

fragio ó incendio: 4.ª La de que ha muerto primeramente el padre que su hijo mayor de catorce años, así como por el contrario siendo el último, menor de esta edad, en el caso de que hubiere tenido lugar un suceso como el que acabamos de señalar anteriormente (1): 5.ª La de que ha muerto aquel que ha marchado á países remotos, de quien nada se ha sabido en el espacio de diez años; y sobre cuyo fallecimiento hay una fama comun y general (2). Las presunciones 2.ª, 3.ª y 4.ª que acabamos de enumerar, son contadas por varios autores antiguos y modernos, entre las que se llaman *juris et de jure*; pero nosotros nos separamos de su opinion, atendiendo á las palabras de la ley de partida, que solo las considera con fuerza cuando *non se pudiere saber cual finó primero*.

A la segnuda clase, es decir, á las de aquellas contra las cuales no se admite prueba, pertenece la de que el hijo nacido despues de diez meses contados desde la disolucion del matrimonio es ilegítimo: presuncion tan eficaz que desecha la prueba que acerca de su legitimidad quisiera hacer el interesado, con tal de que conste plenamente el transcurso del tiempo que acabamos de manifestar (3). Algunos sin embargo, interpretando otra ley de partida en que se especifica lo que

(1) Ley 12, tit. 33, part. 7.
 (2) Ley 14, tit. 14.
 (3) Ley 4, tit. 23, part. 4.



debe practicar la muger que quedó embarazada del marido, para evitar fraudes y suposiciones de parto, juzgan que si cumple con lo que aquella determina será considerado legítimo el hijo que diere á luz despues de los diez, meses de la muerte de su marido [1].

807. *Presunciones de hombre.* Las presunciones de hombre son aquellas que no hallándose establecidas en la ley, consisten en hechos ligados con el que se trata de probar, y cuya conecion y dependencia tienen que ser apreciadas por el juez. En su clasificacion se debe obrar con cordura y detenimiento, y no dejarse guiar de apariencias falaces, ni por hechos que nada tengan que ver con el asunto principal.

808. Por último, no debemos pasar en silencio otra division que suele hacerse de las presunciones, y que es aplicable tanto á las designadas por la ley como á las que se dejan al arbitrio del juez. Esta division se funda en la mayor ó menor trabazon del hecho conocido con el desconocido, y comprende las presunciones vehementes, medianas, y leves. Pero no tenemos necesidad de entrar en esplicaciones acerca de ellas, ni de enunciar por ser una cosa desde luego conocida, que las presunciones vehementes vencen á las que no lo son tanto, y que éstas pierden á presencia de las primeras todo su vigor y autoridad.

(1) Ley 17, tit. 6, part. 6, y Escriche diccion. de Legislacion.

SUMARIO AL § XXIV.

Publicacion de probanzas y restitution del término probatorio.

- 809. La publicacion de probanzas no es de esencia del juicio.
- 810. No habiendo pruebas, ó si ha espirado su término, cualquiera de las partes puede alegar de su derecho, ó concluir para definitiva, y aun ántes de fenecer el término, si es de mútuo consentimiento.
- 811. De la pretension en que una parte pide la publicacion, se ha de correr traslado á la contraria.
- 812. Objeto de la publicacion de probanzas.
- 813. El juez originario del pleito es quien debe mandarla hacer: quién debe alegar de bien probado primeramente, y dentro de qué término.
- 814. De la restitution contra el lapso del término probatorio.
- 815. Si se puede conceder, no solo del término primitivo, sino del prorogado, y del ultramarino.
- 816. Requisitos necesarios para que pueda concederse la restitution.
- 817. El término que se concede por la restitution, es comun á ámbos litigantes aunque uno sea mayor.
- 818. Casos en que se admiten escepciones al no privilegiado despues de la publicacion.
- 819. El privilegio de restitution, compete á los menores aun en los casos en que salgan al juicio como terceros.
- 820. Este beneficio no compete si ámbos litigantes fuesen menores: casos de escepcion.
- 821. En las demandas de cosas individuales pertenecientes á un menor y á un mayor, disfruta el segundo el beneficio del primero.
- 822. Se examina la cuestion de si el menor letrado goza de este privilegio.

809. Pasado todo el término porque la causa ó negocio principal se recibió á prueba [no siendo menores ó privilegiados los litigantes], está prohibido, regularmente hablando, admitir testigos, á fin de evitar sobornos y perjuros [1]; bien que se pueden examinar los que dentro de él fueron juramentados, como queda ya espuesto; y así lo que se debe practicar es, pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron; pero este trámite no es sustancial al juicio, segun nuestro derecho (2); y omitido, no se vi-

cia el proceso por su defecto [1]. Si no hubo probanzas, es indudable que no hay objeto sobre que recaiga la publicacion. En segunda ó tercera instancia no se deben presentar testigos ni admitirse interrogatorios sobre los mismos artículos ú otros directamente contrarios, sobre los que se recibió el pleito á prueba en la anterior, ya sea en lo principal ó en tachas, pena de mil maravedises al abogado que formare dichos interrogatorios, y de nulidad de la probanza [2].

810. Si las partes no hicieron proban-

[1] L. 37, tit. 16, part. 3, y ley 7, tit. 11, lib. 11, N. R. Matienso in Dialog. relator cap. 16, n. 1, Paz tom. y part. 1, temp. 8. ns. 134 y 135.
 [2] L. 1, tit. 12, lib. 11, N. R.

[1] Marat. part. 6, tit. De processus publicat. n. 4. Paz ibi ns. 136 y 137.
 [2] L. 6, tit. 10, lib. 11, N. R.

zas, y espiró el término concedido, pueden concluir para definitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho y justicia, y se les deben entregar sin hacer publicacion. Si la una los pide no debe darse traslado á la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para dicho traslado; así éste y la publicacion son ociosos en dichos casos: lo mismo procede cuando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo, renunciando la publicacion, ó cuando ámbas la renuncian [1]. Pero no obstante que ámbas la hagan y la de la una se concluya mucho ántes que la de la otra, como suele suceder, no se ha de hacer la publicacion hasta que espire todo el término probatorio concedido, aunque la una lo pida, si la otra lo contradice [2]; pero si conformándose ámbas.

811. Mas, de cualquiera suerte que se haga, se ha de comunicar traslado de la pretension de publicacion á la otra parte, para que esponga si está ó no pasado el término, ó falta que examinar algun testigo juramentado, ó tiene algun motivo que la impida por entónces, y á este fin en cualquiera instancia puede tomar, y se le debe dar la pieza corriente ó todos los autos, escepto las probanzas; y si nada dice á la primera audiencia ó á los tres dias de ser notificado el traslado, debe deferir el juez á la publicacion, y hacerse saber ésta á ámbos litigantes [3]: de modo, que segun nuestro derecho, es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella y acusando la rebeldía; en algunos juzgados inferiores se da uno solo, y el juez dice: *Traslado y autos; y pasando el primer*

[1] L. 3, tit. 15, lib. 11, N. R.
 [2] Dicha ley 3, tit. 15, lib. 11, N. R.
 [3] L. 37, tit. 16, part. 3. L. 51, tit. 4, lib. 2, y dicha ley 3, N. R.

dia contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion. Aunque este decreto parece implicatorio, en cuanto al juez que da el traslado y manda traer los autos, no es así, y sirve únicamente para que la parte contraria esponga si ha espirado ó no el término, ó si hay algun motivo que obste á la publicacion; y el llamarlos es para hacerla, si nada dice y está pasado; y así se observará en esto el estilo del juzgado, pues en la sustancia nada se altera.

812. Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demas medios legales de que se han valido; y en vista de ellos aleguen lo conducente á su defensa, si quieren [1].

813. Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el juez originario del pleito, y no aquel que las haya recibido por vía de exhorto; ántes bien las debe remitir cerradas, y así se practica [2]. Hecha y notificada á las partes, se les han de entregar todos los autos con las probanzas por su orden, primero al actor que al reo, á fin de que aleguen de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal, para el juez de que habla la ley. Del alegato del demandante se debe comunicar traslado al reo, y con estos dos escritos se tendrá el pleito por concluso aunque las partes no concluyeren [3]. Siguiendo el orden del juicio, debe alegar primero el actor [4] y despues el reo, aunque no hay ley en nuestros códigos que así lo prevenga. El término legal para los alegatos

[1] Lex siquis in alia. col. 1 vers. juxta primam cod. De edendo Maranta De processus publ. ns. 1, 2 y 5. Paz tom. y part. 1, temp. 8, ns. 133, 134 y 139.
 [2] Paz ibi ns. 147 y 148. Marant. ibi n. 6.
 [3] L. 1, tit. 15, lib. 11, N. R.
 [4] Lex Nesennius, ff. De negot. gest. Marant. part. 6 tit. 16, De allegat. et disp. n. 6.

de bien probado es el de seis dias [1] para cada una de las partes.

814. Lo explicado en los párrafos anteriores tiene lugar, cuando ámbas partes son mayores de veinticinco años, y los testigos de que se han valido, idóneos y fidedignos; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleito, se recibe á prueba, y goza del privilegio de menor de edad, entónces en virtud de él puede pedir restitucion del término probatorio para rendir su prueba, si no la hizo, ó para probar lo que omitió en el plazo ordinario y regular, ó por alguna escepcion nueva que alegue, el juez en este caso le ha de conceder por vía de restitucion una vez y no mas, pidiéndolo y no de otra suerte, la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal, ya fuese dado en presencia ó en rebeldía, sin dar traslado de la pretension, ni oír sobre ella al mayor, aunque éste resistiera la concesion, denegando otra alguna en el mismo auto [2].

815. De la ley citada anteriormente parece deducirse que la restitucion no ha de ser del término prorogado, sino del primero concedido para probar; pero no obstante, segun práctica inconcusa, se concede la mitad de todo el término ordinario, sea ó no prorogado, porque es uno mismo concedido en varias veces, y no término nuevo; y si se hubiese recibido á prueba por uno determinado, v. g., veinte dias, y éste hubiese concluido sin pedirse prorogacion dentro de él, en tal caso se conceden solamente la mitad del corrido; aunque segun uno de nuestros prácticos [3], debe concederse no solo la mitad del primero otorgado, sino el que fuere competente atendida la cualidad del

[1] L. 1, tit. 12, lib. 11, N. R.
 [2] L. 3, tit. 13, lib. 11, N. R.
 [3] Parlad. lib. 2, cap. 11, n. 4.

negocio. Para esta concesion no se necesita el privilegio de justificar lesion, como en los contratos [1], porque ninguna ley lo manda, sino que basta acreditar sumariamente que le compete el privilegio; mas contra el término ultramarino y extraordinario no hay restitucion, á no ser que haya dejado de concederse para la prueba principal; entónces, pidiéndose despues, se otorgará el necesario aunque esceda del comun, para que el litigante no quede indefenso por este defecto pero debe hacer constar y cumplir con las tres primeras circunstancias de las cuatro que hemos referido ser necesarias para su concesion. Este término no es nuevo, sino una ampliacion del ordinario, que por privilegio compete al litigante; la fórmula con que suele pedirse es esta: *que en virtud del privilegio, y por via de restitucion, se amplie á la mitad del concedido*; advirtiéndose que no se hace nueva publicacion de probanzas, sino una sola en cada instancia. Lo que se practica es, pedir los autos con ella luego que espire el término, para alegar de bien probado, y se mandan y deben entregar, teniéndose la prueba hecha en el de la restitucion, no por nueva, sino por aumento y por suplemento de ella. Si el menor lo es al tiempo de demandar ó ser demandado, y al recibirse á prueba salió de la minoría, no le competirá el privilegio de restitucion por haber cesado el motivo porque se le concedió (2).

816. Tres requisitos precisos é indispensables deben concurrir, para que al privilegiado se conceda restitucion de término probatorio, haya ó no rendido prueba. La primera es, que la pida si está hecha la publicacion de probanzas,

(1) Veanse las instituciones prácticas del señor conde de la Cañada cap. 9, ns. 65 y 66.
 (2) Vease al mismo autor ns. 79 hasta 87.

dentro de los quince dias inmediatos de la notificacion del auto en que se mandaron hacer; así lo dispone la ley recopilada (1) que dice: "porque la experiencia ha mostrado quanto daño se ha recibido en hacer probanzas por via de restitucion, despues de las probanzas públicas, por la sobornacion de testigos y corrupcion; queriendo obviar la tal malicia, ordenamos y mandamos, que si qualquiera de las partes pidiere restitucion integran en la primera instancia, para hacer su probanza, por ser en caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna parte ó persona, ó universidad que tenga privilegio ó derecho para la pedir, que agora haya hecho probanza ó no, se le conceda y otorgue, pidiéndola dentro de quince dias despues de la publicacion." Pero ni ésta, ni otra ley alguna prohiben que se pretenda ántes de aquella, ni precisa que se pida solamente despues de hecha: así lo juzgan algunos prácticos; pero nosotros no podemos ménos que advertir que por una ley de recopilacion de Indias (2) se previene que ni los abogados ni los procuradores puedan pedir por escrito, ni de palabra, ninguna restitucion, por haberse pasado el tiempo, en ningunos pleitos ni negocios durante los términos asignados para las probanzas ordinarias; sino que lo han de pedir durante los quince dias despues de hecha la publicacion, con apercibimiento que ninguna de las restituciones que se pidan durante el término de prueba, serán concedidas ni admitidas. El segundo requisito es, que ya alegue ó quiera probar el privilegiado. excepciones nuevas ó las alegadas, tan luego como pretenda la restitucion ha de depositar cierta cantidad, segun la cualidad y circunstancias de la causa y perso-

(1) Ley 3, tit. 12, lib. 11, N. R.
 (2) Ley 20, tit. 24, lib. 2, R. I.

nas, para pagarle en clase de pena, si no probare su intencion (1); mas esta pena pecuniaria no se acostumbra en la práctica. El requisito tercero se reduce á que si se pide la restitucion en segunda instancia, sobre excepciones nuevas que no se pusieron en la primera, ó aunque se hubiesen puesto se repitieron por no haberse deducido en el tiempo y forma debidos, jure el privilegiado no pedir de malicia la restitucion, sino que lo hace por convenir así á su defensa. El término para probarlas no debe exceder de la mitad, concedido en primera instancia. Si se pidiere en tercera ó en grado de suplicacion, debe jurar tambien que las excepciones que propone vinieron de nuevo á su noticia, y ni en esta instancia ni en las anteriores inmediatas, puede pedirse restitucion despues de los quince dias expresados, ni el término ha de exceder de la mitad del que en la misma causa de la suplicacion fué asignado para probar, y se puede imponer pena arbitraria del mismo modo que en las otras (2).

817. El término de la restitucion es comun, y como tal, compete al que no es privilegiado para probar ó ampliar su probanza (3); advirtiéndose que una vez concedido á instancias del privilegiado, no puede arrepentirse ni renunciarlo en perjuicio de su colitigante, sea la causa dividua ó individua (4).

818. El que no es privilegiado, no puede, hecha la publicacion, alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella, por testigos, sino tan solo probarla por confesion de la parte contraria, ó por instrumento público (5); lo cual se limita en

(1) Ley 1, 2, y 3, tit. 13, lib. 11, N. R.
 (2) Leyes 7, tit. 10 y 4, tit. 13, lib. 11, N. R.
 (3) Ley 3, tit. 13, lib. 11, N. R.
 (4) Gut. lib. 2, pract. quest. 22. Acebedo en la ley 3, tit. 8, lib. 4, R. que hoy es la 3 citada de la Novísima.
 (5) Ley 1 al fin, tit. 13, lib. 11, N. R.

el caso que la excepcion nuevamente alegada, sea sobre falsedad y suplantacion verdadera de alguno, producido en el juicio, contra el cual nada articuló ni probó; pues entónces puede recibirse á prueba sobre ella con término arbitrario, no solo ántes, sino despues de la conclusion, y aun tambien en segunda instancia, si no lo alegó, ni renunció probarla en la primera, y no en otros términos, debe tambien jurar, que no la alega maliciosamente, y solo se deberán admitir pruebas muy claras y concluyentes; pero despues de ejecutoriado el pleito no puede alegarla, escepto que de ella no se haya conocido plenamente (1).

819. No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien cuando salen á ella como opositores, ó excluyendo como terceros, el derecho de otros no privilegiados.

820. Disfrutando ámbos litigantes el privilegio de menor edad, ninguno debe gozarlo contra el otro, á no ser que el uno trate de adquirir lucro, y el otro de evitar daño, en cuyo supuesto competirá al segundo (2).

821. Si la cosa litigiosa es individua y pertenece á dos, uno mayor y otro me-

nor, y ámbos litigan sobre ella contra un tercero, gozará el no privilegiado, del privilegio del que lo es; pero no si la cosa es individua (1).

822. Entre los autores se ha suscitado la famosa controversia, sobre si el menor letrado debe ó no gozar del beneficio de restitucion, contra el lapso del término probatorio. Los que están por la afirmativa se fundan, en que éste beneficio compete generalmente á todos los menores, sin distincion alguna, y que cuando la ley no distingue, nosotros tampoco debemos distinguir. Los que estan por la negativa esponen que en el menor jurisperito, no es de presumirse la fragilidad que dió motivo á esta concesion, pues la ciencia que posee le suministra medios para evitar cualquier engaño, y le suple por lo mismo la falta de edad. El Sr. Vela establece esta opinion: cuando el daño que sufre el menor perito es relativo á la ciencia ó arte que profesa, no debe gozar de la restitucion; pero por el contrario si el perjuicio recibido es estraño á su profesion, está en el caso de los demas menores y por lo mismo es acreedor al beneficio: de consiguiente, la restitucion contra el lapso del término probatorio, no puede competir al menor letrado.

(1) Ley 1 y 2, tit. 26, part. 3, Greg. Lop. en la ley 116 gias. al fin Covarrub. Pract. cap. 19, n. 8.
 (2) Cap. 1, y cap. Auditis de in integrum restit. y cap. si á sede 11, de praeb. in 6, coar. pract. cap. 7 n. 4.

(1) Barbos en la ley única cod. si in communi n. fin y en la 6, cod. de in integrum restit. Gutierrez lib. 1 pract. quest. 66. Font decia 112 y 120.

