del recurso de casacion, ó el de los incidentes ó de otras actuaciones, segun la clase de la providencia ó de los procedimientos con que se cause la nulidad, conforme espusimos en los números 1,456 al 1,459, lib. 3.º pueden consultarse los formularios de estos procedimientos; y respecto de la nulidad que comete un juez declarando un negocio de menor cuantía, perteneciendo al juicio de mayor cuantía ordinario, ó corresponder á juicio verbal, perteneciendo al juicio de menor cuantía, véase lo espuesto en los números 248 al 251 de esta obra y los formularios de las apelaciones de estos juicios.

#### Formulario de las súplicas.

305. *Escrito suplicando de providencia interlocutoria pronunciada por tribunal superior ó supremo para ante la misma Sala que la dictó.*—Excmo. Sr. D. P., en nombre de D. R., en los autos seguidos en esta superioridad sobre tal cosa, como mas haya lugar en derecho, digo: Que V. E. se ha servido disponer tal cosa por providencia interlocutoria de tal fecha, y como por ella se me causen gravámenes ó perjuicios irreparables en definitiva, haciendo uso del derecho que me confiere el artículo 67 de la Ley de Enjuiciamiento para suplicar de ella, como en efecto lo efectúo en forma y tiempo debidos, para ante esta misma Sala,

A. V. E. Suplico, se sirva haber por interpuesto este recurso y admitiéndomelo debidamente, reformar la providencia mencionada, por ser justicia que pido, etc.

*Providencia.*—Por presentado este escrito interponiendo la súplica: traslado á la parte contraria por término de tercero dia, y pasado con lo que dijere ó no, dese cuenta por el relator.

*Providencia decidiendo.*—No ha lugar á la súplica interpuesta por D. R. (ó se admite la súplica, etc. Los señores etc.

Este formulario se refiere al caso de que trata el art. 67 de la Ley. Cuando la súplica se interpusiere en el caso de que trata el art. 47, esto es, de sentencia de una Sala de Tribunal Superior en virtud de audiencia en justicia sobre correccion disciplinaria, se espresará en el escrito de súplica, interponerse ésta para ante otra Sala del mismo Tribunal y se dictará providencia: se admite la súplica y pasen á la Sala que corresponda los autos para su mejora, segun lo prescrito en el art. 47 de la Ley.

#### Formulario del recurso de casacion.

306. *Escrito interponiendo el recurso.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. R.: en los autos, etc., digo: Que habiéndome notificado la sentencia definitiva dictada por V. E. en tal fecha, por la que se condena á mi principal á tal cosa (ó tal sentencia definitiva, que aun cuando ha recaído sobre un artículo, pone término al juicio y hace imposible su continuacion; y adoleciendo esta sentencia, hablando con el respeto debido, del vicio de nulidad por ser contraria á la ley tantas de tal

título y libro de la Novísima ó de tal Código (ó á tales leyes, si lo fuere á varias, ó á tal doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales), me veo en el caso de hacer uso del remedio conferido por los artículos 1,010 y 1,011 de la Ley de Enjuiciamiento civil, interponiendo como interpongo recurso de casacion á nombre de mi principal, fundándolo en el art. 1,042 de la citada Ley de Enjuiciamiento (ó si el recurso se funda en infraccion de trámites) se dirá: por haberse cometido tales faltas en el procedimiento (algunas de las espresadas en el art. 1,013 de la Ley) seguido para dictar aquel fallo en tal instancia, y reclamándose su subsanacion en la instancia respectiva ó que no fueron reclamadas por haber cometido en la última instancia en que no hubo posibilidad de hacerlo, ó si el pleito fuere posesorio ó ejecutivo, ú otro despues del cual puede seguirse otro juicio sobre lo mismo que fue objeto de ellos, en los cuales solo se da recurso de casacion fundado en las causas espresadas en el artículo 1,013 se espresará, despues de decir que se cometieron dichas faltas en el procedimiento, por lo que y en atencion á que no obstante ser el juicio en que recayó dicha sentencia posesorio, ejecutivo, etc., procede el recurso de casacion por las faltas referidas con arreglo al art. 1,014 de la Ley, cometidas en tal instancia, habiéndose pedido por mi parte la subsanacion de las mismas, etc.) me veo en el caso de interponer el recurso de casacion, fundándolo, conforme al artículo 1,013, en tales causas. Por tanto, procediendo dicho recurso por interponerse; primero sobre sentencia que recayó sobre definitiva; 2.º dentro del término marcado por la ley, y 3.º citando las leyes ó doctrinas infringidas; y hallándose mi representado dispuesto á hacer el depósito que se requiere en los art. 1,027, ó 1,028 ó 1,029 de la Ley, por concurrir las circunstancias en ellos mencionadas,

A. V. E. Suplico, que habiendo por interpuesto el recurso de casacion, fundado en tal artículo, se sirva admitirmelo, y mandar se remitan los autos originales al Supremo Tribunal de Justicia con citacion y emplazamiento de las partes, por ser justicia que pido, etc., en tal parte (firmas del letrado y del procurador.)

307. *Providencia de la Sala admitiendo el recurso.*—En tal parte, á tantos, vistos estos autos por los señores de tal sala, dijeron: (si fuere contra ley ó doctrina legal). Resultando que la sentencia contra que se ha interpuesto este recurso de casacion, ha recaído sobre definitiva pronunciada por tal juez de primera instancia.—Resultando, que se ha interpuesto dentro del término de diez dias que marca el art. 1,022 de la Ley para ello.—Resultando, que se ha citado en el escrito interponiendo este recurso, la ley ó doctrina que se supone infringida.—Resultando, que las sentencias de primera y segunda instancia son conformes de toda conformidad.—Considerando, que concurren todos los requisitos que se requieren en el art. 1,025 de la Ley para la admision de los recursos de casacion sobre infraccion de ley ó doctrina.—Considerando, que segun el art. 1,027 de la Ley cuando las sentencias de primera y segunda instancia son conformes de toda conformidad y el recurso es por infraccion de ley ó de doctrina, ha de preceder el depósito de cuatro mil reales, por ser la cantidad objeto del litigio superior á doce mil reales (ó el depósito de tal cantidad, por ser inferior dicha cantidad á la de doce mil reales) conforme al art. 1,029.)—Considerando, lo dispuesto en los artículos 1,030 y 1,031, ó 1,032 y 1,033, ó 1,034 ó 1,037 de la Ley de Enjuiciamiento: Fallamos: Que debemos admitir y admitimos el recurso de casacion interpuesto por parte de D. R. y acreditando haber hecho el recurrente el depósito de tal cantidad (la que procediere segun los art. 1,027 ó 1,029) en el Banco Español, dentro de los diez dias siguientes á la notificacion de este auto (ó si fuere pobre el recurrente, se dirá: y prestada por el recurrente la caucion de pagar tanta cantidad si fuere condenado á su pérdida y viniere á mejor fortuna), remítanse los autos al Tribunal Supremo de Justicia por conducto de su presidente, por el primer correo y á costa del que interpuso el recurso (ó de oficio si fuere pobre) con citacion y emplazamiento de los procuradores de las partes para que se personen en dicho Tribunal Supremo á usar su derecho dentro del término de treinta dias. (Si las dos sentencias no fueren conformes de toda conformidad, se consignará en los resultandos y considerandos y se omitirá la clausula sobre el depósito, diciéndose en su lugar: Remítanse los autos al Tribunal Supremo, previa citacion y emplazamiento de las partes, con los votos reservados (si los hubiere ó negativa, en su caso), puesta certificacion por el escribano de cámara, á cuyo efecto se le franqueen por el señor presidente.) (Si no procediere el recurso, se espresará con individualidad y precision las circunstancias que faltan en los resultandos, de las requeridas por el art. 1,025 de la Ley, y en los considerandos, que se exigen para la

admisión del recurso dichas circunstancias por el artículo citado, y denegando con arreglo al 1,026 el recurso de casación).—(Si el recurso se funda en infracción de trámites, se espondrán los resultados y considerandos con arreglo á la segunda parte del art. 1,025, teniendo presente respecto del depósito lo prescrito en los artículos 1,028 y 1,029). Los señores del margen lo mandaron, etc.

308. *Escrito apelando la sentencia denegatoria del recurso de casación para ante el Tribunal Supremo.*—Excmo. Sr.; D. P., en nombre de D. R., etc. digo: Que habiéndome notificado en tal fecha la providencia de tal otra en que V. E. se sirve denegar la admisión del recurso de casación interpuesto por mi principal de tal providencia, fundado en tal artículo de la ley, ó en tal causa, y creyendo mi parte perjudicial á su derecho esta denegación, haciendo uso del derecho que le confiere el art. 1,072 de la ley de apelar de ella para ante el Tribunal Supremo, interponiendo en su nombre dicha apelación,

A V. E. Suplico, se sirva haberla por interpuesta y admitirla mandando se remitan los autos originales á S. A. con arreglo al art. 1,073 de la ley, pues así es justicia que pido, etc.

309. *Providencia de la Sala.*—Se admite la apelación interpuesta por parte de D. R. de la de tantos en que se le denegó la admisión de recurso de casación, y remítanse los autos al Tribunal Supremo de Justicia por conducto de su presidente á costa del apelante, previa citación y emplazamiento de las partes para que en el término de treinta días acudan á usar de su derecho, con los votos reservados que hubiera acerca de este incidente, á cuyo fin, etc.

310. Personado el apelante en el Tribunal Supremo se da providencia de «Pasen estos autos al relator para formar el apuntamiento» y formado éste se providencia: Entréguese el apuntamiento con los autos á las partes por su orden y término de diez días para instrucción de sus letrados. De aquí en adelante hasta la vista, se observan las reglas de los arts. 1,048 y 1,050 al 1,053, y se dicta sentencia mandando, si fuere confirmatoria, devolver los autos á la Audiencia conforme al art. 1,067, y si revocatoria y admitiéndose el recurso de casación, mandando pasar los autos á la Sala que corresponda para que se sustancie el recurso en forma debida, previo el depósito de tanto (ó caución), que debe efectuar el recurrente dentro de diez días contados desde la publicación de esta sentencia en la Gaceta.

311. Si las sentencias de que se admitió el recurso de casación fueren conformes con las de primera instancia, puede presentarse.

*Escrito pidiendo su ejecución.*—Excmo Sr.: D. P., en nombre de D. R., etc., digo: Que por providencia de tal fecha se sirvió V. E. confirmar totalmente la dictada por el inferior á favor de mi parte. El contrario ha interpuesto para ante el Tribunal Supremo, recurso de casación de la de V. E., el cual le ha sido admitido, y siendo perjudicial á mi parte que se retarde la ejecución de dicho fallo, haciendo uso del derecho que le concede el art. 1068 de la ley, y hallándose dispuesta á prestar fianza bastante, para responder de cuanto recibiere ó pudiese recibir, caso de ser anulada la ejecutoria, cuya fianza presentada desde luego (se espresa la fianza). En atención á lo espuesto,

A V. E. Suplico, que declarando por bastante la fianza presentada, se sirva admitírsela, y mandar se lleve á ejecución la sentencia, librándose la certificación necesaria, con inserción de tales extremos y de la tasación de costas; por ser justicia que pido, etc.

312. *Providencia de la Audiencia.*—Traslado por término de tercero día á la parte contraria para que esponga lo que se le ofrezca y parezca respecto á la calificación de la fianza, y con lo que diga ó no, dése cuenta por relator.

313. *Escrito de la parte contraria oponiéndose á que se califique de bastante la fianza.*

314. *Providencia mandando ejecutar la sentencia.*—Se declara bastante la fianza presentada por D. R., ejecútase la sentencia dictada en estos autos, no obstante el recurso de casación interpuesto, y para que tenga efecto, póngase por el secretario de cámara certificación litoral de la misma y de tales insertos, y efectuado, remítanse los autos al Tribunal Supremo de Justicia, conforme á lo mandado. Los señores del margen, etc.

315. Si admitido el recurso de casación no hiciere el depósito dentro de los diez días siguientes á la notificación del auto en que se admitió, podrá la parte contraria presentar escrito acusando rebeldía, y se declarará por el tribunal desierto el recurso.

316. *Escrito promoviendo en el Tribunal Supremo la parte contraria al recurrente la cuestión previa de improcedencia del recurso.*—M. P. Sr.; D. P., en nombre de D. C., en virtud de poder que en debida forma presento, ante V. A., como mejor proceda, digo: Que habiendo seguido mi representado pleito con D. D. sobre tal cosa, en tal juzgado obtuvo sentencia favorable, la cual, apelada por la parte contraria, fue confirmada por la Audiencia; y habiendo interpuesto de este fallo recurso de casación el contrario, y sídole admitido indebidamente por tales causas ó razones, haciendo uso en su consecuencia mi poderdante del derecho que le conceden los arts. 1,090 y 1,091 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de promover cuestión previa sobre la improcedencia de la admisión del recurso, en este Supremo Tribunal, siempre que no hayan pasado aun los autos al relator, como acontece en este caso,

A V. A. Suplico, que habiendo por presentado el poder, se sirva revocar la providencia de tal fecha en que la Audiencia admitió el recurso de casación declarando éste improcedente é inadmisibile, y mandar que se devuelvan los autos á dicha Audiencia de que proceden á costa del recurrente, con certificación de esta sentencia en que se comprenda la tasación de costas que pido se impongan al mismo; pues así es justicia, etc.

317. Sigue la sustanciación y decisión de esta cuestión por los trámites y términos establecidos para las apelaciones de sentencias denegatorias del recurso de casación espuestos en los núms. 308 al 310.

318. *Escrito separándose del recurso el que lo interpuso.*—M. P. Sr.: D. P., en nombre de D. R., de quien presento poder especeial que acepto, en los autos con D. C. sobre tal cosa, como mejor proceda, digo: Que habiendo interpuesto recurso de casación de tal sentencia de tal Audiencia, le fue admitido, remitiéndose los autos á este tribunal; mas habiendo reflexionado mas detenidamente mi poderdante sobre la dificultad que ofrece la prueba de sus derechos (ó habiendo comprendido posteriormente que no conviene á sus intereses continuarle), se separa de su prosecución, segun aparece del poder especeial mencionado en que me autoriza para ello (ó firmando á este efecto la parte el presente escrito, si no presentó dicho poder). Por tanto,

A V. A. Suplico, que habiendo por presentado el referido poder especeial (ó previa ratificación de mi principal en este escrito, en el caso de no presentar dicho poder) se sirva haberle por separado del recurso, y mediante no estar aun concluida su sustanciación, mandar se le devuelva el depósito, por ser así justicia que pido, etc.

319. *Providencia.*—Háse por separado de este recurso á D. R.; devuélvasele el depósito (ó la mitad, que le corresponde en el caso del § 2.º del art. 1,044, dándose á la otra mitad la aplicación ordinaria), y admitanse los autos á la Audiencia de que proceden. (Si no se presentó poder especeial, se providenciará que se ratifique el recurrente en el escrito ante el señor ministro ponente, y verificado, se dicta la providencia anterior).

320. *Escrito acusando la parte contraria al recurrente la rebeldía á éste por no haberse presentado en el término legal en el tribunal Supremo.*—M. P. Sr.: (Se esponga como los en que se acusa la rebeldía en las apelaciones, añadiendo, con arreglo al art. 1,039 que se le condene en costas y se devuelvan los autos á sus espensas á la Audiencia de que procedan).

321. *Providencia.*—Por acusada la rebeldía por parte de D. C. Se declara desierto con las costas el recurso de casación interpuesto por D. R. de tal sentencia, de la Audiencia de tal, á la que se devuelvan los autos á espensas de D. R. con certificación en forma: devuélvase el depósito al recurrente, despues de aplicada la parte necesaria al reintegro de la condena de costas. Los señores, etc.

322. *Escrito personándose en el Tribunal Supremo el recurrente.*—M. P., Sr.: (Se esponga por el estilo que el en que se persona en las Audiencias en apelación) concluyendo:

A V. A. Suplico, se sirva haber por presentado el poder referido y á mi por parte en este recurso en el nombre que represento, y dando á los autos el curso que corresponde en justicia (ó mandando se pasen al relator para que forme el apuntamiento y continúe su sustanciación) declarar haber lugar al recurso y casar y anular la sentencia de tal fecha pronunciada por la Audiencia de tal parte, mandando devolver á la misma los autos para los efectos consiguientes y á mi principal el depósito constituido antes de la remesa de los mismos (ó anular la caución prestada), (y si el recurso se fundare en infracción del procedimiento, se añadirá despues de la cláu-

sula «y mandar devolver los autos á la referida audiencia,» para que reponiéndolos al estado que tenían cuando se cometió la falta que dió motivo á la casacion, los sustancie y determine, ó haga sustanciar y determinar con arreglo á derecho). Asi procede de justicia que pido, etc.

323. Se dicta *providencia*, habiendo por presentado el anterior escrito y por parte al procurador á nombre de su principal, y se mandan pasar los autos al relator para formar el apuntamiento, y efectuado y devueltos, se mandan entregar á las partes por su órden y término de veinte dias á cada una, para instruccion de sus letrados; y se sigue la sustanciacion, segun los arts. 1042 y siguientes de la Ley.

324. *Escrito devolviendo los autos las partes.*—M. P. Sr.: (Se estiende por el estilo del en que se devuelven los autos en las apelaciones, manifestando bajo la firma de letrado y de procurador su conformidad con el apuntamiento, ó las omisiones ó inexactitudes cometidas y pidiendo se salven.)

325. Si el que presenta este escrito es el recurrente y se funda en infraccion de ley ó doctrina legal, puede en dicho escrito y por otrosi citar como infringidas otras leyes ó doctrinas distintas de las que designó al interponerlo, para lo cual dirá: Que habiendo advertido al examinar los autos haberse infringido por la sentencia ejecutoria *tales* leyes ó doctrinas, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 1,049 de la Ley de Enjuiciamiento, para citarlas al devolver los autos, cuando se interpuso el recurso de sentencia contraria á la ley ó doctrina legal, como se verifica en aquel caso, cita y alega la infraccion de *tales* leyes, fundando en ella la procedencia del recurso por *tales* razones, por lo que suplica á S. A. se sirva haberlas por citadas para los efectos que proceden en justicia, que pide, etc.

326. Se dicta *providencia habiendo por citadas dichas leyes*, y se sigue el procedimiento hasta dictar *sentencia declarando haber ó no lugar al recurso*, (cuyo formulario no esponemos en obsequio á la brevedad y por aparecer diariamente en los periódicos oficiales).

### Formulario de los recursos de fuerza.

#### RECURSO DE FUERZA EN CONOCER

327. *Escrito preparando el recurso de fuerza en conocer.*—D. P., en nombre de D. R., en virtud de poder que en debida forma presento, ante V. S. parezco, en los autos promovidos por D. C. sobre *tal* cosa, y sin ser visto concederle mas jurisdiccion en ellos que la que por derecho le corresponde, como mejor proceda, digo: Que habiendo sido citado mi principal por providencia de V. S. de *tal* fecha para contestar la demanda establecida contra el mismo por D. C. y no pudiendo someterse á la jurisdiccion de V. S. mi representado para el conocimiento de este negocio, por ser de la competencia esclusiva de la jurisdiccion ordinaria, por *tales* consideraciones (se alegan)

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito y el poder que le acompaña, se sirva separarse del conocimiento de estos autos y remitirlos al juez de primera instancia de *tal* parte, á quien corresponde, pues de no acceder á ello, protesto impetrar el real auxilio contra la fuerza que se haga por este tribunal en conocer; pues es justicia que pido, etc.

328. *Auto del ordinario negando la anterior pretension.*—Por presentado el anterior escrito, con el poder que se acompaña: no há lugar á lo solicitado. El señor D. J., etc.

329. *Escrito pidiendo testimonio de la denegacion.*—D. P., en nombre de D. R., etc. digo: Que habiéndome notificado la providencia de V. S. de *tal* fecha, declarando no haber lugar á lo solicitado en mi escrito de *tal* otra, sobre que se declara V. S. incompetente en *tal* negocio, y siendo aquella perjudicial á los derechos de mi representado, se ve en el caso de hacer uso del recurso de fuerza en conocer, ante la jurisdiccion y tribunal competente, que le concede la ley, para cuyo efecto

A V. S. Suplico, se sirva mandar se me libre testimonio de dicha providencia de denegacion, en forma debida, pues asi procede en justicia que pido, etc.

330. *Escrito de queja en caso de denegacion del testimonio.*—Excmo. Sr., (ó Muy poderoso señor, si se recurre al Supremo Tribunal de Justicia, por corresponderle conocer del recurso de fuerza.) D. P., en nombre de D. R., en virtud del poder

que en debida forma presento, ante V. E. (ó V. A.) parezco por recurso de queja contra el juez ó tribunal eclesiástico de *tal* parte, y como mejor proceda, digo: Que habiendo demandado D. C., ante el citado juez ó tribunal eclesiástico á mi poderdante emplazándole en forma sobre *tal* negocio, y no siendo éste de su competencia, sino de la jurisdiccion civil ordinaria, pidió mi principal que se separara del conocimiento de aquellos autos, remitiéndolos á la jurisdiccion competente, protestando, de no hacerlo, impetrar el real auxilio contra la fuerza. Y habiéndose negado á esta peticion, solicitó mi parte se le librase testimonio de la providencia denegatoria, á lo que se negó asimismo el juez eclesiástico. En su virtud, se ve mi representado en la necesidad de hacer uso del remedio que le concede el art. 1110 de la ley, de recurrir en queja á V. E. como lo verifico, por lo que

A V. E. (ó V. A.) Suplico, que habiendo por interpuesto este recurso, se sirva mandar se me librase inmediatamente el testimonio referido por el juez eclesiástico de *tal* parte, dirigiéndole al efecto la real provision correspondiente; pues asi es justicia que pido, etc.

331. *Providencia al escrito de queja.*—Por interpuesto el recurso de queja á nombre de D. R.; Dirijase la real provision correspondiente al juez eclesiástico de *tal* parte, para que inmediatamente facilite el testimonio á que se refiere. Los señores del margen, etc.

Se espide la real provision, y si el juez no la cumpliere, se presenta

332. *Escrito solicitando segunda real provision.*—Excmo. Sr.: D. P., en nombre de D. R., etc. digo: Que no obstante haber espedido V. E. real provision al juez eclesiástico de *tal* parte, para que librara inmediatamente á mi principal testimonio de la providencia en que se negó á separarse de los autos promovidos por D. C. contra mi poderdante, no lo ha verificado el juez referido á pesar de haber transcurrido tanto tiempo, por lo que

A V. E. Suplico, se sirva mandar se le dirija segunda real provision, para que cumpla con lo que se le ordenó en la primera, conminándole con la pena establecida en el art. 305 del Código penal; pues asi es justicia que pido, etc.

333. Se dicta *providencia* á este escrito mandando librar la segunda real provision y haciendo la conminacion solicitada, y si aun asi no cumpliere el juez eclesiástico con lo ordenado, transcurrido un término bastante, se dictará, instancia de parte, providencia segun el formulario, núm. 336 y siguientes

334. *Escrito interponiendo el recurso de fuerza, ante la Audiencia ó Tribunal Supremo*, (obtenido que fuere el testimonio mencionado).—Excmo. Sr. (ó M. P. S.) D. P., en nombre de D. R., en virtud de poder que en debida forma presento, ante V. E. parezco y como mejor proceda digo: Que habiéndose demandado á mi principal ante el juez eclesiástico de *tal* parte sobre *tal* negocio, pidió al mencionado juez dejara de entender del mismo, y remitiese los autos á la jurisdiccion competente, protestando de lo contrario impetrar el real auxilio contra la fuerza, por pertenecer el conocimiento de dicho negocio á la jurisdiccion civil ordinaria, por su naturaleza (ó por no tener fuero ó carácter eclesiástico mi representado) y segun se deduce de las siguientes consideraciones (se alegan). El juez eclesiástico sin embargo, dictó providencia negándose á acceder á la justa pretension de mi parte, segun acredita el testimonio en forma de la misma que le fue librado: por lo que se ve mi principal en la necesidad de interponer ante V. E. el recurso de fuerza en conocer contra el juez referido, y en su virtud, interponiendolo en su nombre

A V. E. Suplico, que habiendo por presentado el poder y testimonio mencionados, se sirva librar real provision al juez eclesiástico de *tal* parte, para que con suspension de todo procedimiento remita los autos originales, previa citacion y emplazamiento de las partes, á fin de que comparezcan ante V. E. en el improrogable término de veinte dias, á usar de su derecho; pues asi es justicia que pido, etc.

335. *Providencia.*—Por presentado con el testimonio de que se hace referencia y el poder: como se pide. Los señores del margen, etc.

336. *Escrito pidiendo que se recojan los autos del juez.*—D. P., en nombre de D. R., etc. digo: Que no obstante haberse dirigido por V. E. segunda real provision á *tal* juez, para que remitiese los autos originales instaurados por D. C. contra mi parte (ó para que facilitase á mi parte testimonio de la providencia en que se negó á inhibirse de su conocimiento, en su caso), no lo ha verificado asi, no obstante haber transcurrido tanto tiempo, y siendo perjudicial á mi parte estas dilaciones (ó que continúe conociendo de aquel negocio

A V. E. Suplico se sirva mandar al juez de primera instancia de *tal* parte, que



recoja los autos referidos y los remita á V. E., sin perjuicio de los demás á que pueda haber lugar en justicia que pido, etc.

337. *Providencia mandando recoger los autos.*—Librese carta-orden al juez de primera instancia de tal parte para que recoja los autos de que se trata en este recurso, de tal juez y los remita á este tribunal; y procédase criminalmente á lo que haya lugar contra dicho juez eclesiástico, según derecho, para lo cual, fórmese pieza separada con los insertos necesarios (ó testimonio de tales particulares sobre el tanto de culpa que resulte).

(Véase acerca de los miramientos y respeto con que debe procederse en este caso, espuesto en el núm. 1,736 del lib. 3.º de esta obra.)

338. Recibidos los autos en el tribunal ordinario, se dicta providencia: al relator para la formación del apuntamiento. Devueltos por éste, se manda: Entréguense á las partes para instrucción y por término de seis días á cada una y al juez ó fiscal eclesiástico (si se ha presentado). Devueltos por las partes, se dicta: Al fiscal de S. M. por igual término y objeto (teniéndose presente que por real orden de 13 de marzo de 1863 se ha mandado sostengan los fiscales la defensa de la real jurisdicción eclesiástica, cuando crean que los tribunales de este fuero no se han estralimitado de las atribuciones que les competen. Habiendo peticiones de reformas del apuntamiento, se procede, según se dijo respecto del juicio ejecutivo, hasta terminar este incidente. Devueltos los autos por el fiscal y por el magistrado ponente á quien debieron pasarse, se manda proceder á la vista citadas las partes, para lo cual se señala día, y verificada ésta se dicta

339. *Sentencia* (estendiéndose como las demás, y declarando si se accede al recurso), que hace fuerza el juez eclesiástico en conocer, y se manda alzar las censuras que hubiese impuesto y que se dé cuenta al gobierno de S. M. por conducto del Excmo. señor ministro de Gracia y Justicia acompañado testimonio literal de la sentencia. Igualmente se mandan remitir los autos con citación de las partes que se presentaron en el tribunal que conoció de la fuerza, al juez de primera instancia competente y oficiar al juez eclesiástico, poniendo en su conocimiento esta providencia con inserción de la misma. (Si se declarase que no hacia fuerza el juez eclesiástico), se dirá: no haber lugar al recurso de fuerza, condenando en costas al recurrente de quien se harán efectivas en este tribunal, previa su tasación y se manda devolver los autos al juez eclesiástico con certificación de la sentencia, para su continuación con arreglo á decreto.

#### RECURSO DE FUERZA EN EL MODO DE CONOCER Y EN NO OTORGAR.

340. *Escrito preparando estos recursos.*—D. P. en nombre de D. R. en virtud del poder que en debida forma pre-ento en los autos promovidos por D. C., sobre tal cosa, como mejor proceda, digo: Que habiéndoseme notificado la providencia de tal fecha, por la que se manda tal cosa, y considerandola perjudicial á los derechos de mi representado, haciendo uso del que me confiere el art. 1,128 de la Ley,

A V. S. Suplico, se sirva reponerla por contrario imperio, providenciando según mi anterior solicitud, ó de lo contrario, se sirva admitirme la apelación que de ella interpongo subsidiariamente, protestando en caso de negativa, impetrar el real auxilio contra la fuerza, por ser así justicia que pido, etc.

341. Si se providencia no haber lugar á la reposición ni á la apelación, se procede según lo prescrito en los arts. 1,109 al 1,113 de la Ley sobre el recurso de fuerza en conocer, cuyo formulario llevamos espuesto, acomodándose la sustanciación en adelante á los trámites señalados en los arts. 1,114 y siguientes, según se espresa en el art. 1,130 sin que tenga lugar la escepcion que se marca en éste, de no intervenir el ministerio fiscal de la jurisdicción ordinaria en los recursos en el modo y en no otorgar, pues por real orden de 13 de marzo 1863 se ha dispuesto, que los fiscales de las Audiencias sean parte indispensable en todos los juicios de esta clase y que sostengan la defensa de la jurisdicción eclesiástica, cuando crean que los tribunales de este fuero no se han estralimitado de las atribuciones que les competen.

#### Formulario de los juicios en rebeldía.

342. *Escrito pidiendo la retención y embargo de los bienes del declarado rebelde.*—D. P., en nombre de D. A., en los autos con D. D. sobre tal cosa, etc.,

digo: Que por providencia de tal fecha, ha sido declarado el contrario en rebeldía, siguiéndose las actuaciones con los estrados del juzgado por no haber comparecido en el término legal. Y como esta falta de comparecencia hace presumir que no procede de buena fé (ó que no confía en que se decida es el litigio á su favor) conviene al derecho de mi parte, para asegurar las resultas de este juicio, hacer uso del que le concede la Ley de Enjuiciamiento, por lo que,

A V. S. Suplico, se sirva decretar la retención de los bienes muebles del D. D. hasta tal cantidad de que se le demanda, en poder de tal persona y los tiene bajo su custodia, exigiéndole las garantías suficientes al efecto (si no las ofreciere) ó constituyéndolas en depósito por cuenta y riesgo de su dueño, y asimismo (si no bastaren los bienes muebles á cubrir lo reclamado) el embargo de tales bienes inmuebles que posee, suficientes á cubrir la cantidad espresada, mandando espedir al registrador del partido la orden correspondiente para que efectúe la anotación preventiva de la hipoteca judicial á que quedan sujetos y de la prohibición absoluta de venderlos, gravarlos ó obligarlos, por ser justicia que pido, etc.

343. *Auto.*—Por presentado el escrito anterior: y como en el mismo se pide. El S. D. J., etc.

*Notificaciones: mandamiento para la retención: diligencia de esta y requerimiento á la persona que tenga bajo su custodia los bienes muebles para la retención, exigiéndole garantías (en su caso), etc. Mandamiento al registrador para hacer la anotación preventiva.*

344. *Escrito para que se alee la retención y el embargo.*—D. P., en nombre de D. D., etc., digo: Que por auto de tal fecha, dictado á instancia de D. A., se sirvió V. S. decretar la retención de los bienes muebles de mi poderdante y el embargo de tales inmuebles, á consecuencia de haberse declarado en rebeldía á mi principal por no haber comparecido en el juzgado en debido tiempo, mas habiéndole impedido la comparecencia en juicio una fuerza mayor que no ha estado á su alcance vencer (se alega la fuerza) y hallándose dispuesto á justificar esta imposibilidad y fuerza, y estando el pleito en primera instancia.

A V. S. Suplico, se sirva mandar se me admita la justificación espresada, y en su virtud disponer se alee la espresada retención y embargo de bienes de mi principal, espidiéndose los mandamientos correspondientes para que se dejen aquellos á su libre disposición, por ser justicia que pido etc.

345. *Auto.*—Por presentado, con el poder que acompaña: fórmese pieza separada de este incidente, con relación sucinta de las actuaciones de retención y embargo, y literal de esta providencia y del escrito sobre que recae, y hecho se proveerá. El Sr. D. J., etc.

346. Formada la pieza; se da traslado al colitigante por término de seis días, siguiéndose la sustanciación que en los incidentes del juicio ordinario, sin que se detenga el curso de la demanda principal.

347. *Escrito del declarado rebelde pidiendo se reciban los autos á prueba en la segunda instancia por haber comparecido en primera después del término de prueba.*—Excmo Sr.: D. P., en nombre de D. D., etc., digo: Que mi principal fue declarado en rebeldía en primera instancia, entendiéndose las actuaciones con los estrados hasta después de trascurrido el término de prueba, por no haber podido comparecer antes en juicio, y siguiéndosele graves perjuicios de no hacer prueba en esta segunda instancia, puesto que quedaria indefenso por no haber podido efectuarla en la primera, y siendo de hecho la cuestión que se discute, haciendo uso del derecho que le concede el art. 1,192 de la Ley de Enjuiciamiento,

A V. S. Suplico, se sirva haberme por parte en el nombre en que comparezco, y recibir los autos á prueba, entendiéndose conmigo las actuaciones que en ellos tuvieren lugar.

348. *Providencia.*—Háse por presentada á esta parte en los autos promovidos por D. A.; recibase este pleito á prueba por término de tantos días, comunes, á las partes, entendiéndose en lo sucesivo las actuaciones con D. P., á nombre de D. D., etc.

349. *Escrito pidiendo audiencia contra la ejecutoria.*—Excmo Sr.: D. P., en nombre de D. D., en virtud de poder, etc., ante V. E., parezco, y, etc., digo: Que habiendo entablado demanda D. A. sobre tal cosa contra mi principal, fue éste citado y emplazado por medio de edictos, por ignorarse su domicilio, declarándose en rebeldía por no haber comparecido en el juzgado á su debido tiempo, y dictándose sentencia ejecutoria condenándole á tal pago. Mas como no llegara á su noti-

cia la citacion y emplazamiento mencionados por hallarse en *tal* país extranjero, durante todo el tiempo invertido en la sustanciacion del pleito desde que se le citó y emplazó, segun se halla dispuesto á acreditar en forma debida, y en su consecuencia los extremos que exige el art. 1.198 de la Ley de Enjuiciamiento, de hallarse fuera del pù-blo en que se siguió el pleito y ausente del de su última residencia, que fue *tal* parte con anterioridad á la citacion ó emplazamiento en la fecha de la publicacion en el de los edictos para citarlo y emplazarlo, y resultando asimismo de los autos no haber trascurrido aun un año desde la fecha de la publicacion de la ejecutoria, y del Boletín de la provincia en que se verificó ésta, número *tantos*, y que presento en debida forma.

A V. E. Suplico, que habiendo por presentado este escrito con el poder y el Boletín mencionado, se sirva admitirme la justificacion ofrecida de los extremos espuestos, y resultando ser suficiente, declarar se oiga á mi representado contra la ejecutoria pronunciada por dicho juez de primera instancia, mandando al efecto llamar los autos seguidos en ella, pues asi procede de justicia, etc.

(Por el mismo estilo se estenderá el escrito que se refiera á alguno de los casos de los artículos 1.194 al 1.198.)

350. *Providencia.*—Por presentado, con los documentos que acompañan, admitanse á esta parte las justificaciones que ofrece, y librese carta orden al juez de primera instancia de *tal* parte para que remita los autos referidos, y efectuado, se proveerá.

Luego que se hubiere dado la justificacion ofrecida con arreglo á los formularios del juicio ordinario, y en vista de resultar de los autos haberse hecho la citacion por edictos en la fecha espresada, y ser cierto los demás particulares á que se refiere el recurrente, y despues de oír al contrario, y aun segun algunos autores de seguir la tramitacion de los incidentes, pronuncia el Tribunal sentencia declarando haber lugar á oír al recurrente contra la ejecutoria, mandado librar certificacion de esta sentencia al juez de primera instancia, remitiéndole los autos para que oiga nuevamente á las partes conforme á los trámites del art. 1.201.

Si no resultaren justificados aquellos extremos, se declarará no haber lugar á oír al recurrente, remitiéndose los autos al juez referido para que dé cumplimiento á la ejecutoria.

351. La sustanciacion de la audiencia, que se presta de nuevo contra las ejecutorias, se acomoda á las reglas del art. 1.201 de la Ley, cuyo formulario no espone-mos por su sencillez y analogía con el de los incidentes del juicio ordinario ya espuesto.

#### Formulario de ejecucion de sentencias.

DE SENTENCIAS DICTADAS POR JUECES ESPAÑOLES.

352. Si pronunciada la sentencia en primera instancia, dejase la parte condenada trascurrir el término para apelar, sin hacerlo, presentará la contraria escrito pidiendo, que en atencion á dicha circunstancia, se declare por consentido el fallo y se proceda á su ejecucion, y el juez lo decreta asi. Cuando la ejecutoria procediera de Tribunal superior, por haberse apelado de la sentencia de primera instancia, recibida en el juzgado inferior la certificacion de ella, se da auto de: Guárdese y cúmplase lo mandado por la superioridad; acúsese el recibo á la misma, y hágase saber á *tal* parte (la vencedora).

353. *Escrito pidiendo ejecucion de una sentencia condenando á pagar cantidades líquidas.*—D. P., en nombre de D. A., etc., digo: Que por sentencia ejecutoria pronunciada por *tal* Tribunal en *tal* fecha, (ó por V. S. en *tal* fecha, la cual ha sido consentida por la parte contraria, dejando trascurrir el término que señala la ley para apelar de ella, sin verificarlo), ha sido condenado D. D. á pagar *tal* cantidad á mi principal, segun resulta de certificacion que de aquella presento, y no habiéndolo verificado y conviniendo al interés ó derecho de mi parte que se lleve á efecto lo mandado,

A V. S. Suplico, se sirva mandar se requiera á D. D. al pago de la cantidad referida, y de las costas causadas segun tasacion, y de no efectuarlo, se proceda al embargo de bienes de su pertenencia, suficientes á cubrir dicha suma, y la de las costas causadas hasta el efectivo pago, en la forma prevenida en el juicio ejecutivo, procediendo á su avalúo, venta y pago segun las reglas establecidas para el procedi-

miento de apremio, espidiéndose al efecto el oportuno mandamiento, pues es justicia, etc.

354. *Auto.*—Por presentado, con la certificacion que acompaña, y como se pide.

(Las demás diligencias conforme á las del juicio ejecutivo).

355. *Escrito pidiendo la ejecucion de sentencia condenatoria á hacer.*—D. P., etc., digo: Que por *tal* sentencia ejecutoria se condenó á D. D. á hacer *tales* reparos en *tal* finca de mi principal (ó *tal* cosa, ó el retrato de *tal* persona, si el hecho fuere personalísimo) y no habiéndolo efectuado,

A V. S. Suplico, se sirva señalar *tal* término á D. D. para que ejecute lo mandado en la sentencia, bajo apercibimiento de lo que corresponda, y con imposicion de las costas que para ello se ocasionen, pues asi es justicia que pido, etc.

356. *Auto.*—Requíerese á D. D. para que en el termino de *tantos* dias comience y termine los reparos de *tal* finca (ó el retrato de *tal* persona), á que se le condenó en *tal* ejecutoria, apercibiéndole de que si no lo verificare se harán las obras á su costa (ó si fuere el hecho personalísimo, como el retrato, se dirá: apercibiéndole de que de no efectuarlo, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios).

357. *Escrito para que se lleve á efecto el apercibimiento.*—D. P., etc., digo: Que habiendo trascurrido el término señalado en *tal* providencia á D. D. para verificar *tales* obras (ó *tal* retrato) á que se condenó por *tal* ejecutoria, sin haberlas efectuado, se está en el caso de llevar á efecto el apercibimiento que se le hizo, mandando hacer aquellas á su costa (ó en el caso de ser el retrato), y en atencion á consistir la condena en un hecho personalísimo, ó depender de los conocimientos especiales del vencido, entendiéndose que ha optado por el resarcimiento de perjuicios, y habiéndose fijado la importancia de estos en la ejecutoria en tanta cantidad, mandar que se proceda al embargo de bienes de su pertenencia (sigue como el escrito del núm 353) ó si no se hubieren fijado en la ejecutoria, exigiéndoselos conforme á lo prevenido en el art. 910 y siguientes de la ley sobre ejecucion de sentencia condenatoria al pago de cantidad líquida procedente de perjuicios, á cuyo fin presento la debida relacion de ellos) por lo que,

A V. S. Suplico, se sirva mandarlo segun llevo solicitado, por ser justicia que pido, etc.

358. *Auto.*—Mediante á no haber efectuado D. D. *tales* obras en el termino señalado en *tal* auto, procedase á efectuarlas por el arquitecto D. A. á costa de D. D. á cuyo efecto fíjese el presupuesto correspondiente por D. A. en forma debida (ó en atencion á ser personalísimo el hecho, se entienda que el D. D. ha optado por el resarcimiento de perjuicios; procedase á exigirsele el importe de *tanto*, fijado en la ejecutoria y con arreglo al art. 892 de la Ley de Enjuiciamiento civil, (ó si se hubiese presentado la relacion de perjuicios por no haberse fijado su importe en la ejecutoria) de cuya relacion dése vista á la parte condenada en la ejecutoria por *tal* término, para que se manifieste si está ó no conforme con ella) y trascurridos dese cuenta.

359. El procedimiento continúa con arreglo á los art. 910 y siguientes, esto es, al procedimiento que se sigue sobre la condena de cantidad líquida procedente de frutos, cuyo formulario se espondrá mas adelante.

360. *Escrito, cuando el condenado á no hacer algo, quebrantase la sentencia.*—D. P., etc., digo: Que habiendo sido condenado D. D. por *tal* ejecutoria á no hacer *tal* cosa, lejos de obedecerla, la ha quebrantado verificando *tales* actos, y previniendo el art. 897 de la ley, que en tal caso se entienda que opta por el resarcimiento de los perjuicios causados (y se continúa como en el escrito anterior, segun que se hubiese fijado ó no su importe en la ejecutoria).

361. Si la sentencia fuere de restituir ó entregar una cosa, se espresará asi en el escrito, pidiendo se señale término para la entrega, y de no efectuarlo, se le apremie á entregarla conforme á derecho, y se da *auto* señalándole término y apremiándole á ello por medio de alguacil ó con multa, y si aun no lo entregare, mandará el juez que se recoja ó tome, si es cosa mueble, el objeto debido, ó se dé posesion de ella, si raiz, por alguacil del juzgado acompañado de escribano, como á dueño verdadero declarado por ejecutoria.

362. *Escrito pidiendo ejecucion de sentencia sobre pago de cantidad líquida procedente de frutos.*—D. P., etc., digo: Que por *tal* ejecutoria fue condenado D. D. á entregar á mi representado *tal* heredad con los frutos producidos desde la contestacion de la demanda, fijándose en dicha sentencia las bases bajo que debe practicarse su liquidacion. Mi representado ha conseguido se le diera la posesion de

la citada finca, pero como quede por ejecutar la parte de la sentencia que se refiere á los frutos,

A V. S. Suplico, se sirva mandar que presente D. D. dentro del término que V. S. estime conveniente, la liquidacion de los frutos referidos con arreglo á las bases fijadas en la sentencia, aperebido que de no efectuarlo, se procederá á lo que haya lugar, y presentada, se me dé vista de ella, pues así procede de justicia que pido, etc.

363. *Auto.*—Hágase saber á D. D. que en el término de diez días presente la liquidacion solicitada, etc.

364. *Escrito del deudor presentando la liquidacion.*—D. P., etc., digo: Que en cumplimiento de tal ejecutoria y del auto de V. S. de tal fecha, ha forinado mi principal y presento en su nombre ante V. S. la liquidacion de frutos prevenida bajo las bases fijadas en la ejecutoria, por lo que

A V. S. Suplico, se sirva haberla por presentada para los efectos consiguientes.

365. *Auto.*—Por presentada la liquidacion prevenida: dése vista de ella á la parte contraria por término de tantos días, y trascurridos, dése cuenta.

366. *Escrito del demandante espresando estar ó no conforme con la liquidacion.*

367. Si hubiere conformidad y no pagare el demandado, se pedirá y providenciará que se proceda por la via de apremio contra éste. No habiendo conformidad, dictará el juez

*Auto.*—En atencion á no hallarse conformes las partes con la liquidacion presentada, convóqueseles á juicio verbal para tal día, previniéndoles que en él habrán de presentar las pruebas sobre los hechos en que no estuvieran de acuerdo.

368. *Escrito proponiendo las partes las pruebas, y diligencia de practicarse en la forma ordinaria, las que hubieran de ejecutarse fuera del lugar de la residencia del juzgado.*

369. *Acta del juicio verbal, en la forma ordinaria.*

370. *Sentencia fundada sobre la suma que debe pagarse.*—(Se estiende en la forma ordinaria).

371. Si el deudor no presentare la liquidacion en el término señalado, se presentará escrito por el acreedor pidiendo se le señale otro que no esceda de la mitad del primero, con aperebimiento de que no presentándola antes de que transcurra, se esté y pase por la que presente el solicitante ó que obtuvo la ejecutoria, en todo lo que no probare ser inexacto el contrario y se providenciará de conformidad con este escrito.

372. *Auto mandando que el acreedor presente la liquidacion.*—En atencion á no haber presentado D. D. la liquidacion prevenida en providencia de tal fecha, en el segundo término que se le señaló al efecto, prevéngase á la contraria que la formule y presente.

373. Presentada la liquidacion por el acreedor, se pone diligencia y se dicta

*Auto.*—Dése vista de la liquidacion presentada á la parte contraria, por tal término (lo mas seis días) para que espese si se halla ó no conforme con ella, á cuyo efecto, póngase de manifiesto en la escribanía del actuario.

374. *Escrito del deudor de hallarse conforme con la liquidacion.*

375. *Escrito del acreedor, pidiendo, en virtud de esta conformidad, ó de no haberse opuesto el deudor á la liquidacion en el término que se le señaló, que se aprueba y se proceda á hacer efectiva la cantidad que importe y las costas por la via de apremio, y el juez la aprueba en todo lo que estuviere conforme á las bases fijadas en la sentencia.*

376. Si el deudor se opone á la liquidacion, providencia el juez se convoque á las partes á juicio verbal conforme á los arts. 901 y siguientes, y se dicta sentencia, en la que si se aprueba la liquidacion, será en todo lo que el deudor no hubiere probado ser inexacto y fuere conforme á las bases fijadas para ella en la sentencia.

377. Cuando la sentencia condene al pago de cantidad ilíquida procedente de perjuicios, se presenta por el que la haya obtenido, escrito, con relacion de ellos, con solicitud segun el formulario, núm. 362.

#### EJECUCION DE SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES ESTRANJEROS.

378. *Escrito pidiendo su ejecucion.*—M. P. S. D. P., en nombre de D. A., en virtud del poder, etc., ante V. A. parezco, y, etc., digo: Que habiendo seguido mi

principal pleito en tal pais extranjero; sobre tal cosa, con D. D. natural de tal parte, y domiciliado en esta corte, pronunció sentencia á su favor tal tribunal, de aquel pais, segun consta del documento que acompaño con las legalizaciones correspondientes, y hallándose establecido en tal Tratado celebrado con dicho pais, artículo tantos, que tengan fuerza reciprocamente en ambos paises las sentencias pronunciadas en uno de ellos (ó concurriendo en dicha sentencia las circunstancias ó requisitos requeridos por los arts. 923 ó 924 ó 925 de la Ley de Enjuiciamiento civil segun tales documentos que presento en forma debida) es conforme á derecho que se proceda á la ejecucion de la sentencia mencionada, en España, y en su consecuencia,

A V. A. Suplico, que habiendo por presentada esta solicitud, con los documentos que la acompañan, se sirva mandar se proceda á la ejecucion de la sentencia pronunciada por tal tribunal de tal pais, en la forma debida y con arreglo á los artículos 926 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, por ser justicia que pido, etc.

379. *Providencia.*—Remítanse los documentos presentados á la interpretacion de lenguas para su traduccion, y efectuado, comuníquese el anterior escrito á la parte contra que se dirige, y al señor fiscal, para en vista de su dictamen proveer.

380. Oída la parte contraria (para lo que deberá tenerse presente, en su caso, lo dispuesto en el art. 927) y al fiscal, se dicta sentencia en forma, declarando si debe ó no darse cumplimiento á la ejecutoria extranjera.

#### FORMULARIO DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

##### Formulario de los alimentos provisionales.

381. *Escrito pidiendo alimentos provisionales.*—D. P., vecino de tal parte, ante V. parezco y como mejor proceda, digo: Que no pudiendo procurarme la subsistencia por carecer de bienes de fortuna (ó por haber perdido los bienes de fortuna que tenia por tales acontecimientos que me ha sido imposible evitar), y á causa tambien de hallarme imposibilitado para el trabajo, por padecer tal enfermedad, ó encontrarme en la edad avanzada de setenta años, y siendo padre de D. H., vecino de tal parte, y de edad de treinta años, segun todo consta de tales documentos y partidas de bautismo que en debida forma presento (ó lo que ofrezco probar por informacion de testigos), he acudido al citado mi hijo para que me suministrara los alimentos á que le obligan las leyes puesto que en tales bienes, posee una fortuna de tantos miles de duros que le rentan ochenta mil reales, segun consta de tal documento que presento en forma, estando pronto ademas á presentar informacion testifical sobre los extremos espresados: mas como se haya negado el citado mi hijo á asignarme cantidad alguna por via de alimentos, me veo en el caso de hacer uso del derecho que me concede el art. 1210 de la Ley de Enjuiciamiento para reclamarlos judicialmente, y por tanto,

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito con los documentos que le acompañan, y que acreditan la cualidad de padre con que pido los alimentos, el caudal de mi hijo que debe prestármelos y demás extremos espresados, y admitiéndome la informacion testifical ofrecida respecto de los mismos, se sirva mandar á mi hijo D. H. me satisfaga, por via de alimentos provisionales, la cantidad de tantos mil reales, por meses anticipados, pues así procede en justicia etc. (*Lugar, fecha y firma del reclamante.*)

382. *Auto.*—Por presentado con los documentos que acompaña: recíbese á esta parte la informacion de testigos que ofrece, y efectuado, se proveerá. El Sr. D. F., etc.

383. Resultando ser ciertos los extremos espuestos, de la informacion testifical, ó bien de los documentos presentados, en cuyo caso no se dá auto admitiendo aquella, se dicta sentencia en la forma ordinaria, mandando prestar como alimentos provisionales tal cantidad por meses anticipados, reservando á las partes el derecho de que pueden hacer uso en el juicio correspondiente.

La primera mensualidad puede exigirse inmediatamente de dada la sentencia, y si no se paga, se procede por la via de apremio al embargo y venta de bienes necesarios á cubrir su importe.

### Formulario sobre el nombramiento de tutores y curadores.

384. *Escrito del tutor ó curador pidiendo el discernimiento del cargo.*—D. F., vecino de tal parte, ante V. S. como mejor proceda, parezco y digo: Que D. F. falleció en tal fecha, segun consta de la partida de defuncion que presenté, bajo testamento nuncupativo que otorgó ante tal notario en tal fecha nombrándome tutor (ó curador) con relevacion de fianzas, segun acredita el testimonio que en forma de bida presenté, de su hijo D. H. pupilo (ó menor de edad) segun acredita la adjunta partida de bautismo; y deseando encargarme desde luego de la referida tutela (ó curaduría).

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito, con los documentos mencionados, se sirva aprobar dicho nombramiento de tutor (ó curador) y discernirme el cargo con arreglo á las disposiciones legales, por ser justicia que pido, etc.

385. En forma análoga se estenderá el escrito de nombramiento de tutor ó curador, hecho por la madre ó un extraño que instituyó heredero al menor.

Otrosí, digo: Que perteneciendo el menor á tal familia, (ó concurriendo en la persona del menor tales circunstancias) y siendo el caudal del mismo de tal entidad segun aparece de tales documentos que presenté en forma debida, ó segun estoy pronto á justificar con informacion de testigos.

A V. S. Suplico, se sirva determinar se entienda el desempeño del cargo frutos por pensión (ó señalar tal cantidad por via de alimentos y educacion de dicho menor y tanto por ciento que debe abonarse por la administracion) conforme á lo dispuesto en el art. 1,261 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por ser justicia que pido, etc.

386. *Auto.*—Por presentado con los documentos que acompañan: en cuanto á lo principal, se aprueba el nombramiento de tutor (ó curador) del menor D. M. hecho por su padre D. P. á favor de D. T. con relevacion de fianzas; notifiquese para su aceptacion en forma, otorgando *apud acta* la oportuna obligacion de desempeñar bien y fielmente su cargo; y efectuado dese cuenta para el discernimiento del mismo en cuanto al otrosí sobre los alimentos del menor, comuniquese la solicitud al promotor fiscal. (Si se admite la informacion ofrecida por creerla necesaria, se dirá: practíquese la informacion ofrecida con citacion del promotor fiscal) y efectuado, dese cuenta. Lo mandó, etc.

387. *Dictámen del promotor sobre los alimentos y administracion.*—El promotor fiscal de este juzgado en vista de los documentos presentados y de la informacion practicada por D. T., de los cuales resulta ser de tal entidad el caudal del menor, y guardar igualdad próximamente los productos de los bienes en que consiste, con lo que corresponde por alimentos al menor segun su clase, es de dictámen: que puede señalarse para los alimentos y educacion de este tanta cantidad) ó la que pide el tutor) y tanto por ciento por la administracion, (ó frutos por pensión ó alimentos). Tal es su dictámen que somete á la ilustracion del juzgado.

388. *Auto.*—En vista del dictámen del promotor fiscal, se señala tanta cantidad para los alimentos y educacion del menor D. M. y tanto por ciento por la administracion al tutor (ó curador) D. T. (ó se declara que el ejercicio del cargo debe entenderse frutos por pensión) cuyo total importe se le abonará en cuenta. Lo mandó, etc.

389. *Obligacion que se estiende en el mismo expediente por ante el escribano y testigos por el tutor ó curador, en que se obliga á desempeñar bien y fielmente los deberes de tal, bajo la responsabilidad que exigen las leyes.*

390. *Auto.*—Habiendo prestado el tutor D. T. la obligacion que corresponde de desempeñar bien y fielmente su cargo, procédase á discernirsele el de tutor (ó curador.) Lo mandó, etc.

391. *Diligencia de discernimiento.*—(Véase en el núm. 608 del libro y tomo 1.º del Febrero, donde se encuentra estendida con toda municiosidad, pero teniendo presente, respecto de su cláusula final, que en el dia segun el art. 87 del Reglamento para el cumplimiento de la ley del notariado, la protocolizacion de toda clase de actos y contratos prevenida por las leyes corresponde esclusivamente á los notarios.

392. Si no hubiese habido relevacion de fianzas en el nombramiento, se omite en el escrito la demanda sobre ella y se expresa en otrosí, hallarse dispuesto el nombrado á prestar fianza en la cantidad que el juez señale. En tal caso, debe el juez exi-

gir fianzas al nombrado, y asimismo puede exigir las en el de que haga el nombramiento de tutor ó curador la madre ó un extraño nombrando heredero al menor ó dejándole manda considerable, aunque le relevasen de fianzas, si el nombrado no ofreciese suficientes garantías; en tales casos dará

393. *Auto.*—Póngase de manifiesto el expediente en la escribanía, á fin de que el promotor fiscal (ó el curador para pleitos del menor, si lo tuviese) lo examine y proponga lo que estime procedente sobre el importe de las fianzas que deba dar el tutor (ó curador) nombrado,

394. *Dictámen del promotor ó escrito del curador para pleitos.*

395. *Auto.*—Se fija en tanta cantidad el importe de las fianzas que debe prestar D. T., nombrado por D. M., tutor de su hijo D. M. y prestadas al promotor (ó curador para pleitos.)

396. Se otorga la escritura de hipoteca, conforme las leyes, y se presenta

397. *Escrito prestando la fianza.*—D. P., etc. digo: Que cumpliendo con la providencia de tal fecha, fijando la cantidad de la fianza que debo prestar para responder de la tutela de D. M. y de los extremos á que se refiere el art. 367 de la ley, (en su caso) he otorgado la escritura de constitucion de hipoteca que en debida forma presento, por lo que,

A V. S. Suplico que habiendola por presentada, y por suficiente la fianza hipotecaria constituida en ella, se sirva mandar se me discierna el cargo, segun tengo solicitado y procedo en justicia que pido, etc.

398. *Dictámen del promotor ó escrito del curador para la apreciacion y aprobacion de la fianza.*

399. *Auto* aprobando la fianza presentada, y disponiendo se atiende el acta de obligacion del cargo de tutor y de la constitucion de la hipoteca.

400. Se entiende en una sola acta la obligacion de desempeñar bien el cargo y la constitucion de la hipoteca con arreglo á las leyes. Se da auto aprobando dicha obligacion y constitucion mandando discernir el cargo, y se entiende la diligencia de discernimiento.

401. Cuando reclama la tutela legitima algun pariente, presentará escrito esponiendo y acreditando no haberse nombrado tutor testamentario al menor, y ser él el pariente mas próximo llamado por la ley á la tutela, y el juez en vista de ser ciertos estos extremos, le nombrará tutor exigiéndole fianza y oyendo al promotor fiscal en la forma ya espuesta.

Para el caso de la tutela dativa podrá presentarse escrito esponiendo y acreditando, no haber tutor testamentario ni pariente legitimo á quien nombrar y estarse en el caso de elegir el juez la persona que haya de desempeñar el cargo, ó bien el juez da auto de oficio para acreditar estos extremos y proceder al nombramiento de tutor.

402. Respecto del nombramiento de curador, cuando por no haberlo testamentario corresponda hacerlo al mismo menor, se verifica por

*Comparecencia del menor para el nombramiento de curador.*—En tal parte á tantos, ante el Sr. D. J., juez de primera instancia de la misma, compareció D. M. y por ante mí, digo: Que siendo menor de veinticinco años, aunque mayor de catorce (ó de doce si es hembra) segun consta por la partida de bautismo que en debida forma presenté y no teniendo curador nombrado por testamento por haber fallecido su señor padre en tal dia abintestado (ó con disposicion testamentaria en que no hizo aquel nombramiento) segun constaba de los documentos ó de tal informacion de testigos que presenté, se véia en el caso de hacer uso del derecho que le confiere el art. 1,238 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de nombrar por su curador á D. C., vecino tal parte, y pedia al señor juez le discerniera el cargo. Así lo espresé y firmé con el señor juez de que yo el escribano doy fe,

403. *Providencia.*—Háse por nombrado curador para los bienes de D. M. á D. C.; notifiquese para su aceptacion y obligacion y para la prestacion de fianza, oyéndose al promotor fiscal y practicándose lo demás necesario para el discernimiento del cargo.

404. *Notificacion y aceptacion.*

Se sigue como en los formularios anteriores

405. *Auto de oficio para el nombramiento de curador ejemplar.*—En tal parte, á tantos etc., el Sr. D. J., juez de primera instancia de la misma y su partido por ante mí el infrascrito escribano, dijo: Que habiendo llegado á su noticia que D. Y. se hallaba afectado de enagenacion mental y en su consecuencia, imposibilitado de ad-

ministrar sus bienes, debía mandar y mandaba, para proceder á nombrarle curador ejemplar, que se reciba la conveniente informacion sobre el estado de incapacidad de D. Y., á quien se reconozca por D. P. y D. P., profesores de medicina, poniéndose el espediente de manifiesto en la escribanía, para que dé su dictámen el promotor fiscal, Asi lo mando, etc.

406. *Dictámen del promotor* sobre lo que se le ofrezca y parezca debidamente.

407. *Auto.* En tal parte, el Sr. D. J., etc., en atencion á resultar debidamente acreditado el estado de incapacidad mental de D. J., se nombra curador ejemplar del mismo á D. C., su padre, (ó hijo mayor, madre ó demás á que se refieren los arts. 1,245 al 1,247); hágasele saber este nombramiento para su aceptacion y dese cuenta.

408. Siguen las diligencias sobre fianzas, alimentos, obligacion y discernimiento, segun los formularios anteriores, y se da

*Auto.*—Habiéndose discernido el cargo de curador ejemplar á D. C., hágasele entrega del caudal del incapacitado por inventario que se unirá al espediente, y desele á reconocer como á tal curador á los inquilinos y colonos de los bienes del menor y demás personas á quien corresponda.

409. *Escrito de un tutor pidiendo se nombre curador para pleitos á su menor.*—D. T., tutor de D. M., menor de catorce años (ó doce si es hembra): digo: Que conviniendo al interés de mi menor promover demanda sobre tal cosa, y no pudiendo representarle como tutor suyo en este litigio, por hallarme con interés contrario al suyo, respecto de su determinacion, es indispensable se le nombre un curador para pleitos que lo presente; por lo que,

A V. S. Suplico, se sirva nombrarle á dicho menor un curador á pleitos que le defienda en todo cuanto á mí me prohíbe la ley, por ser justicia que pido; etc. Puede tambien espresarse en otrosi los parientes que tenga el menor para los efectos del art. 1,255.) Si los menores fueren mayores de catorce ó doce años, podrán comparecer ante el juez para hacer por sí dicho nombramiento.)

410. *Auto.*—Se nombra curador para pleitos del menor D. M. á D. C., su pariente en tal grado (inmediato): hágasele saber para que acepte y se obligue y se le discernirá el cargo.

411. *Notificacion, aceptacion y obligacion. Discernimiento del cargo.*

#### Formulario del depósito de personas.

412. *Escrito pidiendo la mujer casada el depósito.*—D.<sup>a</sup> M., consorte legítima de D. E., ante V., etc., espone: Que habiéndome dado causa legítima mi esposo para entablar demanda de divorcio (ó interponer querrela de adulterio, ó habiendo formalizado demanda de divorcio, etc. segun acredita el testimonio que presento), y siendo mi ánimo verificarlo, con el objeto de tenerla libertad necesaria para ello y de evitar las vejaciones y disgustos que de permanecer en su compañía en tal estado podrian ocasionárseme.

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado el testimonio de la admision de la demanda de divorcio (si esta se hubiere interpuesto) se sirva acordar mi depósito en una casa que ofrezca las seguridades convenientes; por ser justicia que pido, etc.

413. *Auto.*—Por presentado con el testimonio que acompaña (en su caso); trasládese el juzgado á la casa habitacion de D. E., para que compareciendo á la presencia judicial D.<sup>a</sup> M., manifieste si se ratifica ó no en su escrito y ratificándose, procédase á designar la persona que haya de encargarse del depósito. Lo mandó.

414. *Comparencia de ratificacion.*—En tal parte, etc. El Sr. D. J., juez, etc., acompañado de mí el escribano, se constituyó en casa de D. E., esposo de D.<sup>a</sup> M., y habiendo hecho comparecer á esta señora á su presencia en habitacion en que no entró su marido y leídola el escrito anterior, interrogándola si lo reconocia por suyo y se ratificaba en él, dijo: Que era el mismo que habia escrito y se ratificaba en su contenido, sin que tuviera que añadir ni quitar cosa alguna; y leida que le fue esta declaracion, se ratificó en ella y firmó con el juez, de que doy fe.

415. *Diligencia para nombramiento de depositario.*—Acto continuo, hizo comparecer el señor juez, por ante mí el escribano, á su presencia á D. E., marido de D.<sup>a</sup> M., y habiéndole leído el escrito de esta señora, el auto que recayó sobre él y la ratificacion anterior, é invitados ambos por S. S. á que se pusieran de acuer-

do sobre la persona que habia de encargarse, del depósito de la espresada D.<sup>a</sup> M., designaron ambos con tal carácter á D. D., que vive en tal calle, cuyo nombramiento aprobó S. S., (ó, y no habiendo podido ponerse de acuerdo sobre este punto los dos cónyuges, eligió S. S. á D. D.). A continuacion mandó S. S. á D. E. entregarse á su esposa la cama y ropa del uso ordinario de la misma, y en su virtud se le entregó una cama de acero con tantos colchones, etc. y tales ropas, con que se dió la interesada por satisfecha, y S. S. mandó se pusiera en depósito á D.<sup>a</sup> M. inmediatamente en casa de D. D., dándose por concluida esta diligencia que firmaron ambos cónyuges con S. S. de que doy fe.

416. *Diligencia de depósito.*—En seguida se trasladó el juzgado con la mencionada D.<sup>a</sup> M., á casa de D. D. depositario, quien requerido al efecto, la admitió en depósito, bajo las obligaciones y responsabilidades que en calidad de tal le imponen las leyes, provyéndose, de orden de S. S. del correspondiente testimonio de la providencia en que se le nombró depositario y de esta diligencia. Y para que conste, mandó estender S. S. le presente, que firmó con el depositario y depositada, de que doy fe.

417. *Auto.*—Intínese á D. E. que no moleste á su esposa D.<sup>a</sup> M. depositada en casa de D. D., ni tampoco á éste bajo apercibimiento, de lo contrario, á lo que haya lugar (si no se hubiera entablado la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, se dirá: Prevéngase á D.<sup>a</sup> M., que si dentro de un mes no acredita haber intentado la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, quedará sin efecto el depósito y será restituida á la casa de su morada.)

418. *Auto levantando el depósito.*—No habiéndose acreditado por D.<sup>a</sup> M. en el término de un mes, que se le señaló en providencia de tal fecha, haber entablado la demanda de divorcio ó querrela de adulterio contra su marido, se levanta el depósito constituido por auto de tal fecha y en su consecuencia, restitúyase á D.<sup>a</sup> M. á la casa de éste.

419. *Auto ratificando el depósito.*—Habiendo acreditado D.<sup>a</sup> M. haber entablado la demanda, etc., por testimonio en forma de su admision, se ratifica el depósito constituido en providencia de tal fecha.

420. Cuando se pide el depósito por haber entablado la demanda de divorcio el marido, se estiende el escrito y demás diligencias como en el caso anterior; pero teniendo presente, que la ley no concede el depósito por el solo hecho de que el marido intente la demanda de divorcio ó la querrela de adulterio, sino que exige que se haya intentado y sido admitido por el tribunal competente, y que si no convinieren ambos cónyuges en la persona que ha de ser depositario, debe nombrar el juez la que el marido hubiese designado, si no hubiere razon fundada que lo impida. Véase los arts. 1,298 y 1299.

421. Acerca del procedimiento ó diligencias que deben seguirse ó practicarse en el caso del núm. 3.<sup>o</sup> del art. 1,277, ó de que pida el depósito mujer soltera por negarle sus pades el permiso para contraer matrimonio, véase lo que hemos espuesto en los números 112 al 121 del libro 4.<sup>o</sup> de esta obra, puesto que dicho caso no puede tener lugar en el día, derogados ó reformados los arts. 1,301 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, por la ley de 18 de junio de 1862, sino solo en parte y en el caso que se espresa en el núm. 114 del lib. 4.<sup>o</sup> de esta obra.

422. *Escrito para el depósito por malos tratamientos.*—D.<sup>a</sup> P., etc., espone: Que hallándose constituida bajo la curaduría D. C., se ve en el caso de implorar la proteccion judicial contra los malos tratos de que es objeto ó víctima hace tiempo por parte de éste, segun está dispuesta á hacer constar por informacion de testigos, y en su consecuencia, haciendo uso del derecho que le concede el art. 1,277, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento civil.

A V. S. Suplica, se sirva recibir la informacion, ofrecida, y resultando acreditados los escesos espuestos, acordar se me deposite en una casa de confianza, que podria ser la de la Sra D.<sup>a</sup> D., que vive en tal calle, pues asi procede de justicia que pido, etc.

423. Se da auto disponiendo se ratifique en este escrito: se estiende diligencia de ratificacion y se da providencia admitiendo la justificacion propuesta, y hecha ésta, se dicta

424. *Auto.*—En atencion á resultar suficientemente justificados los malos tratamientos á que se refiere el escrito de tal fecha, depositese á la menor D.<sup>a</sup> P. en casa de D.<sup>a</sup> D.; requiérase á su curador D. C. para que se le entregue la cama y ropas de su uso, formándose el oportuno inventario que se unirá al espediente, y para

que suministre á la depositaria para atender á los alimentos de la pupila *tal* cantidad como mensualidad anticipada. Lo mandó, etc.

425. *Diligencia de depósito*, como la de los formularios anteriores.

426. Cuando conste al juez la imposibilidad en que se halla la pupila de formular la solicitud de depósito, podrá decretar éste por auto de oficio.

427. *Auto de oficio* mandando el depósito de huérfano ó incapacitado que quedaron en abandono por la muerte de la persona á cuyo cargo estaban. En *tal* parte, etc. el Sr. D. J. juez de primera instancia, ante mí el escribano, dijo: Que habiendo llegado á su noticia, que por fallecimiento de D. D. ha quedado en completo abandono D. H., menor de catorce (ó doce) años (ó incapacitado), para evitar los perjuicios que pudieran irrogársele en su persona ó bienes, ha acordado, mientras se le provee de tutor con las formalidades legales, encargar á D. D. la custodia de su persona y bienes, adoptándose *tales* precauciones, respecto de estos, para evitar abusos de todo género. Lo mandó, etc.

428. *Diligencia de depósito*, como la de los formularios anteriores.

#### Formulario de deslinde y amojonamiento.

429. *Escrito pidiendo el deslinde*.—D. S., etc., digo: Que en *tal* término poseo un campo denominado de *tal* modo, lindante con *tales* terrenos segun acreditado *tales* títulos de propiedad ó documentos que presento; pero habiéndose confundido sus verdaderos limites por el trascurso del tiempo (ó por *tales* causas) desapareciendo los mojones que los determinaban, conviene practicar nuevamente el deslinde y amojonamiento de dicho campo y heredades limítrofes, para que sabiendo fíjamente sus respectivos dueños la estension y cabida de sus fincas, se eviten cuestiones y litigios en lo sucesivo; por tanto,

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito con los documentos que acompaño, se sirva mandar se practique dicho deslinde, señalando día y hora para ello, y citando previamente á los dueños de los terrenos referidos en sus personas, y por medio de exhortos y edictos á los ausentes é ignorados, para que concurran á esta diligencia con los títulos de sus propiedades, y mandando se me dé el oportuno testimonio de las actuaciones, pues así es justicia que pido, etc.

430. *Auto*.—Por presentado con los documentos que acompaño: procédase á practicar el deslinde y amojonamiento que se solicita, señalando e para este efecto, *tal* día y hora, previa citación de los dueños de los terrenos limítrofes D. D. y D. P., haciéndoles saber que pueden nombrar peritos conocedores del terreno, y que concurran al acto del apeo con los títulos ó documentos oportunos, y pidiendo hacer por sí ó sus apoderados las reclamaciones que tengan por convenientes y evacuadas estas diligencias, se procederá á lo que haya lugar. Lo mandó, etc.

431. *Notificaciones y citaciones*.

432. *Acta de deslinde y amojonamiento*.—En *tal* parte á *tantos*, constituido el Sr. D. J., juez, etc, acompañado de mí el escribano en *tal* sitio y terreno que se trata de deslindar, y siendo *tal* hora señalada para este acto solicitado por D. S., hallándose presentes D. P. y D. D. dueños de los terrenos colindantes con los peritos D. P. y D. P. nombrados por los mismos y D. C. y D. C. por el señor juez, por los dueños que no lo hicieron, los cuales aceptaron y juraron su cargo, se principió la diligencia del deslinde. Al efecto presentaron D. S. y D. D. sus títulos de propiedad y con arreglo á ellos en vista del terreno, dijeron *tales* dueños que pertenecía D. S. *tal* tierra que linda con *tal* otra hasta *tal* parte donde en efecto se halló una señal ó mojon. En seguida D. P. hizo *tales* reclamaciones, y se convino por todos oyendo á los peritos que se quitasen *tal* mojon y se pusiera *tal* otro. (Sigue por este estilo la diligencia.) Con que se le dió por terminada esta acta que firma con todos los concurrentes; el señor juez, mandando se protocolice en *tal* escribanía y se dé á los interesados las copias que soliciten. Lo mandó etc.,

#### Formularios sobre dispensa de ley.

433. *Escrito pidiendo dispensa de ley*.—Señora D. S., etc., vecinos de *tal* parte á V. M. con el mas profundo respeto, hace presente: Que hallándose en *tal* caso (el que fuere motivo de la dispensa) segun acreditan *tales* documentos que acompaño y deseando obtener *tal* dispensa de ley, que cree es adsequible por *tales* razones,

A V. M. Rendidamente Suplica, que pidiéndose las informaciones que estime con-

venientes, se digne dispensar á la esponente la real gracia que solicita y que espera obtener de la bondad unánimemente reconocida de V. M. En *tal* parte á *tantos*.—A L. R. P. de V. M.—Firma (sin rúbrica.)

434. *Real orden* para que se instruya el espediente practicándose informacion sobre los hechos que en la misma se designan con relacion á la solicitud anterior que se acompaña.

435. *Providencia* de la Audiencia mandando remitir dicha orden y solicitud al juez de primera instancia del domicilio del solicitante para que instruya el espediente.

436. *Auto de cumplimiento, en el inferior*.—Cúmplase y guárdese la real orden y oficio de la Audiencia, precedentes: hágase saber á D. S. de la informacion conveniente sobre *tales* hechos en la misma real orden prevenidos con citacion del promotor fiscal, y efectuado, procédase á compulsar *tales* documentos con la concurrencia del promotor á quien se entregará todo ello para que emita su juicio por escrito; y hecho, dése cuenta. Lo mandó, etc.

437. *Informacion*.—(Se practica como en la forma ordinaria con citacion del promotor y dando fe el escribano de conocer precisamente á los testigos, ó exigiendo que dos respondan del conocimiento de cada uno y suscriban sus declaraciones.)

438. *Compulsa* (conforme á lo prescrito en el art. 1340.)

439. *Dictámen* del promotor sobre hallarse ó no justificados los extremos en que se funda la peticion de la dispensa, y asimismo, sobre hallarse ó no acreditado en la forma prevenida el conocimiento de los testigos que hayan declarado, y solicitando, en su caso, se amplie la informacion.

440. *Informe del juez*, consignando haberse (ó no) llenado todas las formalidades legales para las justificaciones á que se refiere el espediente, y demás que crea oportuno advertir sobre la conveniencia ó inconveniencia de conceder la dispensa, y opinando que puede ó no concederse.

441. En seguida, da auto mandando remitir el espediente á la Audiencia con atenta comunicacion.

442. La Audiencia manda oír en este espediente al fiscal, quien presenta su dictámen por el estilo que el del promotor. En seguida estiende la Audiencia el suyo por el estilo del del juez inferior, y dicta providencia mandando remitir el espediente al ministro de Gracia y Justicia.

443. Si en el curso de este espediente hubiere oposicion á que se reciba la informacion, se presenta escrito por el estilo que los demás de oposicion ya espuestos; se da traslado de él al contrario y al promotor, y espone el juez su informe remitiendo el espediente á la Audiencia, segun ya se ha espuesto.

#### Formulario de las habilitaciones para comparecer en juicio.

444. *Escrito de una mujer casada, pidiendo habilitacion para comparecer en juicio*.—D.ª M., mujer legítima de D. E., ante V. parezco y como mejor proceda, digo: Que D. D. me ha puesto *tal* demanda sobre *tal* cosa, segun aparece del testimonio de la misma que presento en forma, y hallándose ausente (ó viajando) mi esposo en *tal* parte (ó en el extranjero, ignorándose dónde se encuentra) y como no haya fundada esperanza de que regrese en el término que requiere la urgencia del negocio, ni me sea fácil obtener el poder necesario para presentarme en juicio á tiempo debido, para evitar los graves perjuicios que podria ocasionarme esta tardanza ó retraso, me hallo en el caso de hacer uso del derecho que me concede la ley para pedir se me habilite para ello por ese juzgado; por tanto,

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito con los documentos que acompaño, y admitiéndome informacion de los últimos extremos, se sirva concederme la habilitacion correspondiente para comparecer en juicio, por ser justicia que pido, etc.

445. *Auto*.—Por presentado con los documentos que acompaña: admítase la informacion ofrecida, y practicada, óigase al promotor fiscal. Lo mandó, etc.

446. *Informacion testifical* en la forma ordinaria.

447. *Dictámen del promotor fiscal* sobre considerar justificados ó no los hechos, y opinar que procede y puede otorgarse la habilitacion.

448. *Auto*.—En atencion á resultar justificados los hechos espuestos en la solicitud de D.ª M., se le concede la habilitacion para comparecer en juicio, autorizán-

desele en su consecuencia para otorgar poder á procurador que le represente, para cuyo efecto, desele testimonio de esta providencia. Lo mandó, etc.

(Si el que pidió la habilitacion fuere menor), se dirá: provéasele de curador para pleitos. Lo mandó, etc.

449. Cuando se pide la habilitacion por negarse el padre ó marido á representar á su hijo ó mujer en juicio para la defensa de sus derechos y demás casos que espresan los art. 1,357 y 1,358, se sustancia la demanda en via ordinaria.

#### Formulario de informaciones para perpétua memoria.

450. *Escrito pidiendo se admita la informacion.*—D. S., etc., digo: Que habiendo ocurrido tales hechos (ó tal acontecimiento) en tal parte y dia, y conviniéndome hacerlos constar legalmente, por poder afectar en lo sucesivo mis derechos ó intereses por medio del exámen de tales personas que los presenciaron, al tenor de tales particulares,

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirme la referida informacion, aprobándola y mandando que se protocolice, dándoseme de ella el oportuno testimonio; por ser justicia etc.

451. *Auto.*—Al promotor fiscal del juzgado.

452. *Dictámen del promotor.*—En vista de la pretension presentada por D. S., el promotor fiscal es de dictámen que no refiriéndose (ó que refiriéndose) la informacion que solicita á hechos de que pueda resultar perjuicio á una persona conocida y determinada, puede recibirse desde luego (ó no debe admitirse).

453. *Auto.*—Ha lugar (ó no) á admitir la informacion propuesta: procédase al exámen de los testigos con arreglo á los art. 1,362 y 1,363 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El señor, etc.

454. *Informacion de testigos.*—(En la forma ordinaria, pero dando en ésta el escribano fe del conocimiento de los testigos, ó si no los conociere exigiendo que traigan un documento bastante á comprobar la identidad de sus personas, ó dos testigos que aseguren conocerlos).

455. *Auto.*—Al promotor fiscal.

456. *Dictámen del promotor.*—Limitado á esponer sobre las cualidades de los testigos, y si se ha acreditado su conocimiento en la forma prevenida.

457. *Auto.*—Apruébase (ó no) la informacion practicada: protocolícese en el registro de tal escribano ó notario público de la cabeza del partido judicial, y dénese de ella los testimonios que pidiere el que lo ha promovido (ó subsáñense tales defectos que opone el promotor).

458. Si se formulare oposicion á la informacion que se estuviere practicando, se sustancia en via ordinaria.

#### Formulario para las subastas voluntarias.

459. *Escrito pidiendo se anuncie una subasta judicial.*—D. S., etc., digo: Que perteneciéndome tal finca por tal titulo segun acreditan tales documentos que en debida forma acompaño, me conviene enagenarla en pública subasta, conforme á los art. 1,374 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, y hallandome en la libre administracion de mis bienes, por ser mayor de edad y de estado casado, segun consta de las partidas de bautismo y de matrimonio que acompaño,

A V. S. Suplico, que habiendo por presentado los documentos mencionados que acreditan los extremos á que se refiere el art. 1,374 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se sirva mandar se anuncie la subasta judicial de la finca mencionada en legal forma y bajo las condiciones que contiene el pliego adjunto, por ser asi justicia que pido, etc.

460. *Auto.*—Resultando acreditados por los documentos presentados, ser D. S. dueño de la finca á que se refiere, y hallarse en la libre administracion de sus bienes, anúnciese por medio de edictos el remate que de la misma ha de efectuarse en tal dia, y sitio y lugar, bajo las condiciones contenidas en el pliego presentado. Lo mandó, etc., etc.

461. Las demás diligencias como las de la via de apremio del juicio ejecutivo.

462. Si no hubiere postor en el primer remate, se presenta escrito en que espresándose esta circunstancia, se pide se proceda á nueva subasta bajo tal limite,

con prevencion de admitirse las posturas que lleguen á él, y el juez dará *auto* á este tenor.

#### Formulario sobre el modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra.

463. *Escrito pidiendo se reduzca á escritura pública un testamento nuncupativo.*—D. S., etc., digo: Que en tal dia falleció en tal pueblo de este partido judicial D. T., segun acredita en la partida de defuncion que presento en forma, habiendo otorgado disposicion testamentaria de palabra ante cinco testigos (se espresan sus nombres), vecinos de dicha villa, por no haber en ella notario público ante quien otorgarla; y como en dicha disposicion me nombre heredero (ó me nombre albacea, ó me haga tal encargo), y en su consecuencia me convenga y tenga derecho para pedir que se eleve á escritura pública dicha disposicion, para asegurar su eficacia y cumplimiento.

A V. S. Suplico, se sirva acordar que comparezcan los testigos espresados á la presencia judicial, y deponga cuál fue la última disposicion que hizo el mencionado D. T. en forma de testamento, y constando de sus dichos los extremos espresados en el art. 1,387 de la Ley de Enjuiciamiento civil declarar por su testamento lo que resulte de las referidas declaraciones, mandando protocolizar en el registro de un escribano público este expediente, para que se tenga por escritura pública: pues así procede de justicia que pido, etc.

464. *Auto.*—Por presentado el anterior escrito en los documentos que acompañan: señálase tal dia y hora para que comparezcan á declarar en forma, segun se solicita, los testigos, D. T., citándoseles al efecto. Lo mandó, etc.

465. *Declaracion de los testigos.*—En la forma ordinaria, pero con las prevenciones contenidas en los art. 1,383 y 1,386.

466. *Auto, reduciendo á escritura pública el testamento.*—En tal parte á tantos, el Sr. D. T., etc., vistas las declaraciones anteriores, por ante mí el escribano, dijo: Que resultando de ellas clara y terminantemente, haber tenido D. T. propósito deliberado de hacer su última disposicion en lo que espuso ante los testigos que han declarado (se siguen espresando los demas particulares á que se refiere el art. 1,387) y considerando lo prevenido en el párrafo final del art. 1,387 de la Ley de Enjuiciamiento civil, debia declarar y declaraba lo que de dichas declaraciones resulta por testamento nuncupativo de D. T., mandando en su consecuencia, que se observe y cumpla como tal, todo ello sin perjuicio de tercero y que se protocolice este expediente en el oficio de tal escribano, ó notaría, (una de las designadas en los art. 1,388 y 1,389), para que se conserve en ella como escritura pública, dándose á los interesados las copias que pidieren. Asi lo proveyo, etc.

#### Formulario de la apertura de testamentos cerrados.

467. *Escrito pidiendo la apertura de un testamento cerrado.*—D. S., etc., digo: Que en tal parte falleció en tal dia D. T., segun acredita la partida de defuncion adjunta, otorgando con las formalidades legales el testamento cerrado que presento, y que me entregó para su custodia hasta su fallecimiento. Y con el objeto de que se reconozca y cumpla su última voluntad, sin perjuicio del derecho que me corresponda, A V. S. Suplico, que habiendo por presentados los documentos referidos, se sirva mandar proceda á la apertura de dicho testamento cerrado, protocolizándolo debidamente, y dándome de él el oportuno testimonio, pues asi es justicia que pido, etc.

468. *Auto.*—Por presentado el testamento y documento que acompaña: estiéndase por escribano actuario diligencia espresiva del estado en que se halla, y hecho, dese cuenta.

469. *Diligencia de hallarse integro el testamento.*—En tal parte, á tantos, el infrascrito escribano, doy fe, que habiendo examinado detenidamente el testamento cerrado otorgado por D. T. en tal fecha y ante tal escribano, y presentados por D. S. se halla cerrado con papel de tal sello, sin que aparezca en su cubierta enmienda ni alteracion alguna en las firmas y sellos que hay en ella, ni señal, ni rotura de ninguna clase que induzca á creer que ha sido abierto. Se esponen las demás circunstancias que se noten y puedan dar á conocer el estado del pliego.) Y en cumplimiento del auto de tal fecha, lo pongo por diligencia que firman S. S. y el interesado.

470. *Auto.*—Cítese para el día de mañana (ó para antes, si es posible) á tal hora y en tal sitio, al escribano y testigos que firmaron la cubierta del testamento presentado por D. S. para que, previo el reconocimiento de sus firmas y signo del escribano puestas en el mismo se proceda á la apertura solemne del pliego. Lo mandó, etc.

471. *Diligencia de reconocimiento del testamento*, espresando el escribano y testigos bajo juramento si son las firmas de su puño y letra, si vieron poner las de los que hayan fallecido ó están ausentes y si las tienen por legítimas y si encuentran el testamento en el mismo estado en que se hallaba cuando firmaron su carpeta.

472. *Auto mandando abrir el testamento.*—Resultando de las declaraciones precedentes ser legítimas las firmas de los testigos y signo y firma del escribano, puestas en el pliego presentado por D. S., y no advertirse en él señal de haber sido abierto, procédase á la apertura á presencia de D. S., el escribano y testigos que lo autorizaron, leyéndose ante ellos, y publicándose en debida forma.

473. *Diligencia de apertura.*—Acto continuo, ante mí el infrascrito escribano, el señor juez D. J., en presencia de D. S., de los testigos instrumentales y del escribano que firmaron y signó la cubierta del testamento de D. T., quitó S. S. el sello y quebrantó el lacre con que se hallaba cerrado este documento y lo abrió y leyó para sí, entregándomelo despues para que lo leyera en público, como lo efectué, quedando enterados los circunstantes del contenido de dicho testamento; el cual consta de tantas fojas útiles escritas en tal clase de papel comun (ó sellado), habiendo á su pie una firma que dice D. T.; y su tenor literal es el siguiente. (Se inserta el testamento.) Y para los efectos oportunos, estiendo de orden de S. S. esta diligencia.

474. *Auto.*—Protocolícese el testamento de D. T. con todas las diligencias originales de su apertura, en el registro del escribano ó notario que lo autorizó (ó en tal escribanía del lugar el domicilio del testador) dándose á D. S. que lo presentó testimonio de esta providencia para su resguardo. El Sr. D. J., etc.

Si se presentare memoria testamentaria, se pondrá escrito por el estilo del en que se presenta el testamento, espresándose hacerse mencion de ella en este y las señales que en el mismo se hayan consignado para darle á conocer, y se dará auto mandando poner diligencia espresiva de su estado á este tenor y de la persona que la haya presentado. Si se tuviese conocimiento de la existencia de dicha memoria por el testamento que se abrió, designando la persona que la tenia, dispondrá el juez se presente dicha memoria, y presentada, mandará poner la diligencia ya dicha, en la que se espresará tambien en poder de quien fue hallada. En ambos casos se dicta el siguiente

475. *Auto.*—En atencion á que la memoria presentada por D. S. (ó hallada en tal parte ó en poder de D. D.) tiene (ó no) las señales consignadas en el testamento del otorgante para darla á conocer, protocolícese (ó no há lugar á protocolizarla) juntamente con dicho testamento en el registro de tal escribano que autorizó éste, ó en tal del lugar del domicilio del testador.

#### Formulario de la venta de bienes de menores incapacitados, y transaccion sobre los derechos de los mismos.

476. *Escrito pidiendo se conceda licencia para la enagenacion de bienes de un menor.*—D. T., como tutor testamentario de D. P. pupilo de tal edad (ó D. P., asistido de su curador D. T.) segun consta de tales documentos que acompaño, ante V. S. como mejor proceda, digo: Que el mencionado D. P. no tiene mas bienes para atender á su subsistencia que una casa sita en tal calle y designada con tal número, la cual, por el estado ruinoso en que se encuentra, se halla desalquilada sin rendirle renta alguna, y no pudiendo reedificarse nuevamente por cuenta de dicho pupilo por carecer de fondos para ello y no encontrar quién se los preste á un interés módico, segun todo resulta de tales documentos que acompaño y de la informacion que ofrezco presentar, conviene al mismo que se proceda á su enagenacion con las formalidades de derecho, para comprar con su importe tal otra propiedad ó finca, que desde luego es productiva, aunque en menor proporcion que lo era la de que se desprende, pero lo suficiente para proveer á su subsistencia; por lo que,

A V. S. Suplico, se sirva admitirme la informacion ó justificacion de la necesidad ó utilidad de la venta referida, con citacion del curador para pleitos del D. P.

(ó en su defecto, del promotor fiscal del juzgado), y resultando de ella lo suficiente, concederme la autorizacion para efectuar la venta de la referida casa en pública subasta y previo su avalúo, pues así es justicia que pido, etc.

477. *Auto.*—Recíbese á esta parte la justificacion que ofrece, y hecho se proveerá. Lo mandó, etc.

478. *Informacion*, en la forma ordinaria, sobre la necesidad y utilidad de la enagenacion.

479. *Auto.*—Al curador para pleitos de D. P. (ó al promotor fiscal del juzgado falta de aquel), y hecho, tráiganse los autos á la vista.

480. *Dictámen* del curador ó del promotor fiscal sobre si es ó no suficiente la justificacion ofrecida, y en su caso, los estremos en que debe ampliarse, y opinándose ó no, en su consecuencia á la autorizacion para la venta.

481. *Auto autorizando (ó no) la venta.*—En tal parte, á tantos, el Sr. D. J., juez, etc., en vista de este espediente, por ante mí el infrascrito escribano, dijo: Que en atencion á ser (ó no) los bienes cuya enagenacion se solicita de los comprendidos en el art. 1.401 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y hallarse (ó no) justificadas la necesidad ó utilidad de la enagenacion de tal finca, propia del pupilo D. P. y de la compra de tal otra, debia autorizar y autorizaba (ó denegar y denegaba) la enagenacion de dicha finca, bajo la condicion de haberse de ejecutar en pública subasta y previo su avalúo. Así lo proveyó, mandó y firmo S. S., de que doy fe.

482. *Auto.*—Anúnciese para tal día, hora y local, la venta en pública subasta de tal finca perteneciente al pupilo D. P., procediéndose al avalúo de la misma por los arquitectos D. A. y D. A., á quienes se haga saber para su aceptacion en forma. El Sr. D. J., etc.

483. *Auto.*—Habiéndose verificado en pública subasta la venta de tal finca, propia del pupilo D. P., prevéngase á su tutor D. T. que dé al precio de la misma, la aplicacion indicada al solicitar la autorizacion para aquella y mientras así se verifica, entréguese á D. T., tutor ó curador (si se hubieren dado fianzas suficientes á responder de él, ó estuvieren relevados de darla, pues de lo contrario, se dirá: depositese en tal establecimiento público (el que deben constituirse los depósitos judiciales).

484. *Escrito solicitando autorizacion para transigir sobre derechos de menores.*—D. T., como tutor del pupilo D. P., de edad de seis años, segun acreditan tales documentos que acompaño, ante V. S. como mejor proceda, digo: Que habiéndose puesto pleito en ese juzgado contra el mencionado pupilo por D. D. sobre tal cosa, y siendo tan difícil y costosa justificacion el derecho que asiste á dicho pupilo mi representado, segun resulta de los mismos autos y de tales justificaciones, he tratado, á nombre de mi representado, de verificar con la parte contraria una transaccion equitativa y benéfica para aquel, como en efecto lo he conseguido bajo tales bases (se esponen) y siendo necesario para darle la válida y eficacia debidas obtener la aprobacion y autorizacion judicial que prescribe el derecho,

A. V. S. Suplico se sirva admitirme la justificacion que ofrezco de la necesidad ó utilidad de la transaccion mencionada, y apareciendo suficiente, oída sobre ella la opinion de tres letrados en el ejercicio de su profesion (ó de tales letrados), concederme la autorizacion necesaria para llevarla á efecto, por ser así justicia que pido, etc.

485. *Auto.*—Por presentado el anterior escrito con los documentos y justificaciones que acompañan: pásense por su orden á los letrados D. L., D. L. y D. L., (con tales otros antecedentes para que puedan formar su juicio y emitir su dictámen con el debido conocimiento sobre la necesidad ó utilidad de la transaccion solicitada.)

486. *Dictámen* de los letrados sobre si es ó no necesaria ó conveniente dicha transaccion al menor, conforme las bases propuestas y al derecho que asiste al mismo.

487. *Auto.*—En tal parte, etc., el Sr. D. J., juez, etc., visto este espediente, por ante mí el infrascrito escribano, dijo: Que mediante á resultar de los autos y del dictámen de los letrados D. L., etc., la necesidad ó utilidad de verificar la transaccion propuesta por D. T., debia conceder y concedia autorizacion al mismo para hacer dicha transaccion facilitándosele testimonio de esta providencia para acreditarla debidamente (ó debia negar y negaba la autorizacion solicitada por D. T.) Así lo proyectó, etc.



## INDICE.

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN EL TOMO CUARTO.

	PAGS.
LIBRO III. (Continuación). De los recursos contra las providencias judiciales.	
Seccion I. De las apelaciones.	5
§. I. De las apelaciones en general.	6
Su definición, objeto y utilidad.	id.
De qué sentencias se puede ó no apelar.	9
Personas que pueden apelar.	14
Ante qué juez y para ante cuál puede apelarse.	16
Término para interponer la apelacion.	18
Forma en que debe interponerse la apelacion.	22
Efectos de la apelacion y modo de admitirse.	23
Término para presentarse en la superioridad.	31
Recursos contra la providencia del inferior que deniega ó admite indebidamente la apelacion.	33
§. II. Trámites de la apelacion de sentencia definitiva en los pleitos ordinarios de mayor cuantía.	36
§. III. De la apelacion de sentencias interlocutorias.	49
§. IV. De la apelacion en los pleitos de menor cuantía.	51
§. V. De la apelacion en los juicios verbales.	53
§. VI. De la apelacion de los juicios de desahucio y de interdictos.	id.
Apelacion de los interdictos.	54
§. VII. Apelaciones del juicio ejecutivo.	57
Seccion II. Del recurso de reposicion.	59
Seccion III. Del recurso de queja.	64
Seccion IV. De la nulidad de las providencias.	66
Seccion V. Del recurso de súplica.	71
Seccion VI. Del recurso de segunda suplicacion.	74
Seccion VII. Del recurso de injusticia notoria.	76
Seccion VIII. Del recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo.	78
Seccion IX. Del recurso de casacion.	81
§. I. Su definición, objeto, naturaleza, origen é historia.	id.
§. II. Sentencias de que puede interponerse el recurso de casacion. Sentencias dictadas sobre pleitos en que no se observaron las formalidades esenciales de los juicios.	89
§. III. Del tribunal y salas del mismo competentes para conocer de los recursos de casacion.	140
§. IV. Interposicion de los recursos de casacion ante las audiencias y modo de proceder estas cuando los admiten ó deniegan.	153
Ejecucion de las sentencias del tribunal <i>a quo</i> .	156
Consignacion de depósito.	158
Reclamaciones contra la denegacion ó admision de recurso.	161
Remision de los autos al Tribunal supremo para la resolucion del recurso.	162
§. IV. Procedimiento en el Tribunal Supremo.	163

	PAGS.
Apelacion por no admitir el recurso el tribunal <i>a quo</i> .	178
Cuestion previa promovida en el Tribunal Supremo contra la admision del recurso de casacion por el tribunal <i>a quo</i> .	181
Recursos de casacion á instancia del promotor fiscal.	182
TITULO XII. De los recursos de fuerza.	188
Seccion I. De los recursos de fuerza en general.	id.
§. I. Definicion de los recursos de fuerza en general, y sus diferentes clases.	id.
§. II. Origen de los recursos de fuerza.	196
§. III. Fundamento de los recursos de fuerza y autoridades á quienes corresponde su conocimiento.	213
§. IV. Autoridades que conocen de los recursos de fuerza.	227
§. V. En los recursos de fuerza no hay lugar á la súplica.	236
Seccion II. De la interposicion de los recursos de fuerza y del orden como deben sustanciarse y determinarse.	239
§. I. De la interposicion y determinacion del recurso de fuerza en conocer.	id.
Personas que pueden promover el recurso de fuerza en conocer.	240
Procedimiento cuando promueven el recurso los particulares interesados en él.	id.
Procedimiento en el recurso de fuerza en conocer cuando lo interponen los fiscales ó los jueces.	248
Modo de proceder el juez eclesiástico cuando el secular intenta usurparle su jurisdiccion.	250
§. II. Procedimiento de los recursos de fuerza en el modo de conocer y proceder.	253
Preparacion del recurso.	256
Procedimiento despues de preparado el recurso.	258
§. III. Procedimiento en los recursos de fuerza en no otorgar y en otorgar las apelaciones.	262
TITULO XIII. De los juicios en rebeldía.	264
Seccion I. Historia y fundamento de este juicio.	id.
Seccion II. Procedimiento en el juicio en rebeldía.	268
TITULO XIV. De la ejecucion de las sentencias.	282
Seccion I. De la ejecucion de las sentencias dictadas por tribunales españoles.	283
Reglas generales.	id.
Ejecucion de sentencias sobre pago de cantidad líquida.	289
Ejecucion de sentencias sobre pago de cantidad ilíquida.	291
Ejecucion de sentencias sobre condena á hacer ó no hacer ó entregar alguna cosa.	296
Ejecucion de sentencias sobre condenas simultáneas de las referidas.	298
Seccion II. De la ejecucion de sentencias dictadas por tribunales y jueces extranjeros.	300
Ejecucion de las sentencias extranjeras con arreglo á los tratados.	309
Ejecucion de sentencias extranjeras con arreglo al principio de reciprocidad.	310
Ejecucion de sentencias de paises extranjeros con los que no hay tratados y que ni admiten ni rechazan el principio de reciprocidad.	315
Modo de proceder para determinar si han de ejecutarse ó no las sentencias extranjeras.	317
LIBRO IV. DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.	323
TITULO PRELIMINAR. De la jurisdiccion voluntaria en general.	id.
TITULO I. Disposiciones generales sobre los actos de jurisdiccion voluntaria.	325
TITULO II. De los alimentos provisionales.	336

		PAGS.
TITULO	III. Del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos. . . . .	341
Seccion	I. Del nombramiento de tutores y curadores. . . . .	id.
Seccion	II. Del nombramiento de curadores para los bienes. . . . .	347
Seccion	III. Del nombramiento de curadores ejemplares. . . . .	349
Seccion	IV. Del nombramiento de curador para pleitos. . . . .	352
Seccion	V. Del discernimiento de los cargos de tutor y curador. . . . .	354
Seccion	VI. Disposiciones comunes á las secciones anteriores. . . . .	358
TITULO	IV. De los depósitos de personas. . . . .	363
§.	I. De los depósitos de personas en general. . . . .	id.
§.	II. Depósito de mujer casada que intenta demanda de divorcio ó querrela de adulterio. . . . .	367
§.	III. Depósito de mujer casada cuando el marido intenta demanda de divorcio ó querrela de adulterio. . . . .	374
§.	IV. Depósito de mujer soltera que trata de contraer matrimonio contra el consejo de sus padres ó abuelos. . . . .	376
§.	V. Depósito de los hijos de familia y menores por abusos de autoridad cometidos por sus padres ó guardadores. . . . .	379
§.	VI. Depósito de menores ó incapacitados que quedan en abandono. . . . .	382
TITULO	V. Del deslinde y amojonamiento. . . . .	383
TITULO	VI. De las informaciones para dispensar de ley. . . . .	387
TITULO	VII. De las habilitaciones para comparecer en juicio. . . . .	392
TITULO	VIII. De las informaciones para perpetua memoria. . . . .	397
	Informaciones de posesion. . . . .	401
TITULO	IX. Del consentimiento que han de obtener los menores de edad para contraer matrimonio. . . . .	403
TITULO	X. De las subastas voluntarias. . . . .	418
TITULO	XI. Del modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra. . . . .	422
TITULO	XII. De la apertura de testamentos cerrados. . . . .	428
TITULO	XIII. De la protocolizacion de las memorias testamentarias. . . . .	433
TITULO	XIV. De la venta de bienes de menores ó incapacitados, y transaccion sobre sus derechos. . . . .	435
	Venta de bienes de menores ó incapacitados. . . . .	id.
	De la autorizacion para transigir sobre derechos de los menores ó incapacitados. . . . .	444
	Disposiciones finales de la Ley de Enjuiciamiento derogatorias de las anteriores. . . . .	443

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





OTEC  
17  
17