

curador del actor no legitima su persona, no está obligado à ello, ni se le debe tener por confeso, ni el Juez proceder à la determinacion una vez opuesto este defecto, porque en el juicio nulo no se puede considerar confesion. (1)

## §. VI.

## DE LA RECONVENCION, Y SUS

*efectos: dentro de qué término debe hacerse,  
y ante qué Jueces; y en qué causas  
há, ò no lugar.*

224 **C**omo muchas veces competen à los demandados no solo excepciones para enervar, y eibir las pretensiones de los demandantes, sino acciones para reconvenirlos judicialmente; y por evitar gastos en nuevos pleitos, ò en acudir ante sus Jueces privativos, ò de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio, y el Escribano deseará saber si podrán, ò no practicarlos: para que se tinte de esta materia, y estériles nuestros Autores latinos, y castellanos, la dividiré en cinco puntos: en el primero trataré de la reconvenccion, y quién puede, ò no hacerla. En el segundo de sus efectos. En el tercero, en qué tiempo se debe hacer. En el quarto, qué Jueces pueden, ò no conocer de ella. Y en el quinto, en qué causas há, ò no lugar. Digo pues al primero, que la reconvenccion es segunda convencion, *mutua petition*, ò nueva demanda que el reo pone al actor en vista de la que éste le puso. (2) Puede hacerla el que tiene potestad de comparecer en juicio, no ha-

(1) Gutierrez lib. 1. Práctic. quast. 49. Dieg. Perez en la ley 1. tit. 4. lib. 3. Ordenam. Roland. consil. 31. n. 6. y 7. Parej. tit. 6. resol. 2. n. 1. Sr. Olea de Cesion. tit. 6. quast. 9.

(2) Ley Cum Papinianus 14. Y

Authent. Et consequenter, Cod. de Sentent. & interlocutionibus, y ley 22. ff. de Judic. cap. 1. de Mutuis petition. ley Si idem, cum eodem §. Quod si mutuos, ff. de Jurisdic. omnium judic. y cap. 3. de Rescript. lib. 6.

habiendo expresa prohibicion; pero no se permite el actor que demande segunda vez, ò reconvenga en aquel juicio al reo que le reconvinó, (que es reconvenccion de reconvenccion) porque sería proceder à infinito, por lo que está reprobado por derecho; (1) ni al reo excomulgado que reconvenga al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para excepcionar, y defenderse, pero no para intentar accion, qual es la reconvenccion. (2)

225 Tampoco se permite al reo que reconvenga al actor por lo que le debe, quando le demanda en nombre de otro, v. g. el tutor que le pide lo que está debiendo à su pupilo, el Clerigo como administrador de su Iglesia, &c. pues no puede reconvenirlos por su propio debito, ni se le debe admitir, porque para que haya lugar la reconvenccion, es preciso que proceda por hecho, y derecho suyo privativo, y no por el ageno, como el tutor, procurador, ò apoderado, por no ser entonces verdaderos demandantes, sino los sujetos à quienes representan, y cuyas veces hacen; (3) y quando el derecho establece alguna cosa acerca de la causa que se controvierte, ò ha de controvertir entre dos, se entiende en el caso de que procedan en su mismo nombre, y por su privativo derecho, y no en el de otro. (4)

226 Se diferencia la reconvenccion de la excepcion, en que por ésta nada se pide al actor, y solo se dirige à enervar, y excluir su accion, y demanda; (5) pero por la reconvenccion se le pide otra cosa; bien que à veces tiene vigor de excepcion, si se oponden para perimir la convencion, v. g. quando ésta, y la reconvenccion miran à la misma cosa; en cuyo caso las pretensiones de ambos contendores son

(1) Cap. Cum in multis, de Rescript. in 6. & ibi glos. Specul. tit. de Reconvenccion. §. Nunc dicamus, n. 13. Reinfestuel lib. 2. Decretal.

tit. 4. §. 1. n. 19. Murill. Decretal. lib. 7. tit. cit. num. 54. Cur. Phillip. part. 1. §. 16. n. 9. al medio.

(2) Cap. Cum inter 8. y cap. Exceptionem 12. de Exception. Reinfestuel ibi, num. 18.

Tom. III.

(3) Dicha Authent. Et consequenter, y cap. 1. y 2. de Mutuis petitionibus.

(4) Ley Quisquam, ff. de In jus vocand. ley Lis nulla, & ibi glossa, ff. de Judic. ley Forti, §. Aliena, y ley Servus, ff. de His qui notant infam. Cancr. part. 2. Var. cap. 13. num. 23. al 26.

(5) Ley 2. ff. de Exceptionibus.

directamente contrarias, y la reconvenccion tiene fuerza de excepcion, y defensa. (1) Igualmente se diferencia de la compensacion: Lo primero, en que ésta para que se admita, ha de ser de deuda líquida, y confesada; y no de otra suerte; pero la reconvenccion se puede hacer no solo de lo que se debe, y no está líquido, ni cierto, (por lo que en este caso es preparatoria para pretender la compensacion) sino tambien de lo que lo está, y asimismo de otra cosa, y especie del todo diversa de la que se demanda, como diré en el num. 244; lo qual no sucede con la compensacion, (2) segun mas latamente explicaré en el cap. 2. de este libro, §. 4. num. 189, y siguientes. Lo segundo, en que la compensacion infringe el derecho del actor, y produce à favor del reo que la opond, la absolucion de lo pedido por su adversario; lo qual no sucede con la reconvenccion, pues à entrambos queda ileso, y salvo el suyo. (3) Lo tercero, en que en la compensacion no cabe la prorrogacion de jurisdiccion del Juez; pero en la reconvenccion es al contrario, porque el Juez que es incompetente se constituye competente por ella para conocer de ambas acciones. (4) Lo quarto, en que el reo puede reconvenir al actor no solo sobre el mismo negocio, sino sobre otro diverso, y qualesquiera causas ante un proprio Juez; (5) pero la compensacion se admite unicamente en ciertas cosas, como en el cap. 2. de este libro, num. 189. diré. Lo quinto, en que la compensacion se termina siempre en una sentencia; pero la reconvenccion no siempre. (6) segun adelante explicaré. Lo sexto, en que el que opond la compensacion confiesa el debito; (7) lo qual no sucede con la reconvenccion, y asi conviene mas al deudor que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, usar de la reconvenccion, que de

(1) Bal. & Alex. in leg. Viro, ff. Solut. matrimon. Cancr. ibi, n. 36.  
 (2) Doctor. in Authentic. Et consequenter, Cancr. ibi, n. 28. al 31. Salicet. in leg. Neque scriptura, al fin, Cod. de Compensatione.  
 (3) Scac. de Re judicat. Spec. 3. n. 7. glos. 7. quest. 4.

(4) Scac. ibi, n. 6. y 12.  
 (5) Salicet. in leg. Cum Papi-  
 nianus, 74. Cod. de Sentent. & in-  
 terlocutionib. omni. judic.  
 (6) Salicet. ibi, n. 3.  
 (7) Bal. in dict. leg. Cum Papi-  
 nianus, al. 8.

la compensacion. Lo septimo, en que el que compensa no puede exceder de lo que se le pide, y para lo demás à que es acreedor, debe usar de la reconvenccion. (1) Lo octavo, en que si el que intenta compensar es vencido, puede usar luego de la reconvenccion; mas no, siendolo en ésta. (2) Lo nono, en que aunque en la primera instancia se omita la compensacion, se puede usar de ella en la segunda; lo qual no sucede con la reconvenccion, porque en la causa de apelacion no há lugar la prorrogacion de jurisdiccion. (3) como en el num. 241. expondré. Y lo decimo, en que contra la compensacion vale à veces la réplica; mas contra la reconvenccion no se admite otra, porque se gravaria nimiamente al Juez con la cumulation, y conservacion de pretensiones, y sería proceder à infinito, segun dexo expuesto. (4) Otras diferencias trae *Bartholomé Bersano* en su tratado de *Compensationibus*, cap. 1. quest. 13. à quien podrá ver el Legista aplicado.

227 Al segundo punto digo, que al modo que la prevenccion legitima de jurisdiccion surte tres efectos, el uno de que se perpetúe la del delegado; (5) el otro de refundir, y consolidar en un solo Juez la que tienen igualmente muchos competentes, y apropiarsela de tal suerte que en lo sucesivo ninguno mas que él conozca de aquel negocio, y queden inhibidos los otros; (6) y el otro de que hecha la prevenccion por la legitima citacion, ya no pueden actor, ni reo contra la voluntad del uno mudar su fuero, antes bien están obligados à seguir la causa incoada hasta su final decision ante el Juez que previno su conocimiento, sino desisten de su prosecucion, aunque el uno adquiera nue-

vo

(1) Bersan. de Compensationib. cap. 1. quest. 13. n. 17.

(2) Salicet. ibi.

(3) Ruginel de Appellat. §. 10. glos. 4. n. 18. Carlav. de Judic. tit. 1. disp. 2. quest. 8. sect. 4. n. 1175.

(4) Ferosin. Var. tit. de Mutuis petitionib. quest. 8. n. 1. Bersan. dicho cap. 1. quest. 9. per tot. y q. 13. num. 23.

(5) Legiste in leg. Et quia 6. ff. de Jurisdiction. omnium judic. Doctor. in cap. Relatum 19. in cap. Gratum 20. & in cap. Licet undique 30. de Offic. delegat.

(6) Ley Cum quedam 19. ff. de Jurisdiction. omnium judic. ley Si quis postea 7. ff. de Judic. y cap. Propositi 19. de Foro competat.

vo fuero, ó privilegio: (1) del mismo modo la propia, y verdadera reconvention causa quatro: el primero hacer que la convencion, ó proceso sobre la causa principal se siga juntamente con ella, y que ambas sin embargo se ser diversas, y desiguales, se igualen, y determinen á un propio tiempo, y en una sentencia, bien que por su orden, aunque la reconvention sea mayor. El segundo, dar, y prorrogar por derecho la jurisdiccion del Juez que conoce de la convencion, ó negocio principal, (2) no obstante que no intervenga consentimiento de los litigantes. El tercero, que no esté obligado el reo á responder á la convencion, si el actor no quiere contestar su reconvention, pues entrambas se han de tratar simultaneamente, y la condicion de los dos debe ser igual: (3) Y el quarto es ser adequativa de ambas causas, de tal suerte que el modo de proceder que se observa en la una, se debe observar en la otra. (4)

228 Esta prorroga de jurisdiccion se puede verificar, asi de parte del demandante como del demandado; del demandante, quando conviene al demandado ante Juez que no es suyo, y éste no declina fuero, antes bien conviene al demandante ante él, pues por el mismo hecho consiente, y le prorroga la jurisdiccion. De parte del demandado, quando el demandante le conviene ante su propio Juez, y el demandado le reconviene ante el mismo, pues debe responder á la reconvention. (5)

229 Se verifican juntos á veces en los juicios los dos primeros efectos de la reconvention, y á veces solo el segundo; juntos quando la convencion, y reconvention caminarian á igual paso, pues entonces se siguen á un propio tiem-

(14) Ley *Ubi acceptam* 29. ff. de *Judic. y leyes*, y cap. *proxime cit.* & *DD. Carley*, tit. 1. *disput.* 2. n. 898. 899. y 900.

(15) Ley 22. tit. 2. *Partid.* 3. verb. *La tercera es*: ley 20. tit. 4. y ley 4. tit. 10. *Partid.* dicha cap. 2. y 2. de *Matus petition.* *Marant.* part. 4. *dist.* 1. c. tit. *Judicium conventionalis*, n. 7. 8. y 10. al. 12. *Carley*, tit. 2. *disp.* 7. n. 3. y 4.

(2) Dichos cap. 1. y 2. de *Mutuis petition.* y cap. ult. §. fin. de *Juram.* *calumn.*

(3) Arg. dicho cap. 2. & *ibi Abb.* n. 2. *Reiniesuel* lib. 2. tit. 4. §. 3. *num. fin.*

(4) *Marant.* *dist.* 12. tit. *Judicium ordinari.* & *prorrogari* n. 17. *Barl.* in *Authem.* *Et consequentery* col. 2. *Cod.* de *Sentent.* & *interlocutionibus.*

tiempo, y deben determinar en una sentencia por el orden explicado. Y el segundo, quando la convencion requiere brevedad, por ser sumaria, y la reconvention prolixo examen, y discusion, por ser plenaria, y no estar líquida, ni poderse liquidar, ni probar con tanta celeridad, y prontitud, pues en este caso el Juez que conoce de la convencion, proseguirá conociendo de la reconvention; y asi debe preferir sobre cada una su sentencia en su respectivo tiempo, y no aguardar á que se liquide, y pruebe la reconvention para decidir sobre la convencion, porque en esto injuriará al actor.

230 No puede escusarse el actor de responder ante aquel Juez á la reconvention del reo en los casos en que ésta se omite, por no repugnar á la naturaleza, y qualidad de la causa, porque *ex necessitate juris* se le prorroga la jurisdiccion, siendo prorrogable, y no le protege el privilegio que tenga; y si se escusa á ello, se le debe denegar la audiencia sobre su convencion, ó demanda, como á contumáz; al modo que si el reo no quiere contestar ésta, se le há por confeso *ipso jure*: y la razon legal es, porque así como quiso obtener justicia en aquel juicio ante el Juez que eligió contra el reo; así tambien está obligado á responder á la reconvention de éste ante el propio Juez, por ser justo que ya que lo eligió para que determinase á su favor, sufra que determine contra él. (1)

231 En las causas civiles miísta, y procede lo explicado en el número inmediato en tanto grado, que aunque el actor que demandó al lego ante su Juez, sea Clerigo ordenado *in sacris*, y el reo le oponga la reconvention por via de excepcion, y defensa, ó por via de accion, debe responder á ella ante el mismo Juez, como se prueba de la ley 57. tit. 6. *Partid.* 1. *ibi*: *Mas si el Clerigo demandare alguna cosa al lego temporal; tal demanda como ésta debe ser hecha ante el juzgador seglar. E si ante quel pleito se acabase, el lego á quien demanda, quisiere hacer otra demanda al Cleri-*

(1) Ley 20. al fin. tit. 4. y ley 4. tit. 10. *Partid.* 3. ley *Com Papiatus*, y *Authem.* *cit.* *Canon*, *Accusa-*

*tore* 2. *quast.* 8. y ley *Qui non cogitur* 22. ff. de *Judic.* *Carley* de *Jur.* *dic.* tit. 2. *disp.* 7. n. 3.

go su demandador, *alli debe responder por aquel mismo juicio, è non se puede excusar por la franqueza que hân los Clerigos por razon de la Iglesia.* Porque la reconvençion no es propriamente convençion como la del actor, en cuya potestad, y arbitrio está el demandar quando quiera al reo, (1) sino convençion mutua de que éste usa para su defenfa, y para que la accion intentada por aquel, no le dañe en mas de lo justo. (2)

232. Pero se exceptúan tres casos, en los quales no podrá el lego demandado reconvenir al Clerigo demandante ante el Juez secular. El primero, si la reconvençion es de cosa espiritual, ò anexa à ella, pues no se le debe admitir, porque aunque la reconvençion quita el privilegio de la persona, mas no el de la causa, de que el Juez no puede conocer por falta de jurisdiccion, no obstaate que las partes lo consientan. (3) El segundo, quando es por delito que ha cometido contra el lego, aunque éste lo intente civilmente, (4) pues milita la propia razon. Y el tercero, quando el lego injurió al Ecclesiastico, ò le hizo daño, ò hurtó alguna cosa con ánimo deliberado de que éste le demandase ante su propio Juez por la injuria, ò delito, para poderle reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude, porque la maquinacion, y afectacion como dolosas están reprobadas, y no aprovechan à su Autor; à mas de que si en tal caso se permitiera la reconvençion, ò se ofenderian impunemente con daños, y contumelias el Clerigo, y el lego; ò estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro à la jurisdiccion del Juez, que no era suyo, por medio de la injuria. (5) Otros casos en que el Clerigo no

(1) Ley Pure, §. fin. ff. de Doli mali exception.

(2) Reinfestuel lib. 2. tit. 4. §. 2. num. 31. y 34.

(3) Cap. Tuam, de Ordin. cognitio. cap. Lator, qui filii sint legitimi, y glos. in cap. Cujus agendo 3. quest. 3. Canc. part. 2. dicho cap 13. num. 58. y 59.

(4) Cap. unico. de Cleric. conjugat. in 6. Canc. ibi n. 60. Reinfestueli ibi, num. 21.

(5) Ley 2. §. Sed si agant, ff. de Judic. ley Spadonem al fia, ff. de Executio. tutor. y ley Sed & qui data, ff. Ex quibus caus. majores. cap. Relatum, §. Ad hoc, de Jure Patronat. cap. Sedes 15. y cap. Ex tenore 16. de Rescript. Marant. tit. Judicium conventionale cit. n. 53. al 55. Sr. Greg. Lop. en la ley 57. inserta, glos. 4. Canc. ibi, num. 55 al 57. Reinfestueli ibi, num. 35. y 36.

puede ser reconvenido en el propio juicio por el lego, trae Jacobo Pignatelli tom. 3. *consult. 27.* y tom. 9. *consult. 23.* a quien podrá ver el aplicado para su radical instruccion.

233. Al punto tercero, digo que aunque segun derecho Canónico se puede proponer la reconvençion en qualquier estado del juicio de convençion para en quanto à surtir el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdiccion, en cuyo caso no será reconvençion perfecta; (1) y segun el Comun antes de la contestacion, ò poco despues; (2) pero por el Real nuestro debe hacerla el reo dentro de los mismos veinte dias en que ha de proponer las excepciones peremptorias; y pasados, no es admisible, ni por consiguiente surtirá efecto alguno. (3) De ella, y de estas se debe conferir traslado al actor, al qual para responder à las excepciones concede seis dias, y para la reconvençion, si la hay, exceptuacion, replicar, y presentar escrituras que la enerven, nueve mas, (4) contados unos y otros (segun se practica) desde el de la notificacion del traslado exclusive; pues corren de momento à momento, aunque sean colendos. De modo que segun nuestro derecho tiene el reo nueve dias solos para contestar la demanda, y poner las excepciones dilatorias, y despues de contestada puede proponer las peremptorias, y la reconvençion dentro de los veinte siguientes; y pasados, no se le debe admitir ésta; y al actor concede seis dias para satisfacer à las excepciones peremptorias, y nueve para responder à la reconvençion.

234. De la réplica del actor, y documentos, ò escrituras que presente en satisfaccion à las excepciones peremptorias, y reconvençion del reo, se debe comunicar igual traslado à éste, para que en el termino de otros seis dias responda à ella, presente sus réplicas, ò concluya: pues pasados, no se deben admitir las escrituras, excep-

(1) Cap. Dispensia 3. §. Reus quoque, de Rescript. lib. 6. & ibi glos. & Bald. num. 12. Innocent. num. 4. y Franch. nom. §. Cándoliste in Clemantina. Sape, cod. tit.

(2) Legiste in Auth. Et conse-

quenter, Cod. de Sentent. & interlocutionibus.

(3) Ley 1. tit. 5 lib. 4. Recop. & ibi Acev. n. 60. Carl. tit. 2. disp. 7. num. 6. & ibi glos. & ibi glos. & ibi glos.

(4) Ley 2. tit. y lib. dichos.

to que jure que de nuevo las hubo, y vinieron à su noticia, en cuyo caso se le permite su presentacion hasta la sentencia definitiva, y al actor hasta la interlocutoria: y sin mas pedimento, ni auto de conclusion se ha de estimar, y tener el pleito por concluso, aunque las partes no concluyan. Todo lo qual es conforme à nuestro derecho. (1)

235 Lo que se practica quando se sigue llanamente el juicio, y no hay artículos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales, que son el de demanda, y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendole en éste al mismo tiempo à la reconvenccion, si la hay: y el reo al mismo tiempo la demanda, en el que se ponen la reconvenccion, y excepciones peremptorias, sin dar otro para ellas. (no obstante lo que indica la disposicion legal) y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ò concluyendo para prueba; bien que en vista de la contestacion, y reconvenccion puede concluir sobre todo sin replicar; y ninguna de las partes debe dar mas pedimentos sobre lo principal, pues la ley há el pleito por concluso. Si se forma algun artículo, se dan dos pedimentos acerca de él por cada una el suyo, y del mismo se comunica traslado al que lo formó, el qual concluye; y decidido, se continúa el negocio principal, en caso de que con el artículo no se termine, pues mientras dura éste, debe estar suspenso el curso de aquel.

236 Si el actor en vez de responder al traslado que de la reconvenccion se le comunica, concluye llanamente, se estima por lo mismo haber respondido à ella; porque es contumáz, y niega lo perjudicial, y así debe recibirse à prueba sobre todo. Y si concluye especifica, y señaladamente sobre su demanda, desentendiendose de la reconvenccion, se debe dar traslado de su conclusion al reo, el qual (mediante à que la ley (2) por esta omision, y silencio no há por confeso al actor) ha de pretender que en atencion à no oponer su contendor excepcion que le exima de

(1) Ley 4. al fin tit. 16. lib. 2. ley 2. tit. 5. y ley 9. tit. 6. lib. 4. Recop.

(2) Ley 3. ò final tit. 4. lib. 4. Recop. Cur. Phillip. part. 1. § 14. n. 10.

de responder à su reconvenccion, se haya ésta por contestada, y los autos por conclusos para prueba, ò para los efectos que haya lugar en derecho; y el Juez ha de declararlo así sin dar mas audiencia, porque aun quando sea incompetente por gozar el actor de algun fuero, le prorrogá éste la jurisdiccion por haberlo elegido para sí, y sujetadose à él. Todo lo qual he visto practicar, y declarar en pleitos que seguí, y en otros; y porque las leyes, y Autores dejaron en silencio este particular, lo he tocado, à fin de evitar dudas al Escribano principiante.

237 Al quarto, digo que la reconvenccion se puede hacer regularmente ante qualquier Juez, no habiendo expresa prohibicion legal; (1) y así tiene lugar ante el delegado, quando fue electo à peticion del actor para entender en su negocio, y no de motu proprio del Principe, pues en esto no se diferencia del ordinario (2) por la razon que dejo expuesta, y dá la ley 20. tit. 4. Partida 3. al fin ibi: *Cá guisada cosa es que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este Juez, que ante él lo haga al demandado.* Lo qual se entiende no solo sobre la accion originada antes de obtener el rescripto para que el delegado conociese de ella, sino despues; à menos que la facultad en él contenida se circunscriba limitadamente à ella, y le prohíba entender en otra. (3) Pero es de advertir que aunque el actor quiera apartarse de la convenccion hecha ante el delegado, no puede despues de la reconvenccion sin permiso del reo; lo que antes sí, para evitar que éste le reconvenga, (4) el qual si no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar à ello. (5)

238 Tambien há lugar la reconvenccion ante los Jueces particulares que tienen algunas personas, v. g. los *Escuelas*, quando el actor elige al Juez, porque su jurisdiccion es

(1) Cap. Cuius agendo, caus. 3. quest. 8. y ley Cum Papiianus al fin, Cod. de Sentent.

(2) Ley 20. tit. 4. Partid. 3. y cap. 1. de Mutuis petition.

(3) Socin. in cap. Ex litteris, de Mutuis petitionib. artic. 4. n. 29. Marant. part. 4. distinct. 6. tit. Judicium

conventionale, num. 15.

(4) Canc. dicha part. 2. y cap. 13. n. 37. y 38. Marant. ibi, n. 13. al 19. Socin. ibi, n. 22.

(5) Ley unica, Cod. Ut nemo in vitus. Reinstet. lib. 2. Decretal. tit. 4. § 1. num. 3.

es prorrogable, se prorroga por la eleccion, y milita la razon de la ley. Lo qual no sucede, quando alguno que tiene dos, ò mas Jueces, que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, interpone la declinatoria, y acude ante otro que no lo es del demandante, pues no puede reconvenir à éste ante él, porque no lo eligió. (1)

239 Ante el Juez prorrogado si habrá, ò no lugar la reconvention, se distingue: ò proviene de la prorrogacion de la sumision de uno de los litigantes, ò de la eleccion de ambos: si de la sumision del uno, v. g. quando el mayor, ò igual se sometió espontaneamente à un Juez, demandando ante él à su contendor: há lugar entonces, porque por el hecho de someterse à su jurisdiccion, es visto que no solo lo elige para sí, sino contra sí; por cuya razon no se debe desdeñar de que así como conoce à su favor, conozca en contra. Pero si es efecto de unanime consentimiento de los dos, no há lugar, porque à mas de no militar la razon legal expuesta, se entiende haberlo elegido solamente para conocer de la convencion, (2) excepto que conste lo contrario.

240 No puede ser reconvenido el actor ante el árbitro voluntario electo de comun consentimiento de los contendores, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion, ò conocimiento arreglado à la mera facultad dada por las partes, que no puede exceder de los terminos del compromiso, por lo que cesa la razon legal. (3) Pero bien puede serlo ante el *arbitro juris* electo por necesidad de la ley, ò estatuto para ciertas causas, ( que es quando la ley manda que ciertos negocios se comprometan ) con tal que lo sea para toda la causa, y no para un solo artículo, v. g. para conocer de la sospecha, porque se recusa al

Juez:

(1) Marant. loc. cit. n. 28. al 31.  
(2) Glos. Barr. & DD. in leg. Est receptum 12. ff. de Jurisdiccion. omnium judic. Marant. ibi, num. 23.  
(3) Ley Notionem, & ibi glos. ff. Verbor. significacion. ley Non dis-

tingendum, §. de Officio, ff. de Recept. arbit. y cap. Cum dilectus, extra de Arbitr. Bart. in Authent. Et consequenter, al. fin. Speculator in tit. de Reconvencione, §. 1. Reiciatuel ibi, num. 16.

Juez: y la razon es, porque estos árbitros son electos de necesidad por precepto de la ley, y por la qual tienen jurisdiccion, que ni bien es ordinaria, ni delegada; pero como tercera especie participa de ambas. (1)

241 Tampoco há lugar la reconvention ante el Juez de apelacion: lo primero, porque el apelante no recurre à él por su voluntad, y eleccion, sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia definitiva. Lo segundo, porque la apelacion sirve unicamente para reparar el gravamen irrogado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la litis contestacion, que es el de conclusion para prueba; y no teniendo como no tiene lugar despues de ésta la reconvention, tampoco puede tenerlo ante el Juez referido, à lo menos para que surta el efecto de tal. Y lo tercero, porque este Juez no puede conocer de otra cosa que de la de que se conoció en primera instancia. Y si la apelacion fue de alguna providencia interlocutoria antes de la contestacion, y el superior la confirma, sucede lo propio, porque no quedan en su jurisdiccion los autos, antes bien los debuelve al inferior; pero si los revoca, y los retiene, habrá lugar ante él. (2)

242 En quanto à si el Juez diputado para conocer de cierta especie de causas, puede entender en la de reconvention sobre otras de diversa especie, v. g. civil, ò criminal, liberal, ò de mayor suma; se distingue: si no tiene potestad para conocer de alguna por el privilegio del litigante, pero éste lo eligió, habrá lugar la reconvention, porque se verifica la razon de la ley; pero no habiendolo elegido, no: y así el Clerigo que elige al Juez secular para demandar al lego ante él, puede ser reconvenido por éste en el mismo juicio, como con legal apoyo queda sentado en el num. 231. lo que en otros terminos no podría practicar por defecto de jurisdiccion del Juez. (1)

Y

(1) Abb. in dict. cap. Cum dilectus col. 3. Marant. ibi, num. 20. al 22. Reiciatuel ibi, num. 17.

(2) Cancr. part. 2. y cap. 13. dicho num. 61. al 63. Marant. tit. cit.

n. 24. al 27. Cariev. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1175. y tit. 2. disp. 7. n. 8. (3) Glos. 2. in Authent. Et consequenter. Marant. ibi, n. 32. Baid. in leg. Quoties, Cod. de Judic.

243 Y si no tiene potestad para conocer por el privilegio de la misma causa, porque su jurisdicción es limitada à ciertas, y de determinada especie, y suma, y no se amplía à otras de mayor suma, y especie diversa, se subdistingue: siendo la causa de reconvenccion de la misma especie que la de convencion, y diferenciandose solo en la cantidad, há lugar la reconvenccion, porque por ser de la propia especie, se prorrogaa accesoria, è incidentalmente la jurisdicción del Juez; pero siendo de diversa no, v. g. la convencion de cosa profana ante el lego, y la reconvenccion de la espiritual ante el mismo: ò la convencion criminal ante Juez que solo puede entender en causas criminales, y la reconvenccion civil ante el propio; y en otros casos semejantes, de lo qual conciliando, y aclarando las opiniones, trata latamente *Maranta*. (1)

244 Y al quinto, y ultimo punto digo que la reconvenccion há lugar en qualquiera causa, en que su naturaleza, y qualidad no lo repugnan, ò no hay prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso genero, v. g. la convencion por la accion *ex empto*, y la reconvenccion por la de *mutuo*: ò la una proceda de accion real, y la otra de personal: ò ambas sean sumarias, ò plenarias: ò una sumaria, y otra plenaria: (2) y deben caminar à igual passo, substanciarse à un propio tiempo, y definirse en una sentencia. Lo qual se entiende, à menos que la una exija celeridad, y la otra no pueda liquidarse con tanta, pues entonces la de reconvenccion surtirá solamente el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdicción, (3) porque de lo contrario se irrogaria perjuicio al actor en la dilacion.

245 Há lugar asimismo la reconvenccion en las causas executivas, quando ella lo es tambien, y se puede liquidar, y decidir al propio tiempo que la convencion, porque como ambas tienen igual vigor, no impide la una el curso, y pronta expedicion de la otra. Pero no quando no pueden

(1) *Marant*. *ibi*. num. 33. al 36.

(2) *Ley* 1. §. fin. ff. de Extraord. cognit. y *ley* Nec non 28. §. 2. ff. Ex quibus causis major. *Clement*. 2. de

Verbor. significat. *Morill*. lib. 2. Decret. tit. 4. num. 55.

(3) *Cancer*. part. 2. y cap. 13. cit. num. 50. al 52.

dén liquidarse, porque el instrumento executivo en quanto à poderse despachar execucion en su virtud, es semejante à la sentencia, y tiene su vigor, y se equiparan; y como despues de ésta no se admite reconvenccion, tendrá lugar solamente su admission en lo que concierne al segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdicción, porque versa la razon legal expuesta. (1)

246 Igualmente há lugar en las sumarias; y quando se implora principalmente el oficio del Juez, porque la imploracion sucede en lugar de accion. Mas no quando ésta se hace por incidencia, ò por modo de acto extrajudicial: ni quando la una es sumaria, y la otra plenaria, sino en quanto al segundo efecto, à menos que ésta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella; ò que el actor lo consienta: (2) ni en las de depósito, porque estas son privilegiadas por la exuberante buena fé que en ellas debe haber; y así ninguna excepcion, ni compensacion admiten, pues lo líquido no se debe retardar por lo líquido; y si se proponen, servirán unicamente para la prorrogacion de jurisdicción: (3) ni tampoco en las de apelacion, por los motivos en el num. 241. expuestos.

247 En las criminales para explicar con claridad quando habrá, ò no lugar la reconvenccion, se distiñen quatro casos: el primero, si el acusado criminalmente quiere reacusar de otro delito mayor al acusador ante su Juez, ò de otro que tenga conexion con él, puede; y entonces há lugar la reconvenccion: mas no de otro igual, ò menor, à menos que sea por su injuria, ò por la hecha à sus parientes, segun en los nn. 94. y 95. queda sentado: ò que ambos litigantes procedan respectivamente por la suya: ò que el acusado se liberte principalmente por la reacusacion del

(1) *Castel*. tit. 2. disp. 7. num. 91. ro. 11. y fin. *Cancer*. *ibi*. num. 39. al 44. *Marant*. *ibi*. n. 39. al 41. *Acce*. en la *ley* 1. tit. 2. lib. 4. *Rec*. n. 681.

(2) *Ley* Quintana, ff. de Annis legat. cap. fin. de Offic. justic. *Marant*. *ibi*. num. 36. al 38. *Jason* in *leg*. 12. col. 7. ff. de Jurisdicción. omnium ju-

dic. *Bald*. in *leg*. Sed he; §. Non locum, ff. de Procurator. *Sociu*. consil. 167. col. fin. vers. Segundo concludido, vol. 2.º

(3) Cap. 2. de Deposit. *ley* 1. tit. 2. lib. 3. ff. *cod*. tit. *Marant*. *ibi*. num. 39. *Bald*. in *leg*. Si quis. *Cod*. Deposit. tit. 2.º

delito que se le imputa. (1) Pero si el acusado no reconviene al acusante por su injuria, ò por la de los suyos, ò el Juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. g. por ser Clerigo; ò para conocer de causa criminal, no há lugar entoncez: y la razon es, porque el que contiende criminalmente, lo hace de necesidad por la ofensa, ò injuria que recibió, y no de voluntad como en lo civil, en que no media, ni se interesa su honor; y asi no se prórroga la jurisdiccion al Juez en aquello como en esto; excepto que el acusador impetre letras para conocer contra el acusado, pues en este caso habrá lugar la reconvention, porque es visto haberlo buscado para sí, y contra sí, y milita la razon legal. (2) El segundo, si el acusado criminalmente quiere reconvenir civilmente al acusante, no puede, porque éste lo hace por necesidad, y asi la causa criminal se seguirá sola: (3) sobre lo qual vease lo explicado en los nn. 85. y siguientes, pues no se verifican los efectos de la reconvention por falta de voluntad del actor en la eleccion de Juez, y demás razones en dichos números expuestas. El tercero, si el convenido civilmente quiere reconvenir criminalmente al actor, puede siendo el Juez competente de éste, y no de otra suerte; pero se ha de conocer primero de la criminalidad como mayor, y perjudicial á la accion civil; (4) y acerca de esto vease lo sentado en el num. 83. y siguientes. Y el quarto, si el acusado civilmente quiere recusar del mismo modo al actor ante su Juez, puede, porque como es accion criminal intentada civilmente (que es por el interés, y no por la injuria) versa la razon de la ley; pero si no es Juez suyo, no se le permite, porque el acusador, ò actor lo elige de necesidad por el delito contra él cometido, y no de

(1) Leyes 1. y 10. Cod. de His qui accusat. ley 14. § 6. ff. de Bonis libert. ley 5. ff. de Public. judic. y ley 4. tit. 1. Partid. 7. Marant. tit. cit. num. 56. y 57.  
(2) Ley 2. §. Sed si agant, ff. de Judic. Marant. ibi, num. 60. y 61. Sr. Greg. Lop. en la ley 57. tit. 6.

Partid. 1. glos. 4. vers. Item est.

(3) Ley final, Cod. de Ordin. judicior. Bart. in Authent. Et consequenter, col. 3.

(4) Dicha ley fin. Bart. in Authent. citat. Marant. ibi, num. 66. y 67.

de voluntad, y asi cesa la razon legal. (1)

248 En las causas posesorias para saber quando habrá, ò no lugar la reconvention, tengo por conveniente explicar primero al Escribano principiante *quántos juicios posesorios hay: qué interdicto, accion, ò remedio compete al despojado: quando puede intentarlos: contra qué personas, y cuáles no compete.* Y en exposicion de estos puntos muy utiles para su instruccion, digo que los juicios posesorios son tres: *recuperandæ, retinendæ, y adipiscendæ*: (2) el juicio *recuperandæ, ò reintegrandæ* es sobre recuperar el despojado la alhaja, ò alhajas que poseia, y se le quitaron por fuerza, ò clandestinamente, sin oírle, ni vencerle en juicio. El *retinendæ* es sobre conservar, y mantenerse en la posesion que tiene. Y el *adipiscendæ* es sobre conseguir la de que carece: de los cuales, á qué personas competen, quiénes son los legítimos contradicteores, y de otras cosas concernientes, tratan con suma claridad, y extension Gomez en la ley 45. de Toro desde el num. 127. y otros varios Autores, cuya pericia no es necesaria al Escribano, y por eso omito su explicacion. Tambien hay *juicio petitorio*, que es sobre la propiedad, dominio, ò quasi dominio de la alhaja, como senté en el num. 11.

249 Es constante que al que está en posesion de alguna alhaja, ò finca raiz, le debe conservar, y mantener en ella el Juez, y no quitársela; sin que primero sea oído, y vencido en juicio, y no vale la Real Cedula que en contrario se expida, (3) porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee: (4) y asi incumbe la prueba á su adversario, el qual si no la hace en bastante forma, se debe conceptuar, y estimar al otro por poseedor, aunque para ello ningún título tenga. (5)

250 Pero esto se entienda quando es poseedor de buena fe

(1) Ley Cum Papianus, y Authent. Et consequenter cit. Marant. libi, n. 68. Bart. ibi Abb. in cap. 1. col. 12. in fin. extra. de Mutuis petition.

(2) Ley 2. §. Hac autem interdicta, ff. de Interdict.

(3) Ley 1. ff. Uti possidetis, y

ley 2. tit. 13. lib. 4. Recop.

(4) Ley 128. ff. de Regul. jur. ley 2. ff. Uti possidetis, y cap. 65. eod. tit. in 6.

(5) Ley 4. Cod. de Edendo, ley 28. tit. 2. Partid. 3. y cap. 3. de Causa possession. & proprietat.



fé, y no despojó al otro clandestinamente, ni por fuerza de la alhaja, porque si le despojó de esta suerte, compete no solo al despojado, sino á sus herederos, y sucesores el remedio de la previa restitucion, de que trata el interdicto. *Unde vi*, para recuperar su posesion; con arreglo al qual justificando el despojo, debe ser restituido á ella ante todas cosas, sin citar al despojador, aunque quiera probar, ò pruebe inmediatamente su dominio, pues se le ha de reservar su derecho, para que lo deduzca en el juicio correspondiente, que es el petitorio: (1) y asimismo debe ser restituido á la plena libertad que tenia, sin embargo de que no la poseyere; de modo que si de el fundo que otro poseia, percibia redditos, ò otra pension annua, se le debe restituir, para que pueda proseguir en su posesion. (2) Y la razon por que este interdicto dá el remedio de la restitucion al despojado, es porque asi como el despojador hizo el despojo de propia autoridad, sin dar lugar á que el despojado fuese oido; asi tambien es justo que en pena de su delito, y atentado restituya, sin que se le oiga, y que se le juzgue por la misma ley con que juzgó. (3)

251 Puede el despojado intentar este interdicto dentro de un año útil, contado desde el día en que pudo haber usado de su accion; (4) pero si lo intenta por via de excepcion, dura perpetuamente, porque lo que tiene tiempo limitado para demandarse en juicio, es perpetuo para excepcionarse, como lo dice la ley 5.ª *§. fin. ff. de Doli mali, & metus exceptio*: ibi: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, & ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam hæc perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure: is autem cum quo agitur,*

(1) Ley 2. tit. 10. Partid. 3. ley 1. §. 44 ff. de Vi, & vi armat. ley fin. Cod. Unde vi. ley 1. §. Hæredem, ff. de Privat. delict. ley Quod diximus, §. 1. vers. Hæc actio, ff. Quod metus causa; ley Si quis ad se fundum, Cod. ad leg. Juliam de vi, ley ult. in fin. ff. de Retractatione, y ley Si quis emptiois, §. Sed hæc contra, Cod. de Transcriptione 30.

vel 40. años, capi. 1. caus. 3. quæst. 1. cap. 5. 6. y 15. de Restitut. spoliator. y §. Non autem, vers. Sed hereditibus, Institut. de Perpetuis, & temporali. ob. ff.

(2) Cap. final. de Restitutione spoliator.

(3) Cap. 2. de Restitutione spoliator. y ley 1. ff. Quod quisque juris

(4) Ley 1. ff. de Vi, & vi armat.

*non habeat potestatem quando conveniatur.*

252 Se le permite usar de dicha excepcion no solo contra el despojador, ò el que mandó hacer el despojo, ò posee la alhaja, ò la recibió; sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó á persona mas poderosa, ò de otro fuero, para que no se la quitasen; y no queriendo demandarsela, puede pedirles su estimacion. (1)

253 Pero es de advertir, y tener presente que este interdicto, ò remedio há lugar, y se concede en el despojo de fundos, y edificios poseidos civil, ò naturalmente, y de otras alhajas raices, y en el de las cosas incorporeas, v. g. servidumbres, y otros derechos; mas no en el de los muebles, á menos que estén en ellos, pues en este caso por todas se puede intentar juntamente. (2) En quanto á cómo se debe proceder en la restitucion á las Ciudades, Villas, y Lugares de lo que otros Pueblos, ò personas les tienen ocupado injustamente, veanse las leyes 3. 4. y 5. del tit. 7. lib. 7. Recop. que prescriben lo que han de observar los Jueces de términos.

254 Compete al despojado no solo contra el mayor de 25. años, y capaz, que le despojó violenta, ò clandestinamente, aunque no posea la alhaja, y contra su poseedor, y apoderado; sino contra el que mandó despojar, ò aprobó el despojo hecho en su nombre; (3) mas no contra otros; (4) por lo que si uno quita por fuerza á otro su alhaja, ò la en que tenia algun derecho, pierde el que á ella le competia, ya sea dominio, ò otro, y si ninguno le tocaba, debe restituirsela con todos los frutos percibidos, pendientes, y que pudo haber producido, ò con otro tanto como valian; y si la alhaja se perdió, deterioró, ò murió despues, está obligado á pagar su valor en pena, porque

(1) Ley 30. tit. 2. Partid. 3. leyes 1. y 2. §. fin. ff. de Alienatione iudicij, ley Parem esse 150. ff. de Regul. jur. y ley 25. §. Perinde, ff. de Hereditat. petition.

(2) Ley 1. §§. 6. 7. 8. y 9. ff. de Vi, & vi armat. y ley 3. §. Unde vi,

Tom. III.

ff. cod. tit. Gam. en la 50. de Toro, num. 191.

(3) Ley final, Cod. Unde vi, y ley 1. §§. 12. y 14. ff. de Vi, & vi armat.

(4) Cap. 15. de Restitutione spoliator.

debió haberla pedido ante juez competente, y no tomarla de propia autoridad, haciéndose Juez en su misma causa; (1) pero conseguida la restitución de uno de aquellos, no se le permite molestar á otros. (2)

255 Le compete igualmente contra el Juez incompetente, pues por carecer de jurisdicción, se reputa en el legal concepto por persona privada; y también contra el competente que le despojó de la posesión extrajudicialmente, y sin conocimiento de causa, (3) porque por haber excedido los límites de su oficio, se estima, y gradúa como incompetente. (4) Y lo propio milita, aunque proceda judicialmente, si en la sentencia cometió algún exceso, ó vicio substancial. (5)

256 No le compete contra los menores, fatuos, y locos; ni á los hijos contra sus padres; ni á los libertos contra sus patronos, y en su lugar se les dá la *acción in factum*, que es permitirlas que les demanden la alhaja, para que se la debuelvan; (6) ni al emphiteuta, ó vasallo contra el señor del directo dominio, bien que puede repetir contra él, para que le debuelva á su posesión; ni contra el señor, cuya familia, ó siervos despojan á alguno; á menos que supiese que eran malos, pues entonces por permitirlos en su casa, es réo de culpa; (7) ni contra los herederos del despojado, porque es acción penal, y como tal personal, y así no se transmite á sus herederos, ni á los de éstos. (8) y solo se les dá la acción referida contra ellos; (9) ni tampoco contra el particular sucesor, que es poseedor de buena fé, ó ignora el despojo, si el despojado le dió, donó, ó enagenó la alhaja por última voluntad, ó por contra-

10

(1) Ley 7. Cod. Unde vi, ley 10. tit. 10. Partid. 7. ley 1. tit. 13. lib. 4. Recop. leyes 10. tit. 17. lib. 5. 11. tit. 3. lib. 6. y 7. 8. y 9. tit. 12. lib. 8. Recop.

(2) Ley 30. tit. 2. Partid. 3. cap. 2. de Ordin. cognition. cap. 15. de Restitition spoliator. y cap. penult. de Causa possession. & proprietar.

(3) Ley 6. Cod. Unde vi, y cap. 7. de Restitition. spoliator.

(4) Ley 20. ff. de Jurisdicción.

(5) Cap. 1. de Sentent. & rejudicat.

(6) Ley 1. §. 43. ff. de Vi, & vi armat. y ley 10. tit. 10. Partid. 7.

(7) §. fin. l. us tuus de Obligacion. que ex quasi delicto

(8) §. 1. Institut. de Perpet. & temporal. action.

(9) Ley 20. ff. de Dolo malo. y ley 17. ff. Quod metus causa.

to entre vivos lucrativo, ó oneroso. (1)

257 No pueden intentar este remedio el depositario, y commodatario, ni los que poseen en nombre de otro. Tampoco pueden intentarlo el colono, emphiteuta, usufrutuario, y otros semejantes, si ha poco tiempo que gozan de sus respectivos derechos, y por poco se les concedieron, porque son meros detentadores, y no poseedores; y así compete pedir la restitución al señor de la cosa que disfrutan, como verdadero dueño, y poseedor, porque poseen en su nombre: bien que si imploran el oficio del Juez, se les protegerá. (2)

258 Pero si se les concedieron por toda su vida estos derechos, y los señores de ellos los despojan por fuerza de su posesion, podrán intentar contra éstos el remedio del interdicto; (3) y no solo deben restituirlas con frutos la alhaja, sino perder para siempre el señorío, derecho, ó utilidad, que para sí habian retenido en ella, y ser libremente ésta en propiedad de los despojados. Y si el despojado es extraño, debe restituirla con los frutos, y á mas de esto darles otra tan buena de la que los perciban en la misma forma que de la otra habian de percibirlos. (4) Previendo que si el deudor, que en prenda entregó al acreedor alguna alhaja, se la quita por fuerza, pierde el señorío de ella; pues aunque el acreedor no tiene éste, es legítimo tenedor, y poseedor. (5)

259 Sentados estos legales principios, paso á explicar: *Si el verdadero despojado, ó el tercero poseedor estarán, ó no obligados á responder á la reconvenção del despojado; y si los referidos posesorios se podrán, ó no intentar por vía de reconvenção: y acumular, y seguir á un propio tiempo, y en un juicio el petitorio, y posesorio.* Y para instruccion del principiante digo que si el despojado intenta contra el mismo despojado el posesorio *recuperandæ*, y éste quiere re-

con-

(1) Gom. en la ley 45. de Toro, n. 185. Ceval. Common. quest. 50.

(2) Gutier. lib. 1. Canon. quest. quest. 34.

(3) Ley 1. §. 10. ff. de Vi, & vi armat. ley 18. ff. de Acquirend. possession. cap. 9. de Restitition. spolia-

tor. y cap. 17. de Prescription.

(4) Ley 15. §. 1. ff. Qui saisidare cogant, y ley 3. §. 13. ff. de Vi, & vi armat.

(5) Ley 16. tit. 10. Partid. 7.

(6) Ley 13. tit. y Partid. dicha.

convenirle por otro igualmente privilegiado, se debe admitir la reconvenccion, siendo sobre despojo de otra alhaja, nó de la misma, sin que esté obligado à restituír; y ambas causas como de igual privilegio se seguirán, y decidirán à un tiempo. (1)

260 Pero si es tercero poseedor con buena fé de la alhaja, y el despojado le demanda por el mismo posesorio, está obligado éste à responder sobre otro igual despojo antes que le restituja la que pretende; y la razon es, porque el remedio de la restitution contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores, y la restitution previa se estableció contra éstos en pena del delito que cometieron con el violento despojo, y como aquellos no son complices en él, por eso no merecen la propia pena. (2)

261 Intentando el despojado el mismo posesorio *recurrere* contra el despojado, si éste quiere reconvenirle por el *adipiscendæ*, ó por el *petitorio* sobre la propia alhaja, no se debe admitir su reconvenccion antes que la restituja: lo primero, porque éstos no son igualmente privilegiados. Lo segundo, porque implica el que pretenda conseguir el dominio de lo que tiene, y la posesion de lo que posee, y lo tercero, porque el despojado goza de tal privilegio, que no solo debe ser restituído ante todas cosas à la posesion de la que justificó habersele quitado por fuerza, sino que el despojado como poseedor de mala fé ha de ser condenado tambien en pena de su audacia, y delito à la íntegra restitution de los frutos que la alhaja produjo, debió, y pudo producir, y à la solucion de las litis expensas, antes que el despojado responda à su reconvenccion. (3)

262 Lo qual se amplia, aunque el despojado, ó un ter-

(1) Ley 5. tit. 10. Partid. 3. verb. *Max. si el demandado non razonase*: ley fin. tit. 10. Partid. 7. y ley 5. quis ad se fundum, Cod. ad leg. Juliam de vi, cap. Frequens, de Restitution. spoliator. in 6. c. p. Super, y cap. Cum dilectus, de Ordin. cognition.

(2) Clementin. unic. de Causa pos-

session. & proprietat. Abb. in cap. Cum dilectus, tit. col. 3. Gomez en la 45. de Toro, num. 186. Marant. part. 4. tit. Judicium convention. n. 44. part. 4. tit. Judicium convention. n. 44. (3) Leyes 5. y 6. tit. 13. lib. 4. Recop. y ley 40. tit. 28. Partid. 3. Clementin. unic. proxime citat. [Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 9. n. 207.

tercero se opongan, diciendo que la alhaja es suya, y lo ofrezcan probar incontinenti, pues no obstante esto, ha de ser restituído previamente el despojado, y se reservará al despojado, y tercero el derecho de dominio, y propiedad, para que en otro juicio intenten la reivindicacion. (1) Y se amplia asimismo, aun quando sean menores, è imploren el beneficio de la restitution, si confiesan que el despojado es señor de la alhaja: pues no deben gozar de él, ni concederseles, por obstarles la excepcion de dominio, que le confiesan. (2)

263 Tampoco se debe admitir, ni el despojado está obligado à responder à la reconvenccion del posesorio *retinendæ* sobre la misma alhaja, que le hace al despojado en virtud del interdicho *Uti possidetis* (que equivale en algun modo al artículo, que hoy llamamos de *interim*, ò de *manuteniendo*; y de los casos, à qué personas compete, ò no, y contra cuáles, y en qué se diferencia de dicho interdicho, lo explican bien Gomez en la ley 45. de Toro desde el numer. 168. al 179. y el Sr. Covarr. Pract. cap. 17.) porque éste posee por fuerza, y el interdicho no protege al que posee de esta suerte, ò clandestinamente, ò en *precario* de su adversario; y à mas de esto por el privilegio del despojado, y ódio del despojado, porque en usar aquel de su derecho, à nadie injuria; y aunque ambas causas de *recuperrandæ*, y *retinendæ* son sumarias, pero como la de despojo es privilegiada, no se admite por esta razon otra, que no sea de igual privilegio, y asi no há lugar el *petitorio*, ni el posesorio *adipiscendæ*, ni el *retinendæ*; y si se trata contra un tercero, que no despojó, ni mandó despojar, habrá lugar la reconvenccion del *petitorio*, y posesorio de otra cosa, pero de la misma lo habrá solamente la del posesorio *retinendæ* (3) por las razones expuestas en el numer. 260.

(1) Dicha ley Si quis ad se fundum: ley ultim. al fin. ff. de Reivindicacion. y ley Si quis emptiois, §. Sed hæc contra, Cod. de Prescription. 30. vel. 40. anor. Gom. en dicha ley 45. de Toro, num. 182.

(2) Cap. 2. y 4. de Restitution. spoliator. Gom. ibi, num. 283. Sr. Covarrub. Practicar. cap. 23. num. 3.

Vela dissert. 49.

(3) Ley 1. ff. Uti possidetis, cap. Cum dilectus, y cap. fin. de Ordin. cog-

264 Si el tercero poseedor pone por vía de acción la convención *retinenda*, exponiendo que el despojado le molesta extrajudicialmente, y pretendiendo que el Juez le ampare, y mantenga en la posesion de la alhaja, y mande al despojado que no le perturbe en su posesion: entonces há lugar la reconvenção *recuperanda* de éste sobre ella, y se admite el concurso de ambas acciones como sumarias: lo qual no sucede en la de despojo por el privilegio de que goza, y ódio del despojado. (1)

265 Intentando el actor el *petitorio* por acción real, ó personal, ya sea porque el reo esté obligado à darle, ó hacerle alguna cosa; ó sobre reivindicar la alhaja que dice ser suya, y el reo la posee; si éste le reconviene sobre el violento despojo de otra cosa, se ha de distinguir; si deduce el despojo por reconvenção como acción, se seguirán ambas causas à un tiempo como mutuas, ó recíprocas peticiones, porque por lo mismo no excluye la una à la otra; pero si lo excepciona, pretendiendo no se oiga al actor en su *petitorio*, mientras no le restituya la alhaja de que le despojó, se suspenderá el juicio *petitorio*, y procederá à conocer de la excepcion, por ser dilatoria; y verificada la certidumbre del despojo, se declarará que el reo no debe contestar, ni el actor ser oido interin no restituya, y hecha la restitucion, se procederá à continuar el *petitorio*. (2)

266 Litigando dos, el actor sobre el posesorio *recuperanda*, y el reo sobre el *petitorio*, si sale un tercero pretendiendo tambien por el *petitorio* la alhaja sobre que contienden, y ofreciendo probar el reo, y el tercero que es suya: en este caso, sin embargo de esta oferta, se debe deferir ante todas cosas à la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá la acción del *petitorio*, y

cognition. Abb. in cap. Veniens. col. penult. de Prescription. in cap. Cum dilectus. columna. 3. in cap. Audita. col. 3. circa fin. de Restitution. spoliator. Marant. part. y tit. cit. n. 45. y 46.

(1) Marant. n. cit. Abb. in cap.

Veniens. cit. col. pen. y antepenult.

(2) Ley 6. tit. 10. Partid. 3. verb. *Oivasi decimos*: y verb. *Mas si aqual que ficere enplazar*: cap. Cum dilectus cit. & ibi Abbas, y glos. in cap. fin. de Ordin. cognition. Marant. ibi num. 49. y 50.

no obstará la excepcion del tercero opositor, según lo ordena la ley 18. que es la final del tit. 10. Partid. 7. ibi: *Et por ende decimos que quando asi acaezca que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa: que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor, gela tomaron por fuerza, debe ser oida primeramente, è ser librada segun derecho: è de si cyan, è libren las demandas de los otros, asi como fuere derecho*. Cuya legal disposicion es la que se debe observar, no obstante que algunos fundados en otra del derecho comun dicen lo contrario, como advierte el Sr. Greg. Lop. en su glos. 3.

267 En quanto à si las causas de posesion, y propiedad, ó el *petitorio*, y *posesorio* se podrán, ó no cumular: digo que (regularmente hablando) se pueden cumular, y proponer en un mismo juicio, recibirse à prueba por ambas partes, y no dudandose de quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en quanto à la execucion siguiendo, y prevaleciendo el *petitorio*; pero si se duda de quien posee, ó no consta probado mas que del posesorio, se debe controvertir, y determinar solamente sobre éste, para que de esta suerte se vea à quien incumbe probar en el *petitorio*. (1)

268 Sin embargo de que la cumulación de acciones está prohibida, como se prueba de la ley *Quod in herede, §. Eligere, ff. de Tributor. action.* que dice: *Eligere quis debet qua actione experiatur: utrum de peculio, an tributoria; cum sciat sibi regresum ad aliam non futurum*. Esto se entiende de las que son en si contrarias, ó se quitan por la eleccion, ó quando la sentencia absolutoria dada en la primera, produce excepcion de cosa juzgada en la segunda, pues en estos tres casos se prohibe; lo primero, porque la razon de las cosas contrarias es una misma, de tal suerte que puesta la una, se remueve la otra; (2) lo segundo, porque quitada la acción por la eleccion de otra, una

(1) Cap. Ad ultimum 2. cum eclesia 3. Cum super. 4. y Cum dilectus 6. de Causa possession. & proprietat. ley. De qua re, ff. de Judic. ley. Incerti juris, Cod. de Interdict. y

ley Ordinarii, Cod. de Reivindicacion.

(2) Ley unic. Cod. Si servus extero, y ley Si pecunia 1. Cod. de Furt.

una vez elegida ésta, se cierra la puerta á aquella; (1) y lo tercero, porque quando dos acciones son tales, que la absolutoria dada en el juicio primero, produce excepcion de cosa juzgada en el segundo, y la condenatoria proferida en éste, irroga perjuicio al reo en aquel, si se permitiera la cumulacion, se verificaria lo expuesto, lo qual es absurdo. (2) Pero como las de posesion, y propiedad no son en sí contrarias, ni cesan por la eleccion, ni la sentencia proferida en el posesorio produce excepcion de cosa juzgada en el petitorio, por ser del todo separados, se pueden cumular; (3) lo qual se permite no solo por dichas razones, sino para que se acaben mas presto los pleitos; (4) y para evitar á los litigantes tantos dispendios. (5) Pero se limita en las Causas de mayorazgo, como he sentado en el cap. 8. num. 51. de mi primera parte ultimamente adicionada cerca del fin.

269 Esta permission de cumulacion del posesorio, y petitorio se entiende, lo primero, no habiendo reconvention sobre despojo, pues si la hay, se debe practicar lo que en los precedentes números queda explicado, segun sean los contendores. Y lo segundo, en quanto á los posesorios *adipiscende*, y *recuperande* por las razones expuestas en el inmediato; mas no por lo respectivo al *retinende*, pues éste no puede cumularse con el petitorio sobre una misma cosa, á causa de ser contrarios, y repugnantes entre sí, cuya contrariedad, y repugnancia consiste en que el que lo intenta, confiesa tacitamente que está poseyendo, y pretende ser mantenido en la posesion contra su adversario, que se la perturba; y el que intenta el petitorio, ó la reivindicacion, afirma que no posee, y como el poseedor, y no poseer son dos cosas contrarias, ó contradictorias,

(1) Dicha ley 1. Cod. de Furt. y ley Quod in hæredes, ff. de Tributor. action.

(2) Arg. leg. Fundum 16. Cum duob. sequent. ff. de Exception. Din. in regul. 20. n. 9. y sig. de Regul. jur. in 6.

(3) Ley Naturaliter, §. Nihil, ley

Permiseri 52. ff. de Acquirend. pos. ses. y ley Et in eadem, §. fin. ff. de Exception. rei judicat. Din. in regul. 71. n. 6. de Regul. jur. lib. 6.

(4) Ley Propterandum, Cod. de Judici.

(5) Cap. Ad ultimum, cit.

no puede intentarlas juntamente en un juicio; y porque se contradice, no debe ser oido, sino antes bien repellido de él; (1) y esta opinion negativa es la segura, y corriente, no obstante los esfuerzos de los que se fatigan en defender la afirmativa.

270 Lo explicado en el número inmediato se limita en tres casos; el primero, en los derechos incorporeos, v. g. las servidumbres, y en los quales se pueden cumular el posesorio *retinenda*, y el petitorio, por no haber contrariedad, y porque el poseedor puede usar de la accion in rem, ó *confesoria*, que es la que compete al actor, que afirma tener servidumbre en el fundo, ó predio de otro; y así, mediante esta accion, pide se declare debersele la servidumbre que hasta entonces poseyó, y se imponga perpetuo silencio á su adversario, que se la perturba, haciendo dar caucion de no turbarsela. (2) El segundo, en las cosas corporales, en las que siempre que el petitorio dá fomento al posesorio, y no de otra forma, se pueden cumular ambos, por no mediar repugnancia, ni contrariedad. Y el tercero, quando se intentan respecto de diversas posesiones, v. g. el posesorio por razon de la civil, y el petitorio por la de la natural. (3)

271 Resta explicar cómo se han de ventilar el posesorio, y petitorio, y ante qué Juez; y si intentado el uno, se puede volver al otro. A que satisfago diciendo, que ambos se pueden tratar en un juicio, y ante un mismo Juez, ya sea ordinario, ó delegado, el qual debe oír á entrambos litigantes, recibir á prueba sus pretensiones, y determinar á cerca de ellas en una propia sentencia, para evitarles el grave perjuicio de tantas expensas, y porque quando quieren hacer probanzas se les deben admitir; y así mis-

(1) Cap. Examinata 15. de Judici. cas. Solicitudinem 54. §. fin. de Appellat. y ley Ubi pugnantia, ff. de Regul. jur. Reinstetuel lib. 2. tit. 12. §. 9. num. 277. al 79.

(2) Bart. in leg. Naturaliter, §. Nihil commune, vers. Secunda, n. 18. & ibi Jason, num. 127. ff. de Acquirend. possessione. Menoch. de Retinend.

possessione. remedi. 3. quest. 66. n. 539. Minsinger in §. Requæ si agat. Institut. de Action.

(3) Speculator tit. de Petitor. & possessor. §. 1. num. 29. Menoch. loc. cit. n. 543. Imol. in Clementina. unic. hoc; tit. Reinstetuel lib. 2. tit. 12. y §. 9. cit. num. 281. hasta el fin.

mo para que no se divida su continencia, si à un propio tiempo se proponen. (1)

272 Lo qual milita, y procede, quando actor, y reo son de un mismo fuero, y siendo de diverso, no puede ser; (2) por lo que si el Clerigo litiga sobre la posesion contra el lego, y obtiene en el juicio posesorio, no puede el lego demandarle ante el propio Juez secular sobre la propiedad, antes bien debe acudir à su fuero, el qual por ser distinto, hace que se divida la continencia de la causa, segun en el num. 204. queda sentado: (3) Y aunque el lego puede reconvenir al Clerigo, como igualmente expuse en el 231; milita diversa razon, porque la reconvenccion se hace en el mismo juicio, y asi ésta como la conveccion se siguen à un tiempo, pero en el presente caso son dos juicios, de los quales el uno no se principia hasta que el otro se concluye, por lo que el lego como que es actor en el petitorio, debe seguir el fuero del Clerigo, que es reo en él, y demandarle ante su propio Juez, al modo que en la causa de posesion siguió el del lego, y se la demandó ante el de éste. (4)

273 Por lo respectivo à si una vez intentado el petitorio, podrá el que lo intentó, bolver al posesorio: digo que aunque está prohibido por derecho que despues de contestado el pleito se pueda mudar el libelo, (5) no se prohibe que intentado el petitorio se vuelva al posesorio, porque no se muda el libelo, sino que se enmienda, añadiendole algo, que es el posesorio, quedando suspenso el petitorio hasta que conste de la posesion, de tal suerte que si el actor no obtiene ésta, pueda hacer reversion al petitorio, y si obtiene, manda el Juez que se le restituya, y subsista aposesionado.

(1) Ley Nulli, Cod. de Judic. cap. 1. de Causa possession. & proprietat. ley De qua re, cit. ley Circa 14. ff. de Probation. cap. Licet, y eod. tit. cap. Cum dilectus 6. Cum ecclesiast. 3. y Cum super 4. cit.

(2) Cap. ultim. de Judic.

(3) Abbas in cap. ultim. cit. n. 14.

(4) Speculator tit. de Rescript. present. §. ultim. num. 11. vers. Item

quod facit: Valens. hoc tit. §. 3. n. 5. Pithing. eod. tit. num. 10. Reinfestuel lib. 2. tit. 12. dichos, §. 8. ex n. 248. al 266.

(5) Ley Non potest. 23. ff. de Judic. Authent. Qui semel, y ley Nemo, Cod. de Jurisdiction. omnium judic. ley Edicta actio, Cod. de Edendo. y glos. in cap. Significantibus, de Libelli oblation.

sesionado de la alhaja hasta que el reo pruebe competirle su propiedad, y dominio; pero esta reversion se ha de hacer antes de la conclusion, pues conclusa la causa, no se admite, (1) ni tampoco se puede intentar el posesorio una vez condenado el litigante en el petitorio. (2) Otras varias especies acerca de las causas de posesion, y propiedad, y remedios que competen à los despojados, puede ver el aplicado en los Autores citados, pues para tinturar al Escribano principiante tengo por bastante lo explicado.

## §. VII.

## DE LA PRUEBA QUE SE PUEDE

*hacer en juicio, y sus clases.*

274 **C**ONCLUSOS los autos por las partes, ò porque el Juez los haya por tales con dos escritos de cada una, segun lo ordena la ley 9. tit. 6. lib. 4. Recop. debe mandarlas que juren de calumnia, ( lo qual no se practica ) y dentro de seis dias siguientes al de la conclusion recibirlos à prueba, si en ella consisten, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio à este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga; y no haciendolo dentro de ellos, pagar dobladas las costas que se causaren hasta que lo pronuncie, y 50℞. maravedis à la Real Cámara; en cuya pena incurre tambien, por tardar mas en proferir otro qualquiera interlocutorio. (3) Pero es de advertir, que aunque no haya mas que tres escritos; à saber: demanda, contestacion y conclusion, debe el Juez haberlos por conclusos, y recibirlos à prueba, porque ni la ley precisa à que cada parte presente dos, ni es necesaria la réplica à la contestacion, si el actor no quiere hacerla, ya porque no contiene cosa digna de ella, ò porque

(1) Cap. Pastoralis 5. de Causa possession. & proprietat. & ibi glos. verb. *Pendente* ley Qui fondum, §. fin. ff. de Vi, & vi armat. Reinfestuel lib. y tit. cit. §. 10. ex n. 299. al 307.

(2) Pareja de Edition. instrum. tit. 6. resolut. 9. num. 42. Roxas. de Incompatibilit. part. 5. cap. 5. n. 19. y sig.

(3) Ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop.