

## §. IX.

**DE LA PUBLICACION DE PROBANZAS,**  
*y restitution del termino probatorio que compete  
 à los menores, y demás que gozan del be-  
 neficio de menor edad.*

399 **P**Asado todo el termino porque la causa, ò negocio principal se recibió à prueba, y no siendo menores, ò privilegiados los litigantes, está prohibido (regularmente hablando) admitir testigos en primera instancia, à fin de evitar sobornos, y perjuros; (1) bien que se pueden examinar los que dentro de él fueron juramentados; como queda expuesto en el num. 390; y así lo que se debe practicar, es: pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron, en cuyo solo caso es de substancia del juicio segun nuestro derecho, (2) pues si no la piden, no se vicia el proceso por su defecto, (3) ni sino hicieron probanzas, tiene sobre que recaer. Advirtiendo que en segunda instancia, ò tercera no se deben hacer probanzas por testigos, ni admitirse interrogatorios sobre los mismos artículos, ò otros directamente contrarios sobre los que se recibió el pleito à prueba en la anterior instancia, ya sea en lo principal, ò en tachas, pena de mil maravedis al Abogado que pusiere la articulacion, y de nulidad de la probanza. (4)

400 Si las partes no hicieron probanzas, y espiró el termino concedido, pueden concluir para definitiva, ò pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho, y justicia, pues se les deben entregar, sin hacer publi-

(1) Ley 37. tit. 16. Partid. 3. y ley 5. tit. 6. lib. 4. Recop. Authent. At qui semel, Cod. de Probation. cap. Intimavit, y cap. Fraternalitatis, de Testib. Mantenez. in Dialog. Relator. cap. 16. n. 1. Paz tom. y part. I.

temp. 8. nn. 134. y 135.

(2) Ley 1. tit. 8. lib. 4. Recop.

(3) Marant. part. 6. tit. de Processus publication. num. 4. Paz ibi. nn. 136. y 137.

(4) Ley 4. tit. 9. lib. 4. Recop.

blicacion, ni si la una los pide, dar traslado à la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para el traslado, y así éste, y la publicacion son ociosos en dicho caso; y lo mismo procede, quando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo, renunciando la publicacion, ò quando ambas la renuncian. (1) Pero no obstante que ambas la hagan, y la de la una se concluya mucho antes 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 sí conformandose ambas; y es lo que se practica.

401 Mas de qualquiera suerte que se haga, de la pretension de publicacion se ha de comunicar traslado à la otra parte, y notificarsele, para que exponga si está, ò no pasado el término, ò falta que examinar algun testigo juramentado, ò tiene algun motivo que la impida por entonces, y à este fin en qualquiera instancia puede tomar, y se le debe entregar la pieza corriente, ò todos los autos, excepto las probanzas; y si nada dice à la primera audiencia, ò à los tres dias de notificado el traslado, debe deferir el Juez à la publicacion, y hacerse saber ésta à ambos contendores. (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 rebeldia, y así se practica en el Consejo; pero en algunos Juzgados inferiores de esta Corte se dá uno solo, y el Juez dice: *traslado, y autos*; y pasado el tercero dia, contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se escusa un pedimento. Y unque este auto parece impicatorio en quanto el Juez dá traslado, y al mismo tiempo llama los autos, no lo es, porque el traslado sirve unicamente para que la parte contraria exponga si ha espirado, ò no el término, ò hay algun motivo observa-

(1) Ley final tit. 6. lib. 4. Recopil. Cur. Philip. part. 1. dicho §. 16. num. 29.

(2) Ley ult. tit. 6. lib. 4. Recop. Tom. III.

(3) Ley 37. tit. 16. Partid. 3. ley 51. tit. 4. lib. 2. y dicha ley ult. tit. 6. lib. 4. Recop.

tativo de deferir à la publicacion; y el llamarlos, para hacerla, si naca dice, y e-tá pasado; y así se observará en esto el estulo del Juzgado, pues en la substancia nada se altera.

402 Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver reciprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos, y demás medios legales de que se han valido, y en vista de ello aleguen lo conducente à su defensa, si quieren; y para que se observe el orden del juicio, pues por ella se dá mayor vigor à los dichos de los testigos. Lo qual se entiende, habiendo sido reáctamente examinados, y no de otra suerte, aunque la publicacion se haya hecho de consentimiento de ambas partes. (1)

403 Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el Juez originario del pleito, y no el delegado, que en virtud de su comision las recibió, antes bien se las debe remitir cerradas, y así se practica. (2) Hecha, y notificada à las partes, se las ha de entregar todos los autos con las probanzas por su orden, primero al actor que al reo, à fin de que aleguen de su comision la instruccion legal para el Juez, de que habla la ley. De este alegato se debe comunicar traslado al reo, y del de éste à aquel, el qual debe concluir para definitiva; y si por no concluir, se dá traslado de lo que alegue, al adversario, lo debe practicar éste, porque la ley (3) manda que con cada dos escritos que las partes presenten, sea habido el pleito por concluso (aunque éstas no concluyan) así para sentencia interlocutoria, ò recibirlo el orden del juicio, debe alegar primero el actor; (4) pero como no hay ley que lo mande: si éste no quiere, y tie-

(1) Bald. in Authent. Si quis in alia, col. 1. vers. Juxta primam. Cod. de Edendo. Jas. in cap. Significavit, & in cap. Cum causam, de Testib. Marant. de Processu publicat. nn. 1. 2. y 3. Paz tom. y part. 1. temp. 8. dicho nn. 133. 134. y 149.  
(2) Bart. in leg. Cum ab initio 4.

circa fin. ff. Quemadmodum testam. aperiantur. Paz ibi, nn. 147. y 148. Marant. ibi, num. 6.

(3) Ley 9. tit. 6. lib. 4. Recop.

(4) Bald. in leg. Nesennius, ff. de Negot. gest. & in leg. Qui prior, ff. de Judic. Marant. part. 6. tit. 16. de Allegat. & disput. num. 6.

tiene cuenta al reo la brevedad, puede hacerlo, pues de lo que venga diciendo, se le ha de conferir traslado, y entonces puede rebatir las sutilezas, è interpretaciones siniestras del actor, y el contesto de los instrumentos que haya producido. El término legal para alegar es el de seis dias à cada litigante; (1) pero esto se entiende en pleitos ligeros, y quando no ocurre motivo para mayor dilacion, pues habiendolo, se ha de conceder el que el Juez contemple necesario, y así se practica, pidiendolo las partes.

404 Lo explicado en los precedentes numeros procede, quando ambas partes son mayores de 25. años, y los testigos de que se han valido idoneos, y fidedignos; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleito se recibe à prueba, y consta en los autos, ò goza del privilegio de menor edad, como son el Fisco, Iglesias, Hospitales, Concejos, Universidades, Colegios, Cabildos, Mayorazgos, Patronatos, Capellanías, y demás obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, sino la hizo, ò para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ò alguna excepcion nueva que alegue, le ha de conceder el Juez por via de restitution una vez, y no mas, pidiendolo, è implorando su oficio, y no de otra suerte, la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal, ya fuese dado en presencia, ò en rebeldia, sin dar traslado de la pretension, ni oír sobre ella al mayor, aunque éste resista la concesion, y denegarle otra restitution en el mismo auto de concesion, (2) v. g. si al principio lo recibió por 120. dias, sesenta: si por los 80, quarenta: si por 20, diez, &c.

405 De esta legal disposicion parece se deduce que la restitution no ha de ser del término prorrogado, sino del primero concedido para probar; pero no obstante, en la práctica inconcusa del Consejo, que es el fiel, verdadero, y unico interprete de las leyes, no se entiende así, antes bien se concede la mitad de todo el término ordinario, sea, ò no prorrogado, porque es uno mismo concedido paulatinamente, y no término nuevo; excepto que

(1) Ley 1. tit. 8. lib. 4. Recop. (2) Ley 3. tit. 8. lib. 4. Recop.

se haya recibido à prueba por cierto término, v. g. veinte dias, y éste haya espirado sin pedir prorrogação dentro de él, ò del prorrogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dejar indefenso al privilegiado; por lo que se le ha de conceder no solo la mitad del primero concedido, sino el que tuviere por competente el Juez, atendida la qualidad del negocio litigioso, (1) y así lo he visto practicar. Y lo mismo se observa en los demás Tribunales de la Corte, y debe observarse à su imitación en los restantes del Reyno.

406 Para esta concesion de término no necesita el privilegiado justificar lesion como en los contratos, porque ninguna ley lo manda, y el lapso del tiempo, y cosa la induce: basta acreditar sumariamente (como debe, sino consta) que le compete el privilegio; (2) pero contra el término ultramarino, y extraordinario no hay restitucion, à menos que haya dejado de concederse para la prueba principal, en cuyo caso, pidiendose despues, se ha de conceder el necesario, aunque exceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este defecto, haciendo constar, y cumpliendo con las tres cosas últimas de las quatro que para su concesion quedan referidas en el número 380. (3) Previendo lo primero, que este término no es nuevo, sino ampliacion del ordinario, que por privilegio compete al litigante, y así se ha de pedir, que en virtud del privilegio, y por via de restitucion se amplie à la mitad del concedido: por lo que de las probanzas hechas en él no se hace nueva publicacion, ni mas que una sola en cada instancia; y lo que se practica es pedir los autos con ellas luego que espira, para alegar de bien probado, y se le mandan, y deben entregar, pues el término es uno solo, y la probanza hecha en el de la restitucion

(1) Affict. decis. 124. Parlador. lib. 2. Ner. cap. 11. num. 4.

(2) Paz in Prae. tom. y part. 1. temp. 8. no. 157. 158. y 160. Cur. Philipp. dicho 5. G. num. 25. Acev. en la ley 3. tit. 8. lib. 4. Rec. no. 4 y 5.

(3) Affict. decis. 124. num. 3. Avendañ. respons. 21. num. 3. Gu. tier. lib. 1. Prae. quest. 69. Acev. en la ley 5. tit. 8. lib. 4. Recopil. num. 39.

cion se retrotrae al tiempo de los 80. dias, y estima evacuada en ellos; lo qual se practicó así à mi instancia en el pleito que como Apoderado de la Villa de Cintruénigo seguí en el Consejo contra la Ciudad de Alfaró en el año de 783. por la Escribanía de Don Juan Manuel de Reboles, no obstante que algunos sin legal apoyo decian que debía pedir, y hacerse nueva publicacion, fundandose con error en que era nueva prueba, y término nuevo, y diverso del ordinario; pues no es prueba nueva, sino aumento, y suplemento de ella; ni término nuevo, sino ampliacion, y continuacion del de los 80. dias por el privilegio del litigante. Y lo segundo, que aunque el menor lo sea al tiempo de demandar, ò ser demandado, si al de recibirse el pleito à prueba salió de la menor edad, no le competirá el privilegio de restitucion, por haber cesado el motivo; por lo que no se le debe conceder.

407 Tres cosas precisas se requieren para que al privilegiado se conceda restitucion de la mitad del término probatorio, ya haya hecho, ò no probanza: la primera, que implorando el oficio del Juez, y no de otra suerte, la pida (si está hecha publicacion de probanzas) dentro de los quince dias inmediatos siguientes al en que se notifique el auto de publicacion; porque si la pretende despues, no se le debe conceder, por evitar corrupcion, y soborno de testigos, como lo dispone la ley 3. que es la final de tit. 8. lib. 4. Recop. y dice: *Porque la experiencia ha mostrado quanto daño se ha recibido en hacer probanza por via de restitucion despues de las probanzas publicadas por la sobornacion de testigos, y corrupcion; queriendo obviar à la tal malicia, ordenamos, y mandamos, que si qualquiera de las partes pidiere en la primera instancia restitucion in integrum para hacer su probanza, por ser en caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna parte, ò persona, ò Universidad que tenga privilegio, ò derecho para la pedir, que agora haya hecho probanza, ò no, se le conceda, y otorgue, pidiendola dentro de quinze dias despues de la publicacion:: pero ni esta ley, ni otra alguna prohiben que se pretenda antes de la publicacion, ni precisan à que se pida solamente despues de hecha ésta, y si permiten unica-*

mente su concesion, pidiendose dentro de dichos quince dias, y no despues que espiren, que es dar estos mas al privilegiado, para que en ellos delibere si le conviene, ò no hacer, ò ampliar su prueba, por lo que puede pretenderla luego que espiren los 80. dias, ò el término concedido, si apetece la brevedad, y el Juez deferir à ella sin hacer la publicacion, y concludo el de la restitution; pedir, y hacerse la publicacion, como si no hubiera solicitado. La segunda, que ya alegue, y quiera probar, ò no excepciones nuevas, si las pretendiere hecha publicacion; depositar luego la pena que estime el Juez (pues es arbitraria, y no legal) atendidas la calidad, y circunstancias de la causa, y personas, para pagarla en caso que no pruebe; (1) bien que hoy pocas veces se impone, ni manda depositar esta pena; y de ella están esentos los pobres, y el Pisco. Y la tercera, que si fuere en segunda instancia sobre excepciones nuevas que no se pusieron en primera, ò aunque se hayan puesto, fueron repetidas, por no haberse deducido en el término, y con la solemnidad debida; à mas de lo expuesto, jure no pedir de malicia la restitution; y si porque cree probar lo que alega, y conviene à su defensa; pero el término para probarlas no ha de exceder de la mitad del concedido en la primera. Y si fuere en tercera, ò en grado de suplicacion sobre las que no se pusieron en las dos, que jure tambien que vinieron de nuevo à su noticia; pero así en la segunda, como en la tercera, no se ha de pretender la restitution despues de los quince dias expresados, pues no se debe conceder, ni el término ha de exceder de la mitad del que en la misma causa de suplicacion fue asignado para probar; y se puede imponer pena arbitraria al que la pretendiere, y mandarle que la deposite, al modo que en la primera instancia. (2) Advirtiendole que el juramento de no pedir de malicia la restitution, se suele hacer tambien en la instancia primera, no obstante no preceptuarlo la ley.

408 El término de la restitution es comun, y como tal,

(1) Ley 5. y 6. tit. 5. y 3. tit. 8. lib. 4. Recop.

(2) Ley 5. tit. 9. lib. 4. Recop.

compete al que no es privilegiado, no para pretenderlo, sino para gozar de él en caso que se conceda al que lo es; y para probar, ò ampliar su probanza sobre lo articulado; y alegado; porque ambos son correlativos; no puede ser uno sin otro, ni haber juicio sin los dos, como dejó sentadado, y lo dice la ley fin. tit. 8. lib. 4. Recop. ibi: *Y qué del término que se diere por restitution, goce la otra parte, si quisiere, y pueda hacer su probanza, según, y como lo puede hacer la parte à quien fuere otorgada la restitution, pero una vez concedido à instancia del privilegiado, no puede arrepentirse, ni renunciarlo en perjuicio de su adversario, sin que éste preste su consentimiento, y sea la causa dividua, ò individua, porque adquirió derecho à disfrutarlo.* (1) ni en el caso de...

409. El que no es privilegiado, no puede alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se recibiera à prueba sobre ella por testigos despues de hecha publicacion, porque se lo prohibe el derecho, y si solo probarla por confesion de la parte adversa, ò por instrumento público. (2) Lo qual se entiende, y limita en caso que la excepcion nuevamente alegada sea sobre falsedad, y suplantacion verdadera de alguno producido en el juicio, contra el qual nada articuló, ni probó, pues entonces puede recibirse à prueba sobre ella con término arbitrario, no solo antes, sino despues de la conclusion; y aun tambien en segunda instancia, si no la alegó, probó, ni renunció probarla en la primera, y no en otros terminos, con tal que jure no alegarla maliciosamente; para cuya justificacion no sirven, ni se deben admitir pruebas presuntivas, sino muy claras, y concluyentes; pero despues de executado el pleito, no puede alegarla, si no la probó entonces, excepto que de ella no se haya conocido plenamente. (3)

No

(1) Ley Petende 6. Cod. de Tem.

(2) Ley 5. al fin. tit. 5. lib. 4. Recop.

(3) Ley 116. tit. 18. y leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3. y ley Cune al 6. Cur. Philip. illustr. part. 1. §. 16. p. 16.

capit. p. 16. tit. 18. y leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3. y ley Cune al 6. Cur. Philip. illustr. part. 1. §. 16. p. 16.

capit. p. 16. tit. 18. y leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3. y ley Cune al 6. Cur. Philip. illustr. part. 1. §. 16. p. 16.

capit. p. 16. tit. 18. y leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3. y ley Cune al 6. Cur. Philip. illustr. part. 1. §. 16. p. 16.

capit. p. 16. tit. 18. y leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3. y ley Cune al 6. Cur. Philip. illustr. part. 1. §. 16. p. 16.

410. No solo compete el privilegio de restitucion à los que gozan del beneficio de menor edad ; siendo principales en la causa , sino quando salen à ella por sí como opositores , ò coadyuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados ; bien que acerca de esto hay discordia entre los Autores por falta de expresion de la ley , por lo que si se pide pasados los quince dias , ò concluda la causa , será arbitrario en el Juez el concederla , ò no , segun los meritos del proceso , y razones que aleguen. (1)

411. Siendo privilegiados ambos litigantes , ninguno goza del privilegio , por tenerlo los dos en especie , y acio , à menos que el uno trate de *luero captando* , y el otro de *damno vitando* , en cuyo caso compete à éste como lesa , y se le deberá otorgar , y gozará de la restitucion ; (2) por lo que de la pretension de concesion , ò ampliacion de término que el uno introduzca , se debè dar traslado al otro , à fin de que exponga si se le debe conceder , ò no , y con audiencia de ambos deferir , ò no à la solicitud , y asi lo he visto practicar por el Consejo en el pleito que segui , y de jo referido , lo qual es al contrario , siendo uno solo menor ; y luego que espira el término de la restitucion , se piden los autos con las probanzas hechas en ambos , y sin nueva publicacion , si está hecha , se mandan entregar para alegar de bien probado en su vista , segun queda expuesto. Lo mismo procede quando acredita no haber podido hacer su prueba en el término ordinario , y el otro si , pues entonces se le debe conceder para evitar su indefension ; bien que en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él , exponiendo el motivo de su imposibilidad , y deferirse à ella hasta que cese el impedimento , que no

Gregor. Lop. en la ley 116. glos. fin. Sr. Covar. Práct. cap. 19. num. 8. vers. Hæc sane. Parej. de Instrument. Edition. tit. 1. resolut. 2. §. 2. num. 14. Cur. Philip. part. 1. §. 16. num. 32. Parlador. lib. 1. cap. 17. num. final.

(1) Gutier. lib. 1. Práct. quest. 66. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. num. 10.

Sr. Valenzuel. consil. 166. Sr. Covar. var. lib. 2. Variar. cap. 3. num. 10. Afflic. decis. 15. Parlad. lib. 2. cap. 11. num. 5.

(2) Cap. 1. y cap. Auditus , de In integrum , restitution. y cap. Si à se de xi. de Præbend. in 6. y ley Venet. num. 5. Item queritur , ff. de Minor. rib. Sr. Covar. Práct. cap. 7. num. 4.

depende de culpa suya ; porque al impedido legitimamente no corre término , ni prescripcion.

412. Si la cosa litigiosa es individua , y pertenece à dos , uno mayor , y otro menor , y ambos contienen sobre ella contra otro , gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es , mas no siendo dividua. (1) En quanto à si compete , ò no el beneficio de restitucion al menor , que es Letrado , ò Jurisperito , hay dos opiniones contrarias. (2) Lo cierto es que la ley habla general , è indistintamente , y no le exceptúa , ni priva de él por la jurispericia , y quando la ley no distingue , no debemos distinguir , sino entenderla segun , y con la amplitud con que está concebida.

## §. X.

## DE LAS TACHAS , Ó REPULSAS

de los testigos , tiempo , y forma de oponerlas , y término para probarlas , y de las alegaciones en derecho.

413. Para probar su intencion los contendores , y enervar la de sus adversarios , se valen muchas veces de testigos que son parientes , ò amigos íntimos suyos , ò enemigos de aquellos , y tambien de otros que tienen prohibicion de testificar en juicio , de los que hice mencion en los números 299. y siguientes ; y deseoso el derecho de precaverles el perjuicio que sus deposiciones pueden irrogarles , proveyó de remedio , permitiendo que les pongan las tachas , y defectos que tengan , à fin de que probandolas , se desprecien sus dichos como sospechosos , y no pezca la justicia del que la tiene. Y à efecto de que el Escribano es instruya del modo , tiempo , y forma de oponerlas , digo que los litigantes no pueden tachar al tiempo de

(1) Barbi. en la ley unica , Cod. Si in communi , num. fin. y en la 6. Cod. de In integrum restitut. Gutier. lib. 1. Práct. quest. 67. Ciriac. con-

trov. 183. Fontanel. decis. 112. y 120. (2) Vela dissert. 37. num. 36. Garcia de Expens. cap. 23. num. 34. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. num. 5.