

nuestras leyes, para proceder á la prision. La citacion real es la mas eficaz de todas, y se prefiere á la verbal; de tal suerte, que si en causa de fuero misto, por ejemplo, cita el juez eclesiástico al lego, y el juez secular le prende despues por el mismo delito, debe conocer de él éste y no aquel, porque con la captura previno mejor que el eclesiástico con su citacion. Sobre este punto nos remitimos á lo que hemos espuesto en el tratado de jurisdiccion eclesiástica, acerca de los delitos de misto fuero.

588. Por la citacion, se principia real y verdaderamente el uso de la accion: será *civil*, y como tal la deberá proponer el actor si se dirige solamente á cobrar lo que el reo debe ó consumió: *criminal* cuando dimana de delito, y se contrae á que por él se le castigue; y *mista* cuando el actor no solo trata de resarcir su pérdida, sino tambien de que el delito no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion ó estravío de caudales, y en otros delitos.

589. La citacion por escrito es la que se hace por edictos, llamando y emplazando al reo que está ausente, por ignorarse su paradero: esta no es de igual eficacia respecto de las otras, pues siempre que parezca el citado se le debe oír; ni debe hacerse por mera voluntad del juez, sino en caso de necesidad, ó cuando el reo no pueda ser citado de otra suerte (1).

590. Tiene lugar esta citacion en cuatro casos: El primero, cuando el que ha de ser citado se oculta maliciosamente para que no llegue á su noticia, ó impide por sí ó por otros que se le cite. El segundo, cuando el lugar en que se le ha de citar no es seguro, por causa de enemigos ú otro impedimento, pues entónces se han de fijar los edictos en los lu-

[1] Estravag. *Rem non novam, de dolo et contumacia*.

gares inmediatos. El tercero, cuando es vago, en cuyo caso se debe poner en aquel lugar ó lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella. Y el cuarto, cuando es persona incierta, v. g., en un concursode acreedores á los bienes de difunto, en que se ignoran quiénes y cuántos son; pues entónces se ponen edictos llamando á todos los interesados, para que dentro del término que se les prefine comparezcan, amonestándoseles que de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio y les parará el perjuicio que haya lugar (1).

591. Sucede algunas veces que los litigantes son contumaces, el actor desamparando la demanda que puso al reo, y éste no queriendo comparecer en juicio, en cuyo supuesto es indispensable hablar de la contumacia ó rebeldía, la cual no es otra cosa que inobediencia al mandato del juez legítimo que llama alguno á juicio (2). Se comete regularmente en siete casos: El primero, cuando el actor no manifiesta su accion habiéndolo mandado el juez dos ó mas veces. El segundo, cuando si la manifestó y el reo contestó, no la prosigue instándolo éste. El tercero, cuando el reo no comparece ó impide que se le haga la citacion, ó se oculta maliciosamente. El cuarto, cuando no responde el libelo y posiciones del actor, ó responde oscuramente, no obstante habérsele mandado que responda clara y categóricamente. El quinto, cuando el uno ú otro no quieren jurar de calumnia mandándose el juez. El sexto, cuando no obedecen la sentencia é impiden su ejecucion. Y séptimo, cuando estando delante del juez no quieren responder á lo que se les pregunta, y esta es la ma-

(1) L. 1, tit. 7, part. 3.

(2) Caps. 3 y 6. De dolo et contumacia ley 53. ff. De re judicat. ley 8, tit. 7, part. 3.

yor contumacia por la injuria que se les hace en no darles respuesta, desairando su autoridad en su presencia (1).

592. La contumacia es de tres maneras: *notoria, verdadera, presunta y ficta*. Se llama *notoria*, cuando el citado en persona responde que no quiere comparecer. *Verdadera*, cuando el citado legítimamente ó sabedor de la citacion, dice que comparecerá, ó calla, mas no comparece. *Presunta*, cuando no consta que la citacion haya llegado á noticia del citado; pero se presume miéntras no lo pruebe: y *ficta*, cuando comete dolo para que no llegue, pues entónces finge y supone el derecho que llegó, y fué citado.

593. Entre la contumacia verdadera y ficta ó presunta, hay esta diferencia, que el contumaz ficto puede apelar ó pedir restitucion *in integrum*; pero el verdadero no (2); y para proceder contra éste, aunque por nuestro derecho real (3), á la primera rebeldía que se le acuse se le tiene por tal, y se puede pedir que se le condene en costas y daños causados á su contrario; no obstante, en la práctica solian hacerse tres citaciones, estando el sugeto en el pueblo, ó una perentoria si se haya fuera de la jurisdiccion, siguiendo lo dispuesto por derecho civil y canónico (4), y aun en este caso es menester que lo pida la parte, y le acuse dos rebeldías; bien que el juez no se escederá por seguir con todo rigor las leyes patrias; así conformándose con ellas, puede declararle contumaz á la primera rebeldía. Ya hemos dicho que los escribanos tienen obligacion de dejar papel ci-

tatorio, si á la primera busca no encuentran al que van á citar, é instructivo si á la segunda no lo hallasen.

594. Pero si el citado tiene justo motivo ó impedimento para no comparecer, y lo prueba, v. g., incompetencia de juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio juez, estar llamado á tribunal superior, haber tempestades, guerras ó crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor ó rústico, estar cautivo, y otros semejantes, no incurre en contumacia (1).

595. Contra el verdadero contumaz puede proceder el juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa y otras penas arbitrarias (2), con tal que la condenacion no sea en perdimento de la causa, aunque el delito sea grave y extraordinario.

596. Si el actor, despues de contestada la demanda se ausenta ó no quiere comparecer, puede compelerle el juez, á pedimento del reo, y no de oficio, á proseguirla (3); y si no la prosigue absolver á éste de la instancia, y condenar á aquel en las costas y daños que le causó, no oyéndole despues; á ménos que preste caucion de comparecer y continuarla, ó pruebe haber estado legítimamente impedido, ó que el reo haya sido tambien contumaz, pues en este caso se compensa la contumacia (4); pero no debe imponérsela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra, porque ninguna ley concede al juez esta facultad sino solo la de repelerle, siendo contra derecho, y prefinirle término para que la entable, apercibiéndole, que si dentro de él no lo hace, procederá á lo que haya lugar,

(1) Greg. Lop. en la ley 1, tit. 8, part. 3. gl. 3.

(2) Cap. 18. De setent. et rejudicat, y ley 1, cod. quorum appellationes non recipiuntur.

(3) L. 8, tit. 7, part. 3, y leyes 6, tit. 4 y 2, tit. 15, lib. 11, N. R.

(4) Cap. fin § In alus, ut lite non contexta y ley 53 § 1, ff. De re judicat.

(1) LL. 53 y 54, ff. De re judicat. y ley 11, tit. 7 part. 3.

(2) Cap. 1. De judic. cap. 2. De dolo et contumacia. § 3. Ut lite non contestat L. 8, tit. 7, part. 3.

(3) Cap. 3. De dolo et contumacia.

(4) LL. 2 y 6, tit. 4, lib. 11 N. R. y ley 8, tit. 7, part. 3.

que es á imponerle perpetuo silencio y absolver al reo de la instancia.

597. Si el reo es contumaz, conceden las leyes [1], al actor dos medios para conseguir su pretension. 1.º, El de seguir la causa por rebeldía en estrados hasta definitiva, como si hubiese comparecido. En este caso, estando en el pueblo, y la causa pendiente, se declara por contestada la demanda á la tercera rebeldía que el actor le acusa, se recibe á prueba, y el auto de esta se le hace saber. Mas es de notarse que en cédula de 10 de Marzo de 1774, recopilada por Beloña [providencias n. 621], auto acordado de 6 de Junio de 1806 y otras varias disposiciones en ambos citados, se previene que en todos los tribunales eclesiásticos y seculares de América, se sustancien y concluyan los negocios con una sola rebeldía, en lugar de las otras con que ántes se hacia, como ya lo tenemos advertido en otro lugar. Justificando el actor su accion, pasando el término de prueba y hecha publicacion, si la pide, alega de bien probado y concluye: el juez procede á sentenciar la causa, y las diligencias de sustanciacion se notifican en los estrados del juzgado, á escepcion de las de demanda prueba y sentencia, que se le deben hacer saber en persona, y no dejándose ver, á su muger, hijos ó criados; y no teniéndolos, á sus vecinos mas cercanos: pasado el término de la apelacion, declara el juez la sentencia por pasada autoridad de cosa juzgada y procede á ejecucion: todo á instancias del mismo actor.

598. Si se halla en otra jurisdiccion y está sujeto en aquel negocio al juez que de él conoce, aunque segun las leyes 13, tit. 4, y la 1, tit. 4 lib. 11, N. R., debe ser

[1] LL. 13, tit. 4, lib. 11, y las del tit. 5, del mismo lib., como tambien las del tit. 8, part. 3.

uno y perentorio el término sin necesidad de otro, ni estar obligado el actor á acusar las rebeldías, mas que al fin de él, sustanciándose los autos en los estrados de la audiencia; se suelen librar no obstante cuatro despachos ó requisitos en el discurso del pleito, no estando muy distante el reo. El primero de emplazamiento con término perentorio para que comparezca: el segundo para hacerle saber el auto de prueba, pues aunque no haya comparecido hasta entónces, se le deben entregar los autos si comparece y los pide, y admitir lo que haga dentro del término: el tercero para notificar la sentencia por si quiere apelar de ella; y el cuarto para que una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, se ejecute en su persona y bienes. Este es el verdadero y mas justificado modo de sustanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga disculpa de no habersele oido y pague las costas, si en ellas debiere ser condenado.

599. Yendo documentados estos despachos, los debe complimentar el juez de su domicilio, y como ejecutor misto no estenderse á mas de lo que previene, á escepcion de lo que se explicará mas adelante. Si deniega el cumplimiento, ó se teme que lo deniegue, debe el requerente ó la parte acudir á representar al superior inmediato para que los auxilie, y le imponga penas, á fin de que los cumplimente y evacue. Lo propio se ha de practicar cuando el juez del negocio no quiere espedirlos al otro, ó es moroso en ello por dolo ó malicia; pues por este hecho hace suyo el pleito, y probado se le debe pagar á la parte los gastos y daños que le ocasionó, y sobre ello estarse á su juramento [1]. Pero si del mismo despacho resulta mé-

[1] L. aliquando cod. De testib, y ley 9, tit. 7, part. 3

rito suficiente para no complimentarlo, ya sea por no ir documentado ó por incluir algunas escepciones legales para su denegacion, puede denegarle el cumplimiento, asesorándose, si es lego, con letrado.

600. Siendo ordinarios así el juez requerente como el requerido, no debe cometer el esceso de conminar á éste con multa ni otra pena porque son iguales en jurisdiccion, aunque el requireido parezca en este caso inferior, pues el igual no tiene imperio sobre otro igual, y mucho ménos el inferior sobre el superior; por lo que el requerido puede exhortarle se abstenga de imponerlas y no se esceda de su jurisdiccion y facultades, ó retener el despacho original, y quejarse de sus procedimientos al superior, para que se contenga.

601. El segundo medio que las leyes conceden al actor, es la vía de asentamiento, para que por contumacia del reo, se le ponga en posesion de sus bienes, ya proceda por accion real ó personal, de lo cual tratan las cuatro leyes del tit. 5, lib. 11, Nov. Rec., y el tit. 8, part. 3; y no obstante que no se estila puede usarse, como lo dicen los autores (1). Si el actor elige la vía de prueba, aunque sea contra el menor contumaz, puede dejarla y usar la de asentamiento, segun la ley final de dicho tit. 5, lib. 11. El asentamiento ha de ser de este modo. Si la demanda fuere sobre accion real, la cosa demandada se ha de embargar al actor; y si fuere sobre accion personal, se le han de entregar bienes del reo hasta en la cantidad de la deuda que sean muebles, y á falta de éstos, raices. Si el reo pareciere á alegar de su justicia, despues de haberse entregado al actor los bienes (por accion real en el término de dos meses, y por persona en el

(1) Paz en su práctic. tom. 1, part. 2.

de uno), purga la rebeldía, y han de devolversele, oyéndole en vía ordinaria; mas no pareciendo dentro de dicho término el actor es verdadero poseedor de los bienes, y no está obligado á responder al reo sobre la posesion de ellos, sino sobre su propiedad. Siendo hecho el asentamiento por accion personal, pasado el mes de su término, si el actor quisiere mas bien ser pagado de la deuda, que tener la posesion de bienes, han de ser vendidos por mandado del juez en almoneda, con sus correspondientes pregones, y con su precio ha de ser satisfecho el importe de la deuda y costas; mas si no alcanzaren para esto, se echará mano de otros bienes y se venderán para dicho efecto; todo lo cual se previene en la ley 1, tit. 5 lib. 11, N. R., debiendo notarse que en causas de seiscientos maravedís abajo, no se puede hacer asentamiento, sino que se han de sacar prendas y venderse para la paga, segun la ley 4 del mismo tit. y lib.

602. No incurren en contumacia aunque no comparezcan ante el juez de la causa, los siguientes: el que es mayor ó igual á él: el clérigo mientras celebra ó está en las horas canónicas: los que por grave enfermedad, servicio de la República ú otro motivo semejante, están impedidos de comparecer; pero esto lo deben hacer por procurador: los nóvios en el dia en que se casan: el que va acompañando algun cadáver de su casa ó la de su señor, amigo ó pariente, hasta que esté enterrado: los menores, locos, pródigos y mentecatos que tienen curador: los diputados ó comisionados por el soberano, en ciudad ó villa, mientras están en su comision: el pregonero interin pregonero: el que está llamado por juez mayor que el que le emplazó, pues debe com-

parecer ante el primero. Todos los de mas deben hacerlo por sí ó por medio de procurador, aunque gocen de privilegio; pero en este caso será únicamente á hacerle ver que no es juez suyo, ni puede conocer de sus negocios (1), como ya tenemos espuesto.

603. En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive honestamente, para ir en persona ante el juez, sino solamente por procurador; pues si hay que tomarla alguna declaracion, debe el juez ir á su casa, ó enviar escribano que se la reciba; pero puede serlo en las criminales (2). Si el juez hubiese querido violentarla torpemente, ó casarse por fuerza con ella, no debe emplazarla, como tampoco á ninguno de su casa, ni están obligados á ir aunque los emplaze, ni á enviar personero: lo que debe hacer en este caso el demandante, es usar de su derecho ante otro juez del pueblo (3).

604. Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dejó herederos conocidos por *testamento ó abintestato*, y éstos no han admitido ó repudiado la herencia, debe pretender se notifique que la admitan dentro de un breve término que se les prefina, y aceptándolo ha de pedir contra ellos. Lo mismo ha de practicar cuando callan; pero en este caso, pasado el primer término, les ha de acusar dos rebeldías, y el juez haberlas por acusadas, prefiniéndoles en cada una otro competente, segun la distancia, para que acepten ó repudien; apercibiéndoles en el último, que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá á la pretension del actor, que será haberla por aceptada ó repudiada; bien que si acudieren aunque sea

(1) L. 2, tit. 7, part. 3.
(2) L. 3, tit. 7, part. 3.
(3) L. 6, tit. part. 3.

en el último, pretendiendo les conceda el legal para deliberar, se les debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna, se estimará haberla aceptado; y con ellos ha de seguir el actor la demanda ordinaria ó ejecutiva que corresponda; y si uno solo la admite, con él debe entenderse.

605. Si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos á instancias del actor, los parientes inmediatos hasta el cuarto grado, contado por derecho civil; y no queriéndola éstos se debe pretender ante todas cosas para evitar nulidad, que el juez nombre defensor á los bienes con quien se entienda la demanda y las diligencias sucesivas; que se intervengan y custodien dichos bienes, para evitar su extravío; y en caso de haber algunos raices, que elija administrador lego, llano y seguro que los cuide. Pero si por falta de parientes conocidos (para cuya averiguacion se deben fijar edictos llamándolos, segun lo previenen las leyes), ó por repudiar todos la herencia, recayere en el fisco, se ha de entender la demanda con el fiscal del juzgado ó tribunal de hacienda pública.

606. Del mismo modo se ha de proceder cuando el marido, su heredero ú otro acreedor quieren reconvenir ó demandar á la muger ó al suyo, pues deben pretender se les prefina el término para que acepte ó repudie los gananciales; y es lo que se observa.

607. Compitiendo accion contra cautivo, se ha de nombrar defensor á sus bienes, y sustanciarse con él los autos (1), como tambien cuando compete contra el ausente en paises de ultramar, ó en otros remotos, si no tiene apoderado en el pueblo, del juicio, ni se espera el pronto re-

(1) LL. 4, tit. 29, part. 2 y 12, tit. 2, part. 3.

greso, pues esperándose, se ha de aguardar á que venga (2); pero no cuando dejó procurador ó apoderado, en cuyo caso se ha entender con éste, y no nombrar defensor; para lo cual el actor debe probar la ausencia dilatada y la ignorancia de su pronta venida, segun lo tenemos manifestado en otro lugar.

608. Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como pariente inmediato, ha de justificar por fama pública del pueblo, su fallecimiento ó al ménos que se ignora su paradero mas de diez años ha; y entónces se le entregarán sus bienes por inventario, para que los tenga como curador, dando fianzas seguras y saneadas de restituirlos con los frutos que produz-

can, al ausente ó al heredero que haya constituido, siempre que venga [1], como para otros casos lo previenen dos leyes recopiladas [2], no pudiendo probar uno ni otro, ni sabiéndose de su vida ó muerte, se deben entregar sus bienes bajo de fianzas, á sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma.

609. Si el ausente tiene acreedores, y éstos piden que se nombre defensor ó curador á sus bienes, basta que conste estarlo en parte remota y que no se espere su pronta venida, para que se nombre y con él se sustanciarán los autos, valiendo lo que se hiciese, del mismo modo que si lo hubiera practicado por sí el ausente [3].

(1) L. 14, tit. 14, part. 3.
(2) LL. 4 y 5, tit. 17, lib. 11, N. R.
(3) L. 12, tit. 2, part. 3.

(1) Greg. Lop. en la 12, cit. gl. 1.

