

CCIÓ



FEBRERO

LIBRERIA

Es. ribalos

TOMO I.

KKT120

.A5

F4

1790

v.3

1.1

c.1

34



1080047650



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

**LIBRERIA
DE ESCRIBANOS,
E INSTRUCCION JURIDICA THEORICO
práctica de Principiantes.**

PARTE SEGUNDA

DIVIDIDA EN TRES LIBROS.

TRATA DE LOS CINCO JUICIOS
de inventario, y particion de bienes de difunto, ordinario,
executivo, y de concurso, y practica de
acreedores.

OBRA UTILISIMA PARA TODA CLASE DE PERSONAS

Corregida, mejorada, y adiccionada por

SU AUTOR,

DON JOSE FEBRERO FUNDO BIBLIOTECA JURIDICA
DE LA CIUDAD DE MONDOIEDO
de la Ciudad de Mondoñedo, Escribano Real, y Agente
de Negocios de los Reales Consejos.

LIBRO TERCERO.

111019

TOMO PRIMERO.

COMPREHENSIVO DE LOS JUICIOS ORDINARIO,
y ejecutivo, y de la forma de estender las dili-
gencias que en ellos ocurren.

CON LAS LICENCIAS NECESARIAS.

MADRID: EN LA OFICINA DE LA VIUDA DE MARIN,
AÑO DE 1790.

39561



PARTE SEGUNDA
DE LA LIBRERIA DE ESCRIBANOS.

LIBRO TERCERO.

DIVIDIDO EN DOS TOMOS.

TRATA DE LOS JUICIOS CIVIL
 ordinario, ejecutivo, y de concurso de
 acreedores.

TOMO PRIMERO.

CAPITULO PRIMERO.

DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO EN
primera instancia hasta la sentencia.

SUMARIO.

§. I.

- | | |
|--|---|
| 1. I nroduccion à este
Capitulo. | estos nombres causa, pleyto,
instancia, y controversia; y
qué significa cada uno? |
| 2. 3. ¿Qué es Justicia: y
cuántas clases hay de Jueces
que la administran? | 5. al 8. ¿Qué es Juicio:
para qué fue establecido: Qué
personas son precisas para |
| 4. ¿En qué se diferencian | A 2 cons- |



KK T. 130

A5



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYAGUATE
 DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

constituirlo: Quántas clases hay de juicios: y en qual se observan los requisitos, y solemnidades legales?

9. Pidiendo algo al Soberano que mande algo breve, y sumariamente: si éste dá comisión, diciéndole que se le olga, y haga Justicia ¿cómo se debe proceder?

10. 11. ¿Cuál se llama juicio civil, criminal, y mixto: ¿ qual petitorio, posesorio, difinitivo, interlocutorio, y mixto?

12. ¿En qué dias no deben hacer juicio en causas civiles los Jueces Ordinarios, Delegados, y Arbitros?

13. ¿Quáles se llaman dias feriados, ó ferias sagradas, rústicas, y repentinas?

14. ¿Quiénes pueden comparecer en juicio, y elegir Arbitros?

15. ¿En qué casos pueden, ó no comparecer en juicio los Religiosos, y siervos?

16. El hijo de familia, que está bajo de la patria potestad, ¿en cuáles puede demandar á su padre legitimo, ó adoptivo?

17. 18. Estando fuera de su poder, si deberá, ó no pedirle la venia, para demandarle civilmente, á otro?

19. 20. ¿Quiénes, y á

quién deben pedirla tambien, para demandar á otros?

21. ¿En qué casos se pueden demandar, ó no criminalmente los hermanos?

22. ¿Y en cuáles los criados á sus Amos?

23. 24. 25. El menor de veinte y cinco años, y los mudos, sordos á nativitate, prodigos declarados, locos, y mentecatos, ¿si podrán, ó no comparecer en juicio en causas profanas, y en las espirituales, y beneficios?

26. Estando inhabilitado el Criador del menor de comparecer en juicio ¿qué puede hacer?

27. ¿En qué casos puede comparecer en juicio la mujer casada sin licencia de su marido?

28. ¿En cuáles el marido, y su heredero pueden intentar causa criminal contra la mujer, ó ésta contra aquel?

29. ¿En cuáles el poder para pletas debe ser especial; y el Apoderado para un plecto puede substituir el suyo, y su substituto substituir tambien?

§. II.

30. ¿Qué es demanda, ó libelo; y cómo se ha de poner?

31. Actor puede ponerla por sí, ó por medio de Procurador, y para ello ha de mirar seis cosas.

32. La primera, quién es el sugeto, á quien quiere demandar.

33. La segunda, qué es lo que pretende, y cómo lo ha de especificar.

34. La tercera, á qué Juez debe acudir.

35. 36. ¿Qué significados tiene esta palabra Fuero, y de cuántas maneras es?

37. ¿En qué casos puede ser demandado el reo fuera de su domicilio?

38. 39. ¿Por qué causas puede serlo en la Corte, Chancillerías, y Audiencias?

40. 41. ¿Qué personas gozan del privilegio de caso de Corte?

42. ¿En qué causas no gozan de él?

43. Siendo individuo, y común á dos el negocio, ¿si gozará, ó no del referido privilegio el no privilegiado, como el que lo es?

44. Los Oidores no pueden conocer en primera instancia dentro de las cinco leguas sino por caso de Corte; ni los Procuradores de Cortes ser presos en ella sino por ciertas causas.

45. Por las deudas de los Tom. III.

Concejos no deben ser prendados en la Corte sus Procuradores; ni el privilegio expresado compete al no privilegiado contra el que lo es, si éste no quiere usar de él.

46. 47. Casos de Corte; ¿por qué se llaman así, cuáles son notorios, ó no, y civiles, y criminales: y cuándo basta alegarlos, ó es preciso probarlos, para que se admita el recurso?

48. al 51. ¿En dónde debe ser demandado el heredero?

52. Estando sin aceptar la herencia, ¿en dónde se la ha de reconvenir?

53. al 58. La quarta cosa, que debe mirar el actor, es: el no excederse de lo que debe pedir.

59. La quinta, por qué derecho, y razon pretende lo que demanda.

60. al 62. ¿La sexta, cómo ha de ordenar la demanda.

63. Para que pueda ser compelido el deudor á arraijar el juicio, siendo fallado, presumiéndose que huirá, ¿qué debe practicar el actor?

64. Intentando el actor la reivindicacion, ¿cómo ha de concluir su presension?

65. 66. ¿Cuándo puede ser obligado uno á demandar á otro?

67. 68. ¿Qué es comulacion

cion de acciones, y de quantas maneras?

69. al 71. Actor, ¿si podrá, ò no proponer, y cumular en un libelo muchas acciones civiles, y criminales contra uno, ò mas sujetos; y pretender simultaneamente la propiedad, y posesion?

72. al 75. ¿En qué casos se pueden, ò no proponer, y cumular?

76. ¿Si podrá, ò no el actor demandar civilmente à muchos por una misma cosa; ò intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos, ò por uno?

77. al 79. Comptiendo al actor contra el reo accion civil, y criminal por un hecho, ò delito, ¿si podrá, ò no intentarlos ambas principalmente en un libelo?

80. al 8. ¿Quando se entienden incóadas expresa, y tacitamente la accion civil, y la criminal?

83. al 92. Deduciendo el actor su accion civil, y proponiendo el reo despues principalmente contra él la criminal, ¿i ésta, ò la civil son perjudiciales, qual causa se debe seguir primero, ò si ambas se seguirán à un tiempo?

93. P. deduciendo su accion, y el reo su acusacion por incidencia, ò por via de

excepcion, ¿si se deberán, ò no determinar ambas en una sentencia?

94. 95. Siendo criminales las referidas dos acciones, y la segunda mayor que la primera, ¿qual se deberá resolver primero?

96. Proponiendo dos actores contra un reo dos acusaciones ante uno, ò mas Jueces, el uno por delito grave, y el otro por leve, ¿de qual se ha de tratar primero, y por qué?

97. 98. ¿Quando se podrá corregir, mudar, ò ampliar la demanda?

99. Demandando dos à uno por una misma cosa ¿a qual ha de responder primero? ¿si ambos ocurren à un tiempo à poner su demanda, ¿qué ha de hacer el juez?

100. Ocurriendo duda en las palabras de la demanda, ¿cómo se han de entender?

101. 102. Se explican las siete clausulas generales, que se suelen poner en las demandas.

103. Se trata del juramento, y sus divisiones.

104. al 108. ¿Qué es Juramento de Calumnia: en qué causas, y por quién debe hacerse, y sobre qué cosas ha de recaer?

109. 110. Qué es Jura-

mento de Malicia: sobre qué cosas puede hacerse, y en qué se diferencia del de Calumnia?

111. ¿Qual se llama Juramento de Decir verdad, y quiénes pueden hacerlo?

112. al 114. Juramento de censorio litis voluntario, qual es: qual el necesario: ¿Qual el judicial?

115. 116. ¿Qué cosas se requieren para hacer estos Juramentos?

117. al 120. Juramento in litem, ¿qual es, qué circunstancias se requieren para que se desfira à él; y sobre qué cosas debe recaer?

121. ¿Quando, y por qué puede hacer Juramento in litem, el menor contra su Tutor?

122. al 124. Juicio civil ordinario, ¿si se podrá principiar, ò no por declaracion jurada del demandado? ¿Qué preguntas puede hacerle el demandante, y à quiles está, ò no obligado à responder?

125. ¿En qué casos se puede empezar, por embargo de bienes?

126. 127. ¿En quiles por informacion de testigos à instancia de actor, y reo?

128. ¿En quiles se admite la informacion antes de la contestacion?

§. III.

129. ¿Qué es citacion, ò emplazamiento verbal?

130. ¿Quiénes además del reo deben ser citados?

131. ¿A qué personas no es necesario citar, para que les pare perjuicio?

132. al 134. ¿Ante qué juez debe comparecer el citado; cómo se le ha de citar, no pudiendo ser hallado en su casa, ò no teniendola en el Pueblo; y cómo, siendo inciertas las personas que deben citarse, ò aunque ciertas, tantas, que sin grave dificultad no pueden ser habidas?

135. Siendo menor el que ha de ser citado, ¿qué se debe practicar?

136. al 139. Estado de miciliado el reo en territorio de otro juez, ¿cómo ha de ser citado?

140. 141. ¿A quién basta que se notifiquen las demandas contra Concejo, Comunidad, Cabildo, y Universidad; ò contra persona privada, que no puede ser hallada, y tiene Procurador, ò Apoderado en el Pueblo?

142. 143. El demandado vecino del Pueblo del juicio,

si podrá, ó no comparecer en éste por sí; y siendo citado por varios Jueces, ¿ante cuál debe comparecer?

144. 145. ¿En los negocios civiles cuándo podrá, ó no hacerse la citación en días feriados, ó de noche, y en la Iglesia; y en qué casos no es necesario hacerla?

146. Mudándose de Juez en otro Tribunal, ó delegando su jurisdicción de la causa, ó muriendo alguno de los litigantes, es precisa nueva citación.

147. 148. ¿Cuál se llama citación Real; qué efecto causa; y si por ella se incoa, ó no el uso de la acción civil, y criminal?

49. al 151. ¿T' cuál citación in scriptis; en qué casos tiene lugar; y qué Jueces pueden hacerla?

152. al 154. ¿Qué es contumacia, ó rebelde, cuándo se comete, y de cuántas maneras?

155. 156. ¿En qué se diferencia la verdadera de la ficta; y cuándo no incurrirá el reo en ella?

157. al 159. ¿Contra el verdadero contumáz cómo puede proceder el Juez?

160. al 164. Hallándose domiciliado el reo en otra jurisdicción, debe ser citado por

requisitoria; ¿cómo debe ordenarse ésta, y si el Juez requerido deberá, ó no cumplirla?

165. ¿Cuál es la vía de Asentamiento, y á quién, y contra quién compete?

166. ¿Qué personas no incurrirán en contumacia?

167. Muger honesta no debe ser emplazada para ir ante el Juez en causas civiles; y si éste la solicitó torpemente, ¿tampoco debe ir, ni ninguno de su casa, ni debe conocer de sus causas.

168. 169. Compitiendo acción al demandante contra bienes de difunto, ¿qué debe hacer?

170. ¿T' qué, si le compete contra la muger, para reconvenirla por su mitad de gananciales?

171. al 173. T' compitiéndole contra captivo, ó ausente ultra mar, que no tiene Aparentado en el Pueblo del juicio, ¿cómo se ha de proceder?

§. IV.

174. 175. ¿Qué es excepción, y defensa; y cuántas clases hay de excepciones?

176. 177. ¿Cuáles se llaman mere dilatorias; á qué tienen su tendencia; y cuál de-

debe proponer primero el reo? 178. al 181. ¿De cuántas maneras se puede prorrogar la jurisdicción?

182. al 188. ¿En qué casos se puede, ó no hacer expresa, y tacitamente su prorrogación: Por qué autos judiciales no se prorroga?

189. Juez prorrogado, ¿si podrá, ó no executar su sentencia?

190. Propuestas la declinatoria, ú otras excepciones, ¿si deberá, ó no el Juez declararlas expresamente, ó podrá reservar para definitiva su declaración?

191. Formando artículo de no contestar al reo, si se desprecia, ¿en qué caso podrá pedir termino para hacer la contestación; y si deberá conceder, ó no?

192. Excepciones de legitimación para pedir, y comparecer en juicio, ¿á quién tienen su tendencia?

193. al 195. ¿En qué casos deberá legitimar su persona el actor al principio del pleito, ó bastará hacerlo en el termino de prueba?

196. ¿Qué fianzas se admiten por excepciones dilatorias concernientes á la persona?

197. ¿Qué excepciones dilatorias miran á los meritos

de la causa, y cuándo las ha de proponer el reo?

198. Acumulación de autos, ¿en qué parte del juicio se debe pretender?

199. 200. Para que se verifique haber litis pendencia, ¿qué es necesario; en qué casos se puede enagamar la cosa litigiosa; y si por estar pendiente el pleito, se privará, ó no al reo de su uso, y aprovechamiento?

201. al 204. ¿Por cuántas causas se debe hacer, ó no la cumulación de autos, ó procesos?

205. 206. Estando pendientes autos ante Escribanos de un mismo fuero, ó de diverso, ó ante dos Jueces, uno mas digno que el otro, ¿ante cuál se ha de pretender su acumulación?

207. Habiendo, ó no lugar á ésta, ¿qué debe hacer el Escribano, y á lo que quiten, ó no los autos?

208. ¿Cuáles excepciones se llaman mere peremptorias, y cuándo se deben oponer, y decidir?

209. al 211. ¿Cuáles mixtas, ó anormales, y en qué estado de la causa se deben oponer, y definir?

212. ¿Cuándo se deben definir las excepciones emergentes, ó incidentes?

213. 214. ¿Qué excepciones se llaman perjudiciales de per se, ó respectivamente, y cuándo se han de decidir?

215. 216. ¿Dentro de qué término debe proponer el reo todas las excepciones referidas?

217. 218. En la instancia en que dentro del competente propuso alguna, ¿si podrá, ó no proponer otra, ó otras después de hecha publicación; ó articular sobre la que no alegó?

§. V.

219. al 222. ¿Qué es contestación de demanda, y qué efectos produce; y en qué término debe contestarla el reo?

223. ¿Qué cosas son precisas para haberle por contumaz?

§. VI.

224. al 226. ¿Qué es reconvenion; quién puede hacerla, ó no; y en qué se diferencia de la excepción, y compensacion?

227. ¿Qué efectos produce la reconvenion con la procecion de jurisdiccion, y la reconvenion?

228. ¿Si se podrá verificar, ó no de parte de ambos litigantes la prorrogacion de jurisdiccion?

229. ¿Cuándo se verifican juntos en los juicios dos de los quatro efectos de la reconvenion, y cuándo uno solamente?

230. al 232. ¿En qué casos el actor (ya sea, ó no Clerigo) puede, ó no excusarse de responder a la reconvenion del lego?

233. al 235. ¿Dentro de qué término debe proponer el reo la reconvenion; y una vez propuesta, que se ha de practicar?

236. Concluyendo finalmente el actor, ó solamente sobre su demanda, ¿desentendiéndose de la reconvenion del reo, ¿qué debe practicar éste?

237. ¿Si podrá hacerse la reconvenion ante el juez delegado, y apartarse el actor de su convencion despues de su convencion, sin permiso del reo?

238. 239. ¿Si se podrá, ó no hacer ante los jueces particulares de algunas personas, y ante el prorrogado?

240. ¿Cuándo podrá ser, ó no reconvenido el actor ante el arbitro?

241. ¿En qué caso habrá lugar la reconvenion ante el juez de apelacion?

242. 243. ¿Si lo habrá, ó no ante el litigado, para

conocer de cierta especie de causas?

244. No siendo exceptuadas las causas, ¿si lo habrá, ó no?

245. 246. En las ejecutivas, en las sumarias, y quando se implora principalmente, y no por incidentalmente el officio del juez; ó quando la una es sumaria, y la otra plenaria, y en las de depósito, y apelacion, ¿si lo habrá, ó no?

247. ¿Cuándo lo habrá, ó no en las criminales?

248. ¿Cuántos juicios posesorios hay, como se llaman, y para qué son?

249. al 251. ¿Que remedio concede el Derecho al despojado por fuerza, ó clandestinamente para ser restituído: dentro de qué término puede intentar lo, y qué debe hacer el juez?

252. al 256. ¿Contra qué personas se compete, ó no, y sobre qué bienes?

257. 258. ¿Quiénes no pueden intentarlo sino en un caso; y en qué pena incurre el despojador extraño, ó deudor del despojado?

259. 260. ¿Si se deberá, ó no admitir la reconvenion del despojador, quando el despojado intenta el posesorio recuperandae, y equal

otro igualmente privilegiado sobre despojo de otra alhaja, y no de la misma; y si estará, ó no obligado á restituirla, aunque sea tercero poseedor?

261. 262. Reconvenion del posesorio adquisicende, ó del petitorio sobre la misma alhaja, áunque el despojador, á un tercero digan que es suya, ó sean menores, si confiesan que el despojado es Señor de ella, y éste intenta el posesorio recuperandae; no se admite.

263. Despojado, ¿si estará, ó no obligado á responder á la reconvenion del posesorio recuperandae sobre la misma alhaja, que le hace el despojador?

264. Si habrá, ó no lugar la reconvenion del posesorio recuperandae contra el tercero, que por via de accion pone la convencion del retinende.

265. Intentando el actor el petitorio, ó la reivindicacion, ¿si habrá, ó no lugar la reconvenion sobre el violento despojo de otra causa?

266. Litigando el actor sobre el posesorio recuperandae, y el reo sobre el petitorio, si sale un tercero pretendiendo por el mismo petitorio la alhaja, ¿qué se debe hacer?

267. al 272. ¿Quándo se pueden, ó no cumular, y seguir en un juicio las causas de posesion, y propiedad: Y tratarse, ó no ante un mismo Juez?

273. El que intenta el petitorio, ¿si podrá cesar en él, y volver al posesorio antes, ó despues de la conclusion?

§. VII.

274. ¿Dentro de qué termino ha de recibir el Juez los autos á prueba despues de conclusos?

275. 276. ¿A quién se debe notificar el auto de prueba: si el Juez deberá ver por sí los autos, ó podrá tener Relator: Y sobre qué cosas no se deba recibir el pleito á prueba?

277. al 279. ¿Qué es prueba, qué nombres se le dán: y á quién incumbe hacerla?

280. al 282. ¿Cuál se llama negativa de derecho, de qualidad, y de hecho, y de cuántas maneras es ésta?

283. ¿Sobre qué se ha de hacer la prueba judicial, y por qué medias puede hacerse?

284. 285. ¿Qué es confesion, ó declaracion judicial, y en qué clases se divide?

286. 287. Para que baga fe, y aproveche al adversa-

rio del confiteute, ¿qué circunstancias ha de tener, y en qué estado del pleito se puede pedir?

288. 289. ¿Quáles se llaman posiciones, y articulos; por quién fueron inventados; en lugar de qué suceden; quién puede hacerlas, y quándo; y si despues de hechas, las podrá revocar, ó enmendar?

290. ¿En qué se diferencian las posiciones de los articulos, ó interrogaciones?

291. 292. ¿Si los Procuradores de los litigantes podrán, ó no hacer posiciones al modo que estos; y qué es lo que se practica?

293. 294. ¿Quándo debe, ó no responder cathogoricamente á ellas el preguntado; en qué pena incurre sino lo hace, ó no quiere declarar, ó se ausenta, ó se le convence de perjurio, ó responde que ignora la pregunta; y si el Juez debe, ó no recibirlas por sí?

295. ¿Si se deberá, ó no admitir prueba sobre lo confesado expresamente, ó contra la confesion ficta? Y para que el interrogante no sea perjudicado con la declaracion de su contendor, ¿qué clausula debe poner en el pedimento?

296. Confesionextrajudicial

cial en causas civiles, ¿quándo dañará, ó no al que la hace?

297. Juramento decisivo litis, ¿quándo hace, ó no prueba plena?

298. Para que hagan prueba los testigos ¿qué requisitos han de intervenir?

299. ¿Quáles no pueden testificar, ni hacer fe en juicio?

300. al 302. ¿Quiénes no pueden ser apremiados á testificar?

303. ¿En qué casos hará fe el dicho del siervo?

304. ¿Cómo deben ser juramentados los testigos catholicos?

305. Para que no se impugne el dicho del testigo á pretexto de no haber sido juramentado sobre lo que depuso, ¿qué requisito debe intervenir en el juramento?

306. ¿Cómo han de ser juramentados los litigantes Catholicos seculares?

307. ¿Cómo los Judios?

308. ¿Cómo los Moros?

309. ¿Cómo los Ecclesiasticos regulares, los Religiosos, y los Caballeros de los Ordenes Militares?

310. ¿Cómo los Hereges, los Cismaticos, y los Gentiles?

311. ¿Y cómo los Arzo-

bispos, y Obispos; y sobre qué cosas sagradas no se debe jurar?

312. al 315. ¿Qué preguntas generales, y particulares deben contener los interrogatorios; cuáles son las Generales de la ley; y qué efecto causa la clausula de admitirlos quanto son pertinentes?

316. ¿En qué Tribunales se comunican, ó no á las partes los interrogatorios?

317. al 319. ¿Cómo debe examinar el Escribano los testigos?

320. ¿Si deberá, ó no usar con ellos, y con los litigantes de preguntas sugestivas; cuáles se llaman así; y de cuántas maneras se hacen?

321. Queriendo el testigo despues de haber firmado su declaracion, corregirla, ó ampliarla, ¿si se le deberá, ó no admitir? Y habiendo declarado ambiguamente, ó no dádolo razon de su dicho, ¿si podrá llamarlo el Juez para declarar nuevamente?

322. Testigo juramentado, ¿si podrá, ó no apartarse del Juez hasta que evacue su declaracion? Y quando dice que duda, ó no se acuerda del hecho que se le pregunta, y pide termino para hacer memoria, ó inspeccionar algu-

- no) papeles, ¿si se le deberá, ò no conceder?
323. Testigo presentado solamente para ciertas preguntas, no debe ser examinado por las demás del interrogatorio.
324. ¿Cómo debe ser examinado el testigo, y extender el Escribano su dicho?
325. Examinandose los testigos por interpretes, ¿quién debe jurar estos?
326. Los litigantes, ¿qué deben satisfacer à los testigos?
327. ¿Si podrán, ò no ser apremiados los testigos à declarar; y el juez deberá, ò no admitir su dicho enviado por escrito, ò comster su examen en ciertas causas al Escribano?
328. Existiendo los testigos fuera del territorio del juez de la causa, ¿qué debe hacer para que sean examinados?
329. Omitiendo las partes articular algo en su interrogatorio principal, ¿si podrán practicarle en otro, ò por pedimento?
330. 331. ¿Quando harán, ò no plena prueba un testigo solo, ò dos?
332. 333. ¿Quantos testigos puede presentar cada litigante; si en grado de apelacion, y suplicacion se deben, ò no admitir interrogaciones sobre los artículos de la primera, ò segunda instancia, ò otros directamente contrarios; y si despues de haber presentado algunos testigos, dice que no quiere presentar mas, se los podrán, ò no admitir?
334. ¿Quáles testigos se llaman contextes, y cuáles singulares?
335. ¿Cuál se llama singularidad obstativa; y si harán, ò no fé los testigos en quienes concurre?
336. ¿Cuál singularidad adminiculativa, y qué prueba bage?
337. ¿T qué diversificativa; y si probará, ò no?
338. Consistiendo la prueba de ambas partes en testigos, ¿qué ha de hacer el juez?
339. Comprometiendose las partes en arbitros; si estos reciben testigos, y aquellas pactan, ò no sobre si el juez ha de sentenciar por sus dichos, ¿qué debe hacer?
340. Consistiendo el pleito en ciencia, arte, ò officio, ¿qué se debe practicar?
341. ¿Quantas clases hay de instrumentos; cuál se llama Público, y por qué; y quando hará fé, ò no en juicio?

342. Alegando que es falso el instrumento de la parte contra quien se produce, por que en el dia de su otorgamiento estaba fuera del Pueblo, y fue testigo de otro en el en donde se halló, ¿cómo ha de probar su falsedad?
343. ¿Qué es falsedad, y por qué causas se induce en los instrumentos?
344. ¿Si deberá, ò no ser creído el Escribano de buena, ò mala fama, que afirma, ò niega haber hecho el instrumento, quando los testigos afirman, ò niegan, ò dicen que no se acuerdan haber estado presentes à su otorgamiento?
345. Negando la parte estar autorizado el instrumento por el Escribano que aparece, y negando, ò confesando éste, ò diciendo que lo autorizó, pero que fue falso, ¿si hará, ò no fé; y si ha muerto, ò está muy lejos, qué debe hacer el juez; y con quién se ha de cotejar el papel privado?
346. ¿Si se podrá probar con testigos el contexto del instrumento, aunque no valga; y en qué idioma se debe presentar en juicio?
347. El que produce el instrumento, ¿si podrá usar de él solamente en lo favora-

ble? T siendo producido antes de la contestacion, ¿si deberá, ò no reproducirlo en la prueba, y en todas instancias?

348. Prueba hecha en un juicio con el coltigante, quando deberá producirlo en otro que con él siga, el que la hizo?

349. 350. ¿En qué casos hará fé el traslado sacado de la copia original, ò del protocolo por el Escribano ante quien pasó, ò por otro?

351. 352. ¿Cuál se llama instrumento autentico; quando, y contra quién hará fé; y en qué se diferencia del público?

353. 354. ¿Cuál se llama instrumento privado, y si hará, ò no fé en juicio?

355. al 354. ¿Qué cosa es Privilegio, en qué clases se divide, y cómo se adquiriré?

358. ¿Cómo se debe interpretar?

359. ¿Qué es confirmacion del privilegio, y de quantas maneras se hace?

360. ¿Quando goza, ò no de privilegio el privilegiado contra el que tambien lo es?

361. al 364. ¿Por qué causas cesa, y se extingue el privilegio?

365. 366. ¿Cómo se despatchaban antiguamente, y se des-

dispachan hoy los Privilegiados; y para hacer fe, que requisitos deben contener?

367. ¿Contra quién prueban los libros de cuentas; y qué debe hacer el que los tiene en su poder, si contienen partidas a su favor, ó contra él?

368. ¿En qué casos hace prueba la vista ocular; y si podrá, ó no el Juez dar el pleito por probado, sin que preceda?

369. ¿Qué es presuncion, ó congetura, de quantas maneras; y quando prueba, ó nó?

370. ¿Qué se debe tener presente para decidir el pleito por ley, ó fuero?

371. 372. ¿De quantas maneras es la fama; de qué suele provenir; y cuál se llama fama entre los hombres?

373. 374. ¿Cuál es el efecto de la fama; y qué prueba hace así en negocios civiles, y criminales, como en hechos antiguos, y otros casos?

375. ¿Si se probará, ó no por fama la vida, ó muerte de alguno?

376. ¿Qué cosas se requieren para que la fama pruebe?

S. VIII.

377. al 379. ¿Qué es termino probatorio: y quanto

puede conceder el Juez a los litigantes para hacer su prueba?

380. Para que se conceda el termino ultramarino, ó extraordinario; ¿qué cosas se requieren de parte del que lo pretende?

381. Si acaeció en las Indias, ó en otros parages remotos el hecho que se intenta probar, y existen allí los testigos; ¿qué termino se puede conceder para ello?

382. 383. ¿Qué deben practicar los litigantes para que se les conceda prorrogacion del termino probatorio?

384. al 386. ¿Cómo se cuenta, y desde quando corre el termino probatorio, y su prorrogacion, ya sean utiles, feriados, ó colendos los mas de sus dias; y qué deben hacer los litigantes para evitar que corra en los feriados, y colendos?

387. Por qué razon los Jueces reciben algunas veces los autos a prueba por via de justificacion?

388. 389. Recibida la causa a prueba; ¿qué deben hacer las partes, y por qué orden han de tomar los autos?

390. 391. ¿En qué tiempo han de ser juramentados y examinados los testigos, y en qué pueden declarar, y ex-

pli-

plicar sus dichos, y dar razon de ellos; y estando muertos, ó ausentes; ¿qué se debe practicar?

392. 393. ¿De quantos modos, y por qué causas se pueden redarguir de falsos los instrumentos; y cómo se debe gobernar el Escribano en el cotejo de los redarguidos?

394. No deben sacarse de los archivos, ni oficios públicos los padrones, protocolos, libros de Iglesias, y papeles originales para pruebas de hábitos, ni otras.

395. al 397. Mientras dura el termino de prueba; ¿qué se podrá, ó no practicar? Si se introduce algun artículo, y se suspende dicho termino, desde quando empieza la susension; y si valdrá, ó no la prueba hecha durante ésta?

398. Pidiendo suspension por ciertos dias una de las partes, y concediendosele, buelve a correr el termino, concluidos que sean, sin necesidad de nuevo auto.

§. IX.

399. 400. **P**Asado el termino probatorio, ¿si se podrán, ó no admitir testigos en primera instancia, y qué han de hacer los litigantes?

Tom. III.

401. 402. Pidiendo publicacion de probanzas alguna de las partes; ¿qué debe hacer el Juez; y para qué sirve la publicacion?

403. ¿Por qué Juez debe hacerse ésta; a cuál de las partes se han de entregar primero los autos; y dentro de qué termino debe alegar de bien probado cada una?

404. 405. ¿A quienes se puede conceder por via de restitucion mas termino probatorio, y quanto?

406. Para su concesion ¿si necesitará, ó no el privilegiado justificar lesion; y si habrá, ó no lugar la restitucion del termino ultramarino?

407. ¿Qué cosas se requieren para que se conceda restitucion de la mitad del termino probatorio?

408. Termino de la restitucion, ¿si será comun al no privilegiado, como al que lo es; y si una vez concedido a instancia de éste, podrá, ó no renunciarlo?

409. ¿Si podrá el que no es privilegiado, alegar falsedad, ó otra excepcion nueva, para probarla por testigos despues de publicados, ó de executoriado el pleito?

410. Privilegio de restitucion; ¿si competirá, ó no a los menores quando salen co-

B mo

ma terceros, coadyubando el derecho de los que no son privilegiados?

411. ¿En qué casos gozarán de él los litigantes, siendo privilegiados ambos?

412. Si la cosa es dividua, ó individual, pertenece á dos, uno mayor, y otro menor, y ambos litigan sobre ella contra otro, ¿cuándo gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es; y si competirá, ó no al Letrado jurisperito?

S. X.

413. ¿Cuándo pueden tachar á los testigos contrarios, y abonar á los suyos?

414. al 417. Para que sean admitidas las tachas, ¿qué cosas se requieren de parte del que las pone; dentro de qué termino debe oponerlas; en cuál debe probarlas; qué testigos se han de buscar para justificarlas; y si se admitirán, ó no tachas contra tachas?

418. 419. ¿Cuántos son los generos de tachas que se pueden oponer contra los testigos; y si al tiempo de juramentarlos será, ó no útil protestar que no sean admitidos?

420. Litigante, ¿si po-

drá, ó no tachar las personas, y dichos de los testigos que produxo en un juicio; ó en otro, si se produxeron contra él; y para que sus dichos no le perjudiquen, ¿qué protesta ha de hacer?

421. 422. ¿Fuez, ¿si podrá, ó no repeler de oficio los dichos de los testigos inhabilitados: qué especies de inhabilitación pueden concurrir en ellos; y qué tachas se admiten solamente en las causas de lesa Magistad, blasfemia, y sumarias?

423. 424. ¿Cuándo han de alegar de bien probado los litigantes? Y si uno no quiere tomar los autos, ¿qué se ha de practicar?

425. ¿Cuáles son los motivos por qué se alega de bien probado; cuándo se pueden comunicar á las partes las informaciones, ó alegaciones en derecho; y en qué pena incurre el Abogado que cita leyes, y doctrinas en los alegatos, y repite lo alegado?

S. XI.

426. Concluir en los pleitos, ¿qué quiere decir; á quién se debe hacer saber la conclusion; y si es, ó no de substancia del juicio?

427. ¿Si podrá el Fuez ha-

haber los autos por conclusos, aunque las partes no concluyan, ó aun quando lo resistan?

428. 429. ¿Por qué medios podrán las partes hacer prueba despues de la conclusion? Y para probar la falsedad de instrumentos, ¿qué termino ha de conceder el Fuez al que lo alega?

430. ¿Si de oficio podrá, ó no el Fuez recibir qualquiera prueba despues de concluso el pleito, ó á instancia de parte examinar segunda vez al testigo, que no lo fue sobre todas las preguntas del interrogatorio, ó hacer que declare su dicho en caso de haber depuesto confusamente?

S. XII.

431. ¿Qué es recusación; por qué razones fue introducida; y qué efectos causa?

432. 433. ¿En qué estado del pleito se debia recusar antiguamente al Fuez, y en cuál se puede actualmente; y por qué causas puede ser recusado?

434. 435. ¿Cómo lo ha de ser el Fuez letrado ordinario, ó delegado; y con quién debe acompañarse?

436. ¿Con quién deben

acompañarse los Alcaldes de Corte que tienen Provincia, siendo recusados?

437. No conformandose en las causas civiles el Fuez ordinario secular, y su acompañado, si se apela de la sentencia de alguno, ¿á quién ha de ir la causa? Y si no se apela, ¿cuál, y en qué casos valdrá; y si podrán nombrar tercero?

438. Si el delegado, y su acompañado no se conformaren, ¿á quién ha de ir? Y si podrán elegir tercero, y han de dar, ó no juntos la sentencia?

439. En las causas criminales, y en las de libertad, y servidumbre discordando en la sentencia el Fuez ordinario, ó el delegado recusados, y sus acompañados; ¿qué se debe practicar?

440. Fuez acompañado, ¿si deberá, ó no asistir con el recusado en su Audiencia á dar la sentencia, y demás providencias; y jurar que ejercerá bien su oficio; y si podrá ser recusado sin causa?

441. El que impetió Fuez del Principe para que conciese de su negocio, ó voluntariamente puso ante un Fuez su demanda, ¿por qué causas puede recusarse?

442. Fuez lego, ¿para qué

quá causas, y providencias ábe, ò no nombrar asesor letrado; y si éste deberá, ò no jurar, y podrá ser recusado?

443. 444. ¿Quántos letrados pueden recusar las partes, para que el juez luego no se asesore con ellos; y qual de los litigantes debe pagar los derechos de asesoría?

445. al 447. Jueces eclesiásticos ordinarios, y delegados, ¿quándo, y cómo han de ser recusados? T hecha su recusacion, ¿qué se debe practicar, ya sean delegados del Papa, ú Obispo, ò subdelegado de aquel? ¿Y si el delegado recusado podrá, ò no subdelegar?

448. ¿Por qué causas, y cómo pueden ser recusados los Jueces arbitros?

449. ¿Juez mero, ò mixto executor si podrá, ò no ser recusado?

450. ¿Cómo ha de ser recusado el Juez de residencia con quién debe, ò no acompañarse; y si él, y su acompañado discordaren en las sentencias, ¿qual se debe executar?

451. Para recusar á los Ministros de los Consejos, Chancillerías, y Audiencias, ¿qué requisitos son necesarios?

452. 453. ¿Por qué medios se pueden probar las cau-

sas de su recusacion; cuántos testigos se pueden admitir sobre cada pregunta; qué termino se ha de conceder al recusante para probarlas, y contra quiénes corre; y en qué casos puede recusarlos el tercero opositor?

454. El recusante que no prueba causa legitima, ¿en qué pena incurre aunque se aparte de la recusacion? ¿Y en qual el que pasados tres meses, se aparta de la segunda suplicacion en los casos de la Ley de Segobia?

455. ¿Cómo se ha de recusar al Relator, y quién debe pagar los derechos á su acompañado?

456. Para recusar al Escribano originario del pleito, ¿qué es menester? ¿Y si podrá, ò no ser recusado sin causa su acompañado?

457. 458. En los Pueblos en donde los Escribanos Reales actúan, ¿qué se debe observar en su recusacion?

459. ¿Quién debe pagar al acompañado del Escribano originario recusado sus derechos?

460. Pidiendo informe el Rey, ò el Tribunal superior al Juez acerca del pleito que ante él pende, ¿en qué caso deberá, ò no suspender su curso?

461. ¿Y en qual, quando el executado pide moratoria al Consejo, y que se suspendan las diligencias executivas?

§. XIII.

162. **Q**Uál sentencia se llama interlocutoria, y qual definitiva?

463. Sentencia, ¿por qué se llama así; dentro de qué termino debe proferirla el Juez, y qué solemnidad ha de proceder á su prolocion?

464. ¿En qué conviene, y se diferencian las sentencias interlocutoria, y definitiva?

465. ¿En qué casos la interlocutoria tiene fuerza de definitiva?

466. 467. ¿Precepto de solvendo, ¿quándo se tendrá por interlocutorio, ò definitivo?

468. Sentencia judicial, ¿en qué cosas debe ser conforme al libelo?

469. Habiendo condenacion de frutos, ò intereses; ò siendo condenatoria en parte, y en parte absolutoria la sentencia, ¿qué debe hacer el Juez?

470. al 474. ¿Qué causas principales deben concurrir en la sentencia para su validacion?

475. Jueces inferiores, y Alcaldes de Corte deben ver por sí mismos los autos.

476. En el juzgar, ¿á qué deben atender los Jueces?

477. Dudando justamente el Juez de la sentencia que ha de proferir, ¿qué debe practicar?

478. Litigante que pide una cosa por otra, ¿si podrá corregir su error? T prohibido otra diversa de la que demandó; ò no debiendo ser condenado el reo, ¿qué ha de hacer el Juez?

479. al 481. ¿Quándo debe ser condenado en costas el litigante? ¿Y siendo pobre, si deberá, ò no estar preso, ò dar fianza por ellas, ò por los derechos que cause en defenderse; y qual se llama pobre?

482. Si habiendose podido condenacion de costas, no la hizo el Juez, ¿qué debe hacer el vencedor?

483. ¿Qué autos, y sentencias puede, ò no reponer, reformar, revocar, y declarar el Juez?

484. No habiendo hecho el Juez condenacion de frutos, ni costas, debiendo; ò habiendo juzgado sobre esto mas, ò menos que lo que por derecho debía, ¿quándo podrá enmendar su sentencia; y

si podrá alzar la multa que impuso al que es pobre?

485. ¿A quién se debe notificar la sentencia; y con quién se deben entender los autos hasta que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada; si las partes se desisten por Procuradores?

486. Notificada la sentencia a las partes, ¿qué debe practicar la vencedora; si la vencida no apela dentro del término legal?

487. ¿Cuánto término tiene para apelar así en el fuero Eclesiástico como en el secular; y para pedir reducción de la sentencia de los arbitros?

488. Apelando el agravado, y no presentando la mejora en el término competente, ¿qué debe hacer el vencedor para que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada?

489. Conteniendo la sentencia varios capítulos, ¿d estando obscura, ¿qué pueden hacer las partes?

490. Si después de declarada presenta la mejora, queda sin efecto la declaración. ¿Si se presentó en grado de apelación ante el superior, sin apelar ante el inferior, ¿qué debe hacer este?

491. ¿Qué efectos surte

la apelación; y cómo ha de dar testimonio de ella el Escribano?

492. ¿Cuál se llama cosa juzgada; y qué efectos causa la sentencia pasada en autoridad de tal?

493. ¿En qué casos se puede rescindir, y revocar la sentencia pasada en cosa juzgada?

§. XIV.

494. ¿Qué presunción tiene a su favor la sentencia?

495. ¿Qué cosa es la nulidad?

496. ¿Qué sentencia se llama nula; y qué injusta?

497. al 501. ¿Qué sentencias son nulas, y como tales se pueden rescindir, y revocar?

502. 503. ¿Nulidad notoria, qué es; dentro de que término, y ante quién debe intentarse, con quién se han de controvertir así ésta como las demás; y si mientras se ventilan, correrá, ó no el término de apelar?

504. ¿De qué sentencias no há lugar la nulidad, suplicación, ni otro recurso?

505. ¿En qué casos está quitado el remedio de la restitución a los menores, y de

más privilegiados, a quienes aunque sean mayores, lo concede el Derecho?

506. ¿Cuándo debe, ó no ser restituído el menor contra la sentencia en que fue lesa; y si el delegado podrá, ó no concederle la restitución?

507. Iglesia, y República; ¿en qué casos pueden alegar nulidad de la sentencia?

508. Siendo lesos en la sentencia, la Iglesia, el Rey, la Comunidad, y la República; ¿dentro de qué término deben pedir la restitución; cuántas clases de bienes puede poseer el Rey; y por qué les goza de este privilegio?

509. Iglesia, y demás referidos si quieren restituirse por prescripción; ¿dentro de qué término la han de intentar; y qué cosas jamás prescriben?

510. 511. ¿La sentencia dada entre unos, en qué casos daña, ó aprovecha a otros?

512. 513. ¿A quién toca executar la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó confirmada por Tribunal superior; y en qué pena incurre quien lo impide?

§. FINAL.

514. al 516. **D**emanda, auto, y notificación con él.

517. Requisitoria de emplazamiento para hacer saber la demanda.

518. Auto cumplimentando la requisitoria con tres notas.

519. 520. Contestación de demanda, auto, y una nota.

521. 522. Pedimento de conclusión, auto, y otra nota.

523. 524. Auto por el que se recibe a prueba el pleito; notificaciones, y su nota.

525. al 528. Interrogatorio, y pedimento presentándolo; auto, y notificaciones.

529. al 531. Señalamiento de días, y horas para examinar testigos; requerimiento para su presentación, y recepción del juramento con su nota.

532. Requisitoria para hacer probanza.

533. Examen de un testigo.

534. al 537. Pedimento pretendiendo se nombren interpretes para examinar testigos extranjeros; auto, aceptación de los interpretes, y examen de un testigo con asistencia de estos.

538. Nota sobre ratificar testigos, y ratificación de uno.

539. al 541. Nota sobre testigos de abono; pedimento para examinar uno; auto, y

declaracion de él con otra nota sobre los testigos de abono que son como fadores.

542. 543. Mandamiento compulsorio con su nota, y testimonio dado en su virtud.

544. al 547. Pedimento presentando una escritura para su comprobacion, auto, citacion, y cotejo de ella.

548. al 550. Pedimento presentando papeles para que una de las partes los reconozca, auto, y declaracion.

551. al 553. Pedimento nombrando peritos para que reconozcan papeles, auto, y reconocimiento, ó cotejo de ellos con su nota.

554. Requerimiento á una parte para que presente mas testigos.

555. al 559. Pedimentos, y diligencia hasta hacer publicacion de probanzas con su nota.

560. al 562. Pedimentos, y autos sobre admission de tachas de testigos con su nota.

563. 564. Pedimento pretendiendo ampliacion del termino de prueba por via de restitucion, y auto.

565. al 567. Pedimento recusando al Juez inferior, auto, aceptacion, y juramento del acompañado con dos notas.

568. Sentencia definitiva absolviendo al demandado.

569. 570. Dos sentencias definitivas condenando al demandado, y su nota.

571. 572. Pedimento de apelacion, auto, y una nota.

573. al 575. Pedimento pretendiendo se declare por desierta la apelacion, y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, con dos autos.

576. 577. Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, auto, y tres notas, y la ultima sobre el papel sellado.

§. I.

DE LAS DIVISIONES DEL JUICIO;

en qué dias puede, ó no hacerse; y qué personas pueden, ó no comparecer en él.

ASI como es incontrovertible que Dios crió al Mundo, constituyendo por su primer Monarca á nuestro padre Adán, y señalándole por Corte el Paraíso terrenal; que habiendolo expellido de él por el pecado, y entrado por éste la muerte, y todos los males, se corrompieron generalmente las costumbres en todo su linage; y lleno de corrupcion, cedieron la razon á la violencia, la humildad á la soberbia, y dominacion, la virtud al vicio, y la honestidad, y modestia al desenfreno de todas las pasiones; que en este caos de confusion inspiró provida la naturaleza á los hombres que se asociasen, y viviesen en comunidad, á fin de socorrerse mutuamente como hermanos; (1) que para conservar esta sociedad les dió como instrumentos precisos palabras, raciocinio, y discernimiento, con los que manifestasen sus conceptos, se entendiesen, y distinguiesen lo util de lo nocivo, y lo justo de lo injusto, y les imprimió en sus corazones un especial estudio, y anhelo de procurar todo su bien, y evitar lo que les podia perjudicar; que por Derecho natural todos los hombres eran libres, por haberlos hecho el Criador (que lo es) á su imagen, y semejanza, y no se conocia la esclavitud; (2) que en los principios del genero humano todas las cosas eran comunes; (3) que el Derecho de gentes distinguió los dominios, estableció Reynos, fundó Pueblos, y separó Provincias; (4) que multiplicada la humana prosapia,

(1) Belarm. tom. 2. Controv. lib. 3. cap. 6.

(2) Ley Manumisiones 4. ff. de Just. & Jur. §. Servitus, Institut. de Jar. person. Amaya observ. 1.

(3) Ley Ex hoc jure, ff. de Justit. & Jur.

(4) §. Singularum, Institut. de Res. divis. Aunzue de Donat. lib. 3. cap. 8. n. 2.

declaracion de él con otra nota sobre los testigos de abono que son como fadores.

542. 543. Mandamiento compulsorio con su nota, y testimonio dado en su virtud.

544. al 547. Pedimento presentando una escritura para su comprobacion, auto, citacion, y cotejo de ella.

548. al 550. Pedimento presentando papeles para que una de las partes los reconozca, auto, y declaracion.

551. al 553. Pedimento nombrando peritos para que reconozcan papeles, auto, y reconocimiento, ó cotejo de ellos con su nota.

554. Requerimiento á una parte para que presente mas testigos.

555. al 559. Pedimentos, y diligencia hasta hacer publicacion de probanzas con su nota.

560. al 562. Pedimentos, y autos sobre admission de tachas de testigos con su nota.

563. 564. Pedimento pretendiendo ampliacion del termino de prueba por via de restitucion, y auto.

565. al 567. Pedimento recusando al Juez inferior, auto, aceptacion, y juramento del acompañado con dos notas.

568. Sentencia definitiva absolviendo al demandado.

569. 570. Dos sentencias definitivas condenando al demandado, y su nota.

571. 572. Pedimento de apelacion, auto, y una nota.

573. al 575. Pedimento pretendiendo se declare por desierta la apelacion, y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, con dos autos.

576. 577. Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, auto, y tres notas, y la ultima sobre el papel sellado.

§. I.

DE LAS DIVISIONES DEL JUICIO;

en qué dias puede, ó no hacerse; y qué personas pueden, ó no comparecer en él.

ASI como es incontrovertible que Dios crió al Mundo, constituyendo por su primer Monarca á nuestro padre Adán, y señalándole por Corte el Paraíso terrenal; que habiendolo expellido de él por el pecado, y entrado por éste la muerte, y todos los males, se corrompieron generalmente las costumbres en todo su linage; y lleno de corrupcion, cedieron la razon á la violencia, la humildad á la soberbia, y dominacion, la virtud al vicio, y la honestidad, y modestia al desenfreno de todas las pasiones; que en este caos de confusion inspiró provida la naturaleza á los hombres que se asociasen, y viviesen en comunidad, á fin de socorrerse mutuamente como hermanos; (1) que para conservar esta sociedad les dió como instrumentos precisos palabras, raciocinio, y discernimiento, con los que manifestasen sus conceptos, se entendiesen, y distinguiesen lo util de lo nocivo, y lo justo de lo injusto, y les imprimió en sus corazones un especial estudio, y anhelo de procurar todo su bien, y evitar lo que les podia perjudicar; que por Derecho natural todos los hombres eran libres, por haberlos hecho el Criador (que lo es) á su imagen, y semejanza, y no se conocia la esclavitud; (2) que en los principios del genero humano todas las cosas eran comunes; (3) que el Derecho de gentes distinguió los dominios, estableció Reynos, fundó Pueblos, y separó Provincias; (4) que multiplicada la humana prosapia,

(1) Belarm. tom. 2. Controv. lib. 3. cap. 6.

(2) Ley Manumisiones 4. ff. de Just. & Jur. §. Servitus, Institut. de Jar. person. Amaya observ. 1.

(3) Ley Ex hoc jure, ff. de Justit. & Jur.

(4) §. Singularum, Institut. de Res. divis. Aunzue de Donat. lib. 3. cap. 8. n. 2.

suscitaron la soberbia, y ambicion las guerras, las captividades, y las servidumbres, imperando el vencedor, y sirviendo, y obedeciendo el vencido; (1) que por huir la esclavitud, y otras tragedias, acordaron, los Pueblos elegir Principes, ó Cabezas que los gobernasen, y propulsando, y repeliendo la fuerza con la fuerza, (á lo que autoriza el derecho natural) los defendiesen de los injustos invasores, y depravados turbadores del reposo, y tranquilidad pública sus enemigos, y conservasen la religion, la justicia, la honra, y la hacienda, que son las quatro vasas, exes, y fuentes en que se afianza la humana felicidad, á cuyo efecto unos les transfirieron todo el imperio, jurisdiccion, y potestad sobre sí, y otros se la reduxeron á ciertos límites; (2) que el Derecho civil ordenó el método de gobierno que debian tener por uso, y costumbre, ó por leyes escritas; (3) y que lo que cada Pueblo, Republica, ó Provincia establecia, ese era su propio Derecho civil. (4) Asi tambien es constante que poco se aprovecharia á las Republicas, de cuya potestad suprema se deriva como de unica fuente toda jurisdiccion subalterna, (5) haberse fatigado en establecer, y crear leyes conformes á razon, y equidad, si no hubiesen elegido sugetos dignos, que arreglándose á ellas, decidiesen como mediadores las controversias, y pretensiones de los hombres, y haciendo justicia como acto propio de su ministerio, diesen á cada uno lo que le tocase, y evitasen los daños, y gravámenes con que los malévolos usurpadores consultando solamente su propio interes, y desenfrenada ambicion, y desatendiendo el público, y el de sus hermanos, y consocios, los molestaban; pues si cada uno se hacia justicia, excederia sus limites, y el amor propio nos arrastraria á mayor satisfaccion que la correspondiente al daño padecido, y al juicio

(1) Ley 4. y dicha ley Ex hoc jure §. ff. de Just. ley Libertas 4. y ley 5. ff. de Statu homin.

(2) Ley 1. §. 7. ff. de Veter. jur. conciliand. y ley 1. ff. de Constit. Princip. Sci. Covari. Pract. cap. 1. n. 2.

(3) Ley Omnes populi §. ff. de

Justit. & jur.

(4) Dicha ley Omnes populi, y ley Quod Principi placuit, ff. de Constit. tot. Princip.

(5) Leyes 1. 4. 3. y 7. tit. 1. lib. 4.

Recop. lib. 5. tit. 1. lib. 5.

cio de la recta razon. (1) Y respecto á que en los 16. capítulos de la primera parte de mi *Librería de Escribanos* traté clara, y diffusamente de los contratos, y ultimas disposiciones, (que regularmente son el fomento de los pleitos civiles, y aun muchas veces por incidencia de los criminales,) y en su Prologo ofrecí escribir de los juicios en que se difinen: cumpliendo mi oferta, á que natural, y civilmente estoy obligado, mediante haber merecido á los doctos facultativos la aceptacion de mis primeras producciones, y taréas, (2) paso á ponerlo por obra, y á explicarlo con legales, y doctrinales apoyos para radical instruccion de los Escribanos principiantes, y demás aplicados: *Qué es Justicia, y quién puede administrarla. Qué es Juicio, y que personas son precisas para constituirlo, en que dias debe, y no haerse; á quiénes está permitido, y prohibido comparecer en él; como se ha de seguir el ordinario segun nuestra legislacion castellana, y otras cosas, que el Lector advertirá en los números de este §. y progreso de este capítulo.*

Al modo que la Jurisprudencia es noticia de las cosas divinas, y humanas, y una ciencia de lo justo, é injusto, y los preceptos del derecho *Sanctius*, á saber: vivir honestamente, no hacer mal á otro, y dar á cada uno lo suyo: del propio modo es la Justicia una virtud radicada, y constante, que dura perpetuamente en la voluntad, y corazon de los justos, y dá á cada uno lo que es suyo. (3) Es una de las cosas por que mejor, y mas derechamente se mantiene el Mundo; y como fuente de donde dimanan todos los derechos, dura, y se perpetúa en la voluntad de los hombres, para repartir á cada uno lo que legitimamente le toca; y en ella se contienen todas las demás virtudes; como nos lo enseñan divinas, y humanas letras. (4) Ninguna virtud produ-

(1) Ley Necessarium 2. §. Post originem 3. ff. de Origin. jur. cap. Fons de Verb. significatio, y cap. 1. vers. Judex, caus. 23. q. 2.

(2) Ley 1. tit. 11. Part. 5. y ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. lib. 5.

(3) Proem. y leyes 1. y 3. tit. 1.

Partit. 3. Institut. de Just. & jur. & lib. plos. y ley justitia to. ff. eodem tit. Paulator, dissent. 1. n. 2. al. 6. 11. vers. Judex, caus. 23. q. 2.

(4) Proverb. cap. 8. ep. 1. de Re judicat. in 6. Aristot. lib. 5. Ethicor. Cicer. lib. 2. Offitior. cap. 11.

caus. 23. q. 2. lib. 5.

duct frutos mas electos, fértiles, y excelentes, porque por ella viven los hombres recta, mesurada, y tranquilamente; unos recibiendo premio, y otros castigo segun su mérito, y proceder. Los primeros se hacen mejores, y los segundos buenos, por temor de la pena con que están cominados; y asi dice la ley 2. tit. 1. Partid. 3. que todos deben amarla como à sus padres, obedecerla como à buen señor, y guardarla como à su vida, respecto à que sin ella no pueden vivir. Omíto explicar sus quatro divisiones, à saber: *commutativa*; *distributiva*, *legal*, y *indicativa*, por no ser precisa para el Escribano su pericia, y poderlas ver el aplicado en los Canonistas, y Teólogos, adonde le remito.

3 Siendo imposible à los hombres vivir sin Justicia, tuvieren por útil, è indispensable elegie Jueces capaces, que correspondiendo à los rectos fines de la sociedad en su distribucion, se la administrasen. (1) Estos son de dos clases: *ordinarios*, y *extraordinarios*. Se llaman *ordinarios* los que tienen jurisdiccion, y facultad de conocer en causas civiles, y criminales por concesion de la ley, ò del Principe, Universidad, y Pueblo, ò por costumbre. Y *extraordinarios* los Delegados, ò de Comision, los Arbitros, los executores, y todos los que se eligen, y comisionan para ciertos negocios por la persona, ò Tribunal en quien reside la potestad de elegirlos; de los quales, y sus diferencias trata latamente *Paz en el tom. 1. de su Práctica, part. y tiemp. 1.*; y de la jurisdiccion de estos Jueces; quando se acaba, si pueden, ò no nombrar Tenientes, y Escribanos, y de otras cosas anexas la *Curia Philip. part. 1. Juicio Civil. §. 4.* y los Autores, y textos que citan, à quienes podrá ver el Escribano, pues por importarle poco, y poder registrarlos con facilidad, omíto molestarle con su explicacion, y paso à tratar del juicio.

4 Se usa regularmente en nuestro regio Derecho de las voces: *causa*, *pleito*, *instancia*, *controversia*, y *juicio*; las quales aunque muchas veces se entienden por una misma

(1) Dicha ley *Necessarium*, y §. *Post originem*; y ley *Ex hoc juro*, ff. de *Jur. & jur.*

cosa, y por lo propio se confunden, se diferencian no obstante: pues la *causa* se toma por la accion, y derecho propuesto, y deducido en juicio, (ya sea civil, ò criminal) antes, y despues de contestado el *pleito*. Este, hablando con propiedad, es la misma causa que se deduce en juicio, è impropriamente se entiende por la *instancia*, la qual no es otra cosa que la exercitacion, ò exercicio de la accion desde la litis contestacion, y no antes hasta la sentencia definitiva ante los Jueces inferiores, y en apelacion, ò suplicacion hasta su executoria ante los Magistrados que componen los Tribunales supremos; de suerte que hasta que está contestado el pleito no hay *instancia*, ni por consiguiente juicio, que es lo propio. Y asi, quando en este se introduce alguna pretension con el adictamento: *sin causar instancia*, es lo mismo que decir: sin que haya juicio formal sobre ella, sino que se determine de plano, *visis videndis*. La *controversia* es contienda, ò disputa entre dos, ò mas personas en juicio, ò fuera de él, ya sea demandando, y pidiendo, ò defendiendo, y excepcionando cada una sus razones, para obtener, ò conseguir lo que intenta. De lo qual tratan el mismo *Paz* en la segunda anotacion de su Práctica, *Maranta* en la parte 5. de su *Speculum aureum*, y los que citan.

5 Y el juicio (segun mi proposito) es acto legitimo, que se exerce por dos, ò mas personas ante un Juez sobre alguna cosa; (1) y fue establecido para que ninguno se atreviese de propia autoridad à tomar por su mano la satisfaccion de la injuria que se le habia hecho, ni del derecho que le competia, haciendose Juez, y parte; y para precaver las infaustas consecuencias que de eso resultaban. (2) Prescindo de tratar desde quando tiene su origen, por ser punto puramente historico, y no importar al Escribano su pericia, pues lo explica con mucha erudicion el célebre práctico *Maranta* en la *part. 3.* de su *Speculum aureum tit. Judicii telam exorditur, per tot.* y procedo à expresar qué cosas son necesarias para constituirlo.

Pa-

(1) Ley 1. tit. 22. Partid. 3. glos. in. cap. Foras, de Verb. significacion.

(2) Ley Nullus, Cod. de Judic. Marant. Specul. aur. part. 3. in fin.

16 Para constituir el juicio (ya se proceda por vía de acción, acusación, denuncia, inquisición, ó de oficio de justicia) se requieren de substancia tres personas principales, que son: *actor*, ó acusador verídico, ó ficto: *reo*, ó *demandado*; y *Juez*. (1) Actor, ó demandante es el que propone la acción, y el primero que provoca, y llama al juicio, pretendiendo alcanzar derecho por interés, ó debito, o por injuria, ó daño de tiempo pasado, ó presente, ó que en lo futuro espera le ha de venir, ó irrogarsele: (2) el qual en las causas criminales se titula con propiedad acusador. (3)

7 Reo (cuya voz se deriva de la latina *res* (4) por la cosa que se pide) se llama en las causas criminales el que cometió delito, que quiere decir *culpado*; y en las civiles el demandado por el actor sobre alguna cosa, contra el qual se procede en juicio á instancia de éste; y así el oficio del actor es provocar, instar, mover, y objetar; y el del reo refutar, ó repeler, negar, y excepcionar. (5) Y el Juez es una persona con jurisdicción como mediadora entre actor, y reo, que declara, y dá á cada uno lo que le corresponde sobre su pretension, según el legal estatuto, y los meritos del proceso. (6) También intervienen en el juicio otras personas menos principales, que son Abogado, Escribano, Procurador, testigos, y otros, como nos enseña la práctica.

8 Veinte distinciones del juicio trae, y exorna con mucha jurisprudencia, y doctrina el práctico Jurisconsulto *Maranta* en la quarta parte de su referida Obra, para cuya explicacion es necesario expender mucho tiempo, y volumen; pero como incumbe poco al Escribano el saberlas, trataré solo de las de que trataron nuestros prácticos Regnicolas, como precisas para instruirse en el modo de seguirlo. Digo, pues, que el juicio es de tres maneras: *ordinario*, *extraordinario*, y *sumario*. Se llama, y es *ordinario*

(1) Cap. *Foruscit*, y su glos. verb. *Judicium*, y ley Inter litigantes, ff. de *Judic.*

(2) Dicho cap. *Forus*, ley *In tribus*, y ley *Qui prior*, ff. de *Judic.*, y ley 1. tit. 22. Partida 3.

(3) Ley Inter litigantes cit. y ley

Accusatore, ff. de *Judic.*

(4) Cap. *Forus* 10 de *Verbor.* significat.

(5) Proem. del tit. 3. Partida 3.

(6) Ley Inter litigantes, y cap. *Foruscit*, y cap. *Justum* est, caus. 23. quest. 2.

rio aquel, en que se procede por vía de acción, ó acusación, observando todos los requisitos, y solemnidades prescriptas por derecho positivo. *Extraordinario*, quando no se procede mediante acción, ó acusación verdadera, sino de oficio del Juez, sin guardar el orden, y solemnidades legales. Y *sumario*, aquel en cuyo seguimiento no se observan los expresados requisitos, sino que el Juez procede brevemente de plano sin estrepito, ni figura de juicio en los casos en que há lugar, atendiendo solo á la verdad del hecho; (1) bien entendido, que aunque en este juicio se pueden omitir dichas solemnidades, mas no las necesarias para la legitima decision de la causa, según Derecho natural, y de gentes, pues de lo contrario se ocultaria la verdad, y sería iniqua la sentencia. (2)

9 Pidiendo alguno al Príncipe que mande oírle breve, y sumariamente sobre su pretension; si éste comete á cierto Juez el conocimiento, y en su rescripto nada mas especifica que: *Que le oya, y haga justicia*, se entiende que sin embargo de la conclusion de su súplica debe oírle ordinariamente, observando todos los trámites legales, y no sumariamente, mientras no lo exprese, ó diga que se haga como lo pide; (3) y así lo he visto practicar.

10 El juicio, ya sea *Eclesiastico*, ó *Secular*, se divide en *civil*, *criminal*, y *mixto*. El *civil* es el que no trabe su origen de delito, ó en que no se procede principalmente por razon de éste, sino de contrato, v. g. compra, préstamo, arrendamiento, (4) ó quando se ventila, y trata unicamente de interés particular, aunque provenga de delito; por lo que se llama *acción criminal civilmente intentada*. Se titula *criminal* quando se trata principalmente del delito, y de su castigo, para satisfacer á la vindicta, ó comodidad pública: ó quando se ha de aplicar al fisco la

(1) *Clementin.* *Supra* de *Verbor.* significat. ley *Nec quidquam*, §. de *Plano*, ff. de *Offic. Proconsul* y ley *Nihil aliud*, ff. de *Obligation.* & *action.* *Pax* in *Prax.* annotat. 1. de *Judic.* n. 6. 17. 30. y 33.

(2) *Clementin.* *Supra*, y *Clemen-*

tin. *Dispendiosam*, de *Judic.*

(3) *Alex.* *consil.* 93. col. 1. *verz.* *Ad hoc*, vol. 2. *Marant.* *part.* 4. tit. *Judicium ordinat.* & *summar.* num. 4. §. 5. y 6.

(4) Ley *Properandum*, *Cod.* de *Judic.* *Pax* ubi *supra*. n. 19. al 28.

pena pecuniaria, en que el reo es condenado; (1) de modo que del delito nacen regularmente dos acciones, una civil, que mira solo al interés del injuriado, y otra criminal, que tiene su tendencia al castigo del injuriante. (2) De lo qual se sigue que el injuriado puede proceder á su eleccion, y voluntad, ya sea civil, ó criminalmente, ó de ambas suertes, como explicaré en el num. 77. y siguientes. Y *mixto* quando no se trata solamente de interés, ó delito, sino de ambos, como sucede en la denuncia, ó quando la pena pecuniaria se ha de aplicar al fisco, y á la parte. (3)

11 Se subdivide el juicio en *petitorio*, *posesorio*, *definitivo*, *interlocutorio*, y *mixto*. *Petitorio* es aquel en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad, dominio, ó quasi dominio de alguna cosa, ó del derecho que á ella les compete. (4) *Posesorio* el que instauran, no sobre la propiedad, ó dominio, sino sobre obtener, ó retener la posesion, ó quasi posesion de la finca, ó alhaja, ó recuperar la que tienen perdida, y de que están despojados. *Definitivo* es aquel en que el Juez profiere sentencia, absolviendo, ó condenando al reo, con la qual se termina, y acaba el pleito, ó controversia suscitada por los litigantes. *Interlocutorio* el que se dá en el progreso de la instancia principal, ya sea sobre su substanciacion por los trámites legales, ó sobre algun artículo, ó excepcion que se forme, y oponga, y debe decidirse antes de proceder *ad ulteriora*, quiero decir antes de proseguir el conocimiento del negocio sobre lo principal; de modo que todos los proveídos antes de la sentencia definitiva se llaman interlocutorios. Y *mixto* se titula quando el interlocutorio tiene fuerza de definitivo, por contener gravamen irreparable por la sentencia, por lo que se la equi-

(1) Ley 9. tit. 4. Partid. 3.º. Gregor. Lop. en ellis glos. 1.º. Paz ibi n.º 21.

(2) Ley Qui nomine, ff. de Fals. ley final, ff. de Privat. delict. y ley Nec quidquam, ff. Pro solo.

(3) Ley Lege Corollia, §. fin. ff.

ad Sillan. Paz ibi n.º 26.

(4) Ley Cum fundum, §. fin. & ibi glos. ff. de Vi, & vi armat. cap. Prestoralis, de Claus. possess. & propret. Marant. tit. Judicium super petitorio, & possessorio, num. 1.

para; de lo qual, y de cuándo se puede, ó no revocar, trataré en el §. 13. de este capítulo.

12 En causas civiles no deben los Jueces ordinarios, ni delegados hacer Juicio en dias feriados, sagrados, ni profanos, aunque lo consentan los litigantes, á menos que lo exijan la necesidad pública, ó privada, ó la piedad. (1) Lo mismo milita para con los *árbitros juris*, por estarles prohibido actuar si no en los dias, y casos que á los Jueces ordinarios está permitido; pero no para con los arbitadores, pues estos en todos lo pueden hacer. (2)

13 Los dias feriados, ó ferias son de tres clases: *Sagradas*, *rusticas*, y *repentinas*: se llaman sagradas, ó *colendas* las que están introducidas principalmente para tributar á Dios el culto, y veneracion, que como Criador, y causa primera de todo lo criado se le debe. Las rusticas (que tambien titulan necesarias) son las que por necesitar los hombres trabajar en el campo, v. g. en el Agosto, vendimias, &c. ó por ley, ó costumbre están establecidas: v. g. los Mercados, las vacaciones, &c. Y las repentinas son aquellas que no están establecidas por ley, ni costumbre, sino que se establecen por extraordinario, y repentino acaso, v. g. la venida, ó coronacion del Principe; la victoria conseguida de sus enemigos; el parto de la Princesa, ó otra causa extraordinaria: cuyas ferias solo el Principe puede señalar, y no el Juez de propia autoridad. (3)

14 Pueden comparecer en juicio, y elegir árbitros todos los que no tienen prohibicion legal; (4) pero no los que la tienen, y son: el excomulgado vitando, ó no tolerado como actor, aunque si como reo para defenderse, porque la defensa es natural: ni tampoco ser Personero, Abogado, ni testigo; lo qual no milita para con el tolerado, ó de excomunion menor. (5) Tam-

(1) Leyes 33. 34. y 35. tit. 2. Partid. 3. leyes 1. y 2. Cod. de Feriis, cap. Omnes dies, y cap. Conquestus, de Feriis.

(2) Ley 31. tit. 4. Partid. 3.º.

(3) Leyes 33. á la 36. tit. 2. Partid. 3. ley Sed etai, §. Si ferie, ff.

Ex quibus causis majores: y ley A nullo, Cod. de Feriis.

(4) Leyes 4. y 14. tit. 2. Partid. 3.º.

(5) Ley 6. al fin tit. 9. Partid. 1.º. Menoch. de Arbitr. lib. 1. quest. 77. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 6. §. 15. num. 49.

34 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.

15 Tampoco pueden comparecer los Religiosos profesos sin licencia de sus Prelados: ni los siervos sin las de sus señores, à menos que sea sobre su libertad, en cuyo caso han de demandar por sí, y no por Procurador: ò que el pleito ceda à favor de su señor, v. g. para recuperar, ò retener la posesion de alguna alhaja, ò vindicar su muerte, si sus consanguíneos no acusan à los agresores: ò que el siervo haya cometido delito, pues puede ser acusado sin entenderse con su señor: ò que lo sea de Emperador, ò Rey, pues éste no solo puede comparecer en juicio sobre su libertad, sino en razon de sus cosas propias. (1)

16 El hijo de familia que está bajo de la patria potestad, no puede demandar en juicio à su padre legítimo, ni adoptivo, aunque tenga 25. años, excepto que niegue ser tal hijo; ò por maltratarle, à obligarle à ser malo: ò por razon de bienes castrenses, ò casi castrenses, ò uso de oficio público: ò para que le alimente pudiendo, ò para quitarle la administracion de sus bienes adventicios, porque se los disipa: (2) bien que si está indigente, debe dexarle de sus frutos lo que hubiere menester, pues en este caso no tiene derecho à todo su usufructo, como lo advierte la ley 2. tit. 2. Partid. 3. y el señor Greg. Lop. en su glosa 14.

17 Pero estando fuera de su dominio, aunque no puede demandarle criminalmente en causa de que le resulte muerte, mutilacion de miembro, ò infamia de hecho, ò de derecho, ni en otra, à menos que le irroque grave daño en su persona, y bienes, para resarcirlo de los de su padre, y no para otro efecto: mas si civilmente, con tal que ante todas cosas pida para ello à el Juez la *vénia*, y licencia que el Derecho (3) previene, el qual debe darsela sin citar al padre; pues sino la pide, ya sea en la misma demanda, como se está, ò en otros términos, no se le debe admitir ésta. Lo que tendrá presente el Escribano para quando le

ocur-

(1) Leyes 8. 9. y 10. tit. 4. y 4. tit. 5. Part. 3. y leyes 9. y 10. tit. 9. Partid. 7. Jul. Capon. tom. 5. discept. 381. n. 1. Marescot. lib. 1. Var. cap. 92.

(2) Ley 2. tit. 2. y leyes 4. y 5.

rit. 7. Part. 3. y 11. tit. 17. Partid. 4. Sr. Castill. de Alim. cap. 23. Sr. Olea de Cesion jur. tit. 2. q. 6. num. 37.

(3) Ley 3. tit. 2. Partid. 3. Vela dissert. 40. num. 4.

ocurra, no exponerse à un sonrojo del Juez.

18 Y si estando bajo de su poder, quiere demandar à alguno, debe pedir para ello licencia à su padre. Lo propio milita para responder à la demanda que le hayan puesto, à menos que sea mayor de 25. años, y su padre esté ausente de la Provincia: ò sobre bienes castrenses, ò quasi castrenses. (1) para cuya dacion de licencia puede el Juez con justa causa compeler al padre en lo que no tenga el usufructo de los bienes de su hijo. (2)

19 Deben pedir tambien la *vénia* en iguales términos que el hijo, el yerno à su suegro, el subdito al superior, el vasallo à su señor, el discípulo à su maestro, el parroquiano à su Patroco, el entenado, ò hijastro à su padrastro, ò madrastra, (aunque sobre éste hay variedad de opiniones, pero no daña el pedirla) y el ahijado à su padrino de baptismo, si los demandan. (3)

20 Lo propio debe observar el liberto, quando su señor le dió libertad de su espontanea voluntad sin precio, ò por él; recibiendo del mismo liberto; en cuyos dos casos, à mas de no deber ser oído por no pedirla, incurre en la pena de 50. maravedis de oro, de la qual se eximirá si se aparta de la demanda antes de la contestacion, ò no comparece el demandado en el término de la citacion, ò aunque comparezca, no alega esta excepcion. Pero si otra persona dió el dinero para que lo libertase, no necesita la *vénia* de su señor para demandarle. (4)

21 Los hermanos consanguíneos no deben demandarse criminalmente en causa de que les resulte muerte, mutilacion de miembro, ò destierro, à menos que el uno haya maquinado contra el otro alguna de estas cosas, ò que sea por traicion contra su señor, no habiendo quien le acuse, ò contra el Rey, ò su Reyno, pues en estos casos pueden hacerlo. (5)

Lo

(1) Ley 7. tit. 2. Partid. 3. & ibi glos. 1. y leyes penult. y ult. tit. 17. Partid. 4. Sr. Salgad. Labir. part. 1. cap. 17. num. 27.

(2) Cur. Philip. part. 1. §. 10. n. 7. al fin.

(3) Paz in Prax. tom. y part. 1. temp. 2. num. 8. y 9. Cur. Philip. lib. n. 5.

(4) Leyes 3. tit. 2. y 4. y 5. tit. 7. Partid. 3.

(5) Ley 4. tit. 2. Partid. 3.

21 Lo mismo procede para con los criados, ó sirvientes respecto de sus amos pasados, ó presentes; pues no siendo por alguna de las causas referidas, ó por infamarlos, ó hacerles perder sus bienes de modo que queden pobres, no deben acusarlos; y si lo hacen, á mas de que no se les debe admitir la acusacion, incurrir en pena de muerte; (1) pero civilmente no está prohibido que todos se demanden.

23 Aunque á los pupilos se provee de tutor, ya lo quieren, ó no, porque se dá á sus personas, como expuse en el capítulo de inventarios, y á veces de curador, si hay peligro en la demora: (2) no sucede esto siendo adultos, ó púberos, pues no están obligados á recibir curadores; (3) por lo que si habiendo entrado en la pubertad, administran estos los bienes de aquellos, son responsables, no por la accion de tutela, sino por la *negotiorum gestorum*. (4) Y siendo púberos, si son demandados, ó demandan civil, ó criminalmente, tienen obligacion de recibir curador *ad litem*, no precisamente sugeto determinado, sino el que quieran elegir, y sea idoneo; y no queriendo, debe elegirlo de oficio el juez por su contumacia, á fin de que el juicio no sea litutorio, y de evitar su nulidad por falta de persona legitima, pues el menor no lo es para comparecer por sí solo en él, (5) antes bien debe hacerlo en su nombre su curador; y si comparece sin éste, vale solamente lo que ceda en su utilidad, á menos que su contenedor se oponga, en cuyo caso ni aun esto vale; (6) por lo que si el menor, que no tiene curador, quiere demandar á alguno, no ha de poner por sí mismo la demanda, y por un otrosí nombrar al curador para que se le discierna el car-

(1) Ley 6. tit. y Partid. cit.

(2) And. Gult. lib. observ. 107. n. 8. Lara de Vita hominis. cap. 24. n. 1.

(3) § Item in v. i. Institut. de Curator. y ley 13. tit. 6. Partid. 6.

(4) Ley 11. tutor post pueritiam. 13. ff. de Tutel. & Ration. ad tutelam. ley Curatore. Cod. de Negot. gest. y ley Quidam. §. Simili modo. ff. de eo, qui pro tutor. negot. gestit. Causar. part. 1. Var. cap. 7. n. 27.

(5) Ley 13. tit. 16. Partid. 6. y §. Item in v. i. cit. ley 2. Cod. qui personam legitimam, y ley 1. Cod. de in lit. dando tutor. vel curator.

(6) Leyes 11. tit. 2. y 1. al fin. tit. 3. Partid. 3. y ley Clarum, Cod. de Tutor. prestand. Carlew. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1130. Sr. Covarr. in cap. Quamvis Pactum, part. 1. §. 3. n. 9. Gutierrez. lib. 2. Pract. quest. 29. n. 9.

cargo, y le defienda, sino nombrarlo previamente, y discernido el cargo, pondrá en su nombre la demanda, y en otros términos no debe admitirlo el Escribano, pues será reputado por idiota, y se deferirá solamente al discernimiento, si el Juez sabe lo que manda.

24 No milita lo explicado en el numero inmediato en las causas espirituales, y beneficiales, pues en éstas si entró en la pubertad, puede comparecer por sí sin intervencion de su curador, porque en esto no depende de él (1) como he sentado en el capítulo 8. de mi primera parte ultimamente adieccionada num. 62. y constituir Procurador en la forma que expuse en el capítulo de inventarios, num. 68. y no en otra, lo qual no se permite al pupilo: bien que se le restituirá, siendo damnificado. (2) Pero si el menor, que no tiene curador, comparece en juicio, y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender la restitucion aunque sea leso, porque como casi contrato se confirma con el juramento, al modo que el contrato. (3) sobre lo qual, y otros favores concedidos por derecho á los menores vease á *Lara Compendium vitæ hominis*, y especialmente en el cap. 28. y á los que cita, y lo que explicará en el capítulo de concurso de acreedores, que es el tercero de este libro.

25 Teniendo el varon catorce años cumplidos, y la hembra doce, deben nombrar por sí curador que los defienda en juicio, y cuide de sus bienes, y resistiéndose á nombrarlo, les ha de apremiar á ello el Juez, ó por su resistencia nombrarselo de oficio, como dexo expuesto; pero si están en la edad pupilar, toca al Juez la eleccion. Lo mismo debe practicar con los mudos, y sordos á nativitate, pródigos, locos, y mentecatos declarados; y en uno, y otro caso debe el nombrado dar fianza, lega, llana, y abonada de que cumplirá fiel, y exactamente su encargo, con

(1) Cap. fin. de Judic. in 6. Vela disert. 6. num. 61. Lara de Vita hominis. cap. 24. n. 44. y 45.

(2) Sr. Covarr. lib. 1. Variar. cap. 5. n. 8. Cancrar. part. 2. Var. cap. 1. n. 205.

(3) Ley 16. tit. 21. y ley 59. tit. 18. Partid. 3. y ley 6. tit. 19. Partid. 6. Gutierrez. in Authent. Sacrament. tu pueri. num. 127. y lib. 1. pract. quest. 67. Jul. Capon. tom. 1. discept. 64. Fontanel. decis. 103.

con la qual no siendo de los prohibidos de ser tutores, y curadores, solo ha de discernir, y confirmar el Juez, (1) como senté en el lib. y cap. 1. de esta segunda parte. Previeneo que quando tenga que declarar el menor como parte, ha de asistir su curador al juramento, mas no á la declaracion, y por su asistencia firmarla, ya sea civil, ó criminal el negocio, y el menor actor, ó reo, y asi se observa.

26 Estando legitimamente imposibilitado el curador de comparecer en juicio por su menor, ya sea por ausencia del Pueblo, enfermedad, ú otra causa, puede constituir Procurador, ó apoderado para negocio determinado, especificando en el poder el impedimento que tiene. (2) Pero no estando impedido, se le permite hacerlo solamente despues de contestada la demanda. (3)

27 La muger casada no puede comparecer en juicio, ni elegir Procurador sin licencia de su marido, á menos que esté ausente del Pueblo donde se ha de litigar, y no se espere su pronto regreso, que en este caso puede el Juez concedersela con previo conocimiento de causa: ó que el marido sea loco furioso, mudo, ó mentecato, pues aunque esté presente, se le estima por ausente, y como si lo estuviera: ó que tenga que usar contra él de sus acciones civiles, y criminales, v. g. sobre restitucion de su dote, porque se la disipa, y viene á inopia: ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, excesiva rigidez en el trato, alimentos, y otras cosas, para las quales no necesita licencia de su marido, ni del Juez, como expliqué en el cap. 4. de mi primera parte adicionada num. 109. al 111. Previeneo que si es preciso recibirla alguna declaracion como parte, ó testigo, ha de presenciari su marido al juramento, y por esta presencia firmarla, si sabe; mas no declarar ante él, y asi se practica.

28 El marido, ni su heredero no pueden fulminar contra la muger (constante matrimonio) causa de hurto, ni otra

(1) Leyes 12. y 13. tit. 16. Partid. 6. Caslev. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 1130. cit. Gutier. de Juram. confim. part. 1. cap. 54.

(2) Ley fin. tit. 10. ley. 66. tit. 18.

y ley 2. tit. 23. Partid. 3.

(3) Ley 2. tit. 5. y ley 96. tit. 18. Partid. 3. Navar. in Manual. tom. 3. cap. 25. n. 6. y sig.

otra, de que se la pueda irrogar infamia, ó por la que merezca pena afflictiva, excepto por adulterio, ó por traicion contra el Rey, ó su Reyno, ó contra su Señor temporal; y lo propio milita para con la muger respecto de su marido. (1)

29 Aunque compareciendo los litigantes en juicio por medio de su Procurador, es bastante (regularmente hablando) que el poder que le confieran, sea general para pleitos; pero no lo es en muchos casos que suelen ser peculiares del mismo juicio, si el poder no tiene las respectivas especialidades, v. g. para hacer el juramento de columna, y otros: pedir restitucion: prorrogar jurisdiccion: hacer cesiones, donaciones, liberaciones: renunciar apelaciones, y súplicas (que es apartarse de ellas) una vez introducidas: elegir, y presentar: hacer novacion: allanamientos, consentimientos, y apartamientos: aceptar beneficio: tomar posesion de él: introducir el remedio de la Tenuta, y los recursos de fuerza, é injusticia notoria; suplicar segunda vez con la pena, y fianza de las mil y quinientas doblas, y para otros casos semejantes, en los quales es indispensable que el poder tenga estas especialidades, y en algunos que sea special para caso determinado, por no bastar la especialidad que el general contenga; (2) y asi el Escribano tendrá cuidado de reconocer los poderes, y no admitir á los apoderados gestiones que exijan especialidad, sino la contienen, porque se expone á ser multado como lo he visto en el Consejo, y á un Abogado, y Procurador tambien por haber firmado pedimento con un allanamiento sin poder especial, y no haber hecho que su parte lo firmase, ó no presentadolo, sino queria. Previeneo lo primero que los veinte dias preñados por la ley 1. título 20. lib. 4. Recop. para suplicar segunda vez, corren desde que se notifica la sentençia de revista al Procurador, ya tenga, ó no poder especial de la parte para intro-

(1) Ley 5. tit. 2. Partid. 3.

(2) Sr. Sâig. part. 1. Labir. capit. 27. n. 63. Sr. Olea de Castion. tit. 2. quest. 6. n. 24. Veia disert. 38.

n. 84. Cur. Philip. part. 1. §. 10. n. 31. Cur. Philip. ilustrad. tom. y part. 1. §. 10. n. 30. y otros que cita.

roducir el recurso; de que se deduce que aunque no lo tenga, puede introducirlo: y el término de los quarenta dias para acudir à la Real persona de las sentencias de revista dadas en las Audiencias de Canarias, y Mallorca, son oy noventa, como lo ordena la ley 16. ò final del mismo tit. y lib. creada en el año de 774. Lo segundo, que el apoderado para un pleito puede substituirlo, y el substituto substituir tambien, con tal que el poder conceda à uno, y otro esta facultad, y no de otra suerte; (1) aunque no falta quien diga que el substituto puede substituir del mismo modo, habiendo contestado el pleito; yo no lo admitiria si el poder carecia de esta especialidad, por no haber ley, ni texto que lo diga. Y lo tercero, que muerto el primer Procurador, puede continuar el siguiente nombrado en el poder, ò substituido si quisiere, pues para evitar nuevos poderes, y substituciones, se ponen muchos à prevención de este caso; bien que hasta que lo acepta, no puede ser compelido à la continuacion del pleito. En quanto à los que pueden, ò no ser apoderados, Procuradores, ò Personeros, vease el cap. 11. tom. 3. de mi primera parte; y por lo tocante à si muerto el poder dante, podrá, ò no el Procurador continuar el pleito, vá explicado en el num. 21. de dicho capitulo.

§. II.

DE LA DEMANDA, Y CLAUSULAS

que debe contener: si se puede, ò no mudar, ampliar, corregir, y enmendar: que debe mirar el actor para ponerla: ante qué Juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, y otras cosas.

30 **L**A demanda, ò libelo es un escrito en que se refiere lo que el actor pretende en juicio. Esta demanda ya sea civil, criminal, ò mixta, se ha de poner por escri-

(1) Cor. ibi num. final. Gom. lib. 2. Var. cap. 12. n. 20. vers. Tertia,

rito, y firmar de Letrado conocido: (1) y sin embargo de que una ley recopilada (2) permite al Juez admitirla de otra forma, con tal que conste de ella por auto en el proceso; no está oy en uso, y así se pone *in scriptis* siguiendo la regla, y precepto que otra tambien recopilada (3) prescribe para las Audiencias Reales.

31 El actor, ò demandante puede poner por sí mismo, ò por medio de Procurador con suficiente poder la demanda. Si la pone por Procurador, debe éste legitimar su persona, presentando copia integra del poder; y si despues comparece por sí en el juicio, se entiendo revocado el poder, à menos que exprese lo contrario en el pedimento que dé. (4) Pero antes de instaurarla debe mirar, y tener presentes los requisitos prescriptos en el proemio del tit. 2. Partid. 3. que explicaré con separacion en los numeros sucesivos; y contienen los siguientes versos de la *glos. in cap. 1. de Libelli oblatione.*

Quis, quid, coram quò, quo jure putatur, & à quò, recte compositus quisque libellus habet.

32 El primero: *Quién es la persona, à quien quiere demandar*: por si es abuelo, padre, hijo, señor, siervo, amo, criado, marido, muger, hermano, Religion, menor, loco, ò otra de las referidas en los numeros precedentes, para saber en qué casos, ò con qué requisitos ha de poner la demanda: (5) ò si es persona que deba responder à ella, porque no siendolo, como que el actor no es parte para demandarla, formará artículo de no contestar, y se declarará à su favor.

33 El segundo: *Qué cosa es lo que pretende*; pues si es semoviente, debe expresar con claridad su color, sexo, naturaleza, edad, y especie. Si pieza de oro, ò otro metal; su peso, qualidad, y hechura. Si dinero, la cantidad, y es-

(1) Leyes 40. y 41. tit. 2. Partid. 3. y l. 4. al fin. tit. 16. lib. 2. Recop.

(2) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

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

(4) Cap. Si quidem, de Procura-

tor. In 6. Sr. Oles de Cesion. tit. 8. quest. 1. num. 29.

(5) Ley 2. tit. 2. Partid. 3. y ca-

ella el Sr. Greg. Lop.

roducir el recurso; de que se deduce que aunque no lo tenga, puede introducirlo: y el término de los quarenta dias para acudir à la Real persona de las sentencias de revista dadas en las Audiencias de Canarias, y Mallorca, son oy noventa, como lo ordena la ley 16. ò final del mismo tit. y lib. creada en el año de 774. Lo segundo, que el apoderado para un pleito puede substituirlo, y el substituto substituir tambien, con tal que el poder conceda à uno, y otro esta facultad, y no de otra suerte; (1) aunque no falta quien diga que el substituto puede substituir del mismo modo, habiendo contestado el pleito; yo no lo admitiria si el poder carecia de esta especialidad, por no haber ley, ni texto que lo diga. Y lo tercero, que muerto el primer Procurador, puede continuar el siguiente nombrado en el poder, ò substituido si quisiere, pues para evitar nuevos poderes, y substituciones, se ponen muchos à prevención de este caso; bien que hasta que lo acepta, no puede ser compelido à la continuacion del pleito. En quanto à los que pueden, ò no ser apoderados, Procuradores, ò Personeros, vease el cap. 11. tom. 3. de mi primera parte; y por lo tocante à si muerto el poder dante, podrá, ò no el Procurador continuar el pleito, vá explicado en el num. 21. de dicho capitulo.

§. II.

DE LA DEMANDA, Y CLAUSULAS

que debe contener: si se puede, ò no mudar, ampliar, corregir, y enmendar: que debe mirar el actor para ponerla: ante qué Juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, y otras cosas.

30 **L**A demanda, ò libelo es un escrito en que se refiere lo que el actor pretende en juicio. Esta demanda ya sea civil, criminal, ò mixta, se ha de poner por escri-

(1) Cor. ibi num. final. Gom. lib. 2. Var. cap. 12. n. 20. vers. Tertia,

rito, y firmar de Letrado conocido: (1) y sin embargo de que una ley recopilada (2) permite al Juez admitirla de otra forma, con tal que conste de ella por auto en el proceso; no está oy en uso, y así se pone *in scriptis* siguiendo la regla, y precepto que otra tambien recopilada (3) prescribe para las Audiencias Reales.

31 El actor, ò demandante puede poner por sí mismo, ò por medio de Procurador con suficiente poder la demanda. Si la pone por Procurador, debe éste legitimar su persona, presentando copia integra del poder; y si despues comparece por sí en el juicio, se entiendo revocado el poder, à menos que exprese lo contrario en el pedimento que dé. (4) Pero antes de instaurarla debe mirar, y tener presentes los requisitos prescriptos en el proemio del tit. 2. Partid. 3. que explicaré con separacion en los numeros sucesivos; y contienen los siguientes versos de la *glos. in cap. 1. de Libelli oblatione.*

Quis, quid, coram quò, quo jure putatur, & à quò, recte compositus quisque libellus habet.

32 El primero: *Quién es la persona, à quien quiere demandar:* por si es abuelo, padre, hijo, señor, siervo, amo, criado, marido, muger, hermano, Religion, menor, loco, ò otra de las referidas en los numeros precedentes, para saber en qué casos, ò con qué requisitos ha de poner la demanda: (5) ò si es persona que deba responder à ella, porque no siendolo, como que el actor no es parte para demandarla, formará artículo de no contestar, y se declarará à su favor.

33 El segundo: *Qué cosa es lo que pretende;* pues si es semoviente, debe expresar con claridad su color, sexo, naturaleza, edad, y especie. Si pieza de oro, ò otro metal; su peso, qualidad, y hechura. Si dinero, la cantidad, y es-

(1) Leyes 40. y 41. tit. 2. Partid. 3. y l. 4. al fin. tit. 16. lib. 2. Recop.

(2) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

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

(4) Cap. Si quidem, de Procura-

tor. In 6. Sr. Oles de Cesion. tit. 8. quest. 1. num. 29.

(5) Ley 2. tit. 2. Partid. 3. y ca-

ella el Sr. Greg. Lop.

especie. Si trigo, cebada, vino, acceyte, ò otra cosa semejante, su especie, y medida. Si vestido, el nombre, hechura, y color de la tela, ò paño. Si arca, maleta, cofre, ò saco cerrado con llave; basta explicar de qué son, y lo que contienen por mayor, pues no está obligado à individualizarlo todo; al modo que quando demanda genericamente la herencia de alguno, ò la quenta de bienes de huerrano, compania, mayordomia, daños hechos, ò otras cosas semejantes; antes bien es suficiente que ofrezca probarlo en el discurso del pleito; como tampoco lo está quando demanda Castillo, Villa, Aldea, ò otro lugar señalado; pues basta nominarlos, diciendo le corresponden con todas sus pertenencias. Si es alhaja raiz, ha de especificar su sitio, linderos, y demás señales, por las que sea conocida, y si pretende su propiedad, ò posesion. Y si intenta restitucion de ésta, ha de expresar el año, y mes en que fue despojado. Si le han injuriado de palabra, ò obra, debe manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo, y con qué le ofendió, en qué parage, día, mes, y año. Y si es cosa de peso, ò medida, basta afirmar con juramento que no se acuerda con certeza à cuánto asciende, y protestar que en el progreso de la litis lo declarará; y careciendo la demanda de la respectiva claridad, y especificacion referida, no debe ser admitida. (1)

34 El tercero: *A qué Juez ha de acudir;* pues el actor debe seguir regularmente el fuero del reo, y demandarle ante el Juez de su domicilio como competente; y la razon es, porque no debe ser condenado, ni absuelto, sino por aquel à quien está sujeto, y de quien es subdito; y si le conviene ante otro, puede oponer la excepcion de *incompetencia*, ò *declinatoria*, y no estará obligado à contestar sino en los casos que contendrán los numeros desde el 37. al 48. (2) Y para que el Escribano principiante sepa qué es *Fuero*, y quando se puede surtir, aunque el demandado no sea de la jurisdiccion, ò territorio del Juez ante quien se le demanda, lo explicaré.

Es-

(1) Leyes 15. 25. 26. y 31. tit. 2. Partid. 3. y ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop.
(2) Ley 32. tit. 2. Partid. 3. y ley

Juris ordinem, Cod. de Jurisdiccion. omnium judic.

33 Esta palabra *Fuero* tiene diversos significados: unas veces se entiende por el uso, y costumbre de algun Pueblo, ò Provincia. Otras por el mercado, ò plaza en que éste se hace. Otras por el juicio, jurisdiccion, y potestad de juzgar. Y segun mi proposito se entiende por el Tribunal del Juez, à cuya jurisdiccion está sujeto el reo demandado. (1)

36 Es de tres maneras: *Eclesiastico*, *secular*, y *mixto*. El *eclesiastico* es el que toca al Juez *Eclesiastico* para conocer de las causas que por disposiciones Canonigas, y Reales le competen, y sea contra legos, ò *Eclesiasticos*. El *secular* es el que pertenece al lego. Y el *mixto* es aquel, para conocimiento de cuyos negocios tienen ambos Jueces jurisdiccion preventiva: de suerte, que el que primero llega, y empieza à conocer, es el que prosigue. Tambien hay fuero que está incluido en el cuerpo del Derecho, y es el que compete al Clerigo, Soldado, menor, y vinda; y otro que no lo está, y es el que se concede à algunas personas privadas por especial privilegio: de lo qual tratan latamente el Autor de la *Curia Philips*: parte 1. §. 5. verb. *Fuero*, y los que cita, adonde remito al Escribano por no importarle necesariamente el saberlo.

37 Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el Juez de su domicilio, excepta de esta regla *Durando*, alias *Speculator*, en su Obra titulada: *Speculum Juris part. 1. lib. 2. tit. de Competent. judic. addit. §. 1.* Cinquenta y dos casos, de los quales no solo explicaré los quatro mas frequentes, que me menciona el *cap. ultim. de Foro competent. lib. 2. Decretal. tit. 2.* y son por razon de domicilio: *contrato con sumision; delito cometido; y albeja sita dentro de la jurisdiccion*, sino algunos mas, de que tratan las Leyes del Reyno, en los quales surte el fuero de otro Juez, sin embargo de que no sea subdito suyo, y puede ser reconvenido ante él, observandose lo dispuesto por la ley 20. tit. 21. lib. 4. Recop. que inserté en el cap. 4. de mi primera parte, §. 4. num. 87. De cuyos casos el primero es por ser natural, ò originario del Pueblo en que se le demanda, ha-

(1) Ley 7. tit. 2. Partid. 1. ley Cod. Que sit longa consuetudo. Ferrarisi Bibliotti verb. Fortis, n. 3. §. 5. y 38.
De quibus, ff. de Legib. y ley final.

hallandose en él. El segundo por haber obtenido en él la libertad, pues el esclavo manumitido sigue el fuero del que se la dió. El tercero por casamiento, y así la muger está sujeta al Juez de su marido, aunque haya nacido en la jurisdicción de otro. El cuarto por razon de Caballería; por lo que el Caballero, ó Soldado debe responder en el lugar en que habita; bien que esto está alterado, pues los Militares tienen Jueces-privativos que conozcan de sus causas. El quinto por razon de bienes que heredó, y posee en la jurisdicción del Pueblo en que se le demanda sobre ellos. El sexto por contrato con sumision especial, ó promesa de dar, ó hacer paga, ú otra cosa en aquel lugar, ó la persona, á quien heredó; pues el contrayente, y su heredero son correlativos, y en Derecho se conceptúan una persona en quanto á las acciones activas, y pasivas transmisibles. Lo qual se entiende, aun quando se haya formalizado la obligacion en otro lugar por qualquiera de los dos; y en este caso pudiendo el reo cumplir lo pactado, tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: el en que habita; ó en que celebró el contrato; ó en que prometió, ó su causante hacer la paga, ó cumplir la obligacion; y esto milita, y procede, ya sea por accion Real, ó personal, y el contrato válido, ó nulo; y lo mismo para el quasi contrato: mas no para el distracto si se trata de rescindir el contrato, pues no debese llevar al lugar en que éste se celebró: de cuyo caso, y qué efecto causa la renunciacion del propio fuero, y domicilio con juramento, lo trata bien el Señor Covarr. *Pract. cap. 10. n. 4. a 6.* El septimo por haber diez años que vive, y está domiciliado en él. El octavo por poseer en él la mayor parte de sus bienes, no obstante que no haya diez años que lo habita. El noveno por contestar llanamente la demanda sin usar de la *declinatoria*, pues debe continuarla ante el mismo Juez hasta su final decision. El decimo por haber cometido delito en aquel Pueblo, ó en su jurisdicción, pues capturandole en él, ó en virtud de requisitoria de aquel Juez en otro Pueblo, puede ser demandado civil, y criminalmente ante él, aunque sea natural de otro, y tenga en él su domicilio, porque por el delito está lesa aquella Republi-

ca;

ca; y así para darla satisfaccion, y exemplo á otros, y causarles terror, debe conocer aquel Juez; á mas de que allí con mayor facilidad se puede probar el delito, y delinquente. El undecimo quando es vago, pues por no tener domicilio seguro, debe responder en donde se le demande, y halle; y aun quando no lo sea, si tiene muchos fueros, puede elegir el actor el que quiera. El duodécimo quando se encuentra en su poder la cosa agena que se pide; y en cuyo caso si es persona de buena fama, y quiere dar fianza de estar á derecho, se le debe dexar en deposito, y no dandola, se ha de depositar en otro. Pero si tiene mala fama, debe ser, y estar preso, aunque no la haya hurtado, hasta que pruebe el derecho que á ella le compete, y de dónde la hubo. El decimotercio por via de reconvenccion, pues el actor está obligado á contestar la que el reo le hace ante el propio Juez de la convencion, sin embargo de que no sea súbdito suyo, excepto en los casos que en el §. 6. explicaré. El decimoquarto por razon de cuentas de tutela, mayordomía, ú otras semejantes, ó uso de algun oficio público, pues debe responder en el lugar que exerció este, ó se le encargaron aquellas, y ante el Juez que le hizo el encargo. (1) El decimoquinto por haber sido citado legitimamente de orden de su Juez, aunque despues de la citacion vaya á domiciliarse á otro lugar, ó á estudios, romería, peregrinacion, ó comision del Rey, ó de su Consejo, porque el Juez previno la jurisdicción para conocer del negocio, y por eso debe contestar, y seguir la demanda ante él. (2) Sobre cuyos casos traen el *Sr. Greg. Lop.* en las glosas de las leyes de Partida que se citan, y *Carleu. de Judio*, en las ocho cuestiones del *tit. 1. disp. 2.* muchas ampliaciones, y limitaciones que podrá ver el aplicado Jurista, y contraerlas segun el caso ocurra, pues para tinturar al Escribano basta lo expuesto, y que se expondrá en los números sucesivos.

38 Puede ser demandado tambien el reo en la Corte, co-

(1) Ley 22. tit. 2. Partid. 3. ley 26. tit. 1. Partid. 7. ley 7. tit. 3. lib. 2. y leyes 1. y 3. tit. 26. lib. 8. Recop.

(2) Ley 22. tit. 7. Partid. 2. y ley Si quis postea, 8. de Judio. Murillo lib. 2. Decret. tit. 2. de Foro compe.

como patria que se contempla de todos para vivir en ella, y en las Chancillerías, y Audiencias, siendo hallado en su distrito; (1) y aunque no se le halle, se le puede sacar de su domicilio por *caso de Corte*, y obligar à contestar por las personas, y sobre los negocios siguientes. La demanda sobre bienes vinculados, ó sobre vasallos, fortalezas, muerte, ó heridas de Caballero principal, ò otros casos semejantes, y de grande importancia: (2) las civiles, y criminales, que contra qualesquiera personas, ó Concejos intentan los Señores del Consejo, Oidores, y Chancillería mayor, Mayordomo mayor del Rey, sus Contadores mayores (que oy llaman Ministros del Tribunal de la Contaduría mayor) Tesoreros, Notarios, y Oficiales de la Real Casa. Corte, y Chancillerías, Alcaldes de ésta, y de Hijosdalgo, Escribanos, y demás Oficiales, que en aquellas gozan sueldo del Rey, mientras exercen sus oficios solamente, mas no sus Tenientes, (3) y entre los referidos se comprehenden los criados del Principe, que oy lo son del Rey, con destino de servidumbre à su quarto. (4) Pero en quanto à los que gozan sueldo, y son criados del Rey, está mandado lo contrario por la ley 65. tit. 4. lib. 2. Recop. cuyo cap. 4. dice al fin: *Y asimismo reposamos lo dispuesto en la ley 6. tit. 3. lib. 4. por la qual nuestros criados pueden poner demandas en esta Corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme à Derecho se debiere, para que con ocasion de los pleitos no desaparezcan sus estradas, ni continúen la asistencia en esta Corte.*

39. Lo son igualmente los pleitos que se tratan contra el Corregidor, Alcalde ordinario, Regidor, ò otro Oficial del Concejo del Pueblo en que exercen sus oficios, sobre los casos en que segun Derecho pueden ser reconvenidos durante ellos: (5) y contra Grandes, Duques, Condes, Marqueses, Señores poderosos que eligen Justicia, y tambien contra Concejo, aunque el demandante sea otro, ò per-

(1) Ley 4. tit. 3. Partid. 3.

(2) Ley 4. tit. 1. lib. 3. y ley 9. tit. 3. lib. 4. Recop.

(3) Dicha ley 9. tit. 3. lib. 4.

(4) Cur. Phillip. part. 1. Juicio civil, §. 9. n. 9.

(5) Ley 21. tit. 5. lib. 1. y ley 8. tit. 3. lib. 4. Recop.

persona à quien compete el privilegio de caso de Corte. (1).

40. Gozan del privilegio de caso de Corte los Concejos cabezas de Partido, y Universidades: (2) las Iglesias, Monasterios, Hospitales, Cabildos, Cofradías, y Colegios de Frayles, y Monjas de qualquiera Orden; (3) los pobres muy viejos, ò enfermos, y personas miserables quando litigan con alguna poderosa; (4) el menor de 25. años, que está huérfano de padre, y no de otra manera; la viuda honesta, y por consiguiente la soltera que vive recatadamente; (5) como tambien la casada, cuyo marido es inútil, y pobre, ò está captivo, ò desterrado; pero no la viuda que es deshonesta, ò mató à su marido. (6) Lo qual se entiendo, aunque dichas personas miserables renuncien el citado fuero, pues no vale su renunciacion; (7) ò sean contumaces. (8)

41. Tienen privilegio activo, y pasivo las personas miserables, menores, huérfanos, y viudas honestas; por lo que pueden traer sus causas, y conocerse de ellas por caso de Corte, ya sean actoras, ò demandadas. Lo qual se amplia à los que forman concurso de acreedores, y les ceden sus bienes, aunque sean mayores, (9) porque estos son miserables, (pues se llama así, y lo es el que por la injuria de los tiempos decayó de su antiguo esplendor, y fortuna;) y se amplia tambien al que por sentencia es obligado à entregar sus bienes à otro, y privado de ellos como sucede al concursante: y al que no puede administrar sus propias cosas, y hacienda. (10)

No

(1) Curia Phillip. ibi. n. 10.

(2) Ley 37. del Estilo.

(3) Sr. Covar. Pract. cap. 7. n. 3.

Cur. Phillip. ibi.

(4) Ley 5. tit. 3. y ley 21. tit. 18. Partid. 3. y ley 5. tit. 3. lib. 4. Rec.

(5) Ley 8. al fin tit. 3. lib. 4. Rec. Sr. Greg. Lop. ent. 2. tit. 3. Partid. 3. glos. 2. vers. Sed en dicit vidua etc.

(6) Sr. Olea de Cession. jur. tit. 3. quest. 7. n. 25. Sr. Valenzuel. consil. 31. num. 25. Acev. en las leyes 8.

(7) y 9. tit. 3. lib. 4. n. 10. al 12. Sr. Covar. Pract. cap. 6. n. 7. Valasc. de

Privileg. pauper part. 3. quest. 7.

(8) Cariev. de Judic. tit. 1. disp. a. sect. 7. n. 508. y 99.

(9) Ley de Die, §. Plané, ff. Qui satisfare cogant. Cariev. ibi. n. 600.

(10) Carrasc. in Carlo. Curia. num. 44. y 66. Sr. Salgad. Labir. part. 1. cap. 6. n. 28.

(11) Leyes 2. tit. 3. y 20. tit. 23. Partid. 3. y ley 1. Cod. Quando Imperator. Ley final. Cod. Qui bonis esse dederé possunt, y ley ultim. ff. de Postulando, Sr. Salg. cap. cit. n. 37. al 42.

48 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.

42 No gozan del privilegio referido las personas expresadas sino en las causas de mas de diez mil maravedis: (1) ni en las en que se interesa la Real Hacienda, ni en las executivas, feudales, y criminales, ni quando contestan la demanda ante el Juez inferior: (2) ni quando el pleito se principia ante el ordinario, y la miseria sobreviene despues de contestado, porque está prevenida ya la jurisdiccion en quanto à él, y en su perjuicio no se puede mudar de fuero: (3) ni quando tienca que dar cuenta pública, ò privada, pues deben darla en donde, y ante el Juez que les encargó la administracion: (4) ni tampoco unas contra otras, porque son iguales en especie, y año; por lo que si una demanda en la Corte à la otra, y ésta declina, y pretende se remita la causa al Juez de su fuero, vencerá, por ser mejor su condicion. Lo qual se limita en caso de que el actor sea mas misero, è infeliz, pues entonces será atendido. (5)

43 Si el negocio es individuo, y comun à dos, uno que goza del privilegio, y otro no, gozará éste tambien de él, v. g. quando es mayor de 25. años, y el otro huérfano menor, y ambos poseen *pro in diviso* alguna cosa, ò les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la Corte, al modo que el menor. (6) Previendo que no se debe dar carta de emplazamiento por caso de Corte, sin que el que la pide, dexé Procurador convido. (7)

44 No pueden conocer en primera instancia los Oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar à los reos de su fuero, sino por caso de Corte: (8) ni ser presos, ni convenidos en esta los Procuradores de Cortes mientras

(1) Ley 11. tit. 3. lib. 4. Recop.

(2) Car. Philip. en el lugar citado, n. 15. Carleval. Sefr. dicha.

(3) Ley Si quis postea 7. ley Ubi acceptum 30. ff. de Judic. ley Cum quedam puella 19. ff. de Jurisdiccion. omniai judic. y ley Tutor 28. ff. de Excusacion. tutor.

(4) Leyes 1. y 2. Cod. Ubi de Ratiociniis agi oportet, & ibi DD.

(5) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 5.

tit. 3. Partid. 3. glos. 2. vers. Et quando privilegia invitem concurrunt conquisitis privilegia: Car. Philip. dicho §. 9. n. 16.

(6) Ley Si communem ro. ff. Quomodo modum servitutis amittantur, y ley 1. ff. De Quibus rebus ad eundem judicem estur.

(7) Leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. Recop.

(8) Ley 21. tit. 5. lib. 2. Recop.

tras exercen sus encargos, sino por Derechos Reales, maledicos, ò contratos, que en ella hagan: ò que contra alguno se haya dado sentencia en causa criminal. (1)

45 Los Procuradores, que en nombre de sus Concejos vienen à la Corte, ò llamados del Rey, ò del Consejo, no deben ser prendados en ella por las deudas de ellos; pero sí por las suyas propias. (2) Y se advierte que el privilegio de caso de Corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si éste resiste, y le incomoda usar de él, porque de lo contrario se convertiria en su detrimento, habiendose establecido para su beneficio. (3)

46 Los casos de Corte (cuyo nombre se les dá, porque su conocimiento toca principalmente al Rey, y por legales disposiciones (4) à su Consejo, Cnancillerias, y Audiencias, para lo qual se saca à los reos de su propio domicilio, y se les obliga à contestar las demandas en dichos Tribunales con inhibicion de los Jueces de su fuero) son de dos clases, *civiles*, y *criminales*. Los civiles, de que queda hecha mencion en los numeros 38. y 39. ò son notorios, ò no. Los notorios son los de un Concejo contra otro, y los de Cabildos, Iglesias, Monasterios, Hospitales, Cofradías, Universidades, Colegios, Grandes de España, Titulos de Castilla, Oficiales, y criados del Rey; y para que se admita el recurso, basta alegarlos, y pedir se hayan por notorios. Pero no siendolo, v. g. el pleito del menor huérfano, viuda, y personas miserables, es preciso no solo que se aleguen, sino que se justifiquen dentro de nueve dias siguientes al ultimo del emplazamiento, (5) pues de lo contrario no se admitirán, por resultar perjuicio irreparable; y la justificacion puede hacerse sin citar à la parte adversa, de cuya omision no se la irroga detrimento, porque en compareciendo, puede allegar, y probar dentro de los mismos nueve dias no ser de Corte el caso, y pretender se declare así, y devuelva el conocimiento al Juez que entendia en el negocio. Los

(1) Ley 10. tit. 7. lib. 6. Recop.

(2) Ley 11. sig.

(3) Cur. Philip. §. 9. cit. n. 16.

(4) Cur. Philip. §. 9. cit. n. 16.

(5) Ley 11. tit. 5. lib. 4. Recop.

(4) Leyes 4. y 5. tit. 3. Partid. 3.

ley 11. tit. 5. lib. 2. y leyes 8. y 9.

tit. 3. lib. 4. Recop.

(5) Ley 11. tit. 5. lib. 4. Recop.

47 Los criminales son: la traicion contra el Rey, ò su Reyno, el encubrimiento de malhechores, ò deudores en castillo, fortaleza, ò casa fuerte, sin querer entregarlos à la Justicia, ò en lugar de Señorío, ò Abadengo: la resposalia de bienes, ò prision atentada por maravedis: la perpetracion de muerte segura: la violencia, ò robo de muger: la infraccion de tregua, ò camino: la combustion de casa, ò otro edificio: el rioto, ò desafío: el ser ladrón conocido, ò dado por vanido, ò encartado como prófugo por el delito que cometió: la falsificacion de sello, ò moneda Real: y la resistencia de Concejo, ò persona poderosa à la execucion que en virtud de Real provision se hace por debitos Reales: (1) por cuyos delitos puede ser emplazado qualquiera fuera de las cinco leguas de la Corte, y Chancillerías por los Alcaldes, y Jueces de ellas. (2) Y se previene que éstos en las en que lo fueren, no puedan tener por caso de Corte pleitos suyos, ni de sus mugeres, ni hijos como actores, ni reos en primera instancia. (3) De la forma de seguir las causas por caso de Corte trata Villadiego en su Política cap. 1. De la Instruccion num. 61. y cómo se ha de poner la demanda las leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. Recop. que podrá ver el Escribano, pues por estar en Castellano, omito molestarle con su explicacion.

48 El heredero debe ser demandado como tal en el lugar, y fuero que el difunto debia serlo; (4) y la razon es, porque éste, y aquel se contemplan en Derecho una persona en quanto à las acciones activas, y pasivas transmisibles; (5) y porque por el del heredero ninguna mutacion recibe la obligacion de su instituyente en lo concerniente al fuero, ò otra alguna condicion. (6)

(1) Leyes 8. tit. 3. y 5. y 6. tit. 12. lib. 4. leyes 8. y 10. tit. 17. lib. 5. ley 2. tit. 16. lib. 8. y leyes 4. y 9. tit. 8. lib. 9. Recop.

(2) Ley 8. tit. 3. lib. 4. Recopilacion.

(3) Ley ro. tit. 3. lib. 4. dicho.

(4) Ley Hæres abens, ff. de iudic. y ley 32. tit. 2. Partid. 3. verb.

È la sexta.

(5) Authen. de Jurejurand. à mortuanti præsit. colat. 5. ley Hæredum 59 ff. de Regul. jur. y ley 13. al fin. tit. 9. Partid. 7.

(6) Ley 2. §. hæris; y ley 1. en execucion 85. §. Pro parte, ff. de Verbor. obligat.

Lo

49 Lo qual se entiende, ya pudiese ser convenido el difunto estando presente, ò ausente; pues del propio modo puede serlo su heredero sin diferencia. Y se amplía aunque éste sea privilegiado por peculiar gracia del Principe, pues por su personal, y privativo privilegio no puede escusarse de responder en el fuero en que debia hacerlo su causante. (1)

50 Pero si el privilegio de que goza el heredero, no está concedido solamente à su misma persona, sino à algun estado, ò cuerpo, y es de los incluidos en el Derecho como los de Clerigos, Militares, viudas, y pupilos, se le ha de convenir en su fuero, y ante el Juez del que exista en el territorio, ò Provincia en que vivia su causante: (2) y la razon es, porque despues que el Clerigo acepta la herencia, empieza ésta à contemplarse patrimonio suyo proprio, y à gozar del privilegio que à aquel compete; y asi pierde su antigua naturaleza, y se constituye privilegiada: (3) al modo que la que lo es, pierde el privilegio luego que llega à poder del que no lo goza. (4)

51 Y sin embargo de que la ley 57. tit. 6. Partid. 1. dice: *Otrosi quando el Clerigo hereda los bienes del ome lego, ò otro alguno há demanda contra aquel lego por razon de aquel haber, ò de daño que hobiese fecho, tenuto es el Clerigo de facer derecho ante aquel jugador seglar, do lo faria aquel, de quien hereda el haber, si fuese vivo.* Esto se entiende, quando el pleito se movió al difunto, y se le citó, pues basta la citacion aunque no hubiese contestado la demanda, (5) en cuyo caso, y no en otro la instancia in-

coa-

(1) Dicha ley Hæres abens: ibi. *Nulleque suo proprio privilegio excusatur* Carlew. de iudic. tit. 1. disp. 2. quest. 5. n. 298.

(2) Sr. Covar. Pract. cap. 8. n. 4. Sr. Greg. Lop. en la ley 57. tit. 6. Partid. 2. glos. 5. Carlew. ibi n. 299. y 301.

(3) §. Licet autem, Institut. Quibus ex causis manumit non licet. §. 1. Institut. de Hæred. qualit. leyes Sed

si plures ro. §. Filio, ff. de Vulgar. & pupillar. subtitul. y Paterfamilias 12. ff. de Privileg. credit. y cap. un. §. fin. de Jure Patronat. in 6.

(4) Ley Per Procuratorem 80. ff. de Acquirend. hæredit. & ibi Bart. num. 3.

(5) Sr. Greg. Lop. en la ley 57. ins erta glos. 5. Carlew. disp. 2. y que st. dichas n. 308. al 318.

coada con él, pasa à su heredero, segun por derecho (1) está decidido; y por el contrario, si el lego hereda al Clerigo, y con éste se principió la instancia ante su Juez, debe el lego proseguirla ante él. (2)

52. Estando yacente, ò sin aceptar la herencia, en este caso como que representa al difunto (sea, ò no privilegiado su heredero) se la debe reconvenir en el propio lugar, y ante el Juez, ante quien el difunto podía serlo, ya sea el de su domicilio, ò el en donde existe la herencia, ò la mayor parte de sus bienes: de modo que si se deduce en juicio acción Real, debe demandarsela ante el del Pueblo en que está sita: y si acción personal, ante el en donde el difunto podía serlo, ò su heredero, si la hubiese aceptado. (3) El que quiera instruirse radicalmente de lo explicado, como tambien ante qué Juez ha de ser convenido el heredero por el contrato con clausula de *non alienando* que hizo su causante, y otras cosas dignas de saberse, vea à *Carlew. de Judic. tit. 1. disp. 2. quaest. 8. per tot.* que las explica con la extension, y admirable claridad propias de su sublime talento, y consumada literatura, pues por ser materia difusa, y no precisa al Escribano, la omito. Y en quanto à la apertura del testamento, y confeccion del inventario de los bienes del difunto, ya haya muerto testado, ò intestado, y él, y su heredero sean Clerigos, ò legos, ò uno Clerigo, y otro lego, el cap. i. num. 6. al 8. del Libro primero de esta segunda parte.

53. El quarto requisito que debe mirar, y tener presente el actor, es, *el no excederse en pedir mas que lo que deber*: lo qual puede suceder de las quatro maneras que expresa la ley 42. tit. 2. Partid. 3. y se contienen en este verso:

Plus petitur causa, vel tempore, reque, locoque.

Y son: en tiempo: alhaja, ò cantidad: lugar: y causa. En tiempo quando pide en el prohibido; pues como queda sentado en el num. 12. no debe hacerse juicio en dias fe.

(1) Ley Si is, §. i. Romæ 24. ff. de Judic. ley Si cum hominem 34. ff. de Fidejussoribus, y cap. Quia 11. ff. de Judic.

(2) Carlew. disp. citat. n. 310. 319. 320 y 21.
(3) Carlew. libi num. 322. y 245.

feriados, sino en ciertos casos, v. gr. dar tutores à los pupillos: remover de la tutela à los sospechosos: conocer sobre alimentos; ya se pidan de oficio al Juez, ò por derecho de acción; si el que los pretende está indigente: dar à la viuda preñada la posesion de los bienes de su difunto marido por representacion del posthumo, siendo pobre, y careciendo de lo necesario para su vital conservacion, y no de otra manera, la justificacion de menor edad: el pleito de libertad de siervo: la apertura del testamento: la custodia de bienes de difunto, para evitar su extravio: la prision, y escarmiento de mal hechores, y otros casos semejantes, en que se interesa la utilidad, ò indigencia pública, ò privada, ò la piedad. (1)

54. Lo mismo procede, quando demanda antes que cumpla el plazo, ò condicion estipulados en el contrato, à menos que haya causa justa, v. g. si el marido empobrecce, ò el padre disipa la legitima materna de su hijo, pues pueden pedirse ésta, y la dote. O el sucesor del mayorazgo que se declare pertenecerle éste despues de la muerte del poseedor, que intenta transferir en otro su posesion. O quando pide en el tiempo en que por naturaleza no se le puede entregar lo que pretende, ni cumplirse el pacto, v. g. el parto, ò fruto que ha de nacer, hasta que nazca. (2)

55. En *alhaja, ò cantidad*: si pide cosa que el demandado no está obligado à darle, ò mas cantidad que la que realmente le debe, bien que si la pidiere, valdrá la sentencia en lo que probare, atendida la verdad; pero si pidiere tambien los frutos de la alhaja sin debersele, no claudicará por eso la demanda, ni se tendrá por exceso, por ser cosa accesoría. (3)

56. En *lugar*, quando el demandado no está obligado à hacer la paga, ò entrega en él en que se le demanda. Lo qual se entiende, à menos que nunca se le encuentre en el de su domicilio, pues entonces en qualquiera en que

(1) Ley 35. tit. 2. Partid. 3. vease al Sr. Greg. Lop. en sus 15. glos.

(2) Ley 45. tit. 2. Partid. 3. y ley Interdum 35. ff. de Verbor. obligat.

(3) Ley 43. tit. 2. Partid. 3. Señor Greg. Lop. en la 42. dicho tit. glos. 2.

exista, puede ser reconvenido, para que por su malicia no pierda el acreedor su deuda.

57 Y *causa*, ó *manera*: v. g. si el demandado tubiese obligacion de dar al demandante de dos cosas la que aquel quisiese, y éste eligiese, tocando la eleccion al otro. O este se obligase genericamente á dar, ó hacer algo, y aquel pretendiese específicamente cosa determinada: pues excedia en su pretension, y no la hacía de la manera que debia, por la eleccion que quitaba al demandado: y en otros casos semejantes. (1)

58 Al actor se pueden irrogar graves perjuicios por excederse en su pretension en qualquiera de los quatro modos explicados; excepto que pida mas, no por dolo, sino por error: ó que sea menor, pues debe ser restituído: ó que modifique su demanda á lo justo antes de la contestacion, y se aparte de lo que pidió de mas. En cuyos tres casos no deberá ser condenado en costas, ni perderá la deuda principal; pero habiendo dolo, ya sea por haber hecho obligar á su contendor por mas de lo legitimo, ó de otra suerte, se le podrá condenar en estas penas. (2)

59 El quinto es: *por qué Derecho, y razon la pretende, y qué documentos tiene para obtenerla en juicio*: pues si ninguna accion le compete á ella, y el reo forma artículo de no contestar, se declarará que no es parte para pedir: y aunque la tenga, sino la justifica, y el reo la niega, será reputado por litigante de mala fé, como que no tubo causa justa para litigar, y se le condenará en costas, (3) aun quando el reo tome en sí el cargo de probar que no debe lo que se le pide. (4) Pero si la probare plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos, y tachados no por razon del delito, sino de sus personas, se le eximirá de satisfacerlas, y no habrá condenacion. (5)

60 Y el sexto, y ultimo que debe mirar, y tener presente, es: *cómo ha de ordenar la demanda*. Para lo qual se le ad-

(1) Dicha ley 45. y §§. Plus autem, y Huic autem, Institut. de Action. Marit. lib. 2. Decretal. tit. 11.

(2) § 33. Institut. de Action. y ley 44. tit. 2. Partid. 3.

(3) Ley 30. tit. 2. Partid. 3. y ley 14. tit. 8. lib. 2. Recop.

(4) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 39. glos. 1.

(5) Idem ibi glos. 2.

vierte que ésta segun la ley debe contener cinco cosas, á saber, el nombre del Juez: (bien que si hay dos, ó mas en el Pueblo, se omite, porque el actor dice al Escribano ante qual quiere ponerla, y al que elige, dá cuenta de ella,) el suyo: el del demandado: la alzada, cantidad, ó hecho que la motiva: y la causa, ó razon porque pide: lo qual debe expresarse, especialmente en la accion personal. (1)

61 Y aunque en la accion Real go es necesario que se mencione, y basta decir que le pertenece el dominio, ó propiedad de la cosa, señalandola de modo que pueda ser conocida: pero es util, porque si por la razon que propone, no se declara á su favor, puede pretenderla por otra que no se haya exprimido en el libelo; de lo qual se imposibilitará, omitiendola, porque es visto haberla pretendido por todas aquellas, por que le competia antes de la sentencia. (2) Lo qual se limita en caso que haga constar que despues de proferida ésta, nació otra causa justa, ó razon que antes ignoraba para pretenderla, en cuyo caso por la ignorancia podrá pedirla, y ser restituído *in integrum*. (3)

62 Ha de pedir tambien expresamente que se condene al reo á la satisfacion de los frutos de la cosa litigiosa, si le tocan, y de los intereses, daños, y menoscabos si los hubiere, y asimismo en las costas, para que por su silencio no las pierda, en caso que el reo deba ser condenado á su solucion; á cuyo fin los estimará en la demanda, pues justificandolos en la prueba, puede el Juez dar sentencia sobre todo, y moderarlos, si le parecieren excesivos; pero no remitir este acto á Contadores, porque se lo prohibe el Derecho. (4)

63 Si el reo es fallido, ó se presume que haga fuga, puede pretender el actor que arraygue el juicio. Pero para que haya lugar á que asi se mande, debe hacer constar primero su deuda por uno de tres medios que son: por confesion del mismo reo: ó por informacion de testigos á lo

(1) Ley 40. tit. 2. Partid. 3. glos. in leg. 1. ff. de Edoendo. verb. Ut proinde, & cap. final de Libellit. obiat.

(2) Leyes 25. y 27. tit. 2. Partid. 3. y ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop.

(3) Ley Si mater, ff. de Exception. rei judicat.

(4) Ley 22. tit. 5. lib. 2. y ley 20. tit. 9. lib. 3. Recop.

menos sumaria: ó por escritura; y en otros terminos no se debe deferir á su solicitud; y constando por uno de ellos, está obligado el reo á dar fianza lega, llana, y abonada; y si no halla fiador, á jurar que estará á derecho hasta la conclusion del juicio: (1) bien que si se puso de peor condicion que estaba quando contraxo la deuda, ya sea ésta líquida, ó ilíquida, y se haya constituido puramente, ó á día cierto, ó con condicion, puede ser encarcelado por defecto de fiador, (2) en caso de no gozar de fuero que le exima de serlo.

64 Quando el actor intente la reivindicacion por dominio útil, no ha de conluir pidiendo la propiedad, sino el dominio, porque aunque estas dos palabras significan una misma cosa segun la ley 27. tit. 2. Partid. 3. la segunda es mas lata, y general, y abraza ambos dominios directo, y útil, y la primera solo el directo, pues así lo aconsejan el Sr. Greg. Lop. en la glos. 3. de dicha ley, y otros que cita.

65 Ninguno puede ser compelido (regularmente hablando) á demandar á otro, sino quiere; pero si se jacta delante de algunos de que es su siervo, ó le infama, puede ser apremiado á instancia de éste por el Juez de su domicilio á que ponga su demanda, y la pruebe, y el Juez prescribirle termino para ello, ó precisarle á que se desdiga; y no queriendo comparecer, apercibirle, é imponerle perpetuo silencio con pena, y exigirsela en caso de reincidencia. (3)

66 Lo propio milita, quando alguno quiere hacer viaje con mercaderías, y otro por hacerle mala obra, se jacta de que le está debiendo alguna cantidad, y le demanda fraudulentamente: en cuyo caso el Juez debe apremiarle, y prescribirle breve termino para que pruebe su accion, mas no imponerle perpetuo silencio como en el caso precedente; y no probandola en el que le refina, no de

(1) Ley 41. tit. 2. Partid. 3. y ley 64. de Toro.

(2) Ley 2. tit. de los Emplazamientos, lib. 3. del Fuero Real, y

ley In omnibus, ff. de Judic. Com. en dicha ley 66. de Toro.

(3) Ley 46. tit. 2. Partid. 3. y ley unica, Cod. Ut nemo invitus agere.

be ser oido hasta que el otro regrese de su viage. (1)

67 Queda explicado lo que es juicio, cuántas personas son precisas para constituirlo, en qué dias no puede hacerse, quiénes pueden, ó no comparecer en él, qué cosas debe tener presentes el actor para poner su demanda, cuáles debe contener ésta, y otras muy utiles, y dignas de saberse. Paso á explicar lo primero que es *cumulacion de acciones*. Lo segundo *si en un libelo, ó demanda podrá, ó no el actor proponer, y cumular contra uno, ó mas sugetos muchas acciones civiles, ó criminales*. Lo tercero *si cumpliendo accion civil, y criminal contra el reo por un mismo hecho, ó delito, podrá intentar las ambas en un libelo, y se deberán determinar á un tiempo, ó sobreverse en la una*. Lo cuarto *si despues de incoada, ó elegida la civil, podrá apartarse de ella, y deducir la criminal; y quando se entienda incoada, y elegida*. Lo quinto *si elegida, y propuesta por el actor la civil, y por el reo principalmente, ó por via de excepcion la criminal, ya sea, ó no concerniente ésta al juicio intentado, se ha de decidir primero la civil, ó la criminal*. Lo sexto *si las acciones de ambos fueren criminales: ó si dos actores proponen contra un reo dos acusaciones ante uno, ó mas jueces, uno por delito grave, y otro por leve, qual se debe determinar primero*. Lo septimo *si deducida formalmente la demanda, la podrá mudar, enmendar, y adicionar, y quando*. Lo octavo *si dos demandan á uno sobre una misma cosa, qual debe ser oido primero*. Y lo nono *quando hay duda en las palabras de la demanda, cómo se han de entender*.

68 Y en exposicion de estos puntos algo delicados, y de algunos ignorados, diré lo que me enseñaron los libros, las leyes, y la práctica. Y al primero digo que la *cumulacion*, ó acumulacion de acciones es de dos maneras, *propia, é impropia*: la propia, ó simultanea es union de diversas acciones propuestas, y deducidas en un mismo juicio, tiempo y libelo. Y la impropia, ó sucesiva es en diverso tiempo, y libelo hasta la litis contestacion. (2)

(1) Ley final tit. 2. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 2.

(2) Parasc. Prax. crim. tom. 3. cap. 3. quest. 100. num. 120. y 121.

58 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.

69 Al segundo, que en un libelo puede proponer, y cumular el actor contra uno, ó mas sugetos muchas, y diversas acciones civiles, ó criminales por distintas causas, y razones; pero esto se entiende, con tal que entre sí no sean contrarias, porque si lo son, le está prohibido; y así es menester para ello nueva instancia, é interpelacion, segun se prueba de la ley 7. tit. 10. Partid. 3. que al principio dice: *Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrandolas, é razonandolas todas en uno, solo que non sea contraria la una á la otra: Cá si tales fuesen, non lo podria hacer.* Por exemplo: un siervo hurta dinero á su Señor, y lo dá á otro, para que con él compre alguna alhaja, y éste sabiendo que es hurtado, lo toma, é invierte en la compra. En este caso competen al Señor dos acciones contra el comprador, y son: la de demandarle el dinero como hurtado, ó la alhaja; y así no debe intentarlas ambas, antes sí la que mejor le convenga. Pero habiendo diversas instancias, se pueden alegar en la una cosas contrarias á las alegadas en la otra. (1)

70 Quando los derechos son tales que por la eleccion no se quitan, se pueden proponer subsidiaria, y condicionalmente en un libelo dos remedios contrarios: v. g. alegar que el testamento es nulo, y caso que sea válido, que es inoficioso. O que es nulo el contrato, y quando por tal no se estime, que al menos debe ser restituído el conyacente, por haber sido leso en él. (2)

71 Tambien puede pretender simultaneamente el actor la propiedad, y posesion; (3) aunque lo mejor es pedir ésta, así por ser de mas facil prueba, y mas difícil el quitarsela, ya tenga, ó no titulo para ella, como porque si la pierde, le queda el remedio de la propiedad: lo que al contrario siendo condenado en el juicio petitorio, no puede instaurar el posesorio, porque aquel abraza á los dos. (4)

No

(1) Glos. & Barr. in Authent. de Triente, & Semisse, §. Hinc quoque, collat. 4. Bald. in leg. 3. Cod. de Petition. hereditat.

(2) Cap. Constitutus, de In integrum restitut. glos. in leg. Qui de inoficioso, ff. de inoficioso. testament.

Sr. Greg. Lop. en la ley 7. tit. 10. Partid. 3. glos. 1.

(3) Ley 27. tit. 2. Partid. 3. y ley 4. tit. 2. lib. 4. Recop. Rox. de Incompatib. part. 6. cap. 1. y sig.

(4) Leyes 27. y 28. tit. 2. Partid. 3.

72 No se pueden proponer, ni cumular, quando una accion depende de la otra; v. g. el que con titulo de heredero quiere cobrar deuda hereditaria, y despues pide se le declare por heredero: pues primero debe hacer constar serlo, que intentar la cobranza, y así no se le admite. (1) Ni quando las acciones son tales que la eleccion de la una excluye, y extingue la otra; v. g. la *tributoria*, y otras semejantes. (2) Ni quando se encuentran de tal suerte, que la sentencia absolutoria dada en la una produce excepcion de cosa juzgada en la otra. (3) Ni quando son contrarias en el exercicio, y no en el origen, pues siéndolo solamente en éste, no cesa la una por la eleccion de la otra. (4)

73 Lo propio sucede quando la una es *prejudicial*. Llámase prejudicial, una causa, quando la sentencia dada en ella, produce real, y verdaderamente, ó puede producir excepcion de cosa juzgada en la otra; ó mira á la legitimacion, y estado de las personas, v. g. si es siervo, libre, hijo de familia, &c. y en ella se objeta alguna cosa que enerva, y perime la accion del actor en la otra. (5) O quando es mayor, y por razon de su mayoria no admite consigo otras. O es de mayor perjuicio, ó prelación en quanto al orden judicial, por no poderse seguir ambas, sin invertir éste. O no son compatibles. O la una absorbe en sí á la otra, de modo que finida aquella no se puede proceder mas en ésta, porque hace sobreseer en ella, y extingue, y excluye todo su derecho; v. g. si al que pretende la herencia, se objeta que es esclavo, primero se ha de determinar sobre su libertad; y si se declara no ser libre, se acaba todo su derecho, por no poder ser heredero siendo esclavo; y así lo absorbe. (6) O quando la una es univer-

sal;

(1) Ley Ur debitum, Cod. de Hereditat. action.

(2) Ley Quod si, ff. de In rem verso, y ley Quod in herede p. §. Eligere, ff. de Tributor. action.

(3) Ley Si mater, §. Badem, y ley De ea, ff. de Exception. rei judicat. ley Quod in heredem cit. y ley Interdum, ff. de Public. judic.

(4) Ley 1. Cod. de Furt. y ley Con-

tra majores, Cod. de Inoffic. testam.

(5) Ley 1. & per tot. Cod. de Ordina. cognition. y ley Quoniam Alexandrum 25. Cod. ad leg. Jul. de Adult. Farinac. dictis quest. 100. cap. 2. num. 78. 84. y 128.

(6) Ley Si quis libertatem 7. ff. ley Liber 8. y ley ultim. Cod. de Petition. hereditat. y ley 3. §. Cum extaret, ff. de Carbonian. editic.

sal; v. g. la petición de herencia, y la otra particular; v. g. de una alhaja de esta. O una es de cosa principal, v. g. sobre el dominio de la cosa, y la otra accesoria, v. g. sobre sus frutos, y servidumbres. O una civil de una cosa, y la otra criminal de otra; y en otros casos que trae el Derecho, (1) y explicaré en los números 213. y 214. de este capítulo.

74. Peto si se ponen muchas acciones, que miran à diversos fines, y de ninguna manera son contrarias entre sí, se deben cumular; v. g. quando uno pretende ciento por razon de venta, y otros ciento por la de mutuo. Lo qual se entiende, no habiendo mayoría entre ellas, v. g. si la una es civil: y la otra criminal: en cuyo caso como que ésta es mayor, (pues aunque la injuria sea privada, comete delito el injuriante, y se interesa el bien, y tranquilidad pública en su castigo) por estar prohibido à todos el ofender, è injuriar à otro) se ha de proseguir, y concluir, y hasta su decision suspenderse la civil, como lo dispone la ley última, *Cod. de Ordin. judicior.* cuyo contexto es: *Quoniam civilis disceptatione intermissa, sæpe fit, ut prius de criminali judicetur, quod (utpote majus) merito minori præferatur; ex quo criminalis questio quocumque modo cessaverit, oportet civilem causam velut ex integro in judicium deducitam distingui, ut finis criminalis negotii ex eo die, quo fuerit lata sententia, initium civilis questionis tribuat.*

75. Lo mismo procede siendo diversas en número, y especie, como las de commodato, depósito, y locacion: ò solamente en número, v. g. quando uno es heredero, y partícipe con otro en muchas herencias, y tienen varias compañías, y depósitos, pues en el caso primero se cumularán en diversos libelos, y en el segundo en uno, y así será una conclusion, juicio, y sententia. (2) Previendo que en el de no haber lugar la cumulación, debe el reo oponer esta excepcion, pues no oponiendola, valdrá à nos

(1) Ley Prates 8. *Cod. ad leg. Fabiam de Plagiar.* ley Fandum 16. ley Fundi 18. y ley Rei majoris 21. ff. de Excepcion. ley 5. tit. 10. Partid. 2. ley Ut obitum 5. *Cod. de Hereditat. actio.* ley Si de vi 37. ff. de

Judic. y ley 1. *Cod. de Appellation.* cap. 1. de Ordin. cognition. & ibi glos. 1. y §. Prejudiciales, Anstusur. de Actio.

(2) Ley Hæres, §. Si Fratres, ff. Familia eriscund.

nos que el actor proponga al principio una de las que cesan por la eleccion, en cuyo caso aun sin oponerla no se deben cumular, porque por la eleccion de la una queda suprimida *ipso jure* la otra. (1)

76. El actor puede demandar civilmente à muchos en un libelo por una misma cosa, ò hecho, ò por varios. (2) Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos, mas, no por uno solo; (3) ni tampoco contra dos, ò mas personas, sino que sea por su propia injuria, ò de los suyos; (4) pero por un delito puede acusar en un libelo à muchos complices. (5)

77. Al tercero, debo sentar por regla general, que quando por un hecho, ò delito competen al actor las dos acciones, civil, y criminal contra el reo, v. g. por hurto, mala versacion, y extravío de caudales, puede elegir la que quisiere, pues no se le permite usar principal, y simultaneamente de ambas. (6)

78. Lo qual se amplia, y entiende, lo primero quando la una es prejudicial, de modo que la sententia dada en ella produce excepcion de cosa juzgada en la otra. Lo segundo quando del mismo hecho resultan varias acciones criminales. Y lo tercero quando el turbado en la posesion intenta el remedio civil, pues mientras no se concluye, no puede instaurar el criminal. (7) De suerte que hasta que se termine en el juicio de la accion que incoó, ò eligió, y propuso, ya sea civil, ò criminal, y se execute la condeñacion, no puede intentar la otra, pero despues sí. (8)

79. Se limita lo expuesto, en caso que haya usado principal-

(1) Ley 1. ff. de Fort.

(2) Ley Ad ea parte, ff. de Probat. Bald. in leg. Edita, *Cod. de Edendo*, n.º num. 26.

(3) Arg. leg. Qui de Crimine, ff. de Accusat.

(4) Ley 2. tit. 1. Partid. 7. & ibi Sr. Greg. Lop. glos. 10.

(5) Bart. in leg. Hoc accusare, §. Lege Julia; ff. ad leg. Juliam de Adult. & in leg. Minoribus, n.º 2. *Cod. de His, quibus us. indignis.*

(6) Ley 2. §. Hoc edicto, ff. Vi

bonor. ley Interdum, cit. ley Ex morte, & ibi glos. *Cod. ad leg. Aquili.* ley ultim. *Cod. ad leg. Corneli. de Falsi.* ley. 1. *Cod. ad leg. Fabian. de Plagiar.* y ley unic. *Cod. Quando civilis actio criminali. præjudic. Farinac. quest. 100. cit. cap. 3. num. 123.*

(7) Farinac. ibi num. 128. y sig.

(8) Ley Damus licentiam 23. ff. ad leg. Corneli. l. y. 1. *Cod. ad leg. Fabi. ley Quoniam civilis, Cod. de Ordin. judicior.* y dicha ley unic. *Cod. Quando civilis actio.*

principalmente de la criminal, pues en el propio libelo puede instaurar por un *Ostros*, ò por incidencia la civil, con tal que para ello implore el oficio del Juez, y no de otra suerte. (1) Pero si intentó principalmente la civil, no puede intentar por consecuencia la criminal, hasta que la civil se concluya, reservándose à este efecto usar de ella à su tiempo, que es despues de sentenciada la civil. (2)

80. Al quarto digo, que se entiende, y conceptúa *incoada*, ò *elegida expresamente la accion civil*, quando el actor la dedujo en demanda formal, pretendiendo se condenase al reo à la restitucion de los intereses, daños, y cosa hurtada, ò su importe. *Facilmente* quando en el primer pedimento, y demàs subsiguientes, en que solicita que el reo, ò testigos declaren al tenor de varios particulares, ò que se practiquen otras diligencias para en su vista deducirla; especifica, y manifiesta que es para el fin de reintegrarse de sus intereses.

81. Y se dice *incoada la accion criminal* quando en los referidos pedimentos expresa que es para que se castigue al reo: pues como en los juicios se debe proceder con lisura, ingenuidad, y verdad; aunque estas diligencias no son mas que actos preparatorios, se evidencia de los pedimentos en que se pretenden, la intencion del actor, y eleccion de la accion; y así no obstante que despues se retrate de qualesquiera palabras, que aludan à declararla, y quiera intentar la otra, no se le admitirá, y deberá seguir la elegida, ò *incoada*; lo qual he visto declarado por la Sala de Alcaldes de esta Corte confirmando el auto de otro, en que había mandado repeler la demanda criminal de los autos subsidiados sobre extravío de caudales, y reservarla en el Oficio para su tiempo; y al actor que usase de la que segun el estado de la causa correspondia.

(1) Ley Interdum 66. §. 1. ff. de Fure. y ley 18. & ibi glos. 2. ff. 14. Partid. 7. Farinac. ibi num. 172. l. m. 7.

(2) Menoch. de Retinend. possession. remed. 3. n. 555. vers. Ego existimo: Angel. ibi n. 7. Bald. in leg. 1.

num. 3. y 4. Cod. de Edendo, & ibi Decio a. 66. al fin, y Curt. Junior. n. 128. Marant. part. 4. discurr. l. n. 20. y sig. Frinac. ibi, Jel. Clat. quest. 3. §. final. n. 2. vers. Et huc quidem conclusio.

82. Pero si en los pedimentos preparatorios protexa (evaquadas que sean las previas diligencias pedidas) usar de las acciones civil, y criminal que le competen, y resulta probada por ellas la criminalidad, puede intentarlas; y no resultando en bastante forma, debe usar de la civil; y si en la sentencia fuere condenado el reo, pretender despues su castigo, ò hacerlo el Juez de oficio; porque como para proceder criminalmente contra alguno, no basta la presuncion de que hay delito, sino que es preciso que conste clara, Real, y verdaderamente haberse cometido, segun dice el Derecho (1) por eso debe usar primero de la accion civil, y luego proceder, y pedir con arreglo à la sentencia que en ella se profiera.

83. Al quinto, si el actor deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, se debe suspender la civil, y decidir antes la criminal, así por ser esta prejudicial, como mayor que aquella. (2) Lo qual se entiende quando es prejudicial à la civil, ò la absorbe, ò son compatibles, ò es exclusiva de la accion del actor: (3) y decidida la criminal prejudicial por la absolucion, puede procederse en la civil; mas no, si es por condenacion, porque entonces perjudica la sentencia à la civil. Pero si la criminal no es prejudicial, de modo que la sentencia dada en ella no produce excepcion de cosa juzgada en la civil, entonces ya se difina por absolucion, ò por condenacion, puede instaurar la civil, decidida que sea la criminal. (4)

84. Lo propio milita en la civil, si es prejudicial à la criminal; pues aunque esta es mayor, tiene mas vigor el prejuicio, y presta impedimento mas fuerte, que la ma-

(1) Ley 1. §. Item Illud: y ley Necesario, §. 1. ff. ad Siliam, y ley Inde Neratius, §. fin. ff. ad leg. Aquil.

(2) Ley Quoniam civili, cit. ley Adulteri 33. Cod. ad leg. Jul. de Adulter. ley Per minorem 64. y ley Qui prior 29. ff. de Jodic. & ibi Paul. de Cassr. & DD.

(3) Clin. in leg. 1. num. 15. vers.

Præterea quotiescumque: & n. 17. Cod. Qui accusar. non pos. Angel. in leg. Qui prior. cit. n. 2. Anchar. consil. 62. n. 1. Cravet. consil. 280. n. 1. y 2. Nata consil. 138. n. 1. y 24. vers. Reddetur etiam: tom. 1. Farinac. quest. 100. y cap. 2. dichos, ex n. 60.

(4) Carleval. de Jodic. tit. 3. disp. 6. num. 44.

yoría; v. g. me acusas de adulterio, y digo que eres mi esclavo; primero se ha de conocer, y determinar à cerca de la libertad, pues siendo mi siervo, no puedes acusarme. (1)

85 Estan constante lo expuesto, que así como el acusado criminalmente mientras se trata de su criminalidad, y hasta que se decida, no puede convenir, ni reconvenir civilmente à su acusador, para que no se distraiga de la prosecucion de su juicio criminal, porque se interesa la vindicta pública en que no queden impunes los delitos: (2) así tampoco éste puede convenir civilmente al acusado, aunque las causas sean omnimodamente separadas: lo uno para que con este motivo no se halle impedido de hacer sus defensas; y lo otro por razon de la mayoría de la criminalidad. (3)

86 Lo qual limitan los Autores, lo primero quando importa al reconvenido que se sobreesa; y no de otra forma. Lo segundo quando la criminal es perjudicial, mas no quando no lo es, y antes bien son compatibles, pues entonces en ambas se ha de proceder, para abreviar los pleitos; pero primero se ha de expedir la criminal. Lo tercero quando ésta se pone con dolo, y malicia clara, y no presunta, y con solo el fin de que se suspenda la civil. Y lo quarto quando el acusador por su culpa, ó negligencia tardó mucho tiempo en poner la acusacion al actor, que le demandó civilmente, en cuyo caso se presume que camina con malicia por calumniarle; mas no al contrario, quando no tubo culpa.

87 Sobre quando se puede decir que fue demasiado negligente el acusador, hay variedad de dictámenes por falta de decision legal. Unos dicen que se debe graduar de tal, si aguardó à deducir la criminalidad despues de la contestacion de la demanda civil. Otros si hasta la con-

(1) Ley 1. Cod. de Apellat. ley Quoniam Alexandrum 26. Cod. ad leg. Jul. de Adulter. y ley Præses. 8. Cod. ad leg. Fab. de Plagiar. glos. in leg. ultim. Cod. de Ordin. judicior. verb. Sepo: Facia. dicha quest. roo. num. 61. al 64. Gratian. Discept. forrens. cap. 304. num. 25. al 27.

(2) Ley Si ita vulneratus 32. §. Estimatio, vara. Quod si quis, ff. ad leg. Aquil. y ley ultim. Cod. de Assessor. & domest. §. Nec sit concessum.

(3) Ley Per minorem, cit. y ley ultim. Cod. de Ordin. judicior.

clusion de ésta. Pero otros afirman que despues de proferrida la sentencia se puede proponer, y el efecto será de que se difiera su execucion hasta que se juzgue la criminalidad; v. g. quando toda la fuerza, y prueba del actor consiste en testigos, ó instrumentos, y por ellos se ha de sentenciar: pues entonces si por su falsedad se revoca segun Derecho la sentencia; (1) con superior razon se debe diferir su execucion hasta que se determine sobre la falsedad, (2) por ser mejor evitar el daño antes que suceda, que tener que buscar el remedio despues de sucedido. (3)

88 Se puede concordar este discrimen de pareceres, entendiendose quando la falsedad que se opone despues de la conclusion, ó sentenciam, consta evidentemente, ó aparece por indicios muy claros, é indubitables presumpas segun Derecho; (4) ó se puede probar incontinenti, en cuyos casos no se verifica malicia; por lo que se ha de sobreseer en la causa primera, ya sea civil, ó criminal.

89 Se limita lo quinto, quando se propone la acusacion no solo contra los testigos, ó Escribano que hizo el instrumento, sino contra el que los produce: mas no, quando no se propone contra éste: bien que algunos sientan que de qualquier modo que se objete la falsedad, se debe suspender la causa civil, y retardar la execucion segun un texto; (5) lo uno porque tanto la excepcion como la acusacion de falsedad del instrumento es perjudicial à la causa civil, y la sentencia dada sobre aquella, obsta à la que se ha de proferir en ésta; y lo otro por razon de la mayoría, y preeminencia, por las que la causa criminal debe proceder à la civil; (6) y este dictamen es mas equitativo, y como tal debe seguirse, especialmente en causa criminal, pues podia ser de tal naturaleza ésta, que en ella recayese pena capital.

(1) Leyes 1. y 3. Cod. Si ex fals. instrum. y leyes 15. tit. 11. §. 116. tit. 18. §. 13. y 19. tit. 22. y 1. y 2. tit. 26. Partid. 3.

(2) Ley Judicati 4. Cod. Si ex fals.

(3) Ley 1. Cod. Quando liceat puerique sine judic. se vindicare, y

ley ultim. Cod. In quibus causis in integram restituat.

(4) Ley Qui sententiam, 16. al fin, Cod. de Pennis.

(5) Ley ultim. Cod. Si ex fals.

(6) Ley Adulterii 33. Cod. ad leg. Jul. de Adulter. y ley ultim. Cod. de Ordin. judicior.

tal, ò otra aflictiva, y sería en grado supremo iniquo, y duro, que por no esperar un poco de tiempo en la inquisición de la falsedad, se irrogase tan gravísimo, è irreparable daño al acusado.

90 Y para entablar esta criminalidad contra la parte, y testigos, ò instrumentos, lo que se debe hacer previamente, es: preguntar al adversario si quiere usar, y aprovecharse de los testigos, y escrituras que produjo; y responderse de los testigos, y se le pone la acusación. Cuya pregunta sirve para que no pueda arrepentirse, si vé antes la acusación, por no incidir en la pena de falsario: y no debe resistirse, ni escusarse à dar respuesta categorica: (1) ni el Juez hacerla de oficio, sino à instancia de la parte, ò hacerla esta por sí. (2) Pero si aun probada la falsedad de los testigos, ò instrumentos producidos, tuviese el actor otros de que valerse para calificar su intención, no se ha de sobreseer en la causa principal.

91 Lo sexto se limita, quando se intenta la criminalidad por el reo demandado; mas no, si es por un tercero, v. g. el Fisco, ò el Juez de oficio; pues en este caso no se suspende la principal causa civil, ni ésta à la criminal, si también es principal: y la razon legal es, porque lo que unos hacen, no perjudica, ni debe dañar à otros. (3) Lo septimo en las causas civiles de posesion, aunque el crimen se oponga por via de excepcion, porque el posesorio es sumario, y la criminalidad exige mayor conocimiento de causa. (4)

92 Y lo octavo se limita lo expuesto en el n. 85, quando la principal causa civil se preso ante el superior, y la criminal ante el inferior, ò ambas ante dos Jueces iguales en jurisdicción, porque el igual no puede inhibir à otro igual por falta de dominio sobre él, (5) y mucho menos el inferior al superior. (6) Pero el Juez de la causa criminal puede

(1) Marant. part. 6. aft. duodecim. de Processu publicat. n. 3.

(2) Rimini. Senior lib. 2. cont. 269. Farinac. de Falsit. q. 69. part. 1. n. 21.

(3) Ley 63. ff. de Re judicat.

(4) Ley 1. Cod. de Appellation.

(5) Ley III. à quò 12. §. Tempus vivam, ff. ad Trebellian. cap. Innotuit, de Election.

(6) Ley Minor. autem. 10. al principio ff. de Minorib. cap. Cum inferior 16. de Minorib. & obed.

de inhibir al litigante de la civil, prohibiéndole que la prosiga hasta que aquella se defina. Sobre todo lo qual vease à Carlev. de Judic. tit. 2. disp. 6. ex num. 16. hasta el 43. à Forinac. Prax. crim. quest. 100. tom. y esp. 3. desde el numero. 123. hasta el fin, y à los que citan.

93 Pero si el actor propone su acción, y el reo su acusación, no principalmente acriminandole, sino por incidencia, ò via de excepcion para elidir su acción, v. g. pide el actor la herencia, ò cosa donada en virtud de testamento, ò donación; y el reo para enervar esta pretension, excepciona la falsedad de estos documentos. En este caso no se suspende la causa civil, antes bien se debe proceder en ella, examinar en su progreso esta excepcion como peremptoria, y determinarla en la sentencia segun el mérito justificado; lo qual se prueba de la ley 3. Cod. de Ordin. judicior. cuyo contesto es: *Cum civili disceptationi principaliter mota questio criminalis incidit, vel crimine prius instituto civilis causa adjungitur, potest iudex eodem tempore utramque questionem sua sententia dirimere.*

94 Al sexto, si ambas acciones, ò causas de actor, y reo fueren criminales, pero la segunda mayor que la primera, se ha de sobreseer en esta, y ventilarse, y resolverse aquella, y hasta que esté decidida no se ha de tratar de la primera, por razon de la mayoría: (1) pues quando un delito es mayor, hace que se suspenda el conocimiento del menor hasta su decision.

95 Lo qual se entienda, à excepcion de que sea por la injuria hecha à él, ò à sus parientes, que entonces se ha de conocer de ambos, segun lo ordena la ley 4. tit. 10. Partid. 3. en su segunda parte ibi: *Mas si las demandas que hace la una parte à la otra, fueren de acusamiento en que haya pena de cuerpo, ò de habor; la que fuere mayor, debe primero ser oída, è librada ante que comiencen la menor à viria. Eueras ende si el que hace la menor, acusase à la otra parte en razon de mal, ò de turro que fuese fecho à él,*

(1) Ley ult. Cod. de Ordin. judicior. ibi: *Quod supate majus merito mineri praferunt: ley Peruniorum 54.*

ff. de Judic. ibi: *Majior enim questio minorem causam ad se trahit. y ley 1. Cod. Qui accusat. non poss.*

ò à los suyos: cù estonce deben ser tales acusamientos cidos, è librados en uno.

96 Y si dos adores proponen contra un reo dos acusaciones ante uno, ò mas Jueces, el uno por delito grave, y el otro por leve, se ha de tratar primero de èste, que de aquel: (1) y la razon es, porque si se tratase primero del delito mayor, sucederla que el acusador del menor se quedaria sin la condigna-satisfacion de su injuria, y el reo sin el castigo à ella competente, y se procederia contra lo que ordena la ley 2.ª ff. de Privat. delicti, ibi: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut illius impenitas detur, neque enim delictum ob aliud delictum minuit penam.*

97 Al septimo, digo que en las demandas se acostumbra poner esta clausula: *Sobre lo qual le pongo formalmente la demanda mas arreglada y conforme à derecho, con pretexto de ampliaria, corregirla supirla y moderarla siempre, y quando à mi parte convenga, y con las demás que la sean utiles en Justicia que pido.* &c. cuya clausula es muy util para los efectos que menciona; pero se advierte al actor que sin embargo de ella, una vez contestado el pleito no puede apartarse de él, añadir, ni enmendar la demanda en cosa substancial, de modo que mude la accion à otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia, ò interpelacion, (2) porque quasi contrahe con el reo, y sin su consentimiento no se le permite. (3)

98 Mas si la mutacion, ò enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo usar de nuevas excepciones, y defensas, sino que antes bien se dirige à declarar la accion, ò à moderarla, ò à ampliarla, ò la cantidad pretendida en ella por las mismas causas, y razones, pueden en virtud de dicha clausula, y no sin ella, así el demandante como su heredero, ò cesionario, hacerlo en la respuesta.

(1) Ley Si cui 7. §. Cum sacrilegium, ff. de Accusatione Carleval. tit. 2. disp. 6. n. 12.

(2) Sr. Oren de Cesion. tit. 6. quest. 9. n. 28. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. num. 22. Parejo. de Edictio. tit. 6. resolut. 5. n. 45. Fontanet. decis. 127. Salced. in Theatr. honor. glos. 17.

(3) Ley Ubi autem 31. ff. de Judic. Authent. Qui semel, Cod. Quomodo, de quando Jurex. ley Si quis rem. 30. ff. de Recept. arbitr. y ley Si Prator 75. ff. de Judic.

puesta, ò réplica al pedimento de contestacion del reo, (1) y el Juez debe sentenciar atendida la verdad, sin pararse en las sutilezas de derecho: (2) y tambien lo pueden hacer despues en el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria. Lo qual es corriente, y he visto practicar, y practiqué en pleitos que seguian en esta Corte, porque esto no muda la accion.

99 Al octavo, si dos demandan à uno por una misma cosa, ò por mas, está obligado el demandado à responder al que primero le demandó, y despues al otro; y aunque el primero le vengza en juicio, no debe entregarle la cosa demandada, à menos que le dé caucion, y seguridad de que le defende del otro demandante. Y si ambos ocurrieren à un tiempo à poner su demanda, puede elegir el Juez al que entienda tener mejor derecho, y mandar al reo que le conteste, y despues al otro. Pero si la demanda fuere sobre deuda, ò contrato celebrado con ambos en diversos tiempos, debe responder à aquel con quien primero contrajo. (3)

100 Y al noveno, y ultimo punto, digo que si ocurre duda en las palabras de la demanda antes de contestarla el reo, se deben entender segun el demandante las entiende, y no de otra suerte. Así lo dice la ley 3.ª tit. 33.ª Partid. 7. ibi: *Acresciendo dudaba sobre las palabras que el demandador oviese puesto en su demanda en el tiempo que comienza el pleito con el demandado, deben ser entendidas aquellas palabras, así como el demandador las entiende, e non de otra guisa.* Lo que se practica, es: que si la demanda está obscura, pide el reo se mande al actor que la aclare, y se defiere à ello, y hasta que la aclara, no la contesta, ni corre el término de contestarla.

101 En todas las demandas se ponen regularmente las siete clausulas siguientes: *ante ff. me cona mas haya lugar,*

(1) Matien. en la ley 1.ª tit. 11. Sed tom. 3. decis. 277. (2) Ley 20. tit. 17. lib. 4. Recop. part. 3. Var. cap. 10. n. 59. Leon. decis. 48. y 98. Fontanet. decis. 128. Haros. in cap. 1. de Rebusdicatione, y ley 9.ª tit. 1. de Postulacione. (3) Ybi. ff. de Postulacione. (4) Tit. 1. de Postulacione. (5) Tit. 1. de Postulacione.

gar, ó mejor proceda en Derecho, parezca, y digo: 2. pongo demanda á Fulano sobre tal cosa: 3. y aunque varias veces le requeri extrajudicialmente me pagase, ó hiciese tal cosa, no lo pude conseguir: 4. A V. m. suplico se sirva condenar á dicho Fulano á que me dé, ó pague tal cosa, ó lo que sea: 5. pues así es justicia y que pido: 6. á cuyo fin imploro el noble oficio de V. m. 7. P. Juro lo necesario.

102 Estas cláusulas generales son muy útiles, aunque no todas necesarias, porque una ley recopilada (1) manda que valga el juicio, no obstante que falten las solemnidades legales, á menos que las partes declarandolas específicamente, pidan que se observen. La primera; porque si se pretenden dos remedios, uno cierto, y otro incierto, ó se duda (como algunas veces sucede) del competente; ó el libelo es inepto, ó dudoso, vale en la forma que por Derecho puede, y se ha de interpretar, y declarar del modo que sea mas util al actor: (2) La segunda es precisa, ya sea al principio, ó fin del libelo, porque en este se deben expresar los nombres del actor, reo, y cosa que se pretende, y siendo inepto, puede el Juez repelerle. (3) Lo mismo puede hacer teniendo palabras superfluas, y citas de leyes, y Autores; porque está prohibido esto á los Abogados pena de 600. maravedis: (4) bien que se puede contar el hecho nudo en el ingreso del pedimento, y en la conclusion pretender la condenacion, y sobre ello poner la demanda. La tercera puede aprovechar para condenar al reo en las costas causadas antes de la citacion primera en muchos casos, probando el actor haberle requerido, é interpelado extrajudicialmente; pero por sola esta razon no se le condena en ellas. La quarta es necesaria (como que es la conclusion, y deducción de la accion, y derecho del actor) para que si éste no prueba todo lo que sienta en su libelo, profiera el Juez la sentencia sobre lo justificado, pues puede hacerlo, y

(1) Dicha ley 10. tit. 17. lib. 4. Rec.

(2) Jason in §. Omnia, n. 150. de Action. Retr. in cap. Examinata, de Judici. Doctor. in cap. Significatus, de Libelli. oblatione.

(3) Ley. 40. tit. 8. Partid. 3. ley

Inter litigantes, ff. de Judic. ley Ampliorum, §. In refulatoris, Cod. de Appellation. y cap. Forus, de Verbos. significatio.

(4) Ley 4. tit. 16. lib. 2. Recop.

y absolver al reo en lo demás, y valdrá; (1) pero no le relevará de hacer prueba. Y tambien para que la sentençia se arregle á la conclusion, en caso que en ella pretenda una cosa, y en el ingreso de la demanda refiera otra. La quinta no solo es util, sino necesaria, y substancial, porque suple muchos defectos de la demanda, y así no debe omitirse; (2) pues por el hecho de pedir justicia, es visto que el que la pide, quiere arreglarse, y conformarse en todo con lo que dispone el Derecho. La sexta se pone porque el oficio del Juez como noble, y mercenario, si se implora, sucede en lugar de accion, y sirve á la propuesta; y para mandar pagar las costas, y otras cosas accesorias: (3) pero no implorandose, no podrá surtir efecto, porque no debe interponer de oficio su autoridad á la utilidad privada. (4) Y la septima es necesaria en las causas civiles arduas, y en las acusaciones, restitutiones de menores, oposiciones á las execuciones, y en otros casos semejantes; (5) y si se omite, y el adversario opone este defecto, no valdrá el juicio, (6) pues con el juramento se excluye la presuncion de que la demanda es maliciosa.

103 El juramento que se hace en las demandas, y sus contestaciones, se llama de calumnia, ó credulidad; y para que el principiante se instruya de los que se hacen en los pleitos, y de sus nombres, y efectos, los explicaré con la claridad posible: El juramento es invocacion tacita, ó expresa del nombre de Dios, como verdad primera, é infalible.

(1) Ley 43. tit. 2. y 1. tit. 14. Partid. 3. y §. Sed hæc quidem, Insti. tituti. de Action.

(2) Cap. 2. de Ordin. cogitacione Jason. in dict. §. Omnia, n. 147. Socin. in 129. Secti. conditio. §. Si nemos, ff. Si cert. petat.

(3) Glos. in cap. Fratres, verb. Satisfieri, Instituit. de Action. ley Quod si minor, §. Restitute, ff. de Minorib. ley Quintus, ff. de Admone. legat. ley Qui restitute, ff. de Reivindicacion. ley Qui per collusionem, §. fin. ff. de Action. empit. ley 4. Cod.

(4) Depositi, y ley Com fundas, §. Si certum petat.

(5) Ley 4. §. Hoc autem iudicium §. ff. de Damn. infect.

(6) Ley 23. tit. 11. Partid. 3. ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. ley 2. §. Sed quia veremur, Cod. de Jurejurand. propter eorum, y cap. fin. de Juram. calumnia.

(7) Ley de Pulpio, §. Qui opus R. ibi Bart. columb. fin. ff. de Novi oper. nuntiation. ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. y cap. 1. de Juram. calumnia. in 6. §. 1.

ble. (1) Debe contener las tres cosas que expresa el Profeta Jeremias, cap. 4. por estas palabras: *Annadvertendum est quod jus jurandum hos habet comites veritatem, iudicium, & iustitiam*; y es de tres maneras: *asertorio, promisorio, y confirmatorio*. Se llama y es *asertorio* aquel, con el qual se afirma, ó niega simplemente alguna cosa, sin intervenir promesa. *Promisorio* es el que se hace para confirmacion, y observancia de algun pacto, ó promesa. Y *confirmatorio* el que se interpone para corroborar, ó dar vigor á algun contrato, ó acto lleito; que no se opone al Derecho natural, y buenas costumbres, ni inmediatamente á la utilidad pública, ni cede en perjuicio de tercero, ni en dispendio de la salud eterna, porque que se corrobora con el juramento. (2) Omite explicar otras divisiones, á saber: *simple, solemne, contestativo, comminatorio, y execratorio, ó execratorio*, los quatro modos como pueden hacerse, que son con la mente, señales, palabras, y hecho, y otras cosas, por ser todas concernientes á la Theologia Moral, y paso á tratar del juramento asertorio, que se hace en juicio, que es la materia de mi asunto.

104. El juramento asertorio judicial es de tres clases, que son: de *calumnia, de malicia, y de decir verdad*. El de *calumnia, ó de realidad* es el que deben hacer actor, y reo al principio del pleito, ó despues en todas las causas civiles, criminales, y mixtas, eclesiásticas, y profanas; ya sea en primera, ó segunda instancia, y se proceda sumariamente, y de plano sin estrepito, ni figura de juicio, ó plenariamente, observando el orden, y solemnidades legales. En las civiles afirmando el actor que mueve el pleito, porque cree tiene justicia, y que así lo proseguirá de buena fé, sin diferirlo, ó cometer fraude, ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa, ni intenta acriminar

(1) Ley 1. tit. 11. Partid. 3. cap. Et si Christus, de Jurjurand. Matth. cap. 5. Div. Tom 2. 1. quest. 36. & in verba sententia, distinct. 39. Scotus in 3. distinct. 39. quest. unie.

(2) Authent. Sacramenta puber.

Cod. Si adversus vendition. cap. Cui contingat; de Jurjurand. cap. Quamvis pactum, de Pact. in 6. cap. Si diligenti, de Foro competent. cap. Non est obligatorum, de Regul. iur. in 3. y ley Jus publicum, ff. de Pact.

nar falsamente. Y el reo, que las excepciones de que usa, y defensas que hace, son en los mismos términos, y que de ellas usará igualmente en el discurso del pleito.

105. Ha de mandar el Juez hacer este juramento á ambos litigantes despues de contestado el pleito, siempre que lo pidan uno al otro expresamente, por ser de substancia del juicio en este caso. (1) Previeniendo que si uno lo pide dos veces al otro, y no quiere hacerlo, habiendoselo mandado el Juez, y éste sentencia sin embargo la causa; á mas de ser nulo el proceso, debe ser condenado en costas el mismo Juez. Y lo propio milita en otras cosas de substancia del juicio, quando la parte declarándolas, pide que la otra las guarde, y no quiere aunque se le mande. (2)

106. Pero si no lo piden, no se anula por su defecto el proceso; y así rara vez se pide, ni hace con la especialidad referida; y se estima, y entiendo hecho con aquellas palabras: *Juro lo necesario, &c.* que se ponen al final de los pedimentos, por lo que se confunde con el de *malicia*, y los Letrados usan de éste en lugar de aquel; y á la verdad ambos debieran omitirse, sin embargo de haberse introducido por la utilidad pública, y para que los litigantes no ocultasen la verdad, pues parece que mas juran cometer calumnia, y proceder de malicia, qui evitarlas, como lo estamos viendo en los actuales, y de los de su tiempo lo dixo *Maranta* en su *Speculum aureum part. 6. tit. de Jurjurand. calumn. n. 11.* y de esta suerte no habria tantos perjurios, de que ningun caso se hace.

107. Deben hacer los litigantes, y recibirse este juramento sobre cinco particulares. El primero, que creen tener justicia, ó buena causa. El segundo, que quantas veces sean preguntados, dirán ingenua, y sencillamente la verdad. El tercero, que no usarán de falsas pruebas, ni excepciones fraudulentas. El quarto, que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del coligante. Y el quinto,

(1) Ley fin. tit. 10. y ley 23. tit. 11. Partid. 3. ley 2. Cod. de Jurjurand. propter calumnia, y ley 1. §. 1. ff. ad Senatus consulto. Torpilian. cap. Septe. de Verbor. significat. cap. 1. §. 1. y

cap. Ceterum, de Jurjur. calumnia. lib. 6.

(2) Ley 18. al fin. tit. 17. lib. 4. Recop.

que à nadie han dado, ni prometido, darán, ni prometerán cosa alguna por lograr el buen éxito de aquel negocio, sino à aquellas personas, à quienes, y lo que las leyes permiten dar: (1) cuyos cinco particulares comprehenden los siguientes versos:

Illud juretur quod lis sibi justa videtur:

Et si queretur verum, non inficietur.

Nihil promittetur, nec falsa probatio detur.

Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

108 Tambien pueden hacer este juramento los Apoderados, Procuradores, y defensores de los litigantes en su ánima, y en las de estos, con tal que para hacerlo tengan su poder especial, y no de otra suerte. Lo qual se entiende, ya sean Procuradores de persona particular, ó de Concejo, Villa, Ciudad, Obispo, Prelado, Convento, ó Maestro de alguna Orden, si ellos principiaron el pleito, pues sino, deben hacerlo sus principales. Lo mismo procede para con los tutores de menores, y administradores de Iglesias, Hospitales, Universidades, y para con otras personas que con legitima autoridad administran bienes ajenos, quando tubieren que demandar, ó contestar en juicio por ellos. Previendo que si el menor es de clara discrecion, está cerciorado del negocio sobre que se sufre el pleito, y principiò éste con otorgamiento de su tutor, ó curador, debe hacer por sí mismo el juramento. (2)

109 El juramento de *malicia* (que se acostumbra poner en las demandas, sus contestaciones, y en otros pedimentos que se dan en el discurso del pleito) es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algunos artículos, ó excepciones antes, ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la excepcion, ó pide la dilacion. (3)

(1) Ley final tit. 10. y ley 23. tit. 11. Partid. 3.

(2) Ley 24. tit. 11. Partid. 3. ley 2. §. Quod observari, Cod. de Jurjurand. propter calumnia. y cap. final. de Procurator. in 6. Sr. Greg.

Lop. en dicha ley 23. glos. 9.

(3) Ley 23. tit. 11. Partid. 3. verb. La quinta: Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 7. arg. cap. Pastoralis 4. de Exception. y cap. Ultra tertiam 55. de Testib.

110 Se diferencian estos dos juramentos: lo primero, en que el de malicia se puede pedir antes, y despues de contestado el pleito; y el de calumnia solo despues. Lo segundo, el de malicia se puede pedir tantas quantas veces se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna excepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir, y hacer por una persona en una instancia, y sobre toda ella. Y lo tercero, en que éste se pide, y hace sobre toda la causa, ó negocio que se controvierte; y aquel sobre excepciones, ó artículos particulares, y dilaciones. (1)

111 El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio, no solo los litigantes quando juran *posiciones*, ó antes de la contestacion en los casos prescritos por Derecho, sino los testigos, y peritos que declaran en él: los testigos sobre lo que saben, y no sobre lo que creen; à diferencia del juramento de *calumnia* que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta; por cuya razon el que jura decir verdad, no está obligado, ni debe responder, ni afirmar sino lo que real, y verdaderamente vió, oyó, conoció, y percibió por los sentidos corporeos, y por lo mismo los testigos deben expresar el motivo por que saben lo que deponen, si es por haberlo visto, ó oído, quando, à quien, cómo, y en dónde, con toda individualidad: y no declarando de esta forma siendo preguntados, no hacen fé, ni prueba en la legal censura sus deposiciones, por consistir, y afianzarse la virtud de éstas en la razon que dán de su dicho: (2) y los peritos por lo que ven, entienden, y observan en la materia litigiosa que reconocen, están obligados à decir verdad con expresion del motivo por que lo afirman segun las reglas de su arte; bien que el juramento de estos es propiamente de credulidad, como senté en el cap. 1. num. 117. lib. 1. de esta segunda parte. Se

(1) Authent. De lis, qui ingreditur ad appelland. §. final. colat. 5. Authent. In isto jurament. Cod. de Jurjurand. propter calumnia. y Authent. Hoc Sacramentum, Cod. de Juram. calum. cap. Etsi Christus

de Jurjurand. cap. 2. de Probation. y cap. In appellacionis causa, de Juram. calum. in 6. §. In omnibus autem casibus.

(2) Cap. Testes 15. eosd. 3. q. 9. y leyes 26. 28. y 29. tit. 10. Partid. 3.

Se divide el juramento asertorio judicial en *decisorio litiis*; y *decisorio in litem*: el primero es aquel por el qual se decide la controversia, y negocio principal; y es de tres maneras: *voluntario*, ó *convencional*; *necesario*, ó *supletorio*; y *judicial*. El voluntario es el que defiere una parte á la otra despues de principiado el juicio; para no proseguir la contienda, sin que lo presente el Juez; y se le dá este nombre porque está en la voluntad de aquella en quien se defiere el hacerlo ó no, ó pedir que la otra lo haga, pues si no quiere no está obligada á ello. Pero si entre las dos se pacta que lo ha de hacer, no puede escusarse, ni pretender que la otra lo haga, y jurando, se debe estar á lo que jure, porque en este caso produce al actor accion *in factum*; ó *ex contractu*, si del mismo contrato se jurare, y al reo, y sus sucesores si lo hiciere, produce *exceptio* contra la pretension del actor: y lo mismo á sus fiadores. (1)

113 El juramento *necesario* es el que el Juez de oficio, ó á pedimento de uno de los contendores manda hacer al otro, á lo que no puede escusarse sin legítima causa: aquel á quien se pide, y manda, ni pretender que el que lo pide lo haga; y si se resiste, se le debe dar por convicto, del mismo modo que si su adversario hubiera probado plenamente su intencion. A este juramento llaman tambien *supletorio*, porque suple la falta de prueba; y se defiere por necesidad de la bastante; y así solo se manda hacer quando el pleito está dudoso, por no haber justificado plenamente su accion, y exceptio los litigantes, v. g. quando los testigos dicen que han visto á Pedro prestar á Juan cierta suma, pero no se acuerdan cuánta fue, en cuyo caso se defiere su importe en el juramento del actor; (2) y lo mismo sucede en otros casos semejantes; y se puede mandar hacer aunque sea despues de la conclusion, con tal que antes se haya pedido; (3) pero no deferirlo el Procura-

(1) Ley 2. y 8. tit. 11. Partid. 3. ley 8. Cod. de Rebus credit. y leyes 1. 2. 3. 6. 7. 8. 9. 13. 17. y 26. ff. hoc tit. (2) Cap. Ex lictis, de Juramento. Partido 11. 2. cap. 18.

(3) Ley Admonendi 31. ff. y ley

Generaliter, Cod. hoc tit. y dicha ley 2. tit. 11. Partid. 3. cap. Sicut 2. ff. Probat. y cap. An hoc tit. Mandat. Specul. sup. part. 6. ad 9. ff. de Jurament. & quando deferitur, a. 2.

rador en el adversario de su parte, ó colitigante, á menos que para ello tenga poder especial, ó general con libre, y franca administracion en causa dubia, y no líquida; ó que sea constituido Procurador actor en su misma causa, y fuera de estos casos ni aprovecha al que jura, ni daña al otro colitigante. (1) Advirtiendo que el tutor carecia de facultad para deferir en el adversario de su Pupilo este Juramento excepto en el caso de que por pruebas legítimas no pueda justificar su derecho. (2)

114 Y el juramento *judicial* (que se llama así por el lugar en que se hace,) es el que á presencia, y con aprobacion del Juez defiere el actor al reo, ó éste á aquel. Este juramento es tambien voluntario, y no necesario, porque está en la libre voluntad de aquel á quien se pide, el hacerlo, ó pretender que el otro lo haga; pero no debe escusarse á una de las dos cosas, y si se escusa, se le tiene por confeso, y cae de su derecho, porque manifiesta con su resistencia la injusticia de su pretension; lo qual se entiende, no teniendo causa justa para resistirlo, v. g. si es preguntado de hecho, que ignora: si probó plenamente su intencion: ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no puede ser reconvenido; en cuyos casos ninguno está obligado á jurar, ni puede pretender que jure el que pide el juramento. (3)

115 Para el juramento *litis decisorio voluntario* bastan en el que lo hace, las cosas que para jurar qualquier pacto, ó transaccion, de suerte que no tenga prohibicion legal de hacerlo. (4) Para el judicial se requiere á mas de esto que lo apruebe el Juez con previo conocimiento de causa. (5)

116 Pero para el *necesario*, ó *supletorio* son necesarias

(1) Ley 2. tit. 4. Partid. 3. ley Protes. Cod. de Transaction. y ley 2. tit. 7. lib. 2. Recop. (2) Ley Tutor 26. ff. de Jure jurand. Montan. de Tutore, cap. 33. num. 392.

(3) Ley 2. tit. 11. Partid. 3. ley Delato 9. Cod. de Rebus credit. ley Jusjurandum 24. §. Alii. Prator. 6. ley

Manifeste 38. ff. hoc tit. y ley Marcellus 17. §. 1. ff. de Actionib. rerum amotar. cap. fin. hoc tit. vers. Quamvis, y cap. 2. de Probation.

(4) Leyes 2. y 34. ff. de Jurejurand.

(5) Ley 2. tit. 11. Partid. 3. ley In bonis lictis: y ley Generaliter, §. Sed juramentum, ff. de Reb. credit.

copulativamente cinco cosas: la primera, que la parte no tenga prohibición de jurar, ni de pedir el juramento; que el negocio esté dudoso: y que la prueba no sea plena, y bastante, y la costumbre contraria está reprobada; (1) pues si el actor justifica plenamente su acción, y demanda, debe ser condenado el reo, y no admitirse, ni haber lugar al juramento. (2) La segunda, que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno de toda excepción, que dé razón de su dicho, ó por otro medio legal, y verosímil; pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo, aunque nada haya justificado, y no hay para que hacer el juramento, porque éste sirve únicamente de semiplena probanza. (3) La tercera, que la parte en quien se defiere, no sea vil, ni sospechosa de perjurio, sino legal, fidedigna, y que tenga ciencia verídica de la causa, y cosa por los sentidos corporales, al modo que el testigo; al qual se equipara en este caso, por lo que no se suele deferir en el heredero; (4) y que pará la declaración esté presente, ó sea citada la parte a iversa. (5) La quarta, que la causa civil sea modica, y no magna, pues en las arduas no se defiere, sino que sea sobre algun incidente, ó que haya vehementes presunciones que patrocinen al actor; y qual se llame, ó no causa ardua se deja al arbitrio del Juez, y así trae Socino en la regla 204. ochenta limitaciones, en las quales no há lugar, y una de ellas es la referida. Tampoco se defiere en las causas criminales, excepto al reo para purgar su inocencia, (por lo que en éstas se llama juramento de purgacion de los juicios que resultan contra él, por los quales no puede ser condenado en definitiva, y por eso el Juez le hace que jure si cometió el delito,) y para graduarse de grande, ó pequeña la causa, se mira á la condicion de las personas. Y la quinta, que la probanza semiple-

(1) Cap. Sicut 2. de Probation. y ley 3. tit. 11. Partid. 3.

(2) Cap. 2. dicho, y cap. In presententi 8. eod. tit.

(3) Ley Qui accusare, Cod. de Eledno, y cap. Cum ecclesia, fin. de Causa possession.

(4) Arg. cap. Testes, caus. 35. quest. 9. y ley Testium, Cod. de Testib. glos. in leg. Bonz fidel. verb. Decidi, ff. de Reb. credit.

(5) Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 11. Partid. 3. glos. 7.

plena de una parte no se elida, y desvanezca por la de la otra. Y saltando alguna de estas cosas no há lugar á la declaración. (1)

117 El juramento *in litem* (que es propriamente de decir verdad) es aquel, en el qual por falta de prueba defiere el Juez, pues la parte no puede deferirlo, la estimacion, y valor de la cosa que se disputa en el juicio, ó el daño que á su dueño causó su contendor por dolo, y no lata culpa, (excepto contra el tutor, pues basta ésta) engaño, ó otro motivo justificado; cuyo juramento debe hacer el actor, ó dueño de la cosa litigiosa, y no el reo, y por el pupilo su tutor, ó curador *ad bona*: bien que si llegó á la pubertad, ha de hacerlo por sí propio. (2)

118 Para que se defiera á este juramento se requieren seis circunstancias: la primera, dolo del adversario: la segunda, dificultad de probanza á mas del dolo: la tercera, que el que hace el juramento, esté cierto de que es verídico lo que jura, y ninguna presuncion tenga contra sí: la quarta, que el Juez defiera á él, y se cite al colitigante para hacerlo: la quinta, que se haga despues de la contestacion, y antes de la conclusion de la causa: y la sexta, que el que lo hace, tenga capacidad para hacerlo, y edad, (pues el menor, loco, siervo, pródigo, y dementoriado no pueden pedirlo, ni hacerlo, y por ellos lo deben hacer sus tutores: bien que si el contendor les pidiese el juramento, y lo hiciesen á su favor, se debe estar á él, ya sea, ó no verdadero; mas no, siendo contra sí, sin que por no ser verdadero se les pueda sindicar de perjuros,) y en otros terminos no há lugar. (3)

119 Debe recaer este juramento sobre una de tres cosas; á saber: *Aficion: interés singular, y verdadera estimacion: ó interés comun.* Aficion v. g. la que el dueño tiene á la alhaja; pues puede jurar no solo sobre lo que valia in-

(1) Marant. Dicha part. 6. y act. 9. ex num. 1. al 25. y nom. 28. Parador, lib. 2. cap. 18. num. fin.

(2) Ley 5. tit. 11. Partid. 3. y ley Videmus 4. §. Deferre, ff. de In litem jurand.

(3) Leyes 3. 4. 6. y 7. tit. 11. Partid. 3. Guersit. de Inventar. lib. 4. cap. 1. num. 72. Gutier. de Tutela part. 2. chap. ultima ley 28. y cap. 2. Mascara concilio. pp. 6. 13.

triasecamente, sino en su estimacion, y aprecio, y sobre el daño que el reo le irrogó por el dolo de habersela subtraído, ò hecho perder, aunque exceda al justo valor que tenia. Pero para que se estime este juramento, es menester que concurren copulativamente tres circunstancias: la primera, que el reo haya sido condenado por el dolo cometido, y no quiera sin embargo restituir la alhaja: la segunda, que la afición sea á ésta; v. g. á un libro, ò otra, y no al dinero, porque éste se paga con otro de igual especie; y la tercera, que su dueño proceda de buena fé, y la regulacion que haga, no sea absolutamente arbitraria, sino *stricti juris*, pues ha de hacerla ante el Juez, y luego mandarle que jure sobre aquella cantidad cierta en que la estima, como lo ordena la ley 5. tit. 11. Partid. 3. ibi: *E quando todas estas cosas oviere catadas, debe el juzgador asmar, e apreciar aquellas cosas, ò el daño que oviese venido á la parte por algunas de las razones que de suso diximos, e poner cierta quantia fasta quanto jure, e la parte deba jurar que por tanto non queria haber menos aquella cosa que demandaba, ò que aprecia tanto el daño que recibió por razon de aquel tuerto, e de aquel engaño, quanto el juzgador asmo, lo qual ignoran muchos, y por no haber visto la ley, hacen lo contrario. Y se advierte que el tutor puede hacer este juramento por su Pupilo si quisiere, y no de otra suerte, (1)*

120 De *interés singular* es, quando por no haber pagado el reo al actor lo que le debía al plazo estipulado, fue condenado éste á instancia de un acreedor suyo en alguna pena pecuniaria, ò se le vendieron sus bienes, pues el actor puede jurar sobre el interés singular, y perjuicio que le ocasionó la morosidad del reo. Y de verdadera estimacion es, quando por dolo del reo pierde el actor alguna alhaja: pues puede jurar quanto valia justamente, y el reo debe ser condenado á la solucion de su valor. (2)

121 Resistiendo el tutor acabada la tutela, á dar cuen-

(1) Ley Videsmus. ff. Si in litem jurand. & ibi Bartol. Bald. y Paul. de Cast.

(2) Ley 5. tit. 11. Partid. 3. Marcan. ibi, num. 97.

cuenta de ésta al menor, que ya es mayor, ò á quien su poder tenga; ò á entregarle el inventario de sus bienes, y éstos con sus títulos, puede el menor hacer contra él el juramento *in litem*, así de *afición* como de *interés singular*. Lo propio puede hacer, si prueba que por su culpa aunque no interviniese dolo, se le menoscabaron algunos de sus bienes, (lo qual es especial en el tutor,) pero contra sus herederos no há lugar el juramento referido, y así solo averiguando el Juez el valor de los bienes, y sus frutos, los debe condenar á la entrega de su importe, haciendo primero la regulacion, y que jure luego el menor que valian la cantidad en que los estimó, y no de otra suerte en ambos casos. Lo qual se limita quando por engaño, ò culpa de los herederos se le menoscabaron sus bienes, pues entonces puede jurar contra ellos del propio modo que contra el tutor. (1) Y lo mismo puede practicar, quando éste contestó la demanda antes de morir. (2)

122 Todo juicio, ò pleito civil ordinario se debe incoar por demanda, y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado. Lo qual procede, excepto que el demandante (si omite esta diligencia) no pueda ir por él adelante, ò proseguirlo, pues en este caso puede hacerle las preguntas concernientes á entablar su demanda, como lo expresa la ley 1. tit. 10. Partid. 3. al principio, ibi: *Ciertas preguntas son las que puede hacer el demandador sobre la cosa que quiere hacer su demanda, ante que el pleito se comienze. E son de tal natura que si el demandador no las fiexiese en aquel tiempo, e otrosi el demandado no respondiese á ellas, que non podrian despues ir adelante por el pleito ciertamente: y la tercera siguiente, que dice: Comenzamiento, e raíz de todo pleito sobre que debe ser dado juicio, es quando entran en él por demanda, e por respuesta delante del juzgador. Y así se admiten al actor las preguntas concernientes al pleito, y manda que el reo las absuelva antes de poner la demanda, como repetidas veces lo he visto, por ser conveniente para fundamentar ésta.* Las

(1) Ley 6. tit. 11. Partid. 3. ley Alfo, Cod. de la litem jurand. y leyes Tutor 8. ff. cod. tit. y tutor,

(2) ff. de Administrat. tutor. Ley penult. Cod. de la litem jurand.

123 Las preguntas son ; v. g. quiere demandarle como heredero de alguno : puede preguntarle si lo es , ó no , y en qué parte de herencia. Al padre , por el peculio de su hijo , si éste lo tiene , ó no. Si duda de la edad del reo , que diga si tiene , ó no 25 años , para en caso de no tenerlos , pedir que antes de pasar adelante , se le provea de curador *ad litem* , con quien se substancie el juicio : ya sea civil , ó criminal ; y así otras preguntas semejantes según la naturaleza de la demanda , à las quales debe responder clara , abierta , y categoricamente. (1)

124 Pero no está obligado à responder , (y lo mismo sucede al actor) quando las preguntas son impertinentes à la causa ; sobre punto de derecho ; ó quando goza de fuero , y no es suyo el Juez que de ella conoce ; ó sobre los derechos del actor ; ó quando no es preguntado por vía de *posicion* , sino de *interrogacion* sobre el negocio principal ; ó en su hecho propio se le pregunta del ageno , ya sea civil , ó criminal ; ó de lo que consiste en su mero ánimo no declarado con hechos , ni palabras ; ó si tratando de reivindicacion , se le pregunta si posee la alhaja con buena , ó mala fé ; y en otros casos semejantes. (2)

125 Tampoco debe principiarse por sequestro , ó embargo de bienes (ni por intervencion , que en el efecto viene à ser lo mismo) sino en los seis casos de la ley. (3) que son : el primero por convenio de los contendores. El segundo , quando la cosa litigiosa es mueble , y el que la tiene , sospechoso , y se presume que haga fuga , ó la deteriorare ; ó si son frutos de alhaja raíz , que los consuma. Y sobre qual se reputa sospechoso queda al arbitrio del Juez , precedida informacion sumaria , ò otra justificacion ; y conocimiento de causa , por militar la misma razon que para arraigar. El tercero , quando el condenado definitivamente à entregar la alhaja , apela de la sentencia , y su contendor recela de él lo que en el segundo caso queda expuesto. El quarto , quando el marido disipa la dote de su

(1) Leyes 1. y 2. tit. 10. Partid. 3.

(2) Ley 2. tit. 12. Part. 3. Marant. part. 6. tit. de Interrogat.

(3) Ley 1. tit. 9. Partid. 3. Sr.

Greg. Lop. en ella , glo. 2. 5. 7. 12. 13. y 14.

múger ; en cuyo caso acreditandolo ésta , debe el Juez deferir à su pretension , entregandola su dote , ò à otra persona ; para que la administre , y le contribuya con sus frutos. El quinto , quando el hijo preterido , ò exheredado injustamente pretende su legitima ; pues si su hermano instituido unico heredero se resiste à entregarsela con sus frutos , puede pretender que hasta que se efectúe la division , se depositen todos los bienes partibles , de que el hermano está apoderado. Y el sexto es por razon de la condicion de la persona , v. g. si un siervo obtenida su libertad en juicio , pretende que su señor le entregue los bienes que le retiene , y éste niega que son suyos ; pues se deben sequestrar hasta que se declare à quien pertenecen , y depositarse en persona lega , llana , y abonada , la qual ha de tener en su poder el depósito todo el tiempo que parezca al Juez , de cuya orden lo constituyo , ò à las partes , si voluntariamente lo hicieron en ella. (1)

126 No debe principiarse asimismo por informacion de testigos à instancia del actor antes de la contestacion , à menos que de omitir la recepcion de sus dichos , pueda perder su derecho por falta de justificacion ; v. g. quando son muy viejos ; (que esto lo debe graduar el Juez à su arbitrio) ò están enfermos , y se teme su muerte ; ò tienen que hacer larga ausencia del Pueblo ; ò haya otros motivos justos para ello ; pues en estos casos pueden ser examinados , citando previamente à la parte adversa ; y si ésta no se halla en el Pueblo , ò aunque esté en él , si no quiere presenciar à juramentarlos , no ha de dexar por eso de admitirlos. (2) y hará fé su dicho , siendo idoneos , y fidedignos. En quanto à quando la hará la informacion *Ad perpetuam rei memoriam* que se hace por los motivos referidos , ò para probar el naufragio , y caso fortuito accaduto en el mar , y en caminos , y qué debe practicar el que la pretende , vease la *Curia Philipica* part. 1. §. 17. *Prueba*, num. 7. y 8. y à los que cita , pues por estar en Castellano omito explicarlo.

Pe-

(1) Dicha ley 1. à fin , y 2. tit. 9. Partid. 3.

(2) Ley final , tit. 10. y ley 1. tit. 10. Partid. 3.

84 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.

127 Pero por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan, y examinen antes de la contestacion, sin embargo de que no intervengan las causas referidas. (1) especialmente despues de tomada la declaracion a la parte adversa que está negativa. Y lo propio milita à instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar de contestacion, lo qual he visto practicar en esta Corte repetidas veces. Tambien se admiten en causas criminales, y de pesquisa, y residencia, y sobre capitulos contra los Jueces, ò otros comisionados del Rey, sin citar à los reos; y en otros casos que traen las leyes; (2) pero en este ultimo es menester que el capitulante firme el memorial de capitulos, y añance de escalunía ante todas cosas. (3)

128 Igualmente se admiten quando el padre adoptivo prometió algo à su hijo delante testigos: ò el testador mandó à su heredero que diese libertad à su siervo, para hacerlo constar éstos en juicio: (4) y sobre las excepciones dilatorias, v. g. recusaciones de Jueces Togados, ò Eclesiasticos para probar las causas de su recusacion: pacto de no pedir: pleito acabado sobre lo mismo que se pretende: privilegio obtenido con vicios de obrepcion, y subrepcion, &c. citando en estos casos à la otra parte. (5) Y lo mismo milita en otros hasta el número de 82. que trae Mariano Socino in cap. Quoniam frequenter: tit. Ut lite non contestata, los que omito expresar por no incumbir al Escribano.

(1) Authent. de Testibus, §. fin. wolar. 7. Sr. Greg. Lep. en dicha ley 2. tit. 16. glos. 1. vers. Advertis

(2) Leyes. y 6. tit. 16. Partid. 3. y leyes 10. y sig. tit. 7. lib. 3. Recop.

(3) Ley 64. tit. 4. lib. 2. Recop. Bobadilla lib. 5. Polit. cap. 2. num. 92. y sig.

(4) Leyes 4. y 5. tit. 16. Partid. 3.

(5) Ley 7. tit. 16. Partid. 3. y el tit. 10. lib. 2. Recop.

§. III.

DE LA CITACION, Ó EMPLAZAMIENTO con la demanda, y de cuántas maneras puede hacerse.

129 DE la demanda propuesta por el actor se debe conferir traslado al reo, y hacersle saber, ò citar con ella: para lo qual debo sentar que la citacion, ò emplazamiento se practica, y es de tres maneras: Verbal, real, y por escrito. La verbal es un juridico llamamiento que el Juez hace al demandado, à fin de que comparezca ante él à defenderse, y cumplir su precepto, (1) y el principio, raíz, y fundamento substancial del orden del juicio, que está introducido por todos Derechos, como indispensable para la defensa del reo; (2) por lo que la primera no debe omitirse, ni en ello puede dispensar el Papa, Príncipe, ni ley, y si se omite, es nulo el juicio, à menos que el demandado ocurra por sí, ò por su Procurador antes de practicarse, que entonces es superflua: (3) bien que se puede alterar, y variar el modo de hacerla, y quitarse las demás de la causa como introducidas por derecho positivo para la preparacion de la sentencia. (4) Previendo que para citar, tomar declaracion, ò practicar otra diligencia con persona constituida en dignidad, jurisdiccion, ò distincion, debe preceder darla recado de atencion, aunque en el auto, ò despacho no se mande, porque la Justicia no se opone à la urbanidad, ni la impide; lo que tendrá presente el Escribano.

No

(1) Ley 1. al princip. tit. 7. Partid. 3. y ley 3. tit. 2. lib. 4. Recop.

(2) Preciu del tit. 7. Partid. 3. §. fin. Instaur. de Pom. tenere litigant. glos. in Rubr. ff. & Cod. de In jus vocand. Clementin. Sepe, de Verbor. signification. Sr. Covar. Practic. cap. 23. num. 6. Sr. Salgad. de Reg. part. 2. cap. 13. num. 63.

Tom. III.

(3) Ley Post. edictum, ff. de Judic. ley Labeo, ff. Quomodo, & quando. Genes. 2. vers. 9. Clementin. 2. de Sentent. & re judicat. cap. 1. de Causa possession. & proprietat.

(4) Sr. Cov. lib. 5. Salg. ubi sup. n. 60. y part. 3. cap. 9. n. 27. Gum. en la ley 76. de Toro. n. 8. vers. Pro cur. Sr. Larrea allegat. 107. num. 9.

F 3

84 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.

127 Pero por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan, y examinen antes de la contestacion, sin embargo de que no intervengan las causas referidas. (1) especialmente despues de tomada la declaracion a la parte adversa que está negativa. Y lo propio milita à instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar de contestacion, lo qual he visto practicar en esta Corte repetidas veces. Tambien se admiten en causas criminales, y de pesquisa, y residencia, y sobre capitulos contra los Jueces, ò otros comisionados del Rey, sin citar à los reos; y en otros casos que traen las leyes; (2) pero en este ultimo es menester que el capitulante firme el memorial de capitulos, y añance de escalunía ante todas cosas. (3)

128 Igualmente se admiten quando el padre adoptivo prometió algo à su hijo delante testigos: ò el testador mandó à su heredero que diese libertad à su siervo, para hacerlo constar éstos en juicio: (4) y sobre las excepciones dilatorias, v. g. recusaciones de Jueces Togados, ò Eclesiasticos para probar las causas de su recusacion: pacto de no pedir: pleito acabado sobre lo mismo que se pretende: privilegio obtenido con vicios de obrepcion, y subrepcion, &c. citando en estos casos à la otra parte. (5) Y lo mismo milita en otros hasta el número de 82. que trae Mariano Socino in cap. Quoniam frequenter: tit. Ut lite non contestata, los que omito expresar por no incumbir al Escribano.

(1) Authent. de Testibus, §. fin. wolar. 7. Sr. Greg. Lep. en dicha ley 2. tit. 16. glos. 1. vers. Advertis

(2) Leyes. y 6. tit. 16. Partid. 3. y leyes 10. y sig. tit. 7. lib. 3. Recop.

(3) Ley 64. tit. 4. lib. 2. Recop. Bobadilla lib. 5. Polit. cap. 2. num. 92. y sig.

(4) Leyes 4. y 5. tit. 16. Partid. 3.

(5) Ley 7. tit. 16. Partid. 3. y el tit. 10. lib. 2. Recop.

§. III.

DE LA CITACION, Ó EMPLAZAMIENTO con la demanda, y de cuántas maneras puede hacerse.

129 DE la demanda propuesta por el actor se debe conferir traslado al reo, y hacersle saber, ò citar con ella: para lo qual debo sentar que la citacion, ò emplazamiento se practica, y es de tres maneras: Verbal, real, y por escrito. La verbal es un juridico llamamiento que el Juez hace al demandado, à fin de que comparezca ante él à defenderse, y cumplir su precepto, (1) y el principio, raíz, y fundamento substancial del orden del juicio, que está introducido por todos Derechos, como indispensable para la defensa del reo; (2) por lo que la primera no debe omitirse, ni en ello puede dispensar el Papa, Príncipe, ni ley, y si se omite, es nulo el juicio, à menos que el demandado ocurra por sí, ò por su Procurador antes de practicarse, que entonces es superflua: (3) bien que se puede alterar, y variar el modo de hacerla, y quitarse las demás de la causa como introducidas por derecho positivo para la preparacion de la sentencia. (4) Previendo que para citar, tomar declaracion, ò practicar otra diligencia con persona constituida en dignidad, jurisdiccion, ò distincion, debe preceder darla recado de atencion, aunque en el auto, ò despacho no se mande, porque la Justicia no se opone à la urbanidad, ni la impide; lo que tendrá presente el Escribano.

No

(1) Ley 1. al princip. tit. 7. Partid. 3. y ley 3. tit. 2. lib. 4. Recop.

(2) Preciu del tit. 7. Partid. 3. §. fin. Instaur. de Pom. tenere litigant. glos. in Rubr. ff. & Cod. de In jus vocand. Clementin. Sepe, de Verbor. signification. Sr. Covar. Practic. cap. 23. num. 6. Sr. Salgad. de Reg. part. 2. cap. 13. num. 63.

Tom. III.

(3) Ley Post. edictum, ff. de Judici. ley Labeo, ff. Quomodo, & quando. Genes. 2. vers. 9. Clementin. 2. de Sentent. & re judicat. cap. 1. de Causa possession. & proprietat.

(4) Sr. Cov. lib. 5. Salg. ubi sup. n. 60. y part. 3. cap. 9. n. 27. Gum. en la ley 76. de Toro. n. 8. vers. Pro cur. Sr. Larrea allegat. 107. num. 9.

F 3

130 No solo debe ser citado al principio del pleito el reo contra quien se instaura la demanda, sino todas las personas, de cuyo perjuicio se trata principalmente en el juicio, como lo dice la ley 47. ff. de Re judicat. ibi: *De unoquoque negotii praesentibus omnibus, quos causa contingit, judicari oportet: aliter enim judicatum tantum inter praesentes tenet.* (1) Y si al principio no se les cita, tal vez por ignorarse quienes son, se puede pretender su citacion en qualquier estado del pleito, y sobre ella formar articulo: y mas quando de omitirse, se puede irrogar perjuicio al que la pretende; y el Juez debe deferir á esta solicitud antes de proceder *ad ulteriora*, y no reservar la determinacion sobre el articulo para definitiva; y sino lo hace, se puede apelar, como se executó á mi instancia por la Sala de Justicia del Consejo en pleito que ségú, revocando el auto de un Señor Ministro de él, por haber reservado para definitiva la decision sobre que se citase á otra al juicio, segun se habia pretendido por mi parte á consecuencia de su prueba despues de haber alegado el actor de bien probado.

131 Pero no es necesario citar á las demás personas, á quienes accesoria, ó secundariamente toca, y puede irrogarse perjuicio; bien que será útil para que les perjudique la sentencia; (2) por cuya razon en los pleitos de mayorazgo, basta que se cite á su poseedor: (3) en los de locacion, y commodato, si la cosa que se demanda está prestada, ó arrendada, debe citarse al señor, ó deudor, y no al conductor, ni commodatario, á menos que otro se la haya prestado, ó arrendado, que entonces como tercero se le debe citar igualmente para que use de su derecho: (4) en los de jurisdiccion entre dos Señores no es necesario citar

(1) Parador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 9. n. 20.

(2) Gom. en la ley 40. de Toro. num. 73. Sald. decision. 756. num. 1. Sr. Castill. lib. 6. Centrovers. cap. 156. n. 12. Guér. lib. 3. Praef. quest. 17. n. 24.

(3) Miera de Majorat. part. 4.

quest. 2. num. 160. Sr. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 8. Guzm. de Veritat. jur. verit. 4. n. 40. Petr. de Potest. Princip. cap. 37. n. 43.

(4) Sr. Castill. lib. 1. Gom. en dicha ley, n. 43. y 49. vers. Quarto, y n. 73. Sr. Saig. part. 4. de Retent. cap. 8. n. 112. Vela dissert. 19. n. 4.

al Pueblo: (1) ni en el suscitado sobre alhaja dotal á la muger, por ser suficiente que con el marido se substancie, y entienda como administrador legitimo que es, y dueño de sus bienes con dominio revocable; (2) y asi se práctica.

132 El citado debe comparecer ante el Juez que le mandó citar, aunque goce de privilegio; y en cuyo caso no siendo competente, le ha de manifestar el que tenga: (3) y no pudiendo ser hallado en su casa, se ha de hacer saber en ella la demanda á su muger, hijos, ó criados, si los tuviere, y en su defecto á sus vecinos mas cercanos, para que se lo noticien quando venga: (4) pero esta comparencia no es preciso que sea personal, pues basta por Procurador, porque en las causas civiles, y sea ordinarias, executivas, ó sumarias, ninguno está obligado, ni puede ser compelido á comparecer personalmente ante el Juez, sino solamente por Procurador, ó Apoderado con suficiente poder, y los emplazamientos expedidos en contrario, no valen: (5) por lo que se deben expedir para que por sí, ó por su Procurador con poder bastante comparezcan, y asi se práctica. Previendo que no siendo suyo el Juez, no es menester que comparezca con pedimento ante él, basta que en el acto de la notificacion exhiba el titulo, ó privilegio de esencion de su jurisdiccion al Escribano, el qual ha de poner en ella lo que de él resulte, y devolvérsele, á lo que no debe excusarse; y asi se observa en esta Corte.

133 Lo que se práctica en caso de no poder ser hallado sin embargo de no ser rigorosamente preciso porque las leyes no lo mandan, es, hacer el Escribano tres diligencias en diversos dias, y á horas commodas, en que los hombres segun la costumbre del Pueblo suelen estar en sus casas, no á una misma, y ponerlo por fé cada dia, y la res-

(1) Bald. in leg. 1. Cod. de Liberal. caus. Innocent. in cap. Inter quosq. de Major. & obed. Parador. lib. 2. Rec. part. 5. cap. fin. §. 5. num. 21.

(2) Gom. dicho n. 73. Castill. en la ley 55. de Toro, n. 44. Quesad. Divinar. quest. cap. 14. n. 22. Parador. lib. 1. n. 21. y sig.

(3) Ley 2. tit. 7. Partid. 3. y ley Si quis ex aliena 4. ff. de Judic.

(4) Leyes 1. tit. 7. Partid. 2. y 1. tit. 10. lib. 4. Recop. Gutier. lib. 1. Praef. quest. 123. Azev. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 97. 149. y 120.

(5) Ley 3. tit. 7. Partid. 3. y ley 25. tit. 3. lib. 4. Recop.

respuesta que le han dado; y en vista de todo acude el actor al Juez con pedimento refiriendo lo acaecido, y pretendiendo mande dexasle cedula, ó memoria por escrito con la expresion competente, y declare en su consecuencia por hecha la citacion como si fuese en persona, para que le pare el mismo perjuicio, y no alegue ignorancia; á lo qual debiere, mandando que primero se practique otra diligencia en su busca: con cuyo acto queda citado, y no es menester buscarle por el Pueblo, como lo previene la ley: y luego lo pone todo por fé, y diligencia el Escribano en los autos con expresion de la persona á quien entregó la cedula, y de las horas en que fue á buscarle: lo qual basta para prueba de la citacion.

134 Haciendo la citacion el Porteró mayor del Juez, ha de justificarla con un testigo para ser creído, y si es el menor, con dos; pero nada de esto es menester, haciendola el mismo Juez, ó el Escribano, pues deben ser, y son creídos. Y si el reo no puede ser habido, ni tiene casa en el Pueblo, ha de ser llamado por edictos, ó pregones. (1) Lo propio se ha de practicar, quando las personas á quienes debe citarse, son inciertas, ó aunque ciertas, tantas, que sin dificultad no pueden ser habidas, ó concebidas para hacerles la citacion, (2) y así se observa.

135 Si el que ha de ser citado, es menor, se le debe proveer de curador *ad litem* (ya esté, ó no en el Pueblo) en los términos explicados en los numeros 23. y 25. con el qual, y no con el menor se han de entender no solo la primera citacion, sino todas las diligencias que ocurran en el juicio (3) hasta su final decision.

136 Y si está domiciliado en territorio de otro Juez, puede el de la causa (suponiendo tiene jurisdiccion para conocer de ella por alguna de las razones en el numero 37. expuestas) ir por sí mismo á citarle, ó expedir requisitoria de

(1) Dicha ley 1. tit. 7. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glosa 6. Carlev. tit. 1. disp. 2. n. 4.

(2) Parledor. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 9. num. 15. 16. y 18.

(3) Ley In causa, §. fin. ff. de Procurator. y leyes 11. y 12. tit. 2. Partid. 3. Otero de Officialib. lib. 2. cap. 8. num. 28.

de emplazamiento, ó letras exhortatorias á aquel Juez á instancia de la parte, ó de oficio, sino la hay, á fin de que mande hacer la citacion: (1) y esto ultimo es lo que se observa entre Jueces inferiores, y no lo primero, sin embargo de la terminante disposicion de la ley recopilada que se cita, y remueve toda duda, como lo advierte Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. num. 27. al 29. mas no por los superiores, pues estos citan por medio de sus despachos, y de qualquiera comisionado, como que tienen jurisdiccion en todo el Reyno, ó Provincias á cada Tribunal demarcadas, tomando antes el cumplimiento del Juez del Pueblo. Previniendo que el Juez debe señalar al reo en la requisitoria término competente para comparecer, y peremptorio, como si fuese asignado por tres, sin que el actor sea obligado á acusar las rebeldias mas que al fin del prefinado, (2) y es lo que se practica.

137 Siendo delegado, ó comisionado el Juez que entien- de en el negocio, debe incorporarse en la requisitoria el titulo, ó comision que tiene, ó á lo menos dar fé de serlo el Escribano de la comision, porque de otro modo no la acredita, ni se presume tenerla, y el requerido puede negarle el cumplimiento: lo qual no es necesario, siendo ordinario, por ser notoria su jurisdiccion, (3) como que el Derecho se le concede.

138 Pero ya sea ordinario, ó delegado, se deben insertar en la requisitoria el poder de la parte, si lo hay, la demanda, el papel, ó escritura en que se funda el auto, y los demás documentos concernientes, y justificativos, y tambien la sentencia, segun sea el estado en que se expide; y en las causas criminales contener la prueba del cuerpo de delito, y de que es reo aquel, contra quien se dirige: y legitimo el Juez, para conocer de la causa, á fin de que el requerido no tenga reparo en cumplimentarla,

(1) Ley 7. tit. 3. lib. 4. Recop. Sr. Soloz. lib. 2. Politic. cap. 28.

(2) Cova particular. (3) Leyes 4. y 2. tit. 3. lib. 4. Recop. y en esta Acob. n. 8.

(3) Ley Post edictum, ff. de Judic. ley Labeo, ff. Quomodo & quando. Boabdill. lib. 2. Politic. cap. 7. num. 15. Avendoff. in Dictionar. verbo Almoneda, veta. Fradita.

la, como está obligado; (1) pues faltando estos requisitos, puede denegarle el cumplimiento, sin incurrir en pena. Y lo propio milita en las executivas, como en el capít. 2. diré.

139 La requisitoria, ó despacho de emplazamiento, à otra qualquiera ha de estar tres dias naturales despues del en que se concluyeron las diligencias que previene, en el juzgado en que se presenta, (para cuya presentacion no es necesario dar pedimento) à efecto de que en ellos pueda el sugeto contra quien viene dirigida, pedir su retencion, si para ello tiene legal fundamento por incompetencia de jurisdiccion, ó por otro, y pidiendola, se le debe entregar; y si pretende que se retenga, parece se deberá substanciar con el que la presentó, sin pedirle poder, porque à mas de habilitarse por ella, es visto conferirselo el demandante por el hecho de encargarle la solicitud de su evacuacion; y que esto procederá, aunque sea necesario apelar de la providencia en que el Juez requerido declara haber, ó no lugar à su retencion, y seguir la apelacion; por lo que en las requisitorias se pone, y no se debe omitir esta clausula: *Que siendo presentadas por qualquiera persona en nombre de Fulano, sin pedirle poder, ni otro documento, las manden aceptar, y cumplir.* &c. pues si se omite, y no tiene poder el que las presenta, carece de facultades para todo lo expuesto, y no se le tendrá por parte; pero ni dictamen es que se le dé poder, à fin de que llegado el caso de pedir su retencion, no se le ponga el defecto de ilegitimidad de persona para seguir este incidente: la requisitoria no le autoriza para seguirlo, y si unicamente para hacer que se evaque lo que en ella se preceptúa: y sin poder no se le debe estimar parte, ni entregar los autos.

140 Las demandas que se instauran contra Concejo, Comunidad, Cabildo, ó Universidad, aunque lo mejor es que se hagan saber à todos, ó à la mayor parte congregada, segun se acostumbra: no obstante, como es dificil con-

(1) Ley 3.ª tit. 3. lib. 4. Recop. Carley. tit. 1. disp. 2. num. 26. y 757. y sig. Sr. Covar. Practic. cap. 10. n. 7. al fin, y cap. 11. num. 8.

seguirlo, y entenderse con todos separadamente, si no quieren, ó no pueden congregarse, basta que se notifique à su Procurador, ó Apoderado existente en su Pueblo, ó en el del juicio. Previniendo que sus individuos no deben ser reconvenidos singularmente por el debito, y obligacion de sus respectivos cuerpos, ni al contrario estos por lo que debe cada uno de aquellos. (1)

141 No solo puede hacerse la citacion al Sindico, ó Procurador del Concejo, Universidad, y Cabildo Eclesiastico, ó Secular, sino al de qualquiera persona que lo tenga, si comodamente no se la halla; (2) y con él, como dueño de la instancia, se han de entender, y substanciar despues de contestada la demanda, (y no con su parte, à menos que le revoke el poder) todos los autos, y diligencias que ocurran hasta declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y executarla, si el poder se estiende à esto, y no de otra suerte, à fin de evitar los gastos, y dilaciones que de entenderse con ella se pueden causar al colitigante, y el que sean interminables los juicios, si existe en otro Pueblo, ó procede de mala fé su parte; mas no en otra instancia, v. g. en grado de apelacion, porque ya es diversa: pues en esta, ó se han de hacer saber à la misma parte, ó ésta conferir su poder à Procurador de aquel Tribunal, con quien se practiquen, (3) y así se observa.

142 Si el demandado es vecino del Pueblo en que está el juicio, no debe ser compelido à nombrar Procurador, antes bien puede comparecer en él por sí, y defenderse; (4) aunque hoy como hay Procuradores determinados en los Tribunales superiores, y en muchos inferiores, no se en-

(1) Ley 13. tit. 2. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 3. y 4.

(2) Dicha ley 13. y ley 14. sig. y ley. In causa, §. fin. ff. de Procurator. cap. Non solum de Appellation. Otero de Oficiali. lib. 3. cap. 8. n. 23. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 1. num. 7.

(3) Ley Nolla dubitatio 23. Cod. de Procurator. Sr. Valenz. cons. 10.

n. 9. Parlador. lib. 2. Rer. part. 5. cap. fin. §. 9. n. 29. Ciriac. contro. vers. 350. Sr. Covar. Practic. cap. 11. num. 2.

(4) Leyes 1. y 2. tit. 2. lib. 4. Recop. Marant. tit. de Citation. n. 118. Vela dissert. 39. n. 53. Sr. Solorz. de Jur. indian. tom. 3. lib. 4. cap. 3. n. 23. & in Follr. lib. 5. cap. dicho, vers. y en terminis.

entregan los autos à las partes en donde los hay, sino à ellos para la mayor seguridad, porque à su debolucion son responsables sus officios, y para la facilidad de apremiarlos à esta; por lo que es preciso darles poder, sin el qual à nadie se admite en los Consejos Reales.

143. La citacion ya se considere acto judicial, ò extrajudicial, lo es de jurisdiccion, porque para mandarla hacer el Juez, ha de tenerla sobre el sujeto como subdito suyo, y por ella adquiere preyencion en las causas civiles: y así conociendo del negocio dos, ò mas Jueces, el que previno el juicio por previa, y legitima citacion, ha de proseguir en él como competente: (1) bien que el citado debe comparecer ante todos los que le mandan citar, segun la comun práctica, y usar de su derecho, pretendiendo la acumulacion para no ser molestado por diversos Jueces sobre una misma cosa. En las criminales si fuere citado por muchos à un propio tiempo sobre una causa, no incurrir en pena, compareciendo ante uno solo, excepto que sean desiguales en jurisdiccion, pues entonces debe comparecer ante el mayor, y mas digno: y siendo iguales, y las causas diversas, ante el que entienda en la mas grave. Sobre todo lo qual vease à *Carlet. tit. 1. disp. 2. sect. 3.* y à los que cita, pues trata latissimamente de la prevencion de jurisdiccion, y al Escribano poco le importa saberlo.

144. En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace, es nula, por estar prohibido en ellos todo juicio. (2) Lo qual se entiende, à menos que se interese la utilidad pública, ò privada, que entonces puede habilitarlos el Juez: bien que si el citado comparece en virtud de ella, se revalida. Tampoco debe hacerse de noche sin especial habilitacion con causa, lo qual se observa por evitar nulidades, y controversias; pero de orden judicial expresa puede hacerse la verbal en la Iglesia, con tal que no se impidan los Divinos Officios, ni causa

(1) Cap. Propositi, de Probation. ley Contra pupillam, §. fin. ff. de Re Judicat. y ley 2. al fuo, ff. de Custodia reor. Acey. en la ley 10. tit. 13. lib. 8. Recop.

(2) Lancelot. de Atentat. part. 2. cap. 12. litt. 5. n. 3. Doctores in cap. Prudentiam, in cap. Ex litteris, de Offic. delegat. & in cap. Si doctus, de Appellatione.

se escandolo. (1) Advirtiendo que en un acto no es necesario hacer muchas citaciones, basta una sola, como lo ordena nuestro Derecho. (2)

145. No es necesario hacerla quando el reo comparece por sí, ò por su Procurador en el juicio, antes de ser citado: (3) ni quando consta notoriamente que ninguna excepcion, ni defensa le compete; (4) ni tampoco en los casos en que el Juez puede practicar de officio lo que dispone el Derecho, aunque la parte no esté presente, v. g. evitar escandolos. (5)

146. Si por algun acaso se mudare Juez en otro Tribunal, (no en el mismo) ò el de la causa delegare su jurisdiccion para la prolocion de la sentencia, ò muriere alguno de los litigantes, es precisa nueva citacion: en los dos casos primeros à los propios contendores, y en el ultimo à los herederos del muerto. (6) El que quiera instruirse perfectamente de las circunstancias que deben concurrir para la citacion verbal; à quien, quando, por quien, cómo, y en dónde debe hacerse; y de otras cosas concernientes à ella, vea al práctico *Maranta* en su *Specul. aur. part. 6. memb. 1. Judic.* que en los 131. numeros de él la explica qual ninguno, pues para tinturar al Escribano me parece suficiente lo expuesto.

147. La citacion *Real* es la captura del reo, ya esté, ò no formalmente demandado, por ser fallido, presumirse que haga fuga, y no tener arraigo, ni domicilio en el Pueblo

(1) Bald. in leg. Etiam, Cod. de Executione rei Judicat. Orcoz in leg. 2. n. 6. col. 2. de In Jus vocand. Marant. part. 6. membr. 2. Judic. num. 1.

(2) Leyes 61. tit. 4. lib. 2. Art. 4. lib. 3. y 2. tit. 3. lib. 4. Recop. Partidor lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 9. n. 32.

(3) Bobadill. lib. 3. cap. 7. n. 15. Parex. de Edition. tit. 2. resolut. 3. n. 76. Guiter. lib. 1. Pract. quest. 133. n. 12.

(4) Barbosa in cap. 23. de Election. n. 5. Guzm. de Eviction. quest. 4.

n. 81. Farinac. Prax. crimin. part. 5. quest. 21. n. 70.

(5) Cap. In causa, de Re Judicat. Bivbes. cap. cit. n. 23. Guzm. y Farinac. ibi.

(6) Glossa in cap. Consentaneum, verb. A quo, Cod. Quomodo, & quando. Marescot. lib. 1. Var. cap. 3. num. 5. Marita de Jurisdiccion. part. 4. coniectur. 1. cas. 23. n. 11. Sr. Solorzano, de Jur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 29. n. 73. y lib. 2. Polit. cap. 31. verb. Demas: Bobadill. lib. 2. Polit. cap. 13. num. 47.

blo en que se le demanda; pues muchas veces se le prende bajo la obligación que constituye el actor de responderle de los daños en caso de incertidumbre de su pretension. Esta citación es la más eficaz de todas, y se prefiere a la verbal; de tal suerte, que si v. g. en causa *misti fori* cita el Juez Eclesiástico al lego, y el Juez Secular le prende despues por el mismo delito, debe conocer de él éste, y no aquel, porque ésea la captura previa mejor que el Eclesiástico con su citación. (1) De la qual trata con mucha distincion, y claridad *Carleo*, en dicha *sobá* 3. desde el número 883: á quien puede ver el latino aplicado.

148. Por esta citación se incoa real, y verdaderamente el uso de la acción, la qual será *civil*, y como tal la deberá proponer el actor, y seguirla, quando el motivo impulsivo, y final de la captura mira solamente á cobrar lo que el reo le debe, ó consumo. *Criminal*, quando dimana de delito, y tiene única tendencia á que por él se le castigue. *Mista*, quando se dirige no solo á resarcir su caudal, sino á que no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion, y extravío de caudales, y en otros delitos.

149. Y la citación *in scriptis* es la que se hace por edictos, llamando, y emplazando al reo que está ausente, por ignorarse su paradero; la qual no es de igual eficacia que las otras, pues siempre que parezca el citado, se le debe oír; ni debe hacerse por mera voluntad del Juez, sino en caso de necesidad, ó quando el reo no puede ser citado de otra suerte. (2)

150. Tiene lugar esta citación en quatro casos: el primero, quando el que ha de ser citado se oculta maliciosamente para que no llegue a su noticia, ó impide por sí, ó por otros que se le cite. El segundo, quando el lugar en que se le ha de citar, no es seguro por causa de enemigos, ó otro impedimento, pues entonces se han de fijar los edic-

(1) Bart. in leg. Sepultura, ff. de Sepulch. violat. Fagnan. in cap. Pervenit, n. 40. de Adulter. Farinac. Prax. crim. lib. 1. quest. 7. num. 53. tit. de Inquisition.

(2) Extravag. Rem non sovam,

de Dolo, & contumacia. Clementia. 1. de Judic. cap. Causam. 3. de Dolo, & contumac. y ley Dies 4. §. Prætor ait, ff. de Damn. infect. Firing. tit. de Foro compet. n. 113. Marant. part. 6. tit. de Citation. num. 82.

tos en los lugares inmediatos. El tercero, quando es vago, en cuyo caso se deben poner en aquel lugar, ó lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella. Y el quarto, quando es persona incierta, v. g. en una ocurrencia de acreedores á los bienes de difunto, que se ignora quiénes, y cuántos son: en cuyo caso se ponen edictos llamando á todos los interesados, para que dentro del término que se les prefiere, comparezcan, pues de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio, y les parará el perjuicio que haya lugar. (1)

151. Compete solamente este modo de citar por edictos á los Jueces ordinarios, y á los Delegados del Principe, ó su Consejo; pero no á otros Delegados, por lo que en caso de entender éstos en alguna causa en que sea preciso citar *in scriptis*, se ha de recurrir á aquel de quien dimana la comisión, excepto que se le conceda especialmente, ó se le permita por costumbre, pues entonces podrá citar por edictos. (2)

152. Sucede algunas veces que los contendores son contumaces, el actor desamparando la demanda que puso al reo, y éste no queriendo comparecer en juicio. Y para que el Escribano sepa qué es contumacia, en qué casos se comete, y de cuántas maneras; qué diferencia hay entre la verdadera, y ficta; en qué pena incurre el contumáz; qué remedios concede el Derecho contra él; cómo se han de seguir los autos en rebeldía; quiénes no incurren en contumacia; y otras cosas concernientes, procedo á explicárlas. La contumacia, ó rebeldía no es otra cosa que inobediencia al precepto del Juez legítimo que llama á alguno al juicio. (3)

153. Se comete regularmente en siete casos: el primero, quando el actor no manifiesta su acción habiendosele mandado el Juez dos, ó más veces. El segundo, quando si la manifiesta, y el reo contextó, no la prosigue, instando éste. El tercero, quando el reo no comparece, ó impide

(1) Reinfestual lib. 2. tit. y §. 3. de Citatione edictali, n. 79. al 85.

(2) Reinfestual ibi, n. 87.

(3) Cap. 3. y 6. de Dolo, & contumacia, ley 53. ff. de Re judicat. y ley 8. tit. 7. Partid. 3.

de que se le haga la citacion, ò se oculta maliciosamente. El quarto, quando no responde al libelo, y posiciones del actor; ò responde obscuramente, no obstante habersele mandado que responda clara, abierta, y categoricamente. El quinto, quando uno, ò otro no quieren jurar de calumnias mandadoselo el Juez. El sexto, quando no obedecen la sentencia, ò impiden su execucion. Y el septimo, quando estando delante del Juez, no quieren responder à lo que se les pregunta: y esta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, iludiendose de él en su presencia: (1) cuyos casos explica la glosa del cap. 2. de Dolo, & contumacia en los versos siguientes:

*Non veniens, non restituens, citiusque recedens,
Nihil dicens, pignusque tenens, jurareque noiens,
Obscureque loquens: isti sunt jure rebelles.*

154 La contumacia es de quatro maneras: *notoria, verdadera, presunta, y ficta*. Se llama *notoria*, quando el citado en persona responde que no quiere comparecer. *Verdadera*, quando el citado legitimamente, ò que es sabidor de la citacion, dice que comparecerá, ò calla; mas no comparece. *Presunta*, quando no consta que la citacion haya llegado à noticia del citado; pero se presume, mientras no lo pruebe. Y *ficta*, quando comete dolo, para que no llegue, pues entonces finge, y supone el derecho que llegó, y fue citado. (2)

155 Entre la contumacia verdadera, y ficta hay esta diferencia, que el contumáz ficto puede apelar, ò pedir restitucion *in integrum*, pero el verdadero no; (3) y para proceder contra éste, aunque por nuestro Derecho Real (4) à la primera rebeldia que se le acuse, se le tiene por tal, y puede condenar en las costas, y daños causados à

(1) Murill. lib. 2. Decret. tit. 14. de Dolo, & contumacia, num. 13. Sr. Gregor. Lop. en la ley 1. tit. 8. Part. 3. fol. 3.

(2) Murill. ibi.

(3) Cap. 18. de Sentent. & rejudicat. y ley 1. Cod. Quorum appellationes non recipiantur.

(4) Ley 8. tit. 7. Partid. 3. y leyes 5. y 6. tit. 3. lib. 4. Recop.

su contendor; no obstante en práctica suelen preceder (como lo he visto repetidas veces) tres citaciones, estando en el pueblo, ò una preemtoria, si existe fuera de la jurisdiccion, siguiendo lo dispuesto por Derecho Civil, y Canónico: (1) y aun en este caso es menester que lo pida la parte, y le acuse dos rebeldias, porque el Juez no está obligado à impartir su oficio en las causas civiles entre partes por su privativa utilidad, sino lo piden: (2) bien que por seguir estrictamente el precepto legal, no se excede, ni comete atentado, y así à la primera rebeldia le puede haber por contumáz.

156 Pero si el contendor tiene justo motivo, ò impedimento para no comparecer, y lo prueba, v. g. incompetencia de Juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio Juez, estar llamado à Tribunal superior, haber tempestades, guerras, ò crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor, ò rustico, estar captivo, y otros semejantes, no incurre en contumacia. (3)

157 Contra el verdadero contumáz puede proceder el Juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa, y otras penas arbitrarias, (4) con tal que la condenacion no sea à perdimento de la causa, ni confiscacion de todos sus bienes, aunque el delito sea grave, y extraordinario. (5)

158 Si es actor, y despues de contestada la demanda se ausenta, ò no quiere comparecer, puede compelerle à pedimento del reo, y no de oficio à proseguirla; (6) y si no la prosigue, y la causa está ilíquida, absolver à éste de la instancia, y condenar à aquel en las costas, y daños que le causó, (7) y no orle despues, à menos que preste

(1) Cap. fin. §. In aliis, Ut litre non contemnat. y ley 53. §. 1. ff. de Rejudicat.

(2) Ley Dies 4. §. Hoc autem judicium 8. ff. de Damno Infecto.

(3) Leyes 23. y 54. ff. de Rejudicat. ley 2. §. Si quis r. ff. Si quis in jus vocatus, y ley 11. tit. 7. Partid. 3.

(4) Cap. v. de Judic. cap. a. de Tom. III.

Dolo, & contumacia. cap. 3. Ut litre non contemnat. ley 1. §. 3. ff. de Inspect. ventr. ley 8. tit. 7. Partid. 3. y ley 8. Cod. Quomodo, & quando.

(5) Ley Ex quacunque causa 2. §. 1. cit. ff. Si quis in jus vocatus.

(6) Cap. 3. de Dolo, & contumacia.

(7) Ley Eum 79. ff. de Judic. y cap. 1. de Dolo, & contumacia. in 6.

caucion de comparecer, y continuarla, ó pruebe haber estado legítimamente impedido, ó que el reo haya sido tambien contumáz, pues en este caso se compensa la contumacia de el uno con la del otro; (1) y tambien imponerle multa, segun sea la contumacia; (2) pero no debe imponersela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra, porque ninguna ley le concede esta potestad, y si solo repelerla, siendo contra Derecho, y preñarle término para que la deduzca, apercibiendole que si dentro de él no lo hace, procederá á lo que haya lugar, que es á imponerle perpetuo silencio, y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia, para que el Juez se estienda á mas.

159 Si el reo es contumáz, conceden las leyes (3) al actor dos medios para conseguir su pretension: uno es el regular de seguir la causa por rebeldía en estrados hasta definitiva, como si hubiera comparecido. En cuyo caso estando en el Pueblo, y la causa líquida, se declara por contestada la demanda á la tercera rebeldía que el actor le acusa: se recibe á prueba, y el auto de ésta se le hace saber: justifica el actor su accion, y pasado el término de prueba, y hecha publicacion si la pide, alega de bien probado, concluye, y el Juez procede á sentenciar la causa, y las diligencias de substanciacion se notifican en los estrados de la Audiencia, á excepcion de las de demanda, pruebas, y sentencia que se le deben hacer saber en persona, y no dexandose ver á su muger, hijos, ó criados, y no teniendo á sus vecinos mas cercanos en la forma explicada en el número 133; y pasado el término de la apelacion, declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y procede á su execucion, todo á instancia del mismo actor.

160 Y si se halla domiciliado en otra jurisdiccion, y es sujeto en aquel negocio al Juez que de él conoce, aunque segun las leyes 2. tit. 3. y 1. tit. 11. lib. 4. Recop. debe

(1) Marill. tit. 14. cit. num. 114.

(2) Leyes 5. y 6. tit. 3. lib. 4. Recop. y ley 8. tit. 7. Partid. 3.

(3) Ley 2. y las de los tit. 21. lib. 4. Recop. y 8. Part. 3.

be ser uno, y peremptorio el término, sin ser necesario otro, ni estar obligado el actor á acusar las rebeldías mas que al fin de él, como dexo sentado, y los autos, y demás diligencias se mandan hacer en los estrados de la Audiencia: se suelen librar no obstante quatro despachos, ó requisitorias en el discurso del pleito, no estando muy distante el reo: el primero de emplazamiento con termino peremptorio para que comparezca. El segundo para hacerle saber el auto de prueba, pues aunque no haya comparecido hasta entonces, se le deben entregar los autos, si comparece, y los pide, y admitir la que haga dentro de su término. El tercero para notificar la sentencia, por si quiere apelar de ella. Y el quarto para una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, ejecutarla en su persona, y bienes. Y este es el verdadero, y mas justificado modo de substanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga disculpa de no habersele oído, y pague las costas, si en ellas debiese ser condenado.

161 Yendo documentados estos despachos, los debe cumplimentar el Juez de su domicilio, y como executor mixto no exceder de lo que previenen, á excepcion de lo que explicaré en el cap. 2. de este Libro, número 274. al 281; y si deniega el cumplimiento, ó se teme que lo deniegue, debe el requirente, ó la parte acudir, y representar al superior inmediato, para que los auxilie, y le imponga penas, á fin de que los cumplimente, y evacue. Lo propio se ha de practicar quando el Juez del negocio no quiere expedirlos al otro, ó es moroso en ello por dolo, ó malicia; pues por este hecho hace suyo el pleito, y probado, debe pagar á la parte los gastos, y daños que le ocasionó, y sobre ellos estarse á su juramento: (1) lo qual es corriente en la práctica, y lo advierte *Carlov. de Jurdic. tit. 1. disp. 2. num. 38.*

162 Pero si del Juez del mismo despacho resultan meritos suficientes para no cumplimentarlo, ya sea por no ir documentado, ó por incluir algunas excepciones legales

(1) Ley Si quando, Cod. de Testib. ley *Properandum*. §. *Sia autem*, Cod. de Jurdic. y ley 9. tit. 7. Partid. 3.

tes que se concilien la denegacion, ò por no llevar el politico tratamiento que corresponde al Juez requerido, puede denegarle el cumplimiento, asesorandose si es lego, con letrado, como lo he visto practicar.

163 Siendo ordinarios asi el Juez requirente como el requerido, no debe cometer el exceso de conminar à éste con multa, ni otra pena, ni mandarle; porque son iguales en jurisdiccion, aunque el requerido parezca en este caso inferior, pues como dice el Derecho, el igual no tiene imperio sobre otro igual. (1) y mucho menos el inferior sobre el superior. (2) Lo qual se entiende aunque sea logado, y por esta razon mas digno, pues el honor de la toga es personal, y no presta mayor jurisdiccion que la ordinaria, ni tiene que hacer con ella; por lo que el requerido puede exortarle se abstenga de imponerlas, y no se exceda en su jurisdiccion; y facultades: ò retener el despacho original, y con él quejarse de sus procedimientos al superior para que le conteaga.

164 Mas si el requirente es comisionado del Principe, ò de Tribunal superior, puede en vista de la inobediencia, y no antes, no solo conminarle, sino exigirle la multa que le imponga, porque la superioridad à quien representa, y cuyas veces exerce, le concede tacitamente jurisdiccion, y facultad para mandarle, y hacer que le obedezca, respecto de que por politica no obedece. Y si el requerido es superior al requirente, le ha de despachar suplicatoria este, y no exorto, y asi se practica.

165 El otro medio que las leyes conceden al actor, es la via de *Asentamiento*, para que por contumacia del reo se le ponga en posesion de sus bienes, ya proceda por accion real, ò personal, de lo qual tratan las tres del tit. 11. lib. 4. Recop. y el tit. 8. Partid. 3. y no obstante que no se usa en esta Corte, ni en otras muchas partes, puede usarse, y lo explican *Paz* en su Práctica tom. 1. part. 2. y tom. 2. part. 1. cap. 3. y 4. y el Autor de la *Curia Philip.*

(1) Ley III. à quò 13. §. Tempusvni, ff. ad Trebellian. cap. Invenit 20. & ibi glot. verb. Imparem, de election.

(2) Ley Minor 10. ff. de Minorib. cad. Cum inferior 16. de majorib. & obed.

part. 1. Juicio Civil, §. 14. num. 11. y 12. adonde remito al lector, y por la razon expuesta suspendo tratar de él; pero prevengo que si el actor elige via de prueba, aunque sea contra menor contumáz, puede dejarla, y usar de la de Asentamiento segun la ley final de dicho tit. 11. lib. 4. En quanto al modo de proceder contra los ausentes, y rebeldes en causas criminales vease el tit. 10. del citado lib. 4.

166 No incurrén en contumacia aunque no comparecan ante el Juez de la causa los siguientes: el que es mayor, ò igual à él; el Clerigo mientras celebra, ò está en las Horas Canonicas; el Religioso, y otros que están bajo de obediencia, pues la citacion se debe entender con sus Prelados; los que por grave enfermedad, servicio de la Republica, ò otro motivo semejante están impedidos de comparecer; pero estos lo deben hacer por Procurador; los novios en el dia en que se casan; el que vá acompañando el cadaver de su casa, ò de la de su señor, amigo, ò consanguineo hasta que esté enterrado; los menores, locos, pródigos, y mentecatos que tienen curador; los Diputados, ò Comisionados por el Rey, ò por su Señor, Ciudad, ò Villa, mientras están en su comision; el pregonero interin pregona; el siervo, sino en ciertos casos; ni tampoco el que está llamado por Juez mayor que el que le emplazó, pues debe comparecer ante el mayor. Y todos los demás deben comparecer por sí, ò por medio de Procurador, aunque gocen de privilegio; pero en este caso será unicamente à hacerle ver que no es Juez suyo, ni puede conocer de sus negocios; (1) ò practicarán lo explicado en el número 132.

167 En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive honestamente, para ir personalmente ante el Juez, sino solamente por Procurador, pues si hay que tomarla alguna declaracion, debe el Juez ir à su casa, ò embiar Escribano que se la reciba; pero si en las criminales que la muevan. (2) Y si el Juez quiso violentarla torpemente, ò casar por fuerza con ella, ni debe empla-

(1) Ley 2. tit. 7. Partid. 3. (2) Ley 3. dicho tit. y Partid. Tom. III.

zarla, ni á ninguno de su casa, ni están obligados á ir, aunque los emplace, ni á embiar personeros; y lo que debe hacer en este caso el demandante, es usar de su derecho ante otro Juez del Pueblo, y no habiendolo, ante el mayor de aquel territorio. (1)

168. Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dejó herederos conocidos *ex testamento*, ó *ab intestato*, y éstos no han admitido, ni dimitido la herencia, debe pretender se notifique á todos que la admitan dentro de un breve termino que se les preña, y aceptandola, ha de pedir contra ellos. Lo mismo ha de practicar quando caellan; pero en este caso, pasado el primer término, les ha de acusar dos rebeldías, y el Juez haberlas por acusadas, preñiendoles en cada una otro competente segun la distancia, para que acepten, ó repudien, apercibiendoles en el ultimo, que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá á la pretension del actor, que será á haberla por aceptada, ó repudiada: bien que si acudieren, aunque sea en el ultimo, pretendiendo les conceda el legal, (de que traté en el cap. 14. de mi primera parte, y en el libro 1. cap. 1. de esta segunda) para deliberar, se lo debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna, se estimará haberla aceptado, y con ellos ha de seguir la demanda ordinaria, ó executiva que corresponda; y si uno solo la admite, con él se debe entender.

169. Y si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos á instancia del actor los inmediatos consanguíneos por su orden hasta el quarto grado, contado por Derecho civil; y no queriendola éstos, pretender ante todas cosas para evitar nulidad, que el Juez nombre defensor á los bienes, con el qual se entiendan la demanda, y diligencias sucesivas, y que se inventaríen, y custodien para evitar su extravío; y en caso de haber algunos raiées, que elija administrador lego, llano, y seguro que los cuide. Pero si por falta de parientes conocidos (para cuya averiguacion se deben fijar edictos, llamandolos segun lo previenen las leyes) ó por repudiar todos la herencia,

(1) Ley 6. tit. 7. Partid. 3.

recayere en el Fisco, se ha de entender la demanda con el Fiscal Real.

170. Del mismo modo se debe proceder quando el marido, su heredero, ó otro acreedor quieren convenir, ó demandar á la muger, ó al suyo, pues deben pretender se le preña término para que acepte, ó repudie los gananciales: de todo lo qual trata *Paz tom. 1. part. 1. temp. 2. num. 50. al fin, y part. 3. per tot.* y es lo que se observa.

171. Comptiendole accion contra captivo, se ha de nombrar defensor á sus bienes, y substanciarse con él los autos. (1) Lo propio milita para con el ausente ultra mar, ó en otras partes remotas, si no tiene apoderado en el Pueblo del Juicio, ni se espera su pronto regreso, pues esperandose, se ha de aguardar á que venga; (2) pero no quando dejó Procurador, ó Apoderado, en cuyo caso se ha de entender con éste, y no nombrarle defensor, para lo qual el actor debe probar la ausencia dilatada, y la ignorancia de su pronta venida. (3)

172. Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como su inmediato consanguíneo, ha de justificar por fama pública del Pueblo su fallecimiento, ó á lo menos que se ignora su paradero mas de diez años há, y entonces se le entregarán sus bienes por inventario, para que los tenga como curador, dando fianzas seguras, y saneadas de restituirlos con los frutos que produzcan al ausente, ó al heredero que haya instituido, siempre que vengan, (4) como para otros casos lo previenen dos leyes creadas en esta Corte: (5) y no pudiendo probar uno, ni otro, ni sabiendose de su vida, ó muerte, se deben entregar sus bienes bajo de fianzas á sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma. (6)

(1) Ley Ab hostibus, ff. Ex quibus causis majores, ley 4. tit. 29. Partid. 2. y ley 12. tit. 2. Partid. 3.

(2) Dicha ley Ab hostibus, Sr. Greg. Lop. en la 12. cit. glos. 1.

(3) Scia. consil. 26. lib. 2. Menoch. in seg. 1. ff. de Curator. bon. dand. num. 17.

(4) Ley 14. tit. 14. Partid. 3.

(5) Leyes 4. y 24. tit. 21. lib. 4. Recop.

(6) Ley 1. §. 1. ff. ad Tertyllian. y ley 1. ff. de Eooor. posses. tutros. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 14. glos. 2.

173 Si el ausente tiene acreedores, y éstos piden que se nombre defensor, ó curador à sus bienes: basta que conste estarlo en partes remotas, y que no se espera su pronta venida, para que se nombre, y con él se han de substanciar los autos, y valdrá lo que sin engaño haga, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí. (1) Pero esperandole en breve, se han de aguardar los acreedores, y no nombrarse defensor. (2)

§. IV.

DE LAS CLASES DE EXCEPCIONES que el reo puede oponer en juicio, y término que para ello se le concede.

174 **H**echa notoria la demanda al reo, y tomados por él los autos en uso del traslado conferido, debe inspeccionar si claudica, ó tiene alguno de los defectos difusamente explicados en el §. 2. ó le competen contra el demandante algunas excepciones, à fin de oponerlas en el tiempo, y forma que el Derecho dispone: (3) pues las excepciones son las armas de los reos, al modo que las acciones las de los actores, y se les conceden, para que ya que estos están armados, no estén desarmados, è indefensas aquellos, y antes bien sea igual la condicion de unos, y otros. (4)

175 Y para que el Escribano principiante se instruya de cuántas clases son las excepciones; dentro de qué tiempo ha de oponerlas, y justificarias el reo; y de cuáles se debe conocer antes de proceder al negocio principal; debe sentar que la excepcion *es exclusion de la accion*: y de *defension*, ó *defensa es repulsa de la intencion del aótor*: (5)

- (1) Ley 2. tit. 12. Partid. 3.
(2) Ley penult. ff. de Legationib.
y ley Ignorare 4. Cod. de Restitut.
milit.
(3) Proxim. del tit. 3. Partid. 3.

- (4) Cap. Non debet actiõni, de
Reg. jur. in 6.
(5) Ley 2. ff. de Exception. Dieg.
Peres en la 1. tit. 8. lib. 3. Ordinam.
glos. 1. vers. *Videtur tamen*. Cancr.
part.

y asimismo que las excepciones, (que por otro nombre llaman artículos) se dividen en *mere dilatorias*, y *temporales*; en *mere peremptorias*, y *perpetuas*; en *mixtas*, ó *anomalas*; y en *perjudiciales*.

176 Las mere dilatorias son las que difieren el ingreso, y progreso del principal juicio; pero no lo extinguen, ni acaban, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante, ni niega que tiene justicia en lo que pretende, sino que conspira à divertirlo, y entretenerle, para que tal vez cansado desista, y cese totalmente en su conato, y se transija, y componga con él, ó por ganar tiempo para poderle pagar sin molestia: ó por otros fines. (1)

177 De estas excepciones unas tienen su tendencia directa à la persona del Juez; otras à la del aótor; y otras à la causa, y proceso. Las primeras son la *declinatoria de fuero*, ó incompetencia de Juez por defecto de Jurisdiccion, y la *recusacion* por sospechoso, para inhibirle del conocimiento del negocio; las cuales debe proponer el reo con especificacion, y la declinatoria primero que todas las demás, pues de omitirla, se sujeta à él, le prorroga la jurisdiccion en los casos en que es prorrogable, y le constituye competente para conocer de las otras, y del principal negocio; lo qual no sucede con la recusacion, porque ésta requiere muchas solemnidades, y à veces expresion, y justificacion de las causas por que se hace, (2) como en el §. 12. num. 432. y siguientes de este capitulo diré; y así la declinatoria debe determinarse antes que todo, aun quando exija mayor examen, è indagacion; requiere especial, y expresa declaracion la qual no es precisa en las otras excepciones; (3) y de ella puede conocer el propio Juez; (4) sin que por esto se deba decir que lo es en propia cau-

sa.
part. 1. var. cap. 18. n. 1. glos. in
cap. Ex parte, da foro competent. &
in cap. Dudum 3. de election. Specu-
lator tit. de exception. §. 1. n. 9.

- (1) Casleval. de Jure tit. a disp. g.
n. 1.
(2) Marant. part. 6. de Excep-
tion. n. 1. Carlew. ibi n. 2.
(3) Bald. in leg. ultima. n. 6. Cod.

de Jure. in leg. 19. n. 11. Cod. de
Probation. & in leg. 1. n. 11. vers.
Prætera, Col. de Ordio. judicior.
Felin in cap. Inter monasterium, n. 4.
y 6. de Re judicat. Jason in leg. Aut
Frator n. 25. ff. de Jurjur.
(4) Ley Ex quicunque p. ff. Si
quis in jus vocatus, y Siquis ex alie-
na g. ff. de Jodic.

173 Si el ausente tiene acreedores, y éstos piden que se nombre defensor, ó curador à sus bienes: basta que conste estarlo en partes remotas, y que no se espera su pronta venida, para que se nombre, y con él se han de substanciar los autos, y valdrá lo que sin engaño haga, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí. (1) Pero esperandole en breve, se han de aguardar los acreedores, y no nombrarse defensor. (2)

§. IV.

DE LAS CLASES DE EXCEPCIONES que el reo puede oponer en juicio, y término que para ello se le concede.

174 **H**echa notoria la demanda al reo, y tomados por él los autos en uso del traslado conferido, debe inspeccionar si claudica, ó tiene alguno de los defectos difusamente explicados en el §. 2. ó le competen contra el demandante algunas excepciones, à fin de oponerlas en el tiempo, y forma que el Derecho dispone: (3) pues las excepciones son las armas de los reos, al modo que las acciones las de los actores, y se les conceden, para que ya que estos están armados, no estén desarmados, è indefensas aquellos, y antes bien sea igual la condicion de unos, y otros. (4)

175 Y para que el Escribano principiante se instruya de quantas clases son las excepciones; dentro de qué tiempo ha de oponerlas, y justificarias el reo; y de cuáles se debe conocer antes de proceder al negocio principal; debe sentar que la excepcion *es exclusion de la accion*: y de *defension*, ó *defensa es repulsa de la intencion del aótor*: (5)

- (1) Ley 2. tit. 12. Partid. 3.
(2) Ley penult. ff. de Legationib.
y ley Ignorare 4. Cod. de Restitut.
milit.
(3) Proxim. del tit. 3. Partid. 3.

- (4) Cap. Non debet actiõni, de
Reg. jur. in 6.
(5) Ley 2. ff. de Exception. Dieg.
Peres en la 1. tit. 8. lib. 3. Ordinam.
glos. 1. vers. *Videtur tamen*. Cancr.
part.

y asimismo que las excepciones, (que por otro nombre llaman artículos) se dividen en *mere dilatorias*, y *temporales*; en *mere peremptorias*, y *perpetuas*; en *mixtas*, ó *anomalas*; y en *perjudiciales*.

176 Las mere dilatorias son las que difieren el ingreso, y progreso del principal juicio; pero no lo extinguen, ni acaban, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante, ni niega que tiene justicia en lo que pretende, sino que conspira à divertirle, y entretenerle, para que tal vez cansado desista, y cese totalmente en su conato, y se transija, y componga con él, ó por ganar tiempo para poderle pagar sin molestia: ó por otros fines. (1)

177 De estas excepciones unas tienen su tendencia directa à la persona del Juez; otras à la del aótor; y otras à la causa, y proceso. Las primeras son la *declinatoria de fuero*, ó incompetencia de Juez por defecto de Jurisdiccion, y la *recusacion* por sospechoso, para inhibirle del conocimiento del negocio; las cuales debe proponer el reo con especificacion, y la declinatoria primero que todas las demás, pues de omitirla, se sujeta à él, le prorroga la jurisdiccion en los casos en que es prorrogable, y le constituye competente para conocer de las otras, y del principal negocio; lo qual no sucede con la recusacion, porque ésta requiere muchas solemnidades, y à veces expresion, y justificacion de las causas por que se hace, (2) como en el §. 12. num. 432. y siguientes de este capitulo diré; y así la declinatoria debe determinarse antes que todo, aun quando exija mayor examen, è indagacion; requiere especial, y expresa declaracion la qual no es precisa en las otras excepciones; (3) y de ella puede conocer el propio Juez; (4) sin que por esto se deba decir que lo es en propia cau-

sa.
part. 1. var. cap. 18. n. 1. glos. in
cap. Ex parte, da foro competent. &
in cap. Dudum 3. de election. Specu-
lator tit. de exception. §. 1. n. 9.

(1) Caselval. de Jure tit. a. disp. g.

(2) Marant. part. 6. de Excep-
tion. n. 1. Carlew. ibi n. 2.

(3) Bald. in leg. ultima. n. 6. Cod.

de Jure. in leg. 19. n. 11. Cod. de
Probation. & in leg. 1. n. 11. vers.
Prætera, Col. de Ordio. judicior.
Felin in cap. Inter monasterium, n. 4.
y 6. de Re judicat. Jason in leg. Aut
Frator n. 25. ff. de Jurjur.
(4) Ley Ex quicunque p. ff. Si
quis in jus vocatus, y Siquis ex alie-
na g. ff. de Jodic.

sa, pues se llama causa propia solamente aquella de la qual se sigue algun daño, ó provecho á alguno, y aquí ninguno se sigue al Juez en declarar que es suya la jurisdicción, y solo se amplía la de su oficio. (1) Lo qual se entiende ya sea requirendo, ó requerido, especialmente si se controvierte entre partes. Pero no podrá conocer en catorce casos que traxo Felin. in cap. Ex litteris, de Rescript. y los Autores que cita. Carleval (2) cuya explicacion omito por no ser de la inspeccion del Escribano.

178 Ya que he tocado de la *declinatoria*, para que el Escribano principiante sepa de quantas maneras puede hacerse la prorrogacion de jurisdicción; en qué casos há, ó no lugar; y por qué actos judiciales no se prorroga, paso á explicarlo. La prorrogacion de jurisdicción se puede hacer de quatro maneras: la primera de persona á persona, v. g. quando el Juez la tiene limitada en un Pueblo, ó territorio: pues si algunos de otro quieren convenirse en que su negocio se ventile ante él, y lo determine, puede hacerlo, sin embargo de no ser subditos suyos; por lo que su jurisdicción limitada se amplía por el convenio á personas que no están sujetas á ella. (3)

179 La segunda es de *cantidad á cantidad*, ó de *cosa á cosa*, v. g. quando un Juez tiene jurisdicción para entender solamente en negocios que no excedan de suma determinada, y no obstante, quieren que el suyo, que es de suma mayor, se trate ante él; en cuyo caso por el consentimiento de éstas se prorroga su jurisdicción de la cantidad menor á la mayor. Y lo propio milita de alhaja, ó cosa cierta á otra diversa, que tambien lo sea, con tal que el Juez sepa la prorrogacion. (4)

180 La tercera de *tiempo á tiempo*, v. g. un Juez delegado tiene jurisdicción para conocer de cierto negocio; pero con la calidad de determinarlo precisamente dentro de un año; pues si acabado éste quieren las partes prorrogarle la

(1) Ley 1. §. In propria, 11. ff. Quando appellandum sit.

(2) Carlev. tit. 1. disp. 3. cit. n. 10.

(3) Leyes 1. y 2. ff. de Judio. y

ley Si convenit 18. ff. de Jurisdiction. omni. judic.

(4) Ley De qua re, §. 1. ff. de Judio. Bal. en la Si qui ex consensu.

Cod. de Episcop. audient.

jurisdicción que espiró, pueden hacerlo por el tiempo que les parezca hasta su decision, y se ampliará de un tiempo á otro tiempo. (1)

181 La quarta de *lugar á lugar*, y es quando el Juez de un territorio quiere conocer en otro de alguna causa con consentimiento de los litigantes; en cuyo caso vale la prorrogacion de jurisdicción, con tal que el Juez del lugar preste expresamente su permiso: bien que algunos Autores afirman ser bastante el tacito, que es, que sabiendolo, no se lo prohiba. Lo mismo procede quando acostumbra hacer audiencia, ó juicio en lugar determinado de su territorio, y las partes quieren que conozca de su negocio en otro de la misma jurisdicción. (2) Se previene que la jurisdicción del delegado se puede prorrogar de los tres modos ultimos, pero no de persona á persona: (3) sobre todo lo qual vease á Carlev. tit. 1. disp. 2. num. 977. af 1173: para más radical instrucción.

182 Tambien puede hacerse expresa, y tacitamente la prorrogacion de jurisdicción: expresamente es quando las partes consienten llanamente en ser convenidas, ó tratar su negocio ante Juez que no es suyo, y perseveran en su consentimiento; de lo qual tratan las leyes 1. y 2. ff. de Judio. la Si convenit 18. ff. de Jurisdiction. omnium judic. inserta en el capitulo 4. de mi primera parte, num. 86. el capitulo Significasti, tit. de Foro competent. y con mucho magisterio, extension, y claridad Carlev. de Judio. tit. 1. disp. 2. num. 1003. af 1072. cuya explicacion por difusa, y no precisa al Escribano, omito á beneficio de la Brevedad.

183 Y tacitamente, quando el reo permite ser reconvenido ante Juez incompetente, y no declina su fuero. Acerca de lo qual dicen algunos que para que tenga efecto irrevocable esta prorrogacion tacita, y el reo no pueda arrepentirse, se requiere de parte de éste la litis contestacion.

(1) Ley Consensisse 2. §. Si & judex, ff. de Judio. Bald. ibi.

(2) Matran. part. 4. tit. Judio. ordinari. & prorrogat. distinct. 11. n. 3.

vers Exempium de quarta prorrogacione, y n. 4.

(3) Dicha ley De qua re, y cap. Statutum, §. In nullo, extra de rescript. in 6.

cion. Y otros afirman ser suficiente que antes de ésta proponga alguna excepcion dilatoria, y que el Juez la determine, por cuyo acto es visto prorrogarle la jurisdiccion, y consentir en el sin necesidad de contestacion; (1) y es la opinion mas corriente.

184 Pero esto se limita lo primero, quando la excepcion propuesta tiene su tendencia á la persona del Juez, y su jurisdiccion, pues entonces como se le deniega ésta, aunque se le pida que pronuncie sobre la excepcion, no es visto aprobar su persona sobre lo principal, ni sujetarse á él, antes bien por lo mismo puede oponer despues la declinatoria. (2)

185 Lo segundo, quando al tiempo de proponer la excepcion, protesta que no consiente en el Juez, y despues ningun acto hace que de él se induzca la prorrogacion de jurisdiccion; en cuyo caso esta protesta conserva su derecho para declinar despues. (3)

186 Mas para evitar dudas, y disputas, y que el Juez proceda *ad ulteriora*, deben concurrir tres circunstancias: la primera que la protesta sea expresa, y no tacita, ó generica, á cuyo fin en el primer pedimento que el reo presente, pondrá esta clausula: *Sin que sea visto atribuir, ni prorrogar á Vm. mas jurisdiccion que la que por Derecho le compete, ni sujetarme por este acto á fuero que no es mio, ni tampoco contestar demanda que no debo; y con ánimo, y bajo la protesta de contestarla en el término competente ante quien legalmente corresponda, siendo digna de contestacion, y no en otra forma, y de usar de todas las acciones, y recursos que me tocan, quando, y en donde me convenga, Vm. en meritos de justicia, y ella mediante, se ha de servir inhibirse del conocimiento de este negocio, declarandose por no Juez de él, y mandan-*

(1) Ley Sed et si suscepti 52. ff. de Jutic. y ley final Cod. de Excepcion. Carleval tit. 1. disp. 2. n. 990. al 93. Doctor. in cap. Inter monasterium, de re Judicat.

(2) Cap. Super litteris 10. de Rescript. Panormit. in cap. Inter monas-

terium cit. n. 20. (3) Felin. in dist. cap. Inter monasterium. n. 8. Decio in cap. 11 de Jutic. n. 187. in 1. lectur. Petr. Barbos. in leg. 1. ff. de Jutic. artic. 3. n. 16.

dando á dicho Fulano que use de su derecho donde, contra quien, y cómo le conduzca; y sobre que así lo declare, y se execute, ferno artículo de previo, y especial pronunciamiento con protesta de la nulidad en el progreso ad ulteriora; pues debe hacerse como lo pido, por lo que informan los autos, y aquí se exponrá favorable, general, y siguiente. Y por qué, &c. La segunda que no haga acto alguno del qual se induzca la prorrogacion, y. g. quando la excepcion, ó artículo fue de no contestar, y sobre él se recibió el pleito á prueba; y luego pide llanamente prorrogacion del término; en cuyo caso por este acto se induce tacitamente la prorrogacion de jurisdiccion. Y la tercera, que declarado que sea el artículo, proponga precisamente la declinatoria dentro de los nueve dias legales, porque si la propone despues, como que ya espiró el término, perdió por su omision, y desquido el derecho de usar de ella: lo qual he visto declarado en juicio. Con cuyas cautelas no se perjudica el reo, ni aunque el Juez se declare por competente, puede haber por contestada la demanda en el auto de declaracion, antes bien ha de concederle término para ello, ni por tal se le debe reconocer hasta que el auto se consienta, ó executorie, porque tiene fuerza de definitivo, y es apelable; y como que la demanda no está contestada, ni empezó el término de contestarla, puede oponer luego simultanea, ó separadamente dentro del legal las demás excepciones dilatorias que tenga: y así lo practican los jurisperitos.

187 Y lo tercero se limita lo explicado en el num. 186: quando el Juez procede contra alguno por via de inquisicion en caso prohibido, pues entonces puede usar de la declinatoria en qualquier tiempo, no obstante que haya propuesto ante él qualquiera excepciones dilatorias; y la razon es, porque con la declinatoria una vez que se declare, se anula todo lo actuado hasta ella. (1)

Hay

(1) Bald. in leg. Licet 24. n. 6. Cod. de Procurator. Alex. in leg. Quidam 7. n. 21. ff. de Rejudicat. Socia, en la Si concederit, ff. de Ju-

risdiccion. omn. Jutic. n. 18. al fin. Decio in ella, n. 26. y en el cap. 1. de Jutic. n. 182. y 216.

188 Hay otros actos judiciales, por los quales no se prorroga tacitamente la jurisdiccion del Juez, sin que inter venga la litis contestacion, y son: el primero por pedir el reo copia, ò entrega del libelo, ò término para el despacho de los autos, y responder lo que convenga à su derecho, y defensa, porque esto es para deliberar lo que debe practicar, y tener tiempo para ello. (1) El segundo por dar las fianzas de *judicio sisti*, y de *judicatum solvi*, porque en éstas se entiende puesta la condicion de que no tenga causa para declinar, ò recusarlo, pues si la tuviere, ha de poder hacerlo. (2) El tercero por hacer la confesion ante Juez incompetente; porque es visto que no la hace espontaneamente, ni por sujetarse à él, sino solo por redimir la vexacion del apremio; (3) pero para evitar toda duda conviene que lo exponga así en la propia confesion, pues el Juez, y Escribano deben admitirlo, y es lo que se practica en esta Corte. El quarto por la contumacia: lo qual se entiende, à menos que el Juez incompetente se pronuncie en vista de ella por competente, pues entonces aunque el reo no sea subdito suyo, como por su contumacia se inhabilita de poder apelar, y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla. (4) El quinto en las causas criminales, pues por la oposicion de la excepcion no se prorroga, porque cede en perjuicio del Juez competente. (5) El sexto en la que se hace de lugar à lugar, pues debe ser expresa. (6) El septimo en caso de omnimoda incompetencia, que es quando el que se titula Juez, ninguna jurisdiccion tiene; en cuyo caso puede el reo oponer la declinatoria en qualquiera parte del juicio, por que

(1) Ley Non videtur 33. ff. de Re judicat. ley 1. ff. de Edendo, y Authent. Operatur, Cod. de Litis contestation.

(2) Bart. in leg. Si convenerit, cit. & in leg. Vir bonus 18. n. 4. ff. de Judicatum solvi. Carleval, tit. 1. disp. 2. n. 997.

(3) Socin. consil. 108. col. fin. vol. 3. Avendañ. respons. 40. n. 6. vers. Secus vero: Farinac. in Prax.

quest. 7. n. 4. vers. Sublimitate: Maranta part. 4. distinct. 15. n. 13.

(4) Carleval disp. cit. n. 1000. al 1001. Marant. ibi n. 16.

(5) Bal. in leg. Si quibus consensu, col. 2. al fin. Cod. de Episcop. audient. Socin. consil. dicho al no. Jason in leg. Si convenerit, col. 8. circa finem.

(6) Marant. ubi supr. n. 15.

que en nadie reside potestad para hacerse Juez por solo el tacito, ò expreso consentimiento de las partes; (1) y el que ningun principio tiene de jurisdiccion, no puede tener prerrogacion de ella, porque lo que no hay, ò no tiene ser *in rerum natura*, no puede ampliarse. (2) Lo propio milita quando la jurisdiccion es limitada à cierta especie de personas, ò causas, pues no puede prorrogarse à otras de diversa especie. (3) El octavo si interviene error, ò ignorancia continuada de hecho, ò de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento; impide que se haga, y entienda hecha la prorrogacion. (4) Lo qual procede quando el Juez es del todo incompetente por derecho; mas no, quando es competente, y solo por la excepcion se constituye incompetente, pues entonces aunque haya error, vale la prorrogacion. (5) Y el nono en la causa de apelacion, pues ésta debe hacerse gradualmente al Juez competente, y no há lugar la prorrogacion de consentimiento de las partes del incompetente. (6)

189 Aunque el Juez prorrogado puede conocer, y sentenciar; mas no poner en execucion la sentencia que profiriera, porque esto toca al ordinario como competente. (7) El legista que apetezca mayor instruccion, vea à *Pedro Barbosa* en la ley 1. ff. de *Judic.* y sus cinco articulos: à *Maranta*, y *Carleval* en los lugares citados, y los textos, y Autores que referen, pues para ilustrar al Escribano principiante, basta lo expuesto.

190 Propuesta la declinatoria en los terminos insinuados,

(1) Ley Privatorum consensus, Cod. de Jurisdiction. omnium judic. cap. Si diligenti, de Foro compet.

(2) Glosa in Clementina unica, verbo Non obstante, de Sequestrat. posit. & fruct. Pax tom. 2. Prax. part. 1. temp. 5. num. 22.

(3) Ley 2. al princip. y ley 63. Extraneatorum, ff. de Judic. Jason en la Si per errorem 12. column. 12. ff. de Jurisdiction. omn. judic. Marant. loco cit. num. 18.

(4) Ley Si per errorem cit. & ibi Bart. & DD. y ley 15. tit. 22. Part.

tit. 3. Sr. Greg. Lop. en esta glosa 2. Cod. de Jurisdiction. omnium judic. cap. Si diligenti, de Foro compet.

(5) Glosa in leg. 4. §. 1. vers. Consensus, ff. de Judic. Jason in leg. Si per errorem cit. col. 4.

(6) Marant. part. 4. distinct. 12. num. 22. Alex. in leg. 2. ff. de Juric. in Addition. ad Bart.

(7) Ley Episcopale, Cod. de Episcop. audient. Jason in leg. Si per errorem, in not. 4. Alex. in leg. Cuna quecumq. 19. ff. de Jurisdiction. in acc. penult.

dos, se impide el ingreso, y progreso del juicio, de tal suerte que el Juez no puede proceder *ad ulteriora*, interin no se declare expresamente por competente, ó incompetente, y se consienta, ó excoeurte el auto; y si procede sin esta expresa declaración, (pues no basta la tacita) es nulo el proceso. Si se opone la *de litis pendencia*, *legitimacion de persona*, ó otra que impida el progreso del pleito, de modo que recayendo declaración sobre ella, no puede expedirse el negocio principal, debe el Juez hacerla expresa, ó tacitamente. Quando se opone alguna otra dilatoria que si se admite, se anula todo lo actuado hasta allí, debe difinirse tambien al instante, y no reservarse para el final del juicio, à efecto de que éste no quede ilusorio, ni el reo experimente vexacion con expensas inútiles. Lo mismo se debe practicar, quando propone alguna perjudicial, que de reservarse para difinitiva, contiene gravamen irremparable por ésta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte el *Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 18. n. 68.* al fin. Pero sobre las demás excepciones no es necesaria declaración expresa, excepto que el reo la pida, y lo que se practica, es recibir el pleito à prueba sobre lo principal, sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia virtualmente ésta. Sobre lo qual vease al *Sr. Greg. Lop.* en las glosas primeras de las leyes 11. tit. 3. y 5. tit. 10. Part. 3. y à *Carlew. de Judio. tit. 2. disp. 5. num. 8. y 9.*

191 Si el reo forma artículo de no contestar, y no pide que así se declare ante todas cosas, ni hace la protesta de contestar la demanda à su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion, y no de otra suerte, y el Juez desprecia el artículo expresa, ó tacitamente, ya no puede pretender término para contestarla, por ser pasado; y así puede el Juez recibir el pleito à prueba sobre lo principal, porque se há por contestada, y por concluso para prueba; bien que no por eso está privado de articular, y probar todas las excepciones peremptorias que conciernan à enervar, y extinguir la accion del demandante, no obstante que no las haya expresado en el libelo, expresandolas despues. Pero si hace la protesta, y pide declaración expresa, no debe el Juez recibirlo à prueba despreciando el artículo,

lo, sino antes bien mandarle que conteste dentro del término legal, y de lo contrario se puede apelar; y es lo que he visto observar.

192 Las excepciones que conciernen à la persona del actor, son las de *legitimacion*, no sola para pedir, sino para comparecer en juicio, v. g. el menor que comparece sin intervencion de su curador: el tutor en nombre del pupilo, sin acreditar su encargo: el Procurador sin poder, ó aunque con él, pero diminuto, obscuro, y sin facultad específica, quando el negocio la requiere: el substituto suyo, careciendo de facultad para nombrarlo: el excomulgado vitando: el hijo de familia, y todos los que no manifiestan la que les asiste, ó carecen de ella, ó tienen prohibicion legal de comparecer en juicio: pues ya sea en el civil, ó criminal, ordinario, ó executivo, extraordinario, è impropio, plenario, è sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrepito, ni figura de él, debe legitimar el actor su persona. (1)

193 Pero se dificulta ¿si debe legitimarla al principio del pleito antes que el reo conteste, ó basta hacerlo en el término de prueba, ó antes de la sentencia? Esta dificultad propone *Carlew. de Judio. tit. 2. disp. 4.* y conciliando con sutil, y maduro examen la discordia de los muchos Autores que cita, distingue dos casos, el primero, quando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, v. g. el heredero, y donatario, los quales no necesitan acreditar que lo son antes de la contestacion, y basta producir los documentos de tales antes de la sentencia; y la razon es, porque éstos mas sirven para justificar lo que piden, que para legitimar sus personas, pues miran à los meritos del proceso para obtener en juicio; y esto se amplia al cesionario quando litiga como tal en su propio nombre, exerciendo las acciones utiles que el cedente le transfirió por la cesion; mas no quando comparece en nombre, y como mandatario de éste, exerciendo las directas que como dueño le competen.

Lo

(1) Leyes 9. y 24. Cod. de Procurator. y leyes 9. 20. y 21. Cod. de Tom. III.

Is qui accusare non poss. et capit. 2. de Acquisition.

H

194 Lo qual limita lo primero, quando el actor hace mencion en la demanda (como debe) de la cesion, donacion, testamento, &c. pues entonces ha de manifestarlo antes de la litis contestacion, pidiendolo el reo, para que éste delibere en su vista si ha de contender, ó ceder; á menos que jure no poder exhibirlo, por no existir en su poder. Lo segundo, en las causas executivas, en las quales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la execucion. Y lo tercero, si por la ley se requiere alguna qualidad para que sea admitido al juicio; pues en este caso debe acreditar que concurre en él, y que es la misma que la ley apetece; excepto que el reo no la excepciona, en cuyo caso bien se puede proseguir el juicio sin este requisito.

195 Y el segundo caso es, quando el actor demanda en nombre, y como Procurador de otro; en cuyo caso aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en el juicio antes de la contestacion; y de no hacerlo, le obstará la excepcion: *tua non interest*, y podrá el Juez repelerle de oficio, por carecer de accion, porque es iniquidad permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interés, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro, á mas de que sería fludirse del Juez; y por eso nuestro Derecho Real (1) manda que no se defiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, mientras no acredite con el poder tener facultades para ello; è impone pena á los Escribanos, y Relatores del Consejo, y Audiencias; á aquellos si pasan á éstos los autos antes que los poderes estén firmados por bastantes por los Abogados de las partes; y á éstos si hacen relacion del pleito, sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los Jueces doctos proveen este auto: *Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho, se traiga. Y si se opondrá en nombre del reo sin su poder, dicen: Presentando esta parte poder competente, se le entreguen los autos que pide, por el termino ordinario.*

196 Se estiman, y admiten tambien por excepciones

(1) Ley 5. tit. 17. lib. 2. y leyes 2. y 3. tit. 2. lib. 4. Recop.

dilatatorias concernientes á la persona, y se han de decidir previamente las fianzas, ó seguridades que se piden, y deben dar en el juicio, (1) y son las de *judicio sisti*, y de *judicatum solvi*, que expliqué en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 14. la de *non offendendo*, que es quando alguno se queja de que otro le conminó, pues puede implozar el oficio del Juez, y justificando copulativamente no solo la amenaza, sino que el que la amenazó, suele poner en execucion las que hace, (pues no basta la justificacion de una cosa sola) debe el Juez compeler á éste á que añanze, y asegure que no hará daño al quereloso, sus bienes, ni familia por sí, ni por medio de otro: de la qual tratan *Bart.* en la ley *Illicitas*, §. *Ne potantiores*, ff. *de Offic. Præsidi. y Felin. in Rub. de Tregua. & pace*: la de *rato*, que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder, ó sin el bastante, ó como conjunto en los casos que el Derecho prescribe, de que su parte habrá por firme, y no reclamará lo que se practique en el pleito; de la qual toqué lo correspondiente en el capítulo 11. de mi primera parte, y tratan las leyes 1. y *Maritus* 21. *Cod. de Procuratorib.* la ley *Non solum* 39. §. 1. la *Pomponius* 40. §§. 2. y 3. ff. *ead. tit.* y todo el tit. ff. *Rem ratam haberi*: la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas, y daños que con motivo del pleito se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion, sea condenado, y éste absuelto; de que tratan la *Authentica Generaliter autem judex*, *Cod. de Episcop. & Cleric.* y el cap. *Ad excludendas* 2. in *Authent. de Litigijsis*, *collat. 8. tit. 11. novel. 110.* La de *indemnidad*, de que traté en dicho cap. 4. num. 141. y 142: ó quando el reo preso en carcel estrecha, pretende se le alivie, y remueva á otra suave, ó que por carcel se le den Villa, y arrabales, y dá fianza, ó caucion, y seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el Juez se le permita: la convencional en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio, si lo pactan los contrayentes, de la qual hablan los títulos,

(1) *Marant. Specul. aur. part. 6.* similiter quando petitur satisfactio judicialis. *Nono memb. judic. num. 4. vers. Et*

ff. & Cod. de Judio. la de mutacion de condicion, de que trata la ley in Omnibus 41. ff. de Judio. v. g. quando el deudor que está obligado à pagar cierta suma à plazo determinado, vá empobreciendo; pues para evitar que se le moleste, dá fianza de que al tiempo estipulado la satisfará: la que el Príncipe, ó su Consejo mandan dar al deudor que pretende espera, ó moratoria, para que durante ésta no le persigan sus acreedores, sin la qual no vale, ni le aprovecha, de la que habla la ley *Universa 4. Cod. de Precib. Imperatori offerendis*; y según el Auto 79. tit. 4. lib. 2. Recop. no debe concederla el Consejo; sin dar traslado à aquellos, ver su respuesta, y que luego dé à su satisfacion fianza de pagar, cumplido el tiempo de la concesion: la que los Jurisconsultos llaman *Muciana*, y explicó en el cap. 1. de mi primera parte, §. 3. num. 54: ó quando el testador legó cierta cosa, ó cantidad à dia fijo, ó con condicion, y su heredero afianza de que verificada ésta, ó cumplido aquel, entregará al legatario su legado: la de *damna infectio*; que es para asegurar, y resarcir el daño que no ha sucedido, pero puede suceder, de la qual trata las 48. leyes ff. de este título: la de *Usufructo* que expliqué latamente en el referido cap. 1. §. 26. num. 284. y sig. y en el cap. 7. lib. 1. de esta segunda parte; y de ella trata el tit. *Usufructuarius quem admodum caveat*: la que se dá en las denuncias de obra nueva, de que asimismo traté en dicho cap. 4. §. 9. y de ella habla el tit. ff. de *Oper. nov. nuntiat*: la que debe dar el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la *Quarta falcidia*, de que habla todo el tit. ff. *Si cui plus quam per leg. falcid. licuerit legatum esse dicitur*: las de las leyes de Toledo, Madrid, y demás que tambien expliqué en el prenotado cap. 4. §. 5. y otras de que hacen mencion el tit. ff. de *Prætor. stipulat.* varias leyes del Derecho Civil, y Real, y el práctico *Maranta part. 6. tit. de Satisfactione 8. Membr. judicii*, en donde el aplicado jurista las podrá hallar como que debe saberlas para quando le ocurra el caso de defender, y juzgar: todas las quales tienen su tendencia directa à la persona litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador; y de lo contra-

trario no valdrán, porque como obligaciones accesorias, y subsidiarias no pueden tener subsistencia sin las principales, ni verificarse, ó surtir su efecto sino à falta de éstas, por ser fianzas puras, y simples.

197 Y las que miran à la causa, son *litis pendencia* sobre lo mismo ante diversos Jueces, ó ante uno, y distintos Escribanos, la *subrepcion* del rescripto, por haber sido obtenido con relacion siniestra; *estat el libelo inepto, ò obscuro*; *el pacto temporal de no pedir*; *carecer el actor de accion para litigar*; *pedir antes que espire el plazo, ò se cumpla la condicion*; y otras semejantes, (1) las quales debe poner el reo antes de la contestacion, à menos que hayan sobrevenido despues por algun acto de demandante en que el reo no haya intervenido; ó que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos en qualquiera parte del juicio que las advierta, las puede oponer, y de no hacerlo, es visto que las renuncia.

198 De estas excepciones se exceptúa la *acumulacion* que produce la *litis pendencia*, pues no solo se puede pretender en qualquiera parte del juicio, aun fuera de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum adversus omissum terminum opponendi*; y la razon es, para que la persona privilegiada no experimente vexacion en diversos Tribunales sobre una misma cosa. (2) Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las quales trata *Felini in cap. Exception. col. 9. vers. Fallit octavo: de Except. y Alex. in leg. Ita demum, Cod. de Procurator.* las que omito referir, por no molestar mas al Escribano.

199 La *litis pendencia* es motivo de que se pida, y haga acumulacion de autos, y procesos. En ella se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continuidad de la causa, ni se les irroque detrimento, ni sobe

(1) Ley 9. tit. 3. Partid. 3. Ceval. de Cognition. per viam violent. part. 2. quest. 112. Cirac. controvers. 187. Sr. Valenzuel. cons. 133. y 173. Jul. Capon. discept. 125. tom. 3.

(2) Carlew. tit. 2. disput. a. n. 5. Tom. III.

al 12. Sr. Molina. de Primogen. libro 3. cap. 13. n. 61. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 52. n. 4. Fontanet. de Pañ. claus. à glos. n. 51. y decis. 19. n. 5. y 6. Maraut. parte 6. de Exception. n. 9. y 10.

bre un mismo asunto aparezcan dos sentencias tal vez contrarias, que la dada en un juicio, pueda servir de excepción en el otro; y menos principal, ó accesoriamente los Jueces, y Escribanos por su privativa utilidad pecuniaria, y regalía de jurisdicción.

200. Para que se verifique haber *litis pendencia*, es menester que el Juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo sea citado, é instruido plenamente de la demanda en tiempo, y forma; ó que si no lo es, dependa de él, por no dexarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben sufragar su dolo, y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condiccion que el obediente. (1) Advertiendo que pendiente el pleito no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena, es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote, ó donacion *propter nuptias*, ó de transacion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado, ó fideicomiso, como expuse en el cap. 7. de mi primera parte, num. 7. ó en los juicios universales en que el Juez permite, porque así lo exige la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos debitos suyos, y alimentos de su familia; (2) y fuera de estos casos se ha de revocar, y bolver la cosa enagenada á su antiguo estado, y si no puede ser, subrogarse otra en su lugar; y así el rescripto, ó privilegio que pendiente el pleito se obtiene sin mencionarlo, no perjudica á la parte adversa, por ser subrepticio; bica que por la *litis pendencia* no se priva al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos, y uso de su comodidad, antes por el contrario subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle, se le irrogaba injustamente grave daño, quitandosele sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño, y poseedor. De todo lo qual, y

(1) Clementin. 2. Ut lite pendente, & ibi Innoc. §. fin. & glos. verb. Competenti; ley Si Ideo, ff. de Evictioni cap. Sedes re. y Ex tenore 16. ff. de Re. judicat. Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §. 1. num. 5. al 9.

(2) Ley 13. tit. 7. Partid. 3. y ley final, Cod. de Rebus litigiosis, Authent. de Litigiosis, colat. §. glos. in cap. 3. Ut lite pendente. Reinfestuel ibi, num. 19.

y de otras cosas concernientes tratan con mas extension Carleval de Judic. tit. 1. disp. 2. sect. 3. quest. 7. & præcipue ex num. 875. hasta el fin; Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §§. 1. y 2. y los que citan, pues por ser materia difusa, y no incumbir necesariamente al Escribano su pericia, omito dilatarme en su explicacion.

201. Supuesto lo referido, debo sentar como inquestionable, que la *cumulacion*, ó acumulacion, ó union de autos, y procesos (no hablo de la de acciones, que es muy diversa, y la dejo explicada en el §. 2. de este capitulo desde el num. 67. al 96.) se ha de hacer por qualquiera de las tres causas siguientes: la primera *siempre que la cosa juzgada produce excepcion de tal sobre lo que se litiga*: pues de ventilarse ante dos Jueces, y en diferentes procesos, se determinaria en distintos tiempos; y la sentencia dada por uno, obstaría, y podría oponerse como excepcion ante el otro. (1)

202. La segunda por *litis pendencia*, que es por razon de pleito pendiente sobre el dominio, ó quasi dominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamea que tenga, ó posesion de ella, bien que será litigiosa ésta,) y así no debe continuar el Juez segundo, estando incoada la causa ante el que previno el conocimiento. (2) Lo mismo procede quando el deudor forma concurso voluntario ante qualquier Juez suyo, pues puede pedir, y hacer que se unan, y cumulen todas las causas que contra él penden ante otros; ya se hayan movido antes, ó despues de formado; é instaurar esta pretension ante el del concurso en qualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque esté pasado el término prescripto para oponer las excepciones dilatorias, (3) porque

(1) Leyes Julianus 3. Singulari 7. §. Ex generaliter 4. y Et an eadem 14. ff. de Exception. rei judicat. y ley Fundum 16. y Fundi 18. ff. de Exception. cap. 1. de Litis contestation. y cap. 2. de Exception. in 6.

(2) Authent. de Litigiosis, colat. §. Authent. Litigiosa res, Cod. de

Litigiosis. Clementin. 2. Ut lite pendente, y ley Ubi acceptum 30. ff. de Judic. Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §. 2. n. 23. al 27. Parlador. lib. 2. Rec. cap. p. n. 8. Carlev. tit. 1. disp. 1. n. 2. (3) Sr. Saig. part. 1. Labir. cap. 4. §. 3.

como juicio universal avoca, y atrae à sí todos los particulares, segun en él diré.

203 Y la tercera, para que no se divida la *continencia* de la causa; (1) pues siempre que se verifica conexion, similitud, y relacion entre los litigantes, ó entre la cosa, ó accion, ó entre todos juntamente, y se opone esta excepcion, se deben acumular unos autos à otros, porque viene à ser una causa comprehensiva de otras varias que tienen identica continencia: lo qual puede suceder, y verificarse en seis casos: el primero, quando concurren las tres identidades de *persona* (aunque sea *representative*) juicio, y *cosa*, ó aliaja; quiero decir, quando es una la accion, y son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. El segundo, quando la accion es diversa; pero la cosa, y litigantes son los propios. El tercero, quando la cosa es distinta; pero la accion, y litigantes los mismos. El quarto, quando la identidad de la accion proviene de una causa, y fuente contra muchos, aunque la persona, y cosa sean diferentes, v. g. la accion de tutela, por la qual se procede contra muchos tutores; ó quando los acreedores litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad, y obligacion à favor de todos, ó por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su credito particular, y privativo. El quinto, quando la accion, y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados*, ó *mistos*, por ser actores, y reos todos los litigantes; y son el de *Finium regundorum*, que es sobre deslinde, y amojonamiento de tierras, y terminos, aunque en ellas haya edificios, ó arboles: *Familie eriscunda*, que es sobre division de herencia: *Communi dividundo*, que es sobre particion de la cosa que pertenece à muchos, (de lo qual tratan los titulos 1. 2. y 3. ff. lib. 10. y los 39. lib. 1. y 36. y 37. lib. 3. Cod.) el de *Tempta*, y otros semejantes; que no pueden dividirse comodamente sin despendio, y vexacion de las partes; y así se han de tratar an-

(1) Ley Nulli 10. Cod. de Judic. y ley Cognitio 8. §. Si plures 1. ff. de Liberali caus. cap. 1. de Caus.

possession. & propriet. cap. 1. de Sequeraz. poses. & fruct. y cap. 5. de Litis contestation. in 6.

ante un Juez, para que viendo à un propio tiempo el derecho de todos, pueda dar à cada uno el que le toca. Y el sexto, quando los juicios son, y se reputan como un genero, y especie, pues no deben dividirse. (1)

204 Pero se exceptúan siete casos, en los quales no se deberá hacer la acumulacion de autos, ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. El primero, quando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el Juez, como que no es interesado, ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. El segundo, quando actor, y reo son omnimoda, y absolutamente de diverso fuero, v. g. uno del eclesiastico, y otro del secular. El tercero, quando el reo demandado ante el primer Juez es contumáz, pues por su contumacia pierde la excepcion, y beneficio que le competia, excepto que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su Justicia, que entonzes lo recuperará con este acto. El quarto, quando el Juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo el pleito, ó intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento; v. g. si dos reos, uno Clerigo, y otro leigo son cómplices en un delito, ó el negocio toca à entrambos, pues debe tratarse ante el Juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos: lo qual vi decidido en el Consejo en pleito que segui. El quinto, en las execuciones, pues el executante puede acudir ante distintos Jueces para la mas pronta exaccion de su debito, porque los remedios que se dirigen à un fin, son compatibles, y la eleccion de uno no quita, ni excluye al otro. El sexto, quando los procesos están en diversas instancias; v. g. uno en primera, y otro en segunda, ó tercera. Y el septimo, por razon del contrato jurado, pues por el juramento adquiere jurisdiccion el Juez Eclesiastico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero à fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, como queda sentado en el num. 37. mas no seguir por ambos à un tiempo sobre la misma cosa. (2)

Pi.

(1) Carlew. de Jedic. tit. 2. y disp. 1. cit. num. 3. y 4. Sr. Salg. Labir. part. 1. cap. 4. §. 1. 2. y 3.

Fariad. lib. 2. y cap. 6. dichos. n. 1. al 3. (2) Carlew. Ubi sup. proxima num. 7. y num. 23. al 29.

205 Pidiendose acumulacion de autos civiles, y criminales pendientes ante Escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores, ó injuriados, ha de hacerse al del Juez que de la causa debe conocer, que es el primero que empezó, aunque no sea tan digno: Y si los Escribanos son de un mismo fuero, al que principió à entender en ella, ya fuese à pedimento de parte, ó de oficio. Y lo propio se ha de observar en la execucion de cosa juzgada, ó eviccion, quando ante el Escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un proprio fuero. (1) Previendo que con el auto en que se manda al Escribano que vaya à hacer relacion, y con el de señalamiento de día para hacerla, se ha de citar à las partes, y el que se dé, declarando haber, ó noingar à ella, notificarselas, para que las conste, y usen de su derecho, y estenderlo el que llamó al otro, y no éste, pues allí se ha de concluir este artículo, como que por ante él, y no por ante el requerido se principió.

206 Y si los autos penden ante dos Jueces, uno mas digno por su graduacion que el otro, v. g. el uno togado, y el otro no, ó si ambos los son, es Consejero el uno, y el otro Alcalde, ò Oidor de Audiencia, ò Chancillería; ò el uno con el honor solo de la toga, y el otro con destino en Tribunal donde todos son togados, &c. se ha de pretender ante el mas digno, que el Escribano del otro juzgado vaya à hacer relacion citadas las partes (aun quando à los del menos graduado se deban cumular) y que se acumulen estos à aquellos, ó al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrae à sí lo menos digno, y el Escribano del Juez mas graduado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse à ir ante el otro à dar cuenta de los suyos. Pero si el Juez de menor graduacion es comisionado por el Rey, ò por Tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él, si se lo manda, porque no procede como ordinario, sino representando al superior que le dió la comision, en quanto à la

1 Parlador. lib. 2. Rer. cap. 6. cap. 4. §. 1. num. 37. Carlew. loco cit. num. 6. al 8. Sr. Saig part. 1. Labir. num. penult. y ult.

la qual es mas que el Juez particular graduado: todo lo qual he visto practicar siempre en esta Corte, y es conforme à razon.

207 Declarando haber lugar à la acumulacion, debe el Escribano à quien se quitan los autos, entregarlos integros, y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, incluso los de hacer relacion; pero quando no há lugar à ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde, y como las convenga, no está obligado à su entrega, ni union, aunque todos pasen ante él, pues entonces si para unos aprovecha à la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite. (1) y que à este efecto el Juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios, citando con ellos à la parte contraria, para que si quisiere, se halle presente à verlos corregir, y concertar. Y se previene lo primero, que en el auto en que se declare haber, ó no lugar à la acumulacion, se ha de expresar haber hecho relacion cada Escribano de los que penden en su oficio; y si unos, y otros penden ante un Escribano, no es necesario compulsorio para sacar los testimonios referidos, pues en virtud, y à continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner; todo lo qual he visto practicar siempre sin disputa. Y lo segundo, que mientras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta, ó executorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio hace suspender el progreso ad ulteriora hasta que se declare.

208 Excepciones mere peremptorias se llaman las que perimen, y extinguen la intencion, y derecho del actor, v. g. las de non numerata pecunia: prescripcion: solucion: juramento de no pedir la deuda en juicio; pacto perpetuo de no pedir: simulacion de contrato: dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase: miedo grave que le impulsó à constituir la obligacion: y otras semejantes, las quales

(1) Ley 1. tit. 27. lib. 4. Recop. §. 8. verb. Juicio, n. 11. Parlador. vers. Item de qualquiera proceso que dicho cap. 9. n. 4. y 5. se remitiese. Car. Philip. part. 1.

les deben oponerse despues de la contestacion, y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia definitiva que recaiga sobre el negocio principal, absolviendo, o condenando al reo segun los meritos del proceso. (1) El que quiera saber de quantas maneras se comete el dolo, y quando daña, ó no al singular sucesor, vea el cap. 2. de este libro, §. 4. num. 248.

209. Se titulan *mistas*, ó *anómalas* las excepciones que participan de la naturaleza de dilatorias, y peremptorias: v. g. la *cosa juzgada*: *transaccion*: *pleito acabado*: *paga*, *finiquito*, *prescripción*: y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no competirle, ó no tenerla ya, aunque la hubiese tenido. (2) Pueden oponerse antes, ó despues de la litis contestacion; y á veces no solo antes de ésta en fuerza de dilatorias, ó como mas haya lugar, y puedan contribuir á la justificacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues, en caso que el artículo se desprece, y mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes, sirven para impedir el ingreso, y progreso del juicio; de modo que en caso de estimarse, lo perimen, y se acaba. Y si despues, para elidir, y enervar la accion del demandante, que es el primario, y unico fin, y objeto á que se dirigen.

210. Y oponiendose antes, si el reo ofrece probarlas incontinenti, que es en el termino legal, y las prueba, deben diffinirse. Lo qual se entiende, á menos que requieran mas escrupuloso examen, è indagacion, por ser intrincadas en el hecho, (que el estimarlas, ó no por tales es arbitrario en el Juez, por no haber texto terminante que especifique cuáles son,) y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para definitiva. Y lo mismo se ha de practicar quando se oponen despues de la contestacion como peremptorias. (3) Pe-

(1) Carlev. tit. 2. disp. 5. num. 3. y 6. Paz tom. y part. 1. temp. 7. n. 3. Marant. part. 6. membr. 9. Judiciali, num. 11.

(2) Cap. 1. de Litis contestat. in 6. & ibi glos. verb. *Finita*. Carlev.

ibi, num. 4. y 27.

(3) Bart. in leg. 4. §. Condemnatum 6. & ibi Alex. ff. de Re judicat. Marant. part. 6. tit. de Exception. num. 14. al 16.

211. Pero si la duda, y dificultad es de derecho, y no sobre el hecho, deben determinarse incontinenti; lo uno, porque acerca de la disputa de derecho no cabe, ni se requiere orden judicial, y siempre debe ser una la determinacion del Juez: y lo otro, porque para el pleito que consiste en mero derecho, no conceden termino las leyes, por no ser necesario hacer justificacion, y estar resuelto en él lo que el Juez debe practicar, y si solo para el de hecho, de que se duda, á fin de que se pueda probar, y aclarar. Y lo propio debe executarse con las excepciones dilatorias, que tienen su tendencia á los meritos de la causa. (1)

212. Tambien se deben expedir, ó diffinir antes de proceder *ad ulteriora* las que miran al proceso, y llaman *emergentes*, ó *incidentes*, v. g. si se ha de conceder, ó no mas termino: recibir, ó no los testigos antes del probatorio, y otras semejantes. (2)

213. Las excepciones llamadas *prejudiciales* se comprenden entre las dilatorias, y en su genero, y clase, y son de dos: unas *absolutamente*, y de *per se prejudiciales*, y otras *respective*. Las primeras son las que se objetan, y proponen sobre causa muy grave, y de gran perjuicio, v. g. sobre el estado de libertad, servidumbre, è ingenuidad de alguno: si es, ó no hijo de quien se dice: si el parto es, ó no verdadero, y otras semejantes, las cuales son prejudiciales de *per se*, por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *prejudiciales*, quando el hijo dice que no está baxo de la patria potestad, y por lo mismo niega la obediencia á su padre, ó el vasallo á su señor, ó el Monje á su Abad: y éstos por la *accion prejudicial* deben ser compelidos á obedecer á sus respectivos superiores: de cuyas acciones hablan el §. *Prejudiciales*, *Institut. de Action. su glosa*, y otros textos.

214. Y las prejudiciales *respective* son las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo qual sucede de diversos modos: El primero, quando se intentan dos, una principal, y otra accesoria, pues aque-

(1) Dicho cap. 1. de Litis contestat. Carlev. disp. 5. dicha 9. 4. y 12. al 17. y 23. al 26. (2) Carlev. ibi, num. 18.

lla perjudica à ésta, porque se trata primero de ella. El segundo, por razon de su contrariedad, v. g. quando se instaure una, y luego otra contraria, pues no se admite ésta por el perjuicio que causa à la otra. El tercero, por la de mayoría, y preeminencia, v. g. quando se intentan dos civiles, una particular, y otra universal, pues aquella cede à ésta, porque el juicio universal como mayor prefiere al particular: ò quando la una es civil, y la otra criminal; y ésta absorbe en sí à aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal, por ser de mayor autoridad, perjudica el curso de la otra. El quarto por razon de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion, ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado. El quinto, quando alguno intenta la accion *familie eriscundæ*, diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia; y esta excepcion perjudica à la accion intentada. El sexto, quando intenta la de *communis dividando*, y se le niega ser comun la cosa, cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño, ò participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que obtenga en juicio, pasar à dividirse. El septimo, quando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ò contra el fiador simple, porque si se le opondre la excepcion de la excusion en el principal obligado, debe hacerla primero, y ésta perjudica à la accion. El octavo, quando se opondre al actor la excepcion de excomunion mayor, de la qual se debe conocer antes que del principal negocio. Y el noveno, quando no tiene accion, ò no legitima su persona, ò se excepciona contra la del Juez por incompetencia, ò sospecha; de suerte, que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ò por via de excepcion, de la qual debe tratarse antes que de la del actor, se llama *prejudicial*, porque detiene, y perjudica su curso, y conocimiento. (1)

215 Aunque por el Derecho de las Partidas (2) se orde-

(1) Marant part. 4. distict. 20. per tot.

(2) Ley 9. tit. 3. Partid. 3. verb. Otros decimos.

dena, que si el Juez conoce que el ánimo del reo se dirige à diferir el pleito con las excepciones, como regularmente acontece, puede prescribirle termino para que proponga juntas todas las que tenga, y no lo haciendo en él, proceder *ad ulteriora*: pero por derecho posterior se prescribe el en que debe ponerlas; por lo que existiendo el demandado dentro de la jurisdiccion, ò territorio del Juez, de cuya orden se le emplazó, le concede nueve dias continuos, y peremptorios (contados segun la inconcusa práctica de los Tribunales, desde el de la citacion, ò emplazamiento exclusive) para oponer, y justificar las excepciones dilatorias; (1) y pasados, no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitution del privilegiado à quien compete, à menos que de su inadmission se le irroque grave detrimento, ò que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces, precedida su inspeccion por el Juez, puede admitirlas. (2) Pero si existe fuera de la jurisdiccion, se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del ultimo, y peremptorio termino, que el Juez con consideracion prudente à la distancia le asignó para comparecer. (3)

216 Y para alegar, y oponer las *peremptorias*, y *prejudiciales* de qualquier calidad que sean, le prescrie otros veinte dias, los cuales (por ser otros, segun se explica la ley) empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar, y probar las dilatorias, y con- testar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el Juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure así, y que hasta entonces no llegaron à su noticia; en cuyo caso, no probandolas en el termino que el Juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion, sin esperar à

la

(1) Ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop.

(2) Gutierrez lib. 1. Practicar. quest. 52. num. 34. y quest. 53. num. 1. Sr. Salgado part. 3. Labir. cap. 4. num. 57. Sr. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 3. Partid. 3. glo. 5. verb.

Non debe ser oido. Ciriac. contro. vers. 393.

(3) Dicha Ley 1. tit. 5. lib. 1. Contados del fin del termino de la causa de emplazamiento.

la definitiva; y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno. (1)

217 En la instancia en que se opusieron alguna, ò algunas excepciones dentro del competente termino, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba à prueba sobre ella; excepto que el que la opond, pueda justificarla por escritura pública, ò confesion de la parte adversa: (2) ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto, quedaria indefenso el contigante, por no haber probado contra ella, à causa de ignorarla; y asi se practica.

218 No milita lo expuesto en el número inmediato para con los que gozan del beneficio de la *restitution in integrum*, porque estos la tienen para poner, y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez, y no mas, con tal que sea antes de la conclusion para definitiva; pues en otros terminos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen à pagar la pena que el Juez les imponga en caso de no justificarlas. (3) Y se previene que el Juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga; pero si consiste en hecho, la es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla. (4)

(1) Ley cit. cap. 4. de Excepcion. cap. 11. de Re judicat. Sr. Covar. Pract. cap. 16. n. 2. Parez. de Edicion. tit. 4. Resolut. univ. n. 499.
(2) Ley 5. cerca del fin tit. 5. lib. 4. Recop. Vela dissert. 41. n. 25. Sr. Salgado. de Reg. protect. part. 2. cap. 18.
(3) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 4. Re-

cop. y ley final. Cod. Si *supius in integrum restituito*. Hermsoll. en la 26. tit. 5. Partid. 5. glos. 12.
(4) Parladore. lib. 2. Rec. cap. 10. n. 8. al to Vela dissert. 49. num. 104. Parez. de Edicion. tit. 1. resolut. 1. §. 3. n. 2. y tit. 2. resolut. 7. n. 61. Jul. Capon tom. 3. discept. 205. n. 12. Fontancl. decis. 193.

§. V.

DE LA CONTESTACION DE LA demanda, y sus efectos; cómo, y dentro de qué término debe hacerse.

219 **L**A contestacion en los juicios es respuesta asertiva, ò negativa que dá el reo à la demanda del actor. (1) Es el fundamento, basa, y piedra angular del juicio, y tan substancial, y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite, es nulo el proceso, y juicio. (2) Y puede hacerse *expressa*, ò *tacitamente*; expresamente, quando el reo comparece en él por sí, ò por su Procurador con poder bastante, y responde à la demanda, confesandola, ò negandola; y *tacitamente*, quando por su contumacia, ò rebeldia se declara por contestada, conforme lo ordena la ley. (3)

220 Muchos efectos produce según derecho la litis contestacion. El primero es, que una vez hecha, no puede el demandante arrepentirse, de dejar de proseguir el juicio hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado; ni al contrario éste contra la de aquel, porque ya hay juicio, está trabada la litis, y pasa à casi contrato, que se celebra entre los litigantes según tres célebres textos; (4) lo qual antes de hacerla es permitido, y se practica. El segundo es cerrar la puerta, è impedir que se opongan la declinatoria de fuero, y demás excepciones dilatorias, y quedar sujeto el reo al Juez, y obligado al ac-

(1) Ley 1. tit. 10. Partid. 3. y ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop. Carlew. tit. 2. disp. 4. num. 3. al 5.

(2) Glos. in cap. Quoniam, de Probat. verb. Responsiones, & in cap. De causis, de Offic. delegat. Sr. Greg. en la ley fin. tit. 10. Partid. 3. glos. 4.

Tom. III,

(3) Dicha ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop.

(4) Ley Licet prætor 3. §. Item scribit, ff. de Peculio, & ibi glos. verb. *Judicio contrahi* Auth. Qui semel, Cod. Quomodo & quando judex, y cap. Causam, que 3. de Dolo, & Contumacia.

la definitiva; y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno. (1)

217 En la instancia en que se opusieron alguna, ò algunas excepciones dentro del competente termino, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba à prueba sobre ella; excepto que el que la opond, pueda justificarla por escritura pública, ò confesion de la parte adversa: (2) ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto, quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella, à causa de ignorarla; y asi se practica.

218 No milita lo expuesto en el número inmediato para con los que gozan del beneficio de la *restitution in integrum*, porque estos la tienen para poner, y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez, y no mas, con tal que sea antes de la conclusion para definitiva; pues en otros terminos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen à pagar la pena que el Juez les imponga en caso de no justificarlas. (3) Y se previene que el Juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga; pero si consiste en hecho, la es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla. (4)

(1) Ley cit. cap. 4. de Excepcion. cap. 11. de Re judicat. Sr. Covar. Pract. cap. 16. n. 2. Parez. de Edicion. tit. 4. Resolut. unico. n. 499.
(2) Ley 5. cerca del fin tit. 5. lib. 4. Recop. Vela dissert. 41. n. 25. Sr. Salgado. de Reg. protect. part. 2. cap. 18.
(3) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 4. Re-

cop. y ley final. Cod. Si *supius in integrum restituito*. Hermsoll. en la 26. tit. 5. Partid. 5. glos. 12.
(4) Parladore. lib. 2. Rec. cap. 10. n. 8. al to Vela dissert. 49. num. 104. Parez. de Edicion. tit. 1. resolut. 1. §. 3. n. 2. y tit. 2. resolut. 7. n. 61. Jul. Capon tom. 3. discept. 205. n. 12. Fontancl. decis. 193.

§. V.

DE LA CONTESTACION DE LA demanda, y sus efectos; cómo, y dentro de qué término debe hacerse.

219 **L**A contestacion en los juicios es respuesta asertiva, ò negativa que dá el reo à la demanda del actor. (1) Es el fundamento, basa, y piedra angular del juicio, y tan substancial, y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite, es nulo el proceso, y juicio. (2) Y puede hacerse *expressa*, ò *tacitamente*; expresamente, quando el reo comparece en él por sí, ò por su Procurador con poder bastante, y responde à la demanda; confesandola, ò negandola: y *tacitamente*, quando por su contumacia, ò rebeldia se declara por contestada, conforme lo ordena la ley. (3)

220 Muchos efectos produce según derecho la litis contestacion. El primero es, que una vez hecha, no puede el demandante arrepentirse, de dejar de proseguir el juicio hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado; ni al contrario éste contra la de aquel, porque ya hay juicio, está trabada la litis, y pasa à casi contrato, que se celebra entre los litigantes según tres célebres textos; (4) lo qual antes de hacerla es permitido, y se practica. El segundo es cerrar la puerta, è impedir que se opongan la declinatoria de fuero, y demás excepciones dilatorias, y quedar sujeto el reo al Juez, y obligado al ac-

(1) Ley 1. tit. 10. Partid. 3. y ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop. Carlew. tit. 2. disp. 4. num. 3. al 5.

(2) Glos. in cap. Quoniam, de Probat. verb. Responsiones, & in cap. De causis, de Offic. delegat. Sr. Greg. en la ley fin. tit. 10. Partid. 3. glos. 4.

Tom. III,

(3) Dicha ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop.

(4) Ley Licet prætor 3. §. Item scribit, ff. de Peculio, & ibi glos. verb. *Judicio contrahi* Auth. Qui semel, Cod. Quomodo & quando judex, y cap. Causam, que 3. de Dolo, & Contumacia.

actor. El tercero es interrumpir la prescripcion de la accion, aunque se haga ante Juez arbitro. El quarto, constitucion en mora, y de mala fé al reo en quanto á los frutos de la cosa litigiosa; por lo que si es vencido en el juicio, debe restituir los devengados desde la contestacion. El quinto es que siendo válida, se perpetúa la accion personal por quarenta años. El sexto, que el Procurador que la hace, se estima dueño del pleito; puede substituir despues como tal el poder que se le confirió; y con él, y no con el dueño que deben entender en aquel juicio todas las dilgencias que ocurran mientras no le revoque el poder, hasta que la sentencia se declare por pasada en autojidad de cosa juzgada, y no mas, pues su execucion ha de ser con el dueño en persona: sobre cuya revocacion de poder, causas por que puede hacerse, quando espira, y lo que hoy se practica, vease el capítulo 11. de mi primera parte num. 21. al 23. El séptimo, que despues de contestado el pleito se puede proceder á la recepcion de testigos; lo que antes no, excepto en los casos expresados en los numeros 126. a. 128. de que tratan las leyes 2. á la 8. del tit. 16. Partida 3. Y produce otros muchos efectos que explico en la 8. tit. 10. de la misma Partida, *Paz in Praxi tom. y part. 1. temp. 6. num. 9. al 22. Casley de Judio. tit. 2. dip. 1. num. 11. y 12. y otros Autores que citan.* Previendo que una vez contestado el pleito aunque fallezca uno de los litigantes, puede el Procurador que lo contestó, continuarlo hasta su final decision, sin embargo de que sus herederos no le ratifiquen el poder, ni le den otro, con tal que no dexan nuevo apoderado, como con legal apoyo he sentado en el cap. 11. n. 21. de mi primera parte ultimamente adicionada.

221. Debe contestar el reo la demanda ante el Juez, y Escribano de la causa, si pueden ser hallados, y si no, ante otro Escribano, y testigos con palabras claras, y terminantes dentro de los mismos nueve dias siguientes al de la citacion, ó emplazamiento en que debe oponer las excepciones dilatorias; los cuales corren de momento á mocepiones dilatorias, y *colendas*, por lo que en éstos, y aun de noche se puede hacer, ya esté presente, ó ausente el actor; y no constandola en ellos, la há la ley por

por constetada, y al reo por confeso en pena de su contumacia, ó rebeldía. (1) Y si el pleito es sobre alcabalas, ha de hacer la contestacion dentro de tres dias precisos, contados desde la intimacion de la demanda. (2)

222. Y aunque la malicia de los que conspiran á la dilacion, y á vexar á sus contendoros, ha querido introducir que solo se cuente qualquiera término desde que toman los autos, y si se les notifica algun traslado, no los toman hasta el ultimo dia en que ya debian evacuarlo; de modo que los tres dias que para responder á él, tienen regularmente, hacen que sean nueve, ó mas, con lo que irrogan notables daños á sus colitigantes; no se debe permitir esta iniquidad, y asi se ha de contar qualquiera término desde el dia de su notificacion esclusiva, y si en el en que espira, toma el litigante los autos, y al siguiente quiere apremiarle el adversario á su devolucion, se le debe dar el apremio, y de ningun modo contribuir el Juez, ni Escribano á que contra lo prevenido repetidamente por las leyes, que apeteccn, y preceptúan justamente la brevedad en los pleitos, se dilaten, y causen gastos, y extorsiones á los que proceden de buena fé, lo que prevengo al Escribano para el cumplimiento de su obligacion.

223. Para haber al reo por contumáz, son precisas dos cosas segun la inconcusa práctica de los Tribunales, una, que el actor le acuse la rebeldía, y otra que el Juez lo declare; (3) por lo que si muere antes de la contestacion, no transmite la pena de contumacia á sus herederos; y si despues, se debe hacer saber á éstos el estado de los autos para que salgan á su defensa, elijan otro Procurador, si quisieren, y les perjudique la sentencia, pues de otro modo no les perjudicará; y por lo propio aunque en derecho se le estima confeso, no le está prohibido oponer dentro de los veinte dias siguientes al de la contestacion las excepciones peremptorias. (4) Pero si no quiere contestar porque el Pro-

cu-

(1) Leyes 1. y 2. tit. 4. lib. 4. Recop. Acerr. en dicha ley 1. n. 39.
(2) Ley 5. tit. 7. lib. 5. Recop.
(3) Sr. Sig. de Reg. part. 2. cap. 8.

n. 76. Parec de Edición tit. 6. resolucion 7. n. 27. Veia dissent 29 num. 13.
(4) Paz in Praxi. tom. y part. 1. temp. 6. n. 29. y 46. al fin.

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 eilidir las pretensiones de los demandantes, sino acciones para reconvenirlos judicialmente; y por evitar gastos en nuevos pleitos, ò en acudir ante sus Jueces privativos, si son de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio, y el Escribano deseará saber si podrán, ò no practicarlos: para que se tinture de esta materia, en cuya explicacion están sumamente escasos, y estériles nuestros Autores latinos, y castellanos, la dividiré en cinco puntos: en el primero trataré de la reconvençion, 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 reconvençion es segunda convençion, mutua peticion, ò nueva demanda que el reo pone al actor en vista de la que este le puso. (2) Puede hacerla el que tiene potestad de comparecer en juicio, no ha-

(1) Gutierrez lib. 1. Præf. quæst. 49. Diego, Perez en la ley 1. tit. 4. lib. 3. Ordennam. Roland. consil. 31. n. 6. y 7. Parej. tit. 6. retol. 2. n. 1. Sr. Olea de Cesion. tit. 6. quæst. 9.

(2) Ley Cum Papinianus 14. Y

Authent. Et consequenter, Cod. de Sentent. & interlocutionibus, y ley 22. ff. de Judic. cap. 1. de Mutuis petitionibus. 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 reconvença en aquel juicio al reo que le reconvença, (que es reconvençion de reconvençion) porque sería proceder à infinito, por lo que está reprobado por derecho; (1) ni al reo excomulgado que reconvença al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para excepcionar, y defenderse, pero no para intentar accion, qual es la reconvençion. (2)

225 Tampoco se permite al reo que reconvença 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 reconvençion, es preciso que proceda por hecho, y derecho suyo privativo, y no por el ageno, como el tutor, procurador, ò apoderado, pero 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 reconvençion 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 reconvençion se le pide otra cosa; bien que à veces tiene vigor de excepcion, si se opone para perimir la convençion, v. g. quando ésta, y la reconvençion miran à la misma cosa; en cuyo caso las pretensiones de ambos contendores son

(1) Cap. Cum in multis, de Rescript. in 6. & ibi gloss. Speculat. tit. de Reconvençion. §. Nunc dicamus, n. 13. Reinstroel lib. 2. Decretal. tit. 4. §. 1. n. 19. Murilli. Decretal. lib. 7. tit. cit. num. 54. Cur. Phillip. part. 1. §. 16. n. 9. al medio.

(2) Cap. Cum inter 5. y cap. Exceptionem 12. de Exceptionibus. Reinstroel lib. 1. num. 18.

Tom. III.

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

(4) Ley Quæstionem, 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 25.

(5) Ley 2. ff. de Exceptionibus.

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 eildir las pretensiones de los demandantes, sino acciones para reconvenirlos judicialmente; y por evitar gastos en nuevos pleitos, ò en acudir ante sus Jueces privativos, si son 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, en cuya explicacion están sumamente escasos, y estériles nuestros Autores latinos, y castellanos, la dividiré en cinco puntos: en el primero trataré de la reconvençion, 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 reconvençion es segunda convençion, mutua peticion, ò nueva demanda que el reo pone al actor en vista de la que este le puso. (2) Puede hacerla el que tiene potestad de comparecer en juicio, no ha-

(1) Gutierrez lib. 1. Præf. quæst. 49. Diego Perez en la ley 1. tit. 4. lib. 3. Ordennam. Roland. consil. 31. n. 6. y 7. Parej. tit. 6. retol. 2. n. 1. Sr. Otea de Cesion. tit. 6. quæst. 9.

(2) Ley Cum Papinianus 14. Y

Authent. Et consequenter, Cod. de Sentent. & interlocutionibus, y ley 22. ff. de Judic. cap. 1. de Mutuis petitionibus. 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 reconvença en aquel juicio al reo que le reconvença, (que es reconvençion de reconvençion) porque sería proceder à infinito, por lo que está reprobado por derecho; (1) ni al reo excomulgado que reconvença al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para excepcionar, y defenderse, pero no para intentar accion, qual es la reconvençion. (2)

225 Tampoco se permite al reo que reconvença 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 reconvençion, es preciso que proceda por hecho, y derecho suyo privativo, y no por el ageno, como el tutor, procurador, ò apoderado, pero 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 reconvençion 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 reconvençion se le pide otra cosa; bien que à veces tiene vigor de excepcion, si se opone para perimir la convençion, v. g. quando ésta, y la reconvençion miran à la misma cosa; en cuyo caso las pretensiones de ambos contendores son

(1) Cap. Cum in multis, de Rescript. in 6. & ibi gloss. Speculat. tit. de Reconvençion. §. Nunc dicamus, n. 13. Reinstroel lib. 2. Decretal. tit. 4. §. 1. n. 19. Murilli. Decretal. lib. 7. tit. cit. num. 54. Cur. Phillip. part. 1. §. 16. n. 9. al medio.

(2) Cap. Cum inter 5. y cap. Exceptionem 12. de Exceptionibus. Reinstroel lib. 1. num. 18.

Tom. III.

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

(4) Ley Quæstionem, 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 25.

(5) Ley 2. ff. de Exceptionibus.

directamente contrarias, y la reconvention tiene fuerza de excepción, 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 reconvention 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 también 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 reconvention, 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 reconvention 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 reconvention 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 reconvention, y así conviene mas al deudor que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, usar de la reconvention, que de

(1) Bsl. & Alex. in leg. Viro, ff. Solut. matrimon. Cancr. libi, n. 36.
 (2) Doctor. in Authentico. Et consequenter, Cancr. libi, n. 28. al 21.
 Salscet. in leg. Neque scriptura, al fin, Cod. de Compensatione.
 (3) Scac. de Re judicat. Spec. 2. n. 7. glos. 7. quest. 4.

(4) Scac. libi, n. 6. y 12.
 (5) Salscet. in leg. Cum Papi-
 nianus, 74. Cod. de Sentent. & in-
 terlocutionib. omni. judic.
 (6) Salscet. ibi, n. 3.
 (7) Bsl. 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 reconvention. (1) Lo octavo, en que si el que intenta compensar es vencido, puede usar luego de la reconvention; mas no, siéndolo 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 reconvention, 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 reconvention no se admite otra, porque se gravaria nimiamente al Juez con la acumulacion, 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 prevencion 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 prevencion 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-

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

(2) Salscet. ibi.

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

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

(5) Legista in leg. Et qua 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 quædam 19. ff. de Jurisdiction. omnium judic. ley Si quis postea 7. ff. de Judic. y cap. Proposuisti 19. de Foro competet.

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 de ser diversas, y desiguales, se igualen, y determinen à 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 à responder à 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 prorrogacion de jurisdiccion se parte verificar, así 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 conviene al demandante ante él, 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 à la reconvention. (5)

229 Se verifican juntos à veces en los juicios los dos primeros efectos de la reconvention, y à veces solo el segundo. Juntos quando la convencion, y reconvention caminan à igual paso, pues entonces se siguen à un propio tiempo,

(1) Ley *Qui acceptum* 29. ff. de *Judic. y leyes*, y cap. *praxine* cit. de *DD. Carley. tit. 1. disput. 2. n. 898, 899, y 900.*

(2) Ley 22. tit. 2. Partid. 3. verb. *La tercera* ca: ley 20. tit. 4. y ley 4. tit. 10. Partid. dicha cap. 2. y 2. de *Matus petition. Mixram. part. 4. dist. tit. 6. tit. Judicium conventionale*, n. 7. 8. y 10. al 12. *Carley. tit. 2. disp. 7. n. 3. y 4.*

(3) Dichos cap. 1. y 2. de *Matus petition. y cap. ult. §. fin. de Jarama. calama.*

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

(5) *Marant. distict. 12. tit. Judicium ordinari. & prorrogati. n. 17. Bar. in Authenti. Et consequenter. 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 liquida, 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 así debe preferir sobre cada una su sentencia en su respectivo tiempo, y no aguardar à que se liquide, y pruebe la reconvention para decidir sobre la convencion, porque ea esto injuriará al actor.

230 No puede escusarse el actor de responder ante aquel Juez à la reconvention del reo en los casos en que ésta se omite, por no repugnar à la naturaleza, y qualidad de la causa, porque *ex necessitate juris* se le prorroga la jurisdiccion, siendo prorrogado à ello, se le debe denegar la audiencia sobre su convencion, ó demanda, como à 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 à responder à la reconvention de éste ante el propio Juez, por ser justo que ya que lo eligió para que determinase à su favor, sufra que determine contra él. (1)

231 En las causas civiles milita, 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 à 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 secular. E si ante quel pleito se acabase, el lego à quien demanda, quisiere hacer otra demanda al Cleri-*

(1) Ley 20. al fin. tit. 4. y ley 4. tit. 10. Partid. 3. ley *Con Papinianus*, y *Authenti. cit. Canon, Accusator*.

Qui non cogitur 22. ff. de *Judic. Carleyat. de J. dic. tit. 2. disp. 7. n. 3.*

go. su demandador, allí debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede excusar por la franquexa que han 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 defensa, 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, ó anexa á 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 obstante 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 Eclesiastico, ó le hizo daño, ó hurtó alguna cosa con ánimo deliberado de que éste le demandase ante su propio Juez por la injuria, ó 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 á su Autor; á mas de que si en tal caso se permitiera la reconvençion, ó se ofenderian impunemente con daños, y contumelias el Clerigo, y el lego; ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á 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. cognition. cap. Lator, qui filli sint legitimi, y glos. in cap. Partus agendo 3. quest. 3. Cance. part. 2. dicho cap. 13. num. 58. y 59.

(4) Cap. unio. de Cleric. conjug. in 6. Cance. ibi n. 60. Reinfestueli ibi, num. 22.

(5) Ley 2. §. Sed si agant, ff. de Judic. ley Spadonem al fia, ff. de Execration. tutori. y ley Sed & qui data, ff. Ex quibus caus. majores. cap. Relatum, §. Ad hoc, de Jure Patronat. cap. Sides 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. Cance. 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 á 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, ó 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 á las excepciones concede seis dias, y para la reconvençion, si la hay, excepcionar, repicar, 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 á 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 á las excepciones peremptorias, y nueve para responder á la reconvençion.

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

(1) Cap. Dispensia 3. §. Reus quomque, de Rescript. lib. 6. & ibi glos. & Bald. num. 12. Janocent. num. 4. y Franch. num. 5. Canoniz. in Clementia. Sape, cod. 116.

(2) Legiste in Auth. Et conse-

guenter, Cod. de Sentent. & interlocutionibus.

(3) Ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop. de libi Acte. n. 60. Cárli. tit. 2. cap. 7. num. 6.

(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 reconvention, si la hay: y el reo al mismo tiempo, el uno contestando la demanda, en el que se ponen la reconvention, 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 concluyendolo para prueba; bien que en vista de la contestacion, y reconvention 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 ultimo 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 reconvention 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, desentendiéndose de la reconvention, 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. Re. cop.

(2) Ley 3. de final tit. 4. lib. 4. Re. cop. Cur. Philip. part. 1. §. 14. n. 10.

de responder à su reconvention, 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 reconvention se puede hacer regularmente ante qualquier Juez, no habiendo expresa prohibicion legal; (1) y así tiene lugar ante el delegado, quando fue electo à petition 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: *Cu guisada cosa es que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este juez, que ante él lo haga al demandado.* Lo qual se entiendo 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 prohiba entender en otra. (3) Pero es de advertir que aunque el actor quiera apartarse de la convenion hecha ante el delegado, no puede despues de la reconvention sin permiso del reo; lo que antes sí, para evitar que éste le reconvenga, (4) el qual sí no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar à ello. (5)

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

(1) Cap. Cuius agendo, caus. 3. quest. 8. y ley Cum Papinianus 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. dicit part. 2. y cap. 13. n. 37. y 38. Marant. lib. 2. n. 13. al 19. Socin. ibi, n. 22.

(5) Ley unica, Cod. Ut nemio invidus. Restitut. lib. 2. Decretal. tit. 4. §. 1. num. 3.

es prerrogable, se prerroga por la elección, y milita la razon de la ley. Lo qual no sucede, quando alguno que tiene dos, ó 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 á éste ante él, porque no lo eligió. (1)

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

240 No puede ser reconvenido el actor ante el árbitro voluntario efecto de comun consentimiento de los contendores, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion, ó conocimiento arreglado á 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, ó 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. 25. al 21.

(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. Barr. in Authent. Et consequenter, al. fin. Speculator in tit. de Reconvençione, §. 1. Reinstuetel ibi, num. 16.

Juez: y la razon es, porque estos árbitros son electos de necesidad por precepto de la ley, 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 reconvenção ante el Juez de apelacion: lo primero, porque el apelante no recurre á él por su voluntad, y elección, 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 después de la litis contestacion, que es el de conclusion para prueba; y no teniendo como no tiene lugar después de ésta la reconvenção, tampoco puede tenerlo ante el Juez referido, á 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 á si el Juez diputado para conocer de cierta especie de causas, puede entender en la de reconvenção sobre otras de diversa especie. v. g. civil, ó criminal, liberal, ó 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 reconvenção, 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. 237. lo que en otros terminos no podria practicar por defecto de jurisdiccion del Juez. (1)

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

(2) Cancr. part. 2. y cap. 12. dicho num. 61. al 63. Marant. tit. cit.

n. 24. al 27. Carlew. de Judic. tit. 1. disp. 2. n. 175. y tit. 2. disp. 7. n. 8. (3) Glos. 2. in Authen. Et consequenter. Marant. ibi, n. 32. Bald. 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 subsistingue: 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 sumarias, ò plenarias: ò una sumaria, y otra plenaria: (2) y deben caminar à igual passo, substanciarse à un propio tiempo, y diñirse en una sentencia. Lo qual se entiene, 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 *Extor.* *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. *lit.* num. 50. al 52.

den liquidarse, porque el instrumento executivo en quanto à poderse despachar execucion en su virtud, es semejante à la sentencia; tiene su vigor, y se equipáran; y como despues de ésta no se admite reconvenccion, tendrá lugar solamente su admission en lo que concierna 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 litigido; 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 distinguen quatro casos: el primero, si el acusado criminalmente quiere recusar de otro delito mayor al acusado 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 num. 94. y 95. queda sentado; ò que ambos litigantes procedan respectivamente por la suya: ò que el acusado se liberte principalmente por la recusacion del

(1) *Carlos*. *tit.* 2. *dispo.* 7. num. 91. 10. 11. y fin. *Cancer*. *ibi*. num. 30. al 44. *Marant*. *ibi*. n. 39. al 41. *Accey*. en la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 4. *Rec.* n. 681.

(2) *Ley* *Quinta*. ff. de *Admini* *lepar.* *exp. lis.* ff. de *Offi.* *judic.* *Maranti* *ibi*. num. 36. al 38. *Jason* in *leg.* 12. *col.* 7. ff. de *Jurisdicción*. *omnium* *ju*

dic. *Bald.* in *leg.* *Sed* *he*. §. *Non* *so* *lum*; ff. de *Procurator.* *Societ.* *caus* *11*. 167. *col.* fin. *vers.* *Se* *undo* *con* *du* *cto*; *var.* 2. *col.* 1. *de* *de* *po* *si* *to*.

(3) *Cap.* 2. de *Deposito* *ley* *1*. *col.* y *ley* 3. ff. *col.* *tit.* *Miraco* *ibi*. num. 30. *Bald.* in *leg.* *Si* *quis* *de* *de* *po* *si* *to*.

delito que se le imputa. (1) Pero si el acusado no reconviene al acusante por su injuria, ó por la de los suyos, ó el Juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. g. por ser Clerigo; ó para conocer de causa criminal, no há lugar entonces: y la razon es, porque el que contunde criminalmente, lo hace de necesidad por la ofensa, ó injuria que recibió, y no de voluntad como en lo civil, en que no media, ni se interesa su honor; y así no se proroga la jurisdiccion al Juez en aquello como en esto; excepto que el acusador impetire letras para conocer contra el acusado, pues en este caso habrá lugar la reconvenccion, 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 así 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 reconvenccion por falta de voluntad del actor en la eleccion de Juez, y demás razones en dichos números expuestas. El tercero, si el conuenido 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, ó 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 libet 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 así cesa la razon legal. (1)

248 En las causas posesorias para saber quando habrá, ó no lugar la reconvenccion, tengo por conveniente explicar primero al Escribano principiante *quántos juicios posesorios hay: qué interdicción, acción, ó remedio compete al despojado: quando puede intentarlo: 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: *recuperanda, retinenda, y adipiscenda*: (2) el juicio *recuperanda, ó reintegranda* es sobre recuperar el despojado la alhaja, ó alhajas que poseia, y se le quitaron por fuerza, ó clandestinamente, sin oírle, ni vencerle en juicio. El *retinenda* es sobre conservar, y mantenerse en la posesion que tiene. Y el *adipiscenda* es sobre conseguir la de que carece: de los cuales, á qué personas competen, quiénes son los legítimos contradicidores, y de otras cosas convenientes, 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 petitório*, que es sobre la propiedad, dominio, ó quasi dominio de la alhaja, como senté en el num. 11.

249 Es constante que al que está en posesion de alguna alhaja, ó finca raíz, 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 Cédula que en contrario se expida, (3) porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee; (4) y así 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 ningun titulo tenga. (5)

250 Pero esto se entienda quando es poseedor de buena fe

(1) Ley Cum Bapianinus, y Authent. Et consequenter cit. Marant. ibi, n. 68. Bart. ibi Abb. in cap. 1. col. 12. in fin. extra. de Murtis petition.
(2) Ley 2. §. Hec 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. cod. tit. in 6.
(5) Ley 4. Cod. de Edendo, ley 8. tit. 2. Partid. 3. y cap. 3. de Causa possession. & proprietat.

se, 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 restituído á ella ante todas cosas, sin citar al despojado, aunque quiera probar, ó 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 restituído 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, u otra pensión annua, se le debe restituir, para que pueda proseguir en su percepcion. (2) Y la razon por que este interdicto dá el remedio de la restitucion al despojado, es porque así como el despojado hizo el despojo de propia autoridad, sin dar lugar á que el despojado fuese oido; así 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. §. fin. ff. de *Doli mali, & metus exceptio*: ibi: *Non sicut de dolo actio certo tempore finitur & ita etiam exceptio eodem tempore danda est: nam hoc perpetuo competit: cum actor quidem in eua potestate habeat quando utatur suo iure: is autem cum quo agitur,*
non

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

vel eo, an non, cap. 1. caus. 3. quest. 1. cap. 5. §. 6. y 12. de Restitut. spolliator. y §. Non autem, vers. Sed hæredibus, Institut. de Perpetuis, de tempor. lib. actio.

(2) Cap. final. de Restitution. spolliator.

(3) Cap. 6. de Restitution. spolliator. y ley 1. ff. Quod quisque iuris.

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

non habeat potestatem quando conventiatur.

252 Se le permite usar de dicha excepcion no solo contra el despojado, ó el que mandó hacer el despojo, ó posee la alhaja, ó la recibió; sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó á persona mas poderosa, ó 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, ó remedio há lugar, y se concede en el despojo de fundos, y edificios poseidos civil, ó 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, ó 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, ó clandestinamente, aunque no posea la alhaja, y contra su poseedor, y apoderado; sino contra el que mandó despojar, ó 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, ó la en que tenia algun derecho, pierde el que á ella le competia, ya sea dominio, á otro, y si ninguno le tocaba, debe restituirsela con todos los frutos percibidos, pendientes, y que pudo haber producido, ó con otro tanto como valian; y si la alhaja se perdió, deterioró, ó murió despues, está obligado á pagar su valor en pena, porq

(1) Ley 30. tit. 2. Partid. 3. leyes 1. y 2. §. fin. ff. de Alienatione iudicij, ley Parem esse 150. ff. de Regul. iur. y ley 15. §. Perinde, ff. de Hæreditat. petition.

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

Tom. III.

ff. eod. tit. Gam. en la 50. de Toro, num. 101.

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

(4) Cap. 15. de Restitution. spolliator.

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 permitida que les demanden la alhaja, para que se la devuelvan; (6) ni al emphyteuta, ó vasallo contra el señor del directo dominio, bien que puede repetir contra él, para que le devuelva á su posesión; ni contra el señor, cuya familia, ó siervos despojaron á alguno; á menos que supiese que eran malos, pues entonces por permitirlos en su casa, es reo de culpa; (7) ni contra los herederos del despojador, porque es acción penal, y como tal personal, y así no se transmite á sus herederos, ni á los de éstos. (8) y así no 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 despojador 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. ley 4. tit. 17. lib. 5. tit. 2. febr. 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 Restitucion spoliator. y cap. penult. de Causa possion. & proprietar.

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

(4) Ley 20. ff. de Jurisdicción. (5) Cap. 1. de Sentent. & re judicant.

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

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

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

(9) Ley 27. ff. de Do'lo 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, emphyteuta, usufruario, 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 restituírles con frutos la alhaja, sino perder para siempre el señorío, derecho, ó utilidad, que para sí habian reteído en ella, y ser libremente ésta en propiedad de los despojados. Y si el despojador es extraño, debe restituírle 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 legates principios, paso á explicar: Si el verdadero despojador, 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 despojador el posesorio *recuperandæ*, y éste quiere re-

con-

(1) Gom. en la ley 45. de Toro, n. 185. Ceval. Common. quest. 52. Gutier. lib. 1. Canon. quest. quest. 34.

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

tor. y cap. 17. de Prescription. (3) Ley 15. §. 1. ff. Qui saisidare cogant, y ley 3. §. 13. ff. de Vi, & vi armat.

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

(5) 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 restituirla; 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 à responder sobre otro igual despojo antes que le restituya la que pretende; y la razon es, porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores, y la restitucion 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 despojador, si éste quiere reconvenirle por el *adipiscenda*, ó por el *petitorio* sobre la propia alhaja, no se debe admitir su reconvenccion antes que la restituya: 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 habérsele quitado por fuerza, sino que el despojador como poseedor de mala fé ha de ser condenado tambien en pena de su audacia, y delito à la íntegra restitucion 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 despojador, ó un ter-

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

(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 conventio. n. 44.

(3) Leyes 5. y 6. tit. 13. lib. 4. Recop. y ley 42. 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 despojador, 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 restitucion, 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 lo confiesan. (2)

263 Tampoco se debe admitir, ni el despojado está obligado à responder à la reconvenccion del posesorio *retinenda* sobre la misma alhaja, que le hace al despojador en virtud del interdicto *Uti possidetis* (que equivale en algun modo al artículo, que hoy llamamos de *interim*, ó de *manuteniendo*; y de los casos, à qué personas compete, ó no, y contra cuáles, y en qué se diferencia de dicho interdicto, 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 interdicto no protege al que posee de esta suerte, ó clandestinamente, ó en precario de su adversario; y à mas de esto por el privilegio del despojado, y ódio del despojador, porque en usar aquel de su derecho, à nadie injuria; y aunque ambas causas de *recuperande*, y *retinenda* 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 *adipiscenda*, ni el *retinenda*; 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 *retinenda* (3) por las razones expuestas en el numer. 260. Si

(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. annor. Gom. en dicha ley 45. de Toro, num. 182.

(2) Cap. 2. y 4. de Restitucion. spoliator. Gom. ibi, num. 283. Sr. Covarrub. Practicar. cap. 23. num. 3. Vela dissert. 129.

(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 reconveccion *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 óido del despojado. (1)

265 Intentando el actor el *petitorio* por acción real, ó personal, ya sea porque el reo esté obligado á 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 reconveccion como acción, se seguirán ambas causas á un tiempo como mutuas, ó recíprocas peticiones, porque por lo mismo no excluye la una á 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 á 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 oído interin no restituya, y hecha la restitucion, se procederá á 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 á la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá la acción del *petitorio*, y no

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

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

Veniens, etc. col. pen. y antepenult.

(2) Ley 6. tit. 10. Partid. 3. verb. *Oírasi decimas*: y verb. *Más si qual que fúere suplexar*; 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: *E por ende decimos que quando así acetáza que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa: que la demanda de aquel que dice que ayendo el tenedor, gela tomaron por fuerza, debe ser oída primeramente, é ser librada según derecho: é de si ayen, é libren las demandas de los otros, así 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 á 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 á prueba para ambas partes, y no dudandose de quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en quanto á 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 á 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. adition*. que dice: *Eligere quis debet qua acción experiatur: utrum de peculio, an tributoria; cum sciat sibi regressum ad aliam non futurum*. Esto se entiende de las que son en sí 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 Ordinarij, Cod. de *Reivindicat. tion.*

(2) Ley unie. 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. 3. 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) D'cha ley 1. Cod. de Part. y ley Quod in hede, ff. de Tributor. action.

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

(3) Ley Naturaliter, §. Nihil, ley

Permittitur §. ff. de Acquirenda possessione, y ley Et ad eadem, §. fin. ff. de Exception. rei iudicat. Dia. in regul. 71. n. 6. de Regul. jur. lib. 6.

(4) Ley Propterandum, Cod. de Judiciis.

(5) Cap. Ad ultimum, cit.

no puede intentarse 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, en los quales se pueden cumular el posesorio *retinende*, y el petitorio, por no haber contrariedad, y porque el poseedor puede usar de la accion *in rem*, ó *confessoria*, 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, haciendole 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. Examinatio; de Judiciis. Solicitadum §. ff. de Appellatio; y ley Ubi pagusana, ff. de Regul. jur. Reinstaurat. lib. 2. tit. 12. §. 9. num. 277. al 79.

(2) Bacc. in leg. Naturaliter, §. Nihil commune; overt. Secunda, n. 18. & ubi Jason, nota. 127. ff. de Acquirenda possessione. Menoch. de Reinstaurat.

mo
posse; remod. 3. quest. 66. n. 535. Minime; in §. Equus si agat. Institut. de Action.

(3) Speculator tit. de Petitor. & Positor. §. 1. num. 29. Menoch. loc. cit. n. 242. Imol. in Clementia. unie. hoc. tit. Reinstaurat. 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, pues 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 convenccion 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 apo-

(1) Ley Nulli, Cod. de Judic. cap. 1. de Causa possessionis & proprietat. ley De qua re, cit. ley Circa 14. ff. de Probation. cap. Licet, 9. 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. Pithag. eod. tit. num. 10. Reinfestual lib. 2. tit. 12. dichos, §. 8. ex n. 248. al 256.

(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, ó 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 *scd.* 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, o porque

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

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

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

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, pues 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 convenccion 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 apo-

(1) Ley Nulli, Cod. de Judic. cap. 1. de Causa possessionis & proprietat. ley De qua re, cit. ley Circa 14. ff. de Probation. cap. Licet, 9. 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. Pithag. eod. tit. num. 10. Reinfestual lib. 2. tit. 12. dichos, §. 8. ex n. 248. al 256.

(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, ó porque el Juez las 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 scd. 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, ó porque

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

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

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

que en negando; y contradiciendo lo perjudicial y adverso, responde, y replica á lo que dice el reo, lo que basta para haber los autos por concluidos.

275 Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleito en presencia de todos, ó en rebeldía del uno; y no pudiendo ser habido éste, se ha de notificar á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, dejándoles á este fin memoria expresiva; y si se despacha reeptoria, se ha de notificar igualmente ésta en ambos casos antes que el que las saca use de ella, (1) como se practica en el Consejo. Pero si el punto litigioso es de mero derecho, no se necesita, ni debe recibir el pleito á prueba, ni hay para qué, por que en aquel está resuelto lo que el Juez debe determinar, y si lo recibe, y no reforma la providencia habiendose pedido, se puede apelar, y debe revocar como dilatoria y gravosa.

276 Sin embargo de lo que queda sentado en el n. 274. y de estar prohibido que el Escribano haga relacion de los autos, pues el Juez inferior debe verlos por sí, y no tener Relator, (2) se ha introducido en todos los Tribunales de esta Corte, y en algunos de otros Pueblos que se pida señalamiento de día para verlos, y se cite con él á las partes, y así mismo que los Escribanos originarios hagan relacion á presencia de los litigantes, ó de sus defensores, y según los meritos del proceso, y calidad del negocio providencie el Juez, recibiendo á prueba, ó determinándolos definitivamente: pues si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede, y debe hacerlo, y no se causa nulidad, antes bien es conforme á la intencion de las leyes que apococen que quanto antes consiga justicia el que la tiene; resisten la dilacion, y que se le causen costas; y prohiben que los pleitos se reciban á prueba sobre cosas que probadas no le han de aprovechar, ni dañar al adversario: ó no conciernen al asunto litigioso, ó consisten en puro derecho, en el que está resuelto lo que el Juez debe

(1) Ley 8. tit. y lib. dichos. (2) Ley fin. tit. 9. lib. 4. Recop.

determinar, (1) y si éste los recibe á ella en los tres últimos casos, se puede apelar de la providencia por dilatoria; gravosa, y contraria á la prohibicion expresa de las leyes, y se debe revocar, como lo he visto en el Consejo, y dejo expuesto.

277 Prueba es lo mismo que averiguacion que se hace en juicio, á fin de aclarar lo dubios que aparecen acerca de la controversia, y pretensiones de los litigantes; (2) por lo que el Juez no debe dejar de admitir la necesaria, por ser de derecho Divino. (3) Es de dos maneras (hablando con propiedad) á saber: plena, y semiplena. Se llama plena la que hace tanta fé, quanta basta para definir la controversia, condenando; (4) absolviendo; (5) y semiplena la que aunque hace alguna fé, pero no tanta que en su virtud pueda moverse el Juez á dar sentencia, v. g. la que induce la escritura privada, la comparacion, ó cotejo de letras, la confesion extrajudicial, la fuga del reo que debió responder, y no respondió, el dicho de un testigo solo, ó la fama. (6)

278 Y generalmente hablando, tiene diversos nombres, una se llama judicial, porque se hace en juicio; otra extrajudicial, porque se hace fuera de juicio; (7) otra evidētissima, que se hace por privilegios, y escrituras indubitadas; (8) otra apertissima, ó plenissima, y es la que se hace por la evidencia, y otros medios que no dejan duda; (9) otra clara, que se hace por testigos, ó otros modos semejantes; otra menos evidente, que es por conjeturas, y presunciones, (10) aunque ésta no es clara, á menos

(1) Ley 7. tit. 14. Partid. 3. ley 4. tit. 6. lib. 4. Recop. ley Ad probatorem 22. Cod. de Probat. y cap. Cum contingat 36. & lib. glos. de offic. delegat.

(2) Ley 1. al principio tit. 14. Partid. 3. Mascard. de Probation. vol. 1. quest. 2. proemial n. 8.

(3) Cap. Novit. de Jodic. Math. cap. 18.

(4) Mascard. quest. 4. num. 5.

(5) Glos. in leg. Admonendi, ff. de Jurejurand. & ibi Bart. Mascard.

quest. 11. n. 20. Cancez. part. 3. Var. cap. 7. num. 248. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. num. 2. y 26.

(6) Cap. Cum dilecta 4. de Confirmit. y cap. ultim. Ut lite non coactetur.

(7) Abb. in cap. Licet. n. 12. de Probation. Jason in leg. Si constante, num. 135. ff. Solut. matrimon.

(8) Cap. Pia. de Exceptioni. in 6. y ley Sclant. Cod. de Probation.

(9) Cap. Afferte. de Presumptio.

que la presuncion sea de derecho; (1) otra *legitima*, la qual es la que se hace por testigos, instrumentos, ò por otros medios aprobados por derecho. (2) Y la otra *mista*, y es la que se compone de dos semiplenas, que tienen su tendencia à un mismo fin. (3)

279 Aunque segun estilo de algunos Tribunales de fuera del Reyno no está obligado el reo à probar sus excepciones hasta que el actor justifica su intencion, y demanda, para que aquel no sea gravado con impensas, à que no puede ser compelido, mientras éste no acredite lo que propone, no está recibido este estilo en los de España; y así la prueba incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable; por lo que si éste niega, debe ser absuelto, no probando aquel, por no estar obligado à probar su negativa; (4) y debersele favorecer mas que al actor, quando los derechos son obscuros; (5) pero si de su excepcion negativa resulta afirmativa por la razon porque niega, entonces debe probar la excepcion, y la causa, ò razon en que la afianza, porque es el fundamento afirmativo de su negativa, y en la excepcion que alega para su defensa, se reputa, y hace veces de actor; (6) y lo mismo debe practicar éste con la suya, porque funda en ella su accion, y demanda. (7)

280 Y para mas perceptible inteligencia de lo explicado en el número inmediato, debo sentar que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar in-

(1) Mascard. conclus. 4. num. 13. Roman. in leg. 1. Cod. de Testament. milit.

(2) Ley Proprietatis. Cod. de Probation. & ibi glos. de verb. Legitimis y glos. in leg. Cum indebito, ff. de Probation.

(3) Glos. in cap. Cum cautam, de Probation. Fishing. de Probation. n. 3.

(4) Cap. Q. uod autem 1. y cap. Acuator. 2. caus. 6. quest. 5. cap. Bone memorie 22. de Electione. ley Et incumbit 2. de Probation. y ley Ac-

tor 23. Cod. eod. tit.

(5) Cap. Cum sunt 11. de Regul. jur. y ley Favorabiliores 105. ff. eod. tit.

(6) Leyes 1. y 2. tit. 14. Partid. 3. y Leyes 2. 12. y 19. ff. y 23. Cod. de Probat. y cap. 1. y 2. caus. 6. quest. 5. Roxas Almas. de Incompatib. disp. 2. quest. 1. num. 6. y 7. de Probat.

(7) Cap. 6. 11. y 12. de Probat. cap. 22. de Sponsalib. y cap. ultim. de Solution. y leyes 3. à la 6. tit. 24. Partid. 3.

indirectamente, y otras no; (1) pero generalmente hablando la negacion, ò proposicion negativa es de tres maneras: de *derecho*, de *qualidad*, y de *hecho*. Negativa de *derecho* es aquella, por la qual se afirma que alguna cosa no es conforme à derecho, ò no está permitida por él; v. g. que uno no puede ser Juez, Abogado, testigo, &c. y esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley, y demás medios no concurrir en él el defecto que se le imputa, y así debe probarla el negante. (2)

281 La negativa de *qualidad* es aquella, por la que se niega concurrir en alguno cierta qualidad, la qual si es de las que naturalmente tiene cada uno, v. g. que es capáz, y de claro entendimiento, ò que no era mayor quando contraxo, &c. debe ser probada por el negante, porque es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce afirmativa, la qual transfiera la obligacion de probarla en el negante, pues la presuncion está por su adversario, y no lo haciendo, se deferirá à la solicitud de éste, aunque nada prueba. Y si es de las que competen accidentalmente à alguno, y no naturalmente à todos, v. g. que es noble, Doctor, &c. toca la prueba al afirmante; y lo mismo si dice que es mayor de edad, y se le niega: y la razon es, porque en estos, y otros casos semejantes no se atiende à lo material de la afirmativa, sino à que cada uno pruebe el fundamento de su intencion. (3)

282 Y la negativa de *hecho*, que por naturaleza se dice ser improbable, es de tres maneras, una *pura*, *simple*, è *indefinita*; otra que embebe en sí *afirmativa*; y otra *coarada*. La pura, ò simple es la que no determina tiempo, lugar, ni otra circunstancia, por lo que es absoluta, v. g. negar que contrajo, ò que hizo la muerte que se le imputa, &c. y ésta no se puede probar por el negante; porque el

(1) Glos. in cap. Bone, vers. *Præsumitur naturam* de Electione. Buegel de Probation. num. 6.

(2) Ley Ab es parte, ff. de Probation. leyes 2. y 4. tit. 14. Partid. 3. Moril. lib. 2. Decretal. tit. 19. n. 141.

Reinfestual eod. lib. & tit. §. 1. n. 49.

(3) Cap. unis de Scrituris in ordinibus, y cap. ultim. de Presumptionibus. Moril. ibi. Reinfestual ibi; num. 401.

Bersan. de Populis, cap. 2. quest. 33.

el hecho no se presume, y así le basta negar. (1) La negativa que embebe en sí afirmativa, es, v. g. quando dice uno que no renunció, ó no contrajo espontaneamente; y el que así niega, debe probarla, porque viene á afirmar que para renunciar, ó contraer fue violentado. (2) Y la negativa coartada es la que se coarta, y limita á cierto lugar, tiempo, ò otra circunstancia, v. g. se le imputa una muerte hecha en tal parte, tal día, y á tal hora: debe probar la negativa de que no estuvo allí, sino en otra parte, porque esta excepción negativa se reduce á afirmativa por la razon porque niega haber hecho la muerte. (3) Con cuyas distinciones discernirá el principiante quando basta negar, ó es preciso probar la negativa; y entenderá en qué casos incumbe la prueba no solo al actor, sino al reo, y no como muchos que creen bastar á éste el negar para ser absuelto.

283 Ha de ser hecha la prueba judicial segun la forma del libelo, y la razon es, porque segun ésta se debe pronunciar la sentencia; y así solo se debe probar lo que mediante el libelo se deduxo, y negó en juicio, y sobre que se sufre la litis, y sea directamente, ó por vía, ó modo de réplica, y excepción; (4) y lo que probado puede aprovechar al que hace la prueba; (5) por cuya razon no debe admitirse la que no concierne al asunto propuesto, y es omnimodamente inutil, ó impertinente. (6) Y se puede hacer por ocho medios, ó de ocho maneras, que son: *confesion de parte*; (bien que ésta mas es relevacion de ella, que otra cosa) *juramento decisorio*, *testigos*; *instrumentos*,

(1) Leyes 1. y 2. tit. 14. Part. 3. y ley 23. Cod. de Probation. Berran. libi num. 2.

(2) Ley 8. ff. de Probat. y cap. 2. de Renunciatio.

(3) Cap. 35. de Testib. ley 14. Cod. de Contrahend. stipulation. y ley 32. tit. 12. Partid. 5. y argum. leg. 117. tit. 18. Partid. 3. Murill. libi, n. 142. Acev. en la ley 4. tit. 17. lib. 8. Recop. n. 39.

(4) Cap. Cum dilectus, §. Sed quoniam, de Ordin. cognation. cap. de

Testib. 29. de Testib. Clementin. Sape contigit, §. Verum quis, de Verbor. significatio. y ley Ad probatorem dominii, Cod. de Probation. Speculat. tit. de Probation. §. Nunc dicendum: Mascard. aicha quest. 2. proemial, n. 27. y quest. 17. n. 16.

(5) Cap. Cum contingat 35. de Offic. delegat. & ibi glos. & Joan. Andr. Mascard. dicha quest. 17. n. 24.

(6) Ley Ad probatorem dominii, y cap. Cum contingat, cit.

privilegios, y *libros de cuentas*; *vista ocular*, ó *evidencia*; *presunciones*, ó *conjeturas*; *ley*, ó *fuero*; y por *fama pública*; (1) á que se puede añadir la que se hace por lo que aparece esculpido en *marbles*, ó *lápidas antiguas* puestas en las Iglesias, y en otros edificios, y lugares públicos de inmemorial tiempo, y por historias, mapas, y tablas geográficas, y serán nueve clases de prueba que expresan los siguientes versos.

*Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confessus, præsumptio, fama, probavit.*

284 La confesion, ó declaracion judicial es respuesta afirmativa, que un litigante dá en juicio á lo que el colitigante, ó el Juez de oficio le pregunta una, ó mas veces. (2) Se divide en *verdadera*, ó expresa, y en *tácita*: se llama verdadera la que se hace con palabras, ó con señales que manifiestan palpablemente, ó claramente lo que se depone. Y *tácita*, la que se infiere de algun hecho, ó se finge por la ley, v. g. quando el preguntado es contumáz en no querer responder, ó en no responder como debe, ó huye despues de contestado el pleito, y lo abandona. (3)

285 Se subdivide en *simple*, y *qualificada*: se llama simple, quando el litigante confiesa lisa, llanamente, y de plano lo que el colitigante le pregunta, y *qualificada*, quando por alguna qualidad, ó circunstancia, que añade, restringe la intencion de su adversario, por lo que le pone en la precision de hacer prueba sobre ella. Asimismo se subdivide en *judicial*, y *extrajudicial*: se llama judicial la que hace en juicio ante Juez competente, ó de su orden por escrito ante Escribano aprobado conforme á derecho. Y *extrajudicial* la que executada fuera de juicio, ó si en el, ante Juez que no es competente para recibirla, ni mandarla hacer, ó ante el arbitrador; (4) de las quales paso á tra-

(1) Leyes 2. tit. 11. y 8. y final de Præsumption. y leyes 1. y 2. tit. 7. tit. 14. Partid. 3. y ley 3. tit. 1. lib. 2. lib. 4. Recop.

(2) Ley 1. tit. 13. Partid. 3.

(3) Cap. fin. de Cont. in 6. cap. 4.

(4) Ley unic. Cod. de Conf. cap. 4. de Judic. Mascard. de Probation. conclus. 322. num. 9. y 344. num. 7. Mascard.

tar, á fin de instruir al Escribano principiante.
286 Para que haga fé, y pruebe contra el confitente su confesion judicial, debe contener las diez circunstancias que trae la ley 4. tit. 13. Partid. 3. y comprehenden los siguientes versos.

1. Mayor, sponte, sciens, contra se, ubi jus sit, & hostis,
2. 3. 4. 5. 6.
7. 8. 9. 10.
Certum, siquæ, favor, jus, nec natura repugnet.

Y son, la primera, que el que la hace, sea mayor de 25 años, ó si es menor de ellos, y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque éste presencie al juramento, si es lesa, se le restituirá. (1) La segunda, que la haga espontaneamente sin miedo de tortura, ni por engaño, ni promesa que el Juez le haga de que le libertará; pues la hecha por engaño no vale, ni tampoco en el tormento, á menos que al día siguiente se ratifique en ella fuera de él, y conste del cuerpo del delito. (2) La tercera, que la haga con cierta ciencia; porque si procede de error inculpable del hecho, y luego lo prueba, puede revocarla antes de la sentencia; y lo propio milita, quando no la hace de proposito, sino con motivo de ira, ó por causa falsa. (3) La quarta, que sea contra sí, ó para obligarse á otro. (4) La quinta, que la haga ante Juez competente, ó de su orden ante Alguacil, y Escribano, ó ante éste solamente, como se practica: (5)

raot. part. 6. tit. de Confes. n. 300 y 31. Barbo. in cap. ex parte, num. 6. de Confes.

(1) Leyes 1. tit. 13. y 3. tit. 25. Partid. 3. y ley 6. §§. 4 y 5. ff. de Confes.

(2) Cap. 1. caus. 16. quest. 6. leyes 4 y 5. tit. 13. Partid. 3. y ley 2. Cod. de Custod. decem.

(3) Ley 5. tit. 13. cit. ley in negotiis, y ley Quicumq. calore, ff. de Regul. jur. ley Divortium non est, ff.

de Divortio. cap. fin. de Confes. Canon. Sicut tenor 15. de Regularib. Mascard. conclus. 366. num. 20 y 21.

(4) Ley 4. tit. 13. Partid. 3. ley 11. §. 1. ff. de Interrogation. ley Nullus, ff. de Testib. y Canon si testes, §. Nullus, quest. 3. Speculat. tit. de Confes. §. Nunc videndum, num. 7.

(5) Ley fin. ff. de Interrogation. in jure facienda. dicha ley 4. tit. 13. y leyes 3. y 6. tit. 21. lib. 4. Recop.

ó en el libelo, y demás pedimentos, aunque sea sin juramento, (1) (bien que faltando éste; y el Escribano, no se podrá proceder executivamente en su virtud, como en el capítulo siguiente dire,) ó que la haga ante el árbitro, que procede observando el orden legal; (2) mas no ante el arbitrador, porque ante éste no hay juicio. La sexta, que sea á presencia de su adversario; (3) aunque esto rara vez se usa, y antes bien se estima por bastante que se le recibiera sin presenciársela, y que conste en los autos; y luego se le comunique. La septima, que sea de cosa cierta en quanto á la substancia, y cantidad; pues no siendolo, no le perjudica, porque no puede recaer sentencia sobre ella, y si es erronea, puede revocarla, probando el error; (4) pero el Juez debe compelerle á que absuelva catheticamente lo que se le preguntó. (5) La octava, que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, servirá de presunción, y no de prueba, lo qual se entiende siendo la confesion de delito; pero en los contratos le perjudica, estando presente su adversario, lo su apoderado, y eximida éste del cargo de probar, si al mismo tiempo que la hace, expresa la causa justa del débito, ó cosa que debe darle, ó hacerle, pues si no la menciona, hará presuncion solamente, excepto en los casos que explicaré en el num. 296. de este capítulo. (6) La nona, que no sea á su favor, pues de lo contrario sería testigo en su misma causa, lo qual está prohibido, (7) y la decima, que no sea contra naturalaleza, ni contra ley. (8)

287 Concurriendo en la confesion las diez circunstancias

(1) Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 4. Cas. Philip. part. 3. §. 13. num. 10.

(2) Ley 1. ff. de Interp. arbitri. Mascard. conclus. 362. num. 20 y 19. Reintresuel. lib. 2. tit. 13. §. 12. n. 8. al fi.

(3) Dicha ley 4. tit. 13. Partid. 3. y ley 6. §. 3. ff. de Confes.

(4) Ley Certum, ff. de Confes. y dicha ley 4. Mascard. conclus. 387. n. 1. y sig. Abb. in cap. ultim. de Confes. num. 1. 20. y sig.

(5) Ley 6. tit. 13. Partid. 3.

(6) Ley final ff. de Interrogator. actio. ley Cum de indebito, §. fin. ff. de Probation. ley Publica al fin, ff. de Positio. y leyes 4. y 5. tit. 13. Partid. 3.

(7) Dicha ley 4. tit. 13. y ley 10. Cod. de Testib.

(8) Leyes 4. y 6. tit. 13. cit. y ley 13. ff. de Interrogation. in jur. faciendo.

cias referidas; hace plena prueba; aprovecha al adversario del confitente; le exime del gravamen, y precision de probar; tiene fuerza de sentencia; y cosa juzgada en las causas civiles; supera á todas las pruebas; porque ninguna iguala al dicho de propia boca; infringe las apuestas hechas por testigos, ó instrumentos á su favor; quita las presunciones contrarias; es de tal calidad, que aunque se haga en proceso inepto, ó invalido, puede darse sentencia segun ella; y el confitente se tiene por condenado sin otra alguna; (1) y puede pedirla una parte á la otra en qualquiera estado del pleito; aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado; y lo mismo puede hacer el Juez de oficio, á fin de inquirir la verdad en caso de que haya duda; (2) y puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones, ó posiciones que tenga por convenientes de una vez, ó de muchas, con tal que conciernan al pleito, y no sean sobre lo confesado claramente; y el Juez debe deferir, y apremiar al preguntado á que las absuelva categoricamente, sin darle traslado, ni tiempo para aconsejarse, como en el número 93. expndré, ni precisar al ponente, ó interrogante á que de una vez las haya, porque ninguna ley le concede esta facultad, ni le precisa á ello, por lo que las hará quando le acomode; y de practicar lo contrario el Juez, sino reforma su providencia como dilatoria, injusta, y perjudicial, se puede apelar, y se debe revocar, lo primero porque la ley no limita, ni preñe quantas declaraciones, ó confesiones ha de pedir una parte á la otra, ni en quantas veces, por lo que pueden ambas pretender las que quieran. Lo segundo, porque la confesion es relevacion de prueba, y se pide para evitar gastos en ésta, si el declarante confiesa, porque ninguna prueba es mejor que la de propia boca. Y lo tercero, porque las leyes apetezen, y preceptuan la brevedad en los pleitos, y por medio de la confesion se logra,

(1) Ley 2. tit. 13. Partid. 3. de Fide instrum. Marant. part. 6. tit. de Confes. l. 21. n. 16.
(2) Ley 2. tit. 20. Partid. 3. de Fide instrum. Marant. part. 6. tit. de Confes. l. 21. n. 16.
(3) Ley 2. tit. 20. Partid. 3. de Fide instrum. Marant. part. 6. tit. de Confes. l. 21. n. 16.
(4) Ley 2. tit. 20. Partid. 3. de Fide instrum. Marant. part. 6. tit. de Confes. l. 21. n. 16.
(5) Ley 2. tit. 20. Partid. 3. de Fide instrum. Marant. part. 6. tit. de Confes. l. 21. n. 16.

y se observan. Por cuyas razones, y para no acreditarse el Juez de ignorante, ni constituirse sospechoso, y contraventor de las leyes, no debe dejar de deferir lisa, y llanamente á la solicitud, y evacuacion de quantas confesiones pida una parte á la otra siendo pertenecientes al punto litigioso, y pues así se practica en esta Corte como legal, y justo.

288 Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ello deben preceder preguntas que llaman *Posiciones*; con el obgeto de que el Escribano no confunda tal vez éstas con las preguntas, ó interrogaciones que se hacen á los testigos, debo advertirle que las posiciones no solo han de ser de los hechos tocantes al punto que se controvierte, sino hechas clara, positiva, y no obscura, ni interrogativamente; y la razon es, porque el que las pone, afirma como cierto lo que en ellas sienta, pues la posicion es *simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el qual pide en juicio un litigante que el otro declare bajo de juramento, para relevarse de probarlo*; (1) lo que no sucede con las interrogaciones, ó artículos, pues éstos son parte de la intencion del interrogante, que contienen lo que intenta probar por testigos, ó instrumentos; y así el que los pone, no confiesa lo que en ellos sienta, como en la posicion; (2) bien que hoy los confunden muchos.

289 Fueron inventadas las posiciones por costumbre aprobada por derecho, para que el ponente fuese relevado del gravamen de hacer prueba. (3) Suceden en lugar de ésta, si el preguntado confiesa llanamente su contenido; (4) en cuyo caso no son necesarios testigos. (5) Pueden hacer-

(1) Miesler. de Position. esp. 71. n. 1. Fagnan. in cap. Olim. n. 55. de Litis contestat. Marant. part. 6. tit. de Posicionib. l. 21. n. 6. y 22. Bardi. in leg. Dara operi, Cod. Qui accusare non pot.

(2) Glos. in cap. Presentium, vers. *Articulis*, de Testibus, lib. 6. Marant. in tit. de Reinstaurat. lib. 2. tit. 18. §. 8. num. 210. y 211.

(3) Bart. in leg. 2. §. Quod observari: n. 18. Cod. de Juram. propter calum. & in leg. Ubicumque, tit. de Posicionib. §. 2. n. 2.

(4) Cap. Statutum, de Confes. in 6. Mascard. conclus. 1176. n. 2. Socieci de Judic. lib. 2. cap. 7. n. 84.

(5) Cap. Præterea, de Transact. tit. 2. de Coactis, y ley unic. Cod. eod. tit.

se las ambos contendores, (aunque lo mas regular es en el actor al reo) despues de la contestacion; pero una vez puestas en los autos no se pueden revocar, mudar, ni enmendar, excepto que sea incontinenti, ó por error de hecho que contegan; (1) bien que quando están obscuras, se pueden declarar á pedimento del adversario, y á ello está obligado el ponente, porque mediante su declaracion nada se le añade, y se retrotrae ésta al tiempo en que se pusieron. (2)

290. Se diferencian las posiciones de los artículos, ó interrogaciones; lo primero en su origen, pues aquellas fueron inventadas por la costumbre, como queda expuesto, y éstas por derecho. (3) Lo segundo, en su forma, porque las interrogaciones se hacen con palabras interrogativas, y las posiciones por afirmativas de algun hecho. (4) Lo tercero, en que aquellas se hacen á los testigos, quando hay necesidad de prueba, y éstas son para que si el adversario las confiesa, sea relevado el ponente de probarlas. (5) Lo quarto, en que el que articula, no confiesa los artículos, ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar, y así á los testigos se pregunta de esta suerte. *Si saben, han visto, ó tienen noticia, &c.* pero el que hace posiciones, las confiesa, y afirma haber sucedido, ó no, y debe hacer, ó ser cierta, ó incierta la cosa que pone, y sienta en ellas, (6) y por eso hace la pregunta de esta suerte: *Como es cierta, ó incierta, &c.* Lo quinto, en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion en ellas, y en las criminales. Lo sexto, en que las posiciones se hacen por la parte, y no por el juez, pues no puede hacerlas, sino que de ellas resulte duda, pa-

(1) Glos. mag. in cap. 1. de Confes. in 6. Speculat. tit. de Position. §. 3. n. 3. y §. 10. n. 8. Marant. tit. cit. n. 8. Michalor. ibi cap. 22. n. 2. Mascard. conclus. 1182. n. 9. y 16. Soavel. lib. 2. cap. 7. n. 289. y 609. Reinfestuel lib. 2. tit. 18. §. 9. n. 222. Y. 8. g.

(2) Michalor. dicho cap. 22. n. 29. Marant. ibi, n. 14. Reinfestuel ibi

num. 227.

(3) El tit. ff. de Interrogator. action.

(4) Ley Voluit, ff. de Interrogator. action. Papiens. de Forma positioni. verb. Pont. n. 2. Michalor. cap. 3. num. 13. y 14.

(5) Reinfestuel lib. 2. n. 221. y 222.

(6) Leyes 1. y sig. ff. de Interrogator. action.

para aclararla; y la interrogacion por ambos; (1) y la razon por que el juez no puede hacer posiciones, es, lo uno, porque éstas suceden en lugar de prueba, y el juez nada tiene que probar, ni es de su inspeccion sino el juzgar; lo otro porque ignora los hechos, y así no sabe lo que ha de preguntar; y lo otro, porque el que las pone, confiesa el hecho que sienta, y el juez ninguno tiene que confesar. (2) Y lo septimo, se diferencian en que el fin, y efecto de la posicion es abreviar el pleito por la confesion del adversario, relevarse el ponente de gastar, haciendo prueba, y evitar que se difiera como lo apetece la ley; (3) pero el de la interrogacion es investigar la verdad por testigos, y si algunos de estos faltan á ella, convencer su falsedad por sus mismos dichos, y discordia en el hecho, tiempo, lugar, y circunstancias; ó por otros medios sutiles, como lo hizo el Profeta Daniel con los dos protervos, é impudicos ancianos, que calumniaron de adúltera á la casta, é inocente Susana, de que testifican las sagradas letras. (4) Otras diferencias pone Michalorio en el cap. 6. de la materia de Posiciones, la qual en los 71. que comprehende, explica como ninguno, y por ser muy diuisa, y nada precisa su pericia para el Escribano, omito molestarle mas, y remito al lector latino, y aplicado á ellos.

291. No solo pueden hacer posiciones el reo, y actor, (5) sino tambien sus Procuradores en su nombre con su especial poder, y no de otra suerte, porque entonces es visto hacerlas aquellos, y el mismo juez para indagar la verdad en lo que dude puede hacerlas; (6) y siendo sobre el negocio principal, se deben poner despues de contestada la demanda en el término probatorio, y antes de la pro-

(1) Glos. magna in cap. 1. de Confes. in 6. Fagnan. in cap. Olim. cit. n. 89. Arelin. de Position. §. 4. Speculat. tit. de Position. §. 3. n. 2.

(2) Cap. ult. de Jurjurado. lib. 6. Reinfestuel ibi, §. 5. n. 229. Speculat. dicho §. 3. n. 2. Soavel. lib. 2. de Juicio. cap. 7. dicho num. 133. y 35.

(3) Clementia. Super contingit, §. Et quia, de Verbor. significacione,

Reinfestuel dicho §. 8. num. fin. (4) Ley 28. tit. 16. Partid. 3. Daniel. cap. 13. vers. 56. glos. in cap. Nihilominus 3. quest. 7.

(5) Cap. Prescripio, de Testib. in 6. cap. ult. de Litis contestat.

(6) Ley Divus, §. 1. ff. ad leg. Corneli. de Pais. y cap. Qui per alium, de Regul. jur. in 6. y ley 1. tit. 10. Partid. 3.

produccion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun articulo, ó excepcion que se proponga antes de ésta, sobre el qual haya que hacerla, se pueden poner entonces; (2) bien que como queda sentado, las puede hacer una parte à la otra hasta la sentencia en qualquiera estado del pleito.

292 Lo que se practica por abreviar, es presentar la parte el interrogatorio; pedir que à su tenor se examinen los testigos que produzca; y por un *ostrasi*, que antes de proceder à su examen, jure posiciones el adversario al tenor de todas, ó de algunas de las preguntas del interrogatorio; ó pedir las antes de presentarlo; y en vista de lo dispuesto, (pues se le debe comunicar) formar lo solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los pleitos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necesidad el preguntárselos.

293 Siendo confusas las preguntas, ó posiciones que un contendor hace al otro; ó impertinentes, porque no concuerdan al pleito, ninguno de los dos está obligado à responder à ellas, ni el Juez se lo debe mandar, ni admitirlas. (2) Pero si son hechas con claridad, y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, (ó por su ausencia su Procurador, teniendo para ello poder especial bien instruido, y no de otra suerte) responder categoricamente bajo de juramento la verdad del hecho, y cosa que se le interroga, afirmandola, ó negandola simple, y abiertamente sin el mas leve artificio, ni cautela, ni con palabras de *creo*, ó *no creo*; ó *me persuado*, ó *niego la pregunta segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir; ni permitir el Juez que su Abogado esté presente à la declaracion; ni darle traslado, ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje, antes bien ha de absolverlas en el

(1) Michalor. de Posición. cap. 27. n. 1. y sig. Specular. de Posición. §. 4. n. 1. Abb. in cap. ultim. n. 5. de Comite. Gail. lib. 1. Practic. observat. 79. n. 4. Reinfestuel dicho

§. 9. num. 221. y 230.

(2) Ley 2. ó final tit. 12. Partid. 3. Ley Ad probationem, Cod. de Probation. y ley Si defensor. §. fin. ff. de Interrogator. action.

el mismo acto, como lo ordenan las leyes. (1) Lo qual tendrá presente el Escribano que esté comisionado para recibirle su deposicion.

294 Si responde ambigua, y confusamente se le puede compeler à que absuelva lisa, y llanamente las preguntas con toda pureza, è ingenuidad; y si no quiere declarar, ó se ausenta por no practicarlo, habiendoselo mandado el Juez tres veces delante Escribano, (que es por tres autos) y no de otra forma, es habido, y le puede declarar por confeso; y determinar el pleito, ya sea definitivamente, ó recibendolo à prueba, segun su estado, ó segun hallare por derecho. Habiendo declarado, si despues se le convenciere de perjurio à sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa; al reo se há por confeso, y à entrambos se pueden imponer otras penas. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta respuesta, y es habido por confeso. (2) Y quando está ausente, se ha de expedir requisitoria para que declare. (3) Y se previene que si el pleito es de gravedad, è importancia, debe el Juez recibir por sí mismo las posiciones, y juramentos de calumnia, y no cometer al Escribano, ni à otro su recepción, pues aunque la parte se ratifique luego ante él, no cumple con el legal precepto. (4)

295 De la confesion, ó respuesta à las posiciones de una parte se debe dar traslado à la que las hizo, y solicitó, aunque no lo pida, para que exponga, y pretenda en su vista lo que la convenga; mas no hacerse preguntas, ni prueba sobre lo confesado clara, y expresamente, pena de 300 maravedis al Abogado que las hiciere. (5) Pero contra la confesion ficta, que es la que el derecho estima hecha, por no declarar, ó no declarar conforme se debe, se ha de admitir prueba al preguntado, no obstante que por su contumacia es habido por confeso, porque esta confesion surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que

(1) Leyes 1. tit. 10. y 3. tit. 13. Partid. 3. y 1. y 2. tit. 7. lib. 4. Recop.

(2) Ley 3. tit. 7. lib. 4. dicho.

(3) Ley 60. tit. 6. lib. 9. Recop. sup.

(4) Dicha ley 3. tit. 13. Partid. 3.

(5) Dichas leyes 1. y 2. tit. 7. y ley 4. tit. 7. lib. 4. Recopil. lib. 4. Recop.

incumbia al interrogante. (1) Y para que éste no sea perjudicado en la declaración de su contendor, ni se juzgue que la aprueba en caso de que niegue, ó tergiversar los hechos, se debe poner en el pedimento esta clausula: *Sin que sea visto estar á su dicho, ó declaración mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo; ó parte. Et.* con la que puede luego probar lo que haya negado, tergiversado, ó declarado obscuramente, y aun hacer que vuelva á declarar, y absuelva las preguntas.

296 La confesion extrajudicial en causas civiles si se hace á presencia de dos testigos, y de la parte adversa con palabras claras, terminantes, dispositivas, y no enunciativas, y expresion de causa justa; ó aunque ésta no se exprese, si luego se justifica, prueba plenamente, presentandose despues en juicio, y aceptandose por la parte, á quien favorece, ó por su Procurador, para que no se pueda revocar, y perjudica al confitente, y á sus herederos; y si la parte está ausente, hace presuncion, y semiplena prueba; pero aunque no la presencié, si es hecha por escrito, ó en favor de causa pia, ó promisoría, ó jurada, ó aceptada por alguno en nombre de aquel á cuyo beneficio cede, y éste aprueba, y ratifica la aceptacion de aquel; ó si es geminada, (que se llama así la que hace en dos ocasiones con intermision de tiempo) prueba plenamente. (2)

297 La segunda clase, ó especie de prueba de las referidas en el num. 283. es el juramento *decisorio litis necessario, ó supletorio*, que un litigante pide al otro en juicio, el qual hace plena probanza, con tal que así en quanto al negocio que se controvierte, como de parte de los contendores concurren las cinco circunstancias expresas en el 116. de este capítulo.

298 La tercera es por *testigos*, y para que hagan fé contra quien se producen, se ha de atender á su condicion, sexo, edad, capacidad, fama, fortuna, y fé; cuyos requi-

(1) Paz lo Prax. tem. y part. 1. temp. 8. n. 82. al 84. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 49.

(2) Ley final. tit. 13. Partid. 3.

Cor. Philip. part. 1. §. 17. num. 6. Reinfestuel lib. 2. tit. 18. §. 2. n. 49. hácese el no.

sitos comprehenden los siguientes versos de la *glos. in capit. 2. tit. 20. de Testib.*

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama, et fortuna, fides; in testibus ista requires.

Y asimismo han de intervenir otros, de que haré mencion: el primero que en las causas civiles sean de catorce años, y en las criminales, y de pesquisa, de que pueda resultar muerte, mutilacion de miembro, ó destierro, tengan veinte cumplidos á lo menos, previniendo que en llegando á la pubertad pueden testificar de lo que antes de ésta han visto, y se acuerden; y si son sagaces, y discretos, tambien pueden practicarlos en su impubertad, y su dicho hará presuncion: (1) y así en las causas criminales se reciben por costumbre, y para inquirir; y en las de lesa Magestad hacen fé, á menos que sean enemigos capitales de aquel contra quien testifican. (2) El segundo, que sean capaces, libres, y no siervos, y de buena vida, y fama. El tercero, que depongan de positivo, y cierta ciencia, y no de parecer, ó credulidad lo que percibieron por los sentidos; que den razon de su dicho, y que la razon sea diversa de éste; pues la deposicion de credulidad, como que dimana de conjeturas, y nada afirma, solo induce presuncion, y así no hace fé, ni se debe admitir; lo qual se entiende, excepto que sea proxima al sentido, por el qual se pueda percibir la verdad del hecho, v. g. haber visto á un hombre, y muger desnudos, solos, y cerrados, por cuyo hecho se presume, y puede creer el adulterio; ó quando concurren otros adminiculos, para creer aquello que se trata, y el testigo los expone; ó en casos de difícil probanza; ó para probar la inocencia del reo; ó de cosas que consisten en la pericia del arte, v. g. los Medicos, y Comadres; ó contra el producente. (3) Y que tampoco depongan de

(1) Ley 9. tit. 16. Partid. 3. y Ley Testium 3. §. Leyes Julia 5. ff. de Testib.

(2) Ley 10. ff. de Quæstionib. y

Ley 13. tit. 16. Partid. dicho.

(3) Ley Si arbiter. ff. de Probation. leyes 8. y 10. tit. 16. Partid. 3. Marant. part. 6. tit. de Testium produ-

oidas á otros, porque esta deposicion no se funda sobre el hecho principal, sino en el dicho de un tercero, y tomó su deposicion solo testifica de la voz que oyó, y no de la verdad del hecho litigioso, no sirve, ni hace prueba en juicio, ni la aprecia la ley, y así la hará solamente sobre hechos, labores, y otras cosas antiguas oídas á sus mayores, y éstos á los suyos; ó contra el que produce al testigo; ó para la defensa del reo; ó en causas de difícil probanza, pero hace presuncion; (1) ó en las de inquisicion, ó pesquisa, en las quales deben jurar tambien de lo que creen sobre aquel hecho que se les pregunta, si es cierto, ó no; (2) y para que pruebe acerca de la consanguinidad, y afinidad, deben intervenir los doce requisitos que recopila *Reinfästual lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 11. ex num. 373.* hasta el fin, y por no ser de este asunto, omito explicar. El quarto, que sean citados, y rogados, para quitar toda sospecha de falsedad, y no transeuntes. El quinto, que no solo se presenten, sino que se juramenten tambien dentro del término probatorio, y antes de declarar; pero no antes de la contestacion, sino en los casos referidos en los numeros 122. al 128; ni después de la publicacion de probanzas, á menos que sea sobre nuevos artículos dependientes de los primeros. El sexto, que para conocerlos, y verlos juramentar, se señalen días, y horas á la parte adversa, y esté presente, ó al menos sea citada con señalamiento, por si quiere asistir; cuyo señalamiento puede hacer el Escribano, excepto que la parte quiera que los juramente el Juez, pues entonces á su pedimento las ha de señalar éste; porque faltando el juramento, y citacion, no hacen fé; y si no quisiere presenciar, ni pareciere, no ha de dejar por eso de juramentarlos, y examinarlos; (3) lo qual se entiende á me-

nos
doccion. n. 6. al 18. Mascard. concius. 459. n. 11. y 12 y concius. 1370. n. 14. 17. 18. 19. y 22. Reinfästual libro 2. Decretal. tit. 20. §. 11. ex n. 343. al 359.

(1) Dicha ley Si arbitri. ley 2. §. ídem. Labes ait. ff. de Aqua pluv. arcand. y ley 29. tit. 16. Partid. 3. Reinfästual dicho §. 11. ex n. 300.

al 372. y otros que cita.

(2) Leyes 25. 28. y 29. tit. 16. Partid. 3.

(3) Ley Jurjurandi 9. ley Si quando 19. Authen. Rogati, y Authen. Sed et si quis. Cod. de Testib. y ley 23. tit. 16. Partid. 3. cap. 2. & ibi glos. & Abbas de Testibus.

nos que el testigo se presente de convenio de las partes, y que las dos se conformen, (pues no basta la una, porque por ambas debe decir la verdad) en que no se cite, ni jure, relevandole del juramento, en cuyo caso no es necesario éste, ni la citacion; (1) previniendo que siendo juramentados en dia util del término probatorio, pueden ser examinados en el feriado, ó colendo de él, (2) y tambien fuera del término, y así se practica (excepto en el coliendo) en estos Reynos de Castilla; y la razon es, porque sus deposiciones se refieren, y retrotraen al dia, y tiempo del juramento, y el examen en sí es acto judicial, sino extrajudicial, por lo que se hace de secreto. (3) Y el septimo, que no tengan legal prohibicion de testificar en juicio, la que por nuestro derecho (4) ningun hombre, ni muger tiene, sino los que se expresarán en los numeros sucesivos.

299 No hacen fé en juicio el excomulgado vitando; el infame conocidamente por hecho, ó derecho, el qual la hará solamente en causa de traicion contra el Rey, ó su Reyno, con tal que primeramente se le atormente para ser creído; el perjuro, ó testigo falso; el de mala vida, y fama, v. g. ladrón, alcahuete, tahur conocido, y borracho, aunque no lo esté quando deponer; el siervo, excepto en los casos que se expresarán en el numero 303; el loco; el mentecato, ó fatuo; el amigo íntimo del que le presenta, ó enemigo capital de aquel contra quien es presentado; pero si lo es de ambos, podrá testificar; el familiar, ó criado del presentante, si no en cosas domesticas, que ninguno otro puede saber mejor, ni tan bien; el pania- guado; el interesado en la causa, á menos que sea el capitular, ó particular en las de su Cabildo, Concejo, Comunidad, ó Universidad; pero si la causa en que se pre-

(1) Dicha ley 23. tit. 16. Partid. 3. Si Covar. lib. 2. Var. cap. 13. n. 5. Cum communi Doctor.

(2) Glos. in Clementin. 1. de Legat. Berbos. ibi n. 2. Mascard. de Probation. in proem. quest. 5. n. 91. Farinac. quest. 80. n. 5.

Tom. III.

(3) Roman. cons. 343. col. 2. Abb. in cap. Licet causam, col. 6. de Probation. Marant. part. 6. tit. de Dilacion. num. 20. y tit. de Testium production. n. 4. y 7.

(4) Leyes 2. 8. 9. 10. y 23. tit. 16. Partid. 3.

M

sentan por testigos los vecinos de un pueblo, ó individuos de Comunidad, toca al particular interés de cada uno, no se deben admitir, ni hacen fé sus dichos; los ascendientes, y descendientes, sino que sea sobre edad, ó parente: co suyo; el Juez en la causa que juzgó, ó ha de juzgar, bien que puede certificar al superior de lo que ante él pasare, si se lo manda, y aun decir lo que sepa, siendo presentado á falta de otros, y no habiendo malicia en presentarle para excluirle de Juez, pues queda recusado; el Abogado, Procurador, Apoderado, Agente, ó Curador á favor de la parte á quien defienden, pero sí al de la contraria; en cuyo caso ésta debe protestar al tiempo de presentarlos *no estar á su dicho mas que en lo favorable*, porque de omitir esta cautela, pueden perjudicarla con su deposición, si por pasión declaran á favor de su parte, y por el hecho de valerse de ellos absolutamente, aprueba sus personas, y dichos, excepto que convenza despues su falsedad; el que dixo mentira por precio, ó soborno; el que falsificó carta, sello, ó moneda del Rey; el alevoso, traidor, y homicida, ya sea por haber hecho muerte, (excepto en su defensa) ó intentado hacerla, ó abortar á muger preñada, con yerbas, veneno, ó de otra suerte; el marido por su muger, ésta por él, ni uno contra otro en ningun pleito; los hermanos mientras están bajo de la patria potestad, pero si despues, los socios en pleito de su compañía, pero si en otro, con tal que no sea en causa criminal, en que todos son cómplices; el ignoto del Juez, y de la parte contra quien es presentado, siendo muy pobre, y vil; el casado que vive amancebado públicamente; el que extrane, y roba las Religiosas de su Convento; el que violenta las mugeres para acto impudico, aunque no las robe; el Religioso apostata, mientras lo sea; el que á sabiendas se casó sin dispensa con parienta dentro del quarto grado; el muy pobre, y vil, ó de mala fama; el que hizo pleito omengage, y no lo cumplió pudiendo, y debiendo; el Judío, Moro, ó Herege contra Christiano, excepto en causa de traicion contra el Rey, ó su Reyno; ni en pleito de evicción el que vendió la finca, porque es inte-

re-

resado; (1) ni al que es contrario á sí mismo en su dicho. (2)

300. No deben ser apremiados á ir á testificar en juicio civil el que fuere mayor de 70. años; el Soldado, á otro que se hallaren ocupados en la guerra, mientras lo estén; el que tuviere tan grande enemistad, que sin gran peligro no pudiese ir al lugar destinado; ni el enfermo interin lo esté. Tampoco deben serlo á ir ante el Juez los Arzobispos, Obispos, Proceres, y personages, ni las mugeres honradas que viven honestamente; por lo que si el pleito es grave, debe el Juez ir á su casa á recibirles sus deposiciones; y no siendolo, comisionar para ello al Escribano, (3) poniendo auto por escrito, y no verbalmente, pues no basta.

301. En causas criminales no pueden testificar el liberto contra el que le dió libertad, ni contra el padre, y abuelo de éste, ni ellos contra él, ni contra sus hijos; ni el que está preso, contra otro que sea acusado criminalmente; ni el que lidia por dinero con bestia brava; ni la muger prostituta; (4) y á los parientes del acusador dentro del tercer grado, ni á los que viven con él quotidianamente, no se debe admitir por testigos en dichas causas contra el acusado. (5)

302. Tampoco deben ser apremiados, ni atormentados á declarar como testigos los ascendientes, descendientes, ni transversales dentro del quarto grado en causas contra sus personas, fama, ó pérdida de la mayor parte de sus bienes; ni los suegros, yernos, padrastrós, é hijastros unos contra otros, bien que si espontaneamente testificaren, valdrá su dicho; (6) pero se deberá expresar así en su declaración, como lo advierte el *Sr. Greg. Lep. en la glos. 3. de la ley 11. tit. 16. Partid. 3.* y el Escribano lo tendrá presenten-

(1) Leyes 8. y 14 á la 22. tit. 16. Partid. 3. ley Omnibus, Cod. de Testibus y ley Idonei, ff. eodem tit. cap. Biduum, causa 2. quest. 6. cap. Si testes, §. Item nullus 4. quest. 3.

(2) Ley 41. al fin tit. 16. Part. 3. & ibi glos. 4.

(3) Ley 35. tit. 16. Partid. 3. (4) Ley 10. tit. 16. Partid. 3. y ley final tit. 30. Partid. 7.

(5) Ley 31. tit. 16. Partid. 3. (6) Leyes 10. 11. y 15. tit. 16. Partid. 3. y final cit.

sente. Asimismo no deben ser apremiados à ir à testificar en ellas marido , y muger uno contra otro ; (1) ni el Proxeneta , ò corredor sobre la cosa vendida por su mano , sino de unanime consentimiento de las partes. (2)

303 El dicho del siervo hará fe en estos cinco casos: en causa de traicion , ò defraudacion del real haber : en la de muerte de su señora por el señor , ò de éste por ella : en la de adulterio de ésta : en la muerte de su señor por sus herederos : y quando dos son sus señores , si el uno es acusado de haber muerto al otro ; en cuyos casos se le debe atormentar para ser creído , pero despues que esté libre , puede testificar de lo que vio , y supo mientras fue siervo. (3)

304 Queda explicado qué requisitos han de concurrir en los testigos para que sus dichos hagan fe (entre los quales es uno el que sean juramentados) y quáles pueden , ò no testificar en juicio, (paso à expresar cómo se les ha de recibir el juramento no solo quando deponen como tales , sino quando son partes , y declaran en juicio , ò juran algun contrato en los casos en que se permite interponerlo) para su observancia , y mayor firmeza ; y para instruccion del Escribano principiante , digo que los Catholicos seculares deben jurar en esta forma. Ha de hacer cada uno la señal de la cruz con los dedos pulice , ò indice de su mano derecha , y tambien el que lo juramenta , ò à lo menos éste , el qual debe preguntarle: *Si jura por Dios nuestro Señor , y por aquella señal de cruz decir quanto supiere , y sea concerniente à los hechos de aquel pleito por ambas partes , aunque sobre ello no sea preguntado , y en toda la verdad lisa , y llanamente , y que por amor , temor , odio , venganza , promesas , dadas , ni por otro motivo alguno no la ocultara , ni dirá mentira para favorecer , ni perjudicar à ninguno de los litigantes , antes bien declarará lo cierto como cierto , y lo dudoso como dudoso , según lo tenga en su mente , sin añadir , quitar , ni tergiversar : o asimismo que à ninguna de las partes revelará lo que se le preguntare , ni lo que declare ; hasta que el* Juez

(1) Dicha ley final tit. 30. Part. 3. tit. 7.

(2) Ley 36. tit. 16. Partid. 3.

(3) Ley 13. tit. 16. Partid. 3.

Jura lo publique ; y el testigo ha de responder : así lo juro , y entonces el que lo juramenta ha de decirle : si así lo hiciera , Dios le ayude , y si no , se lo demande en su reino Tribunal quando le tome estrecha cuenta de su vida , à lo que ha de responder el testigo : Amen , ò así sea . Cuya formula prescribe la ley 24. tit. 16. Partid. 3. la qual aunque manda que el testigo ponga las manos sobre los santos Evangelios , y otras cosas , no se observa , y en su lugar se jura por costumbre sobre la Cruz en que todos fuimos redimidos , pues en jurando por Dios , y por ella , no hay mas por quien jurar.

305 No debe ser creído regularmente el testigo en lo que declare , no habiendo sido juramentado sobre ello ; (1) y para que ninguno de los litigantes pueda repeler su dicho , prestando excederse de los particulares contenidos en las preguntas , segun se han articulado , por no haber sido juramentado acerca de lo demás que depuso , (pues cada uno los articula à su modo , y calla lo que no le tiene cuenta) prevengo al Escribano que en la recepcion , y extension del juramento observe precisamente dos cosas ; la primera que no omita juramentar al testigo , y poner las palabras : *decir quanto supiere , y sea concerniente à los hechos de aquel pleito por ambas partes , aunque sobre ello no sea preguntado , v. g. si le preguntan si es cierto que Pedro birió à Juan con un puñal tal día , à tal hora , y en tal lugar .* No solo ha de responder à esta pregunta , ceniéndose à lo literal de ella , y no mas , sino tambien declarar si Juan le provocó , ò injurió antes de palabra , ò obra , ò lo que precedió , y dió motivo para herirle , y así en otros casos ; pues lo demás es ocultar la verdad de parte del hecho , y no deponer sino por el que le presenta , y de esta forma se entiende el precepto de la ley . Y la segunda , que jure tambien que *à ninguna de las partes revelará lo que se le pregunté , ni lo que depuso ,* pues de este modo se evita la corrupcion , y soborno de otros testigos , si no declaró à medida del deseo de la que le presentó ; todo lo qual prevengo.

(1) Ley 31. tit. 16. Partid. 3. cerca del fin. cap. de Testibus , & ibi glós. hoc tit.

viene el Sr. Greg. Lop. en las glosas 4. y 5. de dicha ley 24. y ésta lo manda por las siguientes palabras: *La manera de como debe jurar el testigo delante el juzgador, es ésta: Debe poner las manos sobre los santos Evangelios; é jurar que diga verdad de lo que supiere en razon del pleito sobre que es aducho, tambien por la una parte como por la otra: é que en diciendola, non mezclará y falsedad, é que por amor, ni por desamor, ni por miedo, nin por cosa que le sea dada, ó prometida, nin por daño, nin por pró que él atienda en de haber, non dexará de decir la verdad, ni la encubrirá: é que toda cosa que supiere de aquel pleito sobre que es aducho por testigo, que la dirá, maguer no gela pregunte el juzgador. E aun debe jurar que non descubrirá á ninguna de las partes lo que dixo, dando su testimonio fasta que el fuez lo haya publicado. E todas estas cosas debe jurar por Dios, é por los Santos; é por aquellas palabras que son escritas en los Evangelios: y en quanto á la no revelacion de su deposicion lo ordena tambien la ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop. y porque muchos Escribanos lo ignoran (por lo que no lo hacen así) y Paz tom. 1. part. 1. temp. 8. num. 107. alaba ésta práctica, y como tan util la aconseja al Juez, tuve por conveniente expresarlo, á fin de que cumplan con el precepto legal, y no sean tenidos por ignorantes, y eviten perjuicios á los contendores. Y si el testigo es llamado á declarar en pesquisa, debe jurar no solo decir la verdad de lo que sabe ciertamente, sino de lo que oyó decir, y de si cree; ó no ser cierto el hecho que se le pregunta, porque lo cree, y á quien lo oyó. (1) Y prevengo, que aunque cada testigo debe ser examinado con separacion, pueaen ser juramentados muchos á un mismo tiempo, porque ni hay ley que lo prohiba, ni de ello resulta el mas leve daño al que los presenta, ni á su adversario; y éste en caso de asistir al juramento de ellos debe firmarlo, si sabe, y si no assiste, expresarse así en él, y es lo que se practica.*

306 A los litigantes Cathólicos seculares se ha de preguntar: *Si juran por Dios, y por la señal de cruz, y*

(1) Ley 25. tit. 16. Partid. 3.

forman con su mano derecha, decir lo que supieren sobre lo que se les pregunte, y en todo la verdad lisa, y llanamente, sin ocultarla, ni tergiversarla, sino conforme la perciban, y sea en sí. Y deben responder, que así lo juran: y hecho esto, les ha de decir él que los juramenta, lo que queda referido en el num. 304. y ellos responder: Amen. Lo qual es arreglado á la ley 19. del tit. 11. Partid. 3. que habla indistintamente sin exceptuar á persona alguna noble, ni plebeya; y aunque trae mas extension en lo ceremonial, lo ha modificado la práctica por la razon expuesta. Y del mismo modo juran los Clerigos de ordenes menores, porque para esto, aunque posean beneficio eclesiastico, se reputan por legos.

307 Los Judios han de jurar *por un solo Dios todo poderoso, que crió el Cielo, y la tierra, y todas las demás cosas visibles, é invisibles, y sacó á su Pueblo de la esclavitud de Egipto, llevandolo á la tierra de promision; por la Ley de Moysés, que profesan; y por todo lo que creen de la Biblia Sacra decir verdad, &c.* y el que los juramento, despues que respondan, *que así lo juran, debe decirles: si así lo hicieris, el mismo Dios os ayude, y premie, llevandos al Paraiso Celestial, como á Abraham, Isaac, y Jacob, vuestros progenitores, y si no, embie sobre vos todas las plagas que embió contra Faraon, y su Reyno, y maldiciones que por vuestra ley están puestas contra los que desprecian los Mandamientos de Dios: y han de responder Amen. Lo qual es conforme á la ley 20. del mismo tit. 11.*

308 Los Moros para jurar han de estar en pie, tener levantado el brazo, y mirar ácia el medio dia; y puestas así, se les ha de juramentar de esta suerte: *Juras por Alaquivir, aquel que tu dios ser gran Dios, á quien haces oracion; por Mahómat que llamas su gran Profeta; por su Alcoran; y por todo lo que en viendes, y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad, &c.* á que debe responder: *si lo juro.* Y el que lo juramenta, le ha de decir luego: *Si así lo hicieres, bayas parte con él, y con los demás Profetas en los Paraisos en que crees están; y si no, seas apartado de todos los bienes que dios te tiene prometido, y caigas en todas las penas con que el Alcoran amenaza*

à los que no creen en tu ley, y debe responder Amen: lo qual está ordenado así por la ley 21. tit. 11. Partid. 3.

309 Los Eclesiásticos seculares ordenados *in sacris* han de jurar (precedida licencia de su ordinario, y no de otra suerte en el fuero secular, y en causas civiles (1) y no criminales) *in verbo Sacerdotis* por las *Sagradas Ordenes que han recibido, y según su estado*, tocando al mismo tiempo, y formando la cruz sobre su pecho con la mano derecha. Los Religiosos Eclesiásticos por lo mismo, *y por el santo Abito que visten*; y los legos *por Dios, por la señal de la cruz, y el santo Abito*, (que es la formula establecida por uso, y costumbre del Foro ó Tribunales) y con permiso de su Prelado. Los Caballeros de las Ordenes Militares *por Dios, y por la cruz de su Abito, que traen al pecho*, y al propio tiempo han de tocarla con la mano derecha. Y así se práctica, por no haber ley que prescriba en todos estos otra forma de juramento, ni solemnidad. Advirtiéndolo que aunque algunos dicen que al Sacerdote no se debe pedir que declare bajo de juramento, porque su declaración jurada no admite prueba en contrario; no debe seguirse esta opinion erronea, y puramente caprichosa, porque no hay texto canonico, ley, ni fundamento sólido en que apoyarla, pues su dicho admite prueba como el de otro qualquiera litigante, ó testigo sin diferencia, y de no admitirla se deduciría que el Sacerdote aunque hombre era infalible, y que el Sacerdocio le habia extirpado la falacia natural, y propia de la condicion humana, lo qual es falso.

310 Los Hereges Arrianos, Eusebianos, Manichéos, Interanos, Hugonotes, Calvinistas, y demás sectarios, y los Cismaticos han de jurar *por Dios todo poderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia, ó Escritura sagrada, nuevo, y antiguo Testamento*; y los pérfidos Ateístas respecto negar la primera causa, jurarán por lo que les obliga el juramento según su secta. Los Idolatras, ó Gentiles por el Dios, ó Dioses que digan adoran, y con las

(1) Cap. Testimon. 11. quest. 1. Cap. Super prudent. y cap. Quamquam 14. quest. 2.

las ceremonias que acostumbren, en las que suelen estar muy bien instruidos, las cuales se pondrán en la extension del juramento según las hagan, pues en nuestro derecho no hay ley que las exprese.

311 Y los Arzobispos, y Obispos jurarán como los Sacerdotes, teniendo los Evangelios delante, pero sin poner las manos sobre ellos. (1) Y se previene, que por la ley 5. tit. 7. lib. 4. Recop. está prohibido que se haga juramento en San Vicente de Avila, en el herrojo de Santa Agueda, sobre Altar de Cuerpo Santo, reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra Iglesia juradera, aunque la parte lo pida, y el Juez lo mande, pena de pagar éste aquella, y el que jurare diez mil maravedis à la Real Cámara. El que quiera instruirse de las controversias que hubo acerca de si los christianos debían ó no jurar, ya fuesen Obispos, Clerigos, ó Seculares, originadas de la doctrina del cap. 5. de San Mateo, vea al erudito *Bertrai in Jus Ecclesiasticum, tom. 4. dissert. 2. cap. 4. §. 2.* y saciará su deseo, pues lo omito por no importar al Escribano, y por estar recibida en los Tribunales esta respectiva fórmula de jurar las partes, y testigos en los Juicios con ausencia de ambas Potestades, ya no se debe admitir controversia acerca de ello.

312 Para hacer las partes sus probanzas por testigos, forman regularmente sus respectivos interrogatorios con varias preguntas, ó articulaciones, de las cuales la primera, y ultima se llaman *generales*, porque en todas se ponen; y las demás son especiales, y se titulan *útiles*, porque conciernen al punto que se controvierte, y de todas procuraré dar idea instructiva al Escribano. Digo pues que lo primero que se suele articular es, que los testigos sean preguntados *por el conocimiento de las partes, noticia del pleito, y generales de la ley*; de cuyas preguntas la del conocimiento de los litigantes, y noticia del pleito se hace, porque si no los conocen, ni están instruidos del hecho li-

(1) Ley 24. tit. 11. y ley 24. tit. 16. Partid. 3. y Authent. Sed iudex, Cod. de Episcop. & Cleric.

tigioso, no pueden deponer con claridad, y verdad. (1) Lo qual se entiendo quando el hecho toma su efecto de parte de ambos, pues si lo recibe de la de uno solo, basta que lo conozca. (2)

313 La ley 8. tit. 16. lib. 4. Recop. expresa las que llamamos *generales de la ley*, y se reducen à si el testigo es *pariente por consanguinidad*, ò afinidad de alguna de las partes, y en qué grado, ò amigo íntimo suyo, ò enemigo capital. Si tiene interés en el pleyto. Si desea que alguna lo gane, aunque no tenga justicia, y qual. Y si fue sobornado, corrompido, ò intimidado por alguna de ellas, para que bulte la verdad, y diga mentira. Y estas preguntas se dirigen à las tachas que se les pueden poner, para debilitar, ò desvanecer su dicho, si alguna los comprehende. Advertiendo lo primero, que aunque el testigo declare que le tocan alguna, ò algunas, no ha dexar de examinarle el Escribano, antes bien le ha de preguntar *quál es, y si dejará por eso de decir la verdad*, y poner la respuesta que dé, que regularmente responden todos que no dejarán por eso de decirlo. Y lo segundo, que si las partes nada tocan acerca de las generales de la ley, fama, y notoriedad, no debe preguntar acerca de ello à los testigos, porque se excede en su comision, y carece de autoridad para suplir los defectos de ellas, por cuyo exceso, y ociosidad deberá ser reprehendido.

314 A mas de lo referido ha de preguntar à los testigos (aunque en el interrogatorio no se mencione) *de qué edad son*, como lo ordena la citada ley 8. y *qué oficio, ò destino exercen*, y *de dónde son vecinos*: pues la edad es para ver si tienen, ò no la que para testificar prescribe el derecho: bien que si es Sacerdote, ò persona pública, v. g. Abogado, Escribano, ò otros semejantes, no es necesario preguntárselo, ni expresarlo; basta poner su profesion, porque se supone tenerla; excepto que sea sobre hechos antiguos, ò edad de otro, en cuyo caso es preciso, por-

(1) Glos. in cap. Cum causam, verb. de causis, extra de Testib. & in cap. 1. verb. Interrogatoria. eod. tit. in 6. Abb. in cap. Cum causam,

cit. num. 16.

(2) Joann. Andr. in Addition. ad Speculat. tit. de Testibus, §. 1. n. 55. in litter. M.

porque de lo que pasó cinquenta años há, mal puede declarar si no por oídas el de treinta; y la misma pregunta en quanto à la edad se ha de hacer à la parte. El oficio por sí es, ò no vil, pues siendolo, como el que lo exerce, está envilecido, y es materia dispuesta para todo, no le causa rubor cometer la vileza de dejarse sobornar, y mentir, si la religion no le contiene, porque ni desdice de su civil esfera, ni decae de su honor. Y la vecindad, para formar concepto de su dicho, hacer que lo aclare, si depone confusamente, averiguar el carácter de su conducta, buscarlo, y castigarlo si se perjura, y para otros fines conducentes al coligante: à todo lo qual deben responder después de juramentados. Y se previene lo primero, que el juramento del testigo no se puede hacer por Procurador como el de calumnia. (1) Y lo segundo, que la pregunta acerca de las generales de la ley, edad, oficio, ò empleo, y vecindad, no solo se ha de hacer al testigo, que es presentado en el termino de prueba, sino tambien al que declaró antes, y luego se ratifica dentro de él, ya sea, ò no examinado al tenor del interrogatorio, ò solamente ratificado.

315 Las preguntas especiales llamadas *útiles*, son las que conciernen al asunto litigioso: han de ceñirse à lo alegado, y exceptuado en el pleito, pues si no son convenientes à él, no debe admitir el Juez los interrogatorios, y aunque los admita, no vale lo impertinente: (2) pero como el cúmulo de negocios especialmente en lugares muy populosos, no le dá tiempo para su examen, è inspeccion, lo que se practica, es poner el auto: *habiendo por presentado el interrogatorio quanto es pertinente: ò salvo jure impertinentium*, & *non admittendorum*: cuya clausula surte tres efectos: el primero, que con ella cumple en la parte posible con el precepto legal, y no incurrir en pena. El segundo, que si luego aparece que no debieron admitirse las preguntas inconducentes, se desprecian, y estiman por no

(1) Cap. Licet ex quadam, vers. ff. de Interrogat. actio. ley 2. tit. 12. lib. column. 2.

(2) Ley Ad probationem, Cod.

de Probation. ley Si defector, §. 1. ff. de Interrogat. actio. ley 2. tit. 12. Parit. 3. ley 174. del Esilio, y ley 4. tit. 6. lib. 4. Recop.

admitidas, y se repele lo que los testigos depusieron acerca de ellas. Y el tercero, que aunque el testigo que por su infamia, ò otro defecto legal no debía ser examinado, lo sea, y haga indicio para la tortura, no hará fe su dicho, estando puesta la *inverita clausula*. (1) De la ultima pregunta general, que es la *fama*, y una de las especies de prueba propuestas, trataré en el número 371. y siguientes de este capítulo.

316 Del interrogatorio de cada parte parece sería conveniente, y debía darse traslado á la otra, para que en su vista formase otro de repreguntas, á fin de que los testigos expusiesen mejor el hecho, y la razon de sus dichos, y para hacerlos variar, y apurar si venjan, ò no sobornados; (2) pero la inconcusa práctica del Consejo, y de muchos Juzgados Reales está contraria, y así ni se comunica, ni el Escribano debe manifestarlo; y solo en los Tribunales Eclesiasticos se hace; por lo que se estará á su estilo. Mas el interrogatorio de repreguntas, ni aun en estos se comunica, por no permitirlo el derecho. (3) Y en los en que se estila admitir repreguntas, se forma el interrogatorio como el de preguntas, haciendo referencia de el de estas en el pedimento con que aquel se presenta, y pretendiendo que á los testigos que sobre tal pregunta, ò hecho fueren interrogados, se repregunte esto, ó lo otro, &c. y se omite la de *conocimiento*, y la de *público*, y *notorio*; porque estas vienen en el interrogatorio principal, por lo que son superfluas en el de repreguntas. Tambien se estila en algunas Provincias nombrar acompañados que vean examinárlas, y los repreguntan, en cuyo caso estos acompañados no deben excederse, ni hacer repreguntas que no sean concernientes al pleito, y preguntas, como muchos enredadores lo practican, ni el Escribano comisionado a di-

(1) Gomez lib. 3. Var. cap. 12. num. 20. Paz tom. y part. 1. temp. 8. num. 50. y sig.

(2) Abb. in cap. Per tuas, col. fin. de Testio. Bald. in leg. 1. Cod. Ut lite pendente. Marant. part. 6. tit. de Testium productione, num. 19.

(3) Cap. 2. & ubi glos. verb. *Interrogatorio*, de Testio. in 6. Abbas, & Innocent. in dict. cap. Per tuas. Marant. part. 6. de Actor. edition. n. 56. y 57. Paz tom. 1. temp. 8. num. 93. y sig.

mitirlas, ni permitirlo, pues se deben dirigir á apurar la verdad del hecho, y no á confundirla, ni obscurecerla.

317 La habilidad, y destreza del Escribano en los pleitos consiste en saber examinar los testigos, á fin de no perjudicar á los litigantes; mayormente quando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto (como que exerce oficio de Juez en virtud de la comision que éste le confiere) no debe llevar otra mira, ni objeto, que el de investigar, y aclarar la verdad, sin pasion por una, ni por otra parte, y á este efecto debe enterarse del espíritu de las preguntas, del modo con que están concebidas, y del fin á que se dirigen, para explicarlo á los testigos, y evitar que tal vez declaren con error, ò falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien, y entender al revés la pregunta; como suele suceder; y hasta que evaquen una, no les ha de leer, ni examinar por la siguiente, sino cada una con separacion; y lo mismo ha de practicar con la parte, quando se le pide que jure posiciones al tenor de diversos capítulos. Y respecto á que en esto hay mucha ignorancia, y condescendencia perjudicialísima; para extirparla, digo que en el examen de testigos ha de observar las diez circunstancias que trae el cap. *Causa* 37, lib. 2. *Decretal*. tit. 20. de *Testibus & attestacionibus*. y su Beatitud mandó observar al Obispo de Plasencia en el examen de testigos de cierta causa por estas palabras: *Quantenus recipiat testes, quos utraque pars duxerit producendos; ac eos diligenter examinare procurat. & de singulis circumstantiis diligenter inquirens de causis videlicet personis, loco, tempore, visu, auditu, scientia, credulitate, fama, & certitudine, cuncta plene conscribat.* Y las resume su glosa en los siguientes versos.

*Auditus, visus, persone, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.
Dum testes recipit iudex, hæc cuncta notabit.*

Y son, si oyó á los litigantes, ò á otro lo que depone, quando, en qué parage, y cómo se llama el que se lo dijo; ò si lo vió, en qué dia, y lugar sucedió; á qué hora,

y quiénes estaban presentes. Si conoce à los contendores, de de cuándo, con qué motivo, por qué sabe lo que declara; cuál fue la causa del hecho litigioso, y de moverse el pleito. Si lo tiene por cierto, en qué funda esta certidumbre, ò si lo cree, y por qué. Si de él, ò de ser así hay fama pública en el Pueblo, en qué tiempo se empezó à divulgar ésta; si fue desde que se principió el litigio; ò antes, con qué motivo, y de quién sabe que provino; ò suerte que dé razon de su dicho, (pues no dandola, no sirve, (1) al modo que tampoco el de oídas, y credulidad, sino en ciertos casos que el derecho (2) trae.) Y de todo ha de poner la respuesta que dé; y esto mismo ha de hacer el acompañado, y no otra cosa, y lo demás lo debe repletar el comisionado, como que hace de Juez, y no es del caso, ni sirve sino para confundir à los testigos, y obscurecer la verdad.

318 Suele haber testigos tan protervos, y llegar à tal extremo su perfidia, que olvidados de sí mismos, y con abandono de sus conciencias, mienten à rostro firme por odio, pasión, ò soborno, ò paltan los hechos de tal suerte que los desfiguran; sin hacer caso de la religion del juramento, del imponderable perjuicio que causan, y restitucion à que son responsables, ni de las penas con que están conminados. Y para evitar en lo posible los perjuros, y daños que pueden irrogar à las partes, especialmente en causas criminales; luego que el Escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle rectamente à la cara, como que le está leyendo, y penetrando su corazon; oírle con agrado, y mansedumbre, sin interrumpirle mientras hable, (lo qual dicha, y exige tambien la buena crianza,) referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió, y hacerle las repreguntas expresadas en el número anterior, según sea el caso, y otras concuerdientes unicamente à apurar la verdad, y no más, mirandole todavía à la cara, como lo manda la ley, (3) pues en

(1) Ley 29. al fin. tit. 16. Partid. 3.

(2) Leyes 28. y 29. tit. y Partid.

(3) Ley 26. tit. 16. Partid. 3.

en el semblante podrá conocer si se perjura, ò no, por ser difícil mentir sin inmutarse, como lo dixo Ovidio en este exámetro: *ò quam difficile est crimen non prode vultu.* Y nos lo enseñan varios textos. (1) Bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del Juez, ò de algun miembro de justicia, se inmutan, y aturden, aunque estén inocentes: y lo mismo se debe practicar con la parte, quando le tome declaracion. Y si el testigo vacila, y titubea; dicen algunos (2) que el Juez debe mandar poner en los autos su vacilacion, y causa de ella, y por qué modo vaciló; pero no se acostumbra.

319 Pero si la razon que el testigo dá de su ciencia, y dicho, no es verosimil, ni satisfactoria, ò parece contraria à lo que depone, ò está vario, ò se implica, ò titubea; ò es persona vil, ò sospechosa, puede replicarle: *que cómo pudo ser, respecto lo que dice, que tiempo hacía, si estaba claro, ò nubló quando sucedió el caso; à qué hora fuez quiénes eran los circunstantes: de qué estaban vestidos: y según sea el hecho, ò cosa litigiosa, hacerle con arte, y disimulo las demás réplicas, y repreguntas genéricas, è indirectas que le dicen, è inspiren la imparcialidad, prudencia, y deseo del acierto, tengan unica tendencia, no à que falte à la verdad, ni à confundirla, ni obscurecerla, sino à desentrañarla, patentizarla, descubrir su mentira, y saber si viene, ò no sobornado por quien le presenta; para lo qual debe desnudarse de toda pasión, y tener siempre à la vista el temor de Dios, y à nadie respeto; aunque sea de la dignidad mas eminente, pues esta como meramente accidental, y aerea, no le saca de la esfera de hombre como él; ni le constituye de masa distinta, y mas fina, ni tampoco le exime en el fuero interno de la responsabilidad ante el supremo Juez; y la verdad como hija del padre de la luz, ha sido, y es amada de todos los justos, y hasta de los Gentiles: y así Simónides sabio Griego que mereció à Platon el*

(1) Prov. 10. n. 29. Ecclesiast. 26. num. 31. y 6. n. 5. Michab. 3. n. 27. Nehemias 2. num. 3. Cicero. in Pison. & 2. de Orator. Senec. Epist. 98.

(2) Jacob. Cognacena. in repetit.

cap. Quoniam contra, num. 59. de Probation. & libi Paris de Puteo, n. 8. Reinfestrel lib. 2. Decretal. tit. 40. §. 10. num. 319.

renombre de divino, honró tanto la virtud de la verdad, que la constituyó parte integral de la justicia, por lo que definiendo ésta, dixo que era: *vera fateri, ac debitum unicuique reddere*; (1) y Ciceron defendiendo á Celio de la acusacion de haber dado veneno á Clodia, exclama: *O gran fuerza de la verdad que por sí misma se defiende, y prevalece contra todas las invenciones, astucias, diligencias, y asechanzas de los hombres: y lo mismo dixo Seneca*; (2) pero no debe usar de preguntas, ni réplicas sugestivas con el testigo, ni con la parte, porque están reprobadas, como dixe en el número siguiente. Oida la respuesta del testigo, debe decirle substancialmente lo que depuso, y las razones que de su dicho dió; y si todo está conforme á su mente, sentarlo, ó escribirlo, sin añadir, ni quitar: leerselo muy despacio luego, para que quede plenamente enterado de lo que depuso: y enmendar en el mismo acto lo que quiera se enmiende; y concluido, poner al pie de la declaracion: *que se afirma, y ratifica en ella, y que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que tiene hecho*, y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvas las erratas, enmiendas, testaduras, y adiciones que haya, pues sino sabe, no es menester, porque cada testigo debe ser examinado con separacion, y nuestras leyes no mandan que no se reciban los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar; (3) al modo que tampoco son necesarios en los demás actos judiciales; excepto que en el juzgado se estile hacerse estos con ellos. (4)

320. Queda sentado en el número inmediato, que en el examen de la parte, y testigos no se debe usar de preguntas sugestivas; y porque el Escribano principiante ignorará cuáles son, debo decirle para su inteligencia, que unas son claras, y otras paliadas; se llaman *claras* las que se hacen específicamente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias, y qualidades de la causa civil,

(1) Plat. Dial. 1. de Rep.

(2) Cicer. pro M. Caelio. Senec. in Epist.

(3) Leyes 26. y 28. titul. 16. Par-

tid. 3. y ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop.

(4) Ley in donationibus, Cod. de Donation. Paz in Prax. annotat. ultim. de Tabellione; num. 17.

ò criminal, ò de la cosa hecha, ò delito cometido, v. g. si se pregunta al testigo, *si vió que Pedro mató á Juan en tal dia, en tal parte, y á tal hora, birindole con un puñal en el pecho*. Y paliadas quando se previene sutilmente al testigo, indicandole el modo de responder, ò se le abre camino, y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Cuyos modos de preguntar, como perniciosos, y reprobados por derecho, (1) no se deben usar, antes bien las preguntas han de ser genericas, è indirectas, y no particulares, ò sugestivas, pues de lo contrario las respuestas serán dadas por los sugestores, y no por los preguntados, especialmente siendo pobres, ò sencillos, que estos, aunque asientan á ellas, mas lo harán tal vez por miedo, ò por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

321. Si el testigo despues de haber firmado su declaracion, y apartados del Juez, ò Escribano que le examinó, hablare, ò tubiere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiere corregir, ò ampliar su dicho, no debe ser admitido; y asi haciendo muchas declaraciones, debe ser atendida la primera; pero si hubiere declarado ambigualmente, ò no hubiere dado razon de él, puede ser llamado por el Juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare las dudas que de su deposicion resulten, y no perezca la justicia de la parte, y valdrá su dicho en este caso, no obstante que haya hablado con ellas. Y lo mismo puede practicar el Juez á instancia de la parte que lo presentó, quando ésta halla que no fue preguntado al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito. (2)

322. No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los examina, hasta que eva-

(1) Ley 1. §. Qui questionem. ff. de Questionib. ley 3. tit. 20. Partid. 7. Scacia de Judic. lib. 1. cap. 86. Fari. nac. tom. 1. Prax. crim. quest. 84. nn. 91. y 92. y tom. 3. quest. 83. num. 84. y de Testib. quest. 70. n. 78. Reinestuel dicho tit. 20. §. 15. n. 516.

hasta el fin lib. 2.

(2) Ley 30. tit. 16. Partid. 3. Hermosill. en la 56. tit. 4. Partid. 4. glossa 6. n. 72. Sr. Valenzuel consil. 103. Veta disert. 38. n. 74. Ciriac. contrav. 150.

evaquen su declaracion, si al tiempo del juramento la hacen; excepto que no pueda recibirsela entonces, pues en este caso se la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta quince dias á lo menos; (1) de lo qual se deduce no ser preciso que el testigo sea examinado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero en dicho caso debe practicar el Escribano dos cosas: la primera, estender entonces el juramento en los autos, y que lo firme si sabe, para que conste que fue presentado, y juramentado en tiempo habil; y la segunda, poner en la cabeza de la declaracion: *que la hace en fuerza del juramento que hizo en tal dia*, (mencionandolo) *el que en caso necesario reitera*, lo que tendrá presente. Quando el testigo juramentado en tiempo habil dice que duda de lo que se le pregunta, ó no se acuerda ciertamente, y pide termino para hacer memoria de ello, se le debe conceder. (2) Y lo propio milita para con la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por si, y no por constjo de su Abogado; (3) bien que esto es peligroso, y asi solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y de jo explicado en el num. 293. Y si uno, y otro dicen que no pueden evaquir su declaracion por tener que inspeccionar algunos papeles, á fin de darla verídica, se les debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediendolo al testigo, podrá pedir la parte, y el Juez deberá mandar que la evaque despues de la publicacion, lo qual como justo he visto practicar.

323 Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce dice al Escribano que tal, y tal testigo (nombrandolos) sean examinados solamente al tenor de ciertas, y determinadas que señala, debe expresar en la cabeza de su deposicion para quales fueron presentados, y de ningun modo examinarlos sobre las restantes, porque á mas de ser superfluo, y nada del ca-

(1) Ley 26. tit. 16. Partid. 3. ley Si quando 19. Cod. de Testib.

(2) Ley 11. tit. 11. Partid. dicha verb. *E si per aventura: Speculat. tit. de Positionib. §. 6. veru. Quid si*

interrogatus.

(3) Ley 3. tit. 13. Partid. 3. cap. Per tuas; de Testibus; y cap. Præterea, de Testib. cogend.

so, no aprovecha á la parte el que digan que las ignoran, se la evitan gastos, y no se pierde tiempo, pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

324 Cada testigo debe ser examinado secreta, y separadamente de los demás, sin que estos, las partes, ni otra persona le vean declarar, ni sepan lo que depuso, ni lo que se le preguntó, hasta que se haga publicacion de probanzas; y no se ha de apartar del que le examina, hasta que concluya su declaracion, como de jo expuesto, (1) excepto que sea tan larga que requiera mas de un dia para su evaquacion. El Escribano ha de estender sus dichos á la letra, y no en abreviatura, ni la letra muy metida, sin mudar palabra, ni aclararla, sino como la diga, pues asi lo manda la ley; (2) pero no obstante este legal precepto, se permite, y está en práctica ponerlos con voces claras, inteligibles, y bien sonantes, que no varíen la substancia, y antes bien hagan mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rustico, sirve no de declaracion, sino de confusion su dicho; cuesta muchísimo trabajo entender á algunos, y es menester casi adivinarlos, y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan, y vean que los entienden. Previendo que si los testigos, y las partes quieren escribir sus declaraciones, ó rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello, como que son produccion, y acto suyo privativo, que han de corroborar con su firma, sin que en esto injurien al Escribano, ni Juez que se las recibe, porque usan de su derecho.

325 Examinandose los testigos por medio de interpretes, han de jurar estos: *que dirán en idioma Castellano lo mismo que aquellos depongan en el suyo, sin añadir, quitar, interpretar, ni tergiversar cosa alguna*, y el testigo tambien ha de ser juramentado: previniendo que si hay dos interpretes en el Pueblo, ha de ser examinado cada testi-

(1) Ley 26. tit. 16. Partid. 3. ley 28. tit. 6. lib. 3. Recop. ley Nul- lum, Cod. de Testib. cap. Venerabi-

li, de Testib. y cap. Inquisitione. §. 1. de Accusacion.

(2) Ley 11. tit. 11. lib. 2. Recop.

go por ambos a presencia del Escribano, para que no se dude de su deposicion. Lo qual se entiende, à menos que los litigantes se conformen en que uno solo intervenga al examen, y juramento, ò que en el Pueblo no haya mas, en cuyos dos casos se le ha de creer, y estar à su dicho, pues hace plena fé, (1) y así se práctica.

326 Están obligadas las partes à satisfacer à los testigos las expensas, è intereses, que pierdan por el tiempo que ocupen en ir à declarar, y regresar à sus casas; (2) y no deben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, rogarlos, ni inducirlos à que declaren lo que no saben, pena de ser castigadas conforme à derecho; pero se les permite hablarles, y traerles à la memoria los hechos, y encarregarles sus conciencias sobre que digan la verdad, y lo que supieren, y de que se acordaren, (3) y à este efecto entregarles copia del interrogatorio.

327 Puede apremiar el Juez à los testigos por prision, y embargo de bienes à que comparezcan à su presencia à declarar bajo de juramento lo que seran, ya sea en pleito civil, ò criminal, porque el testificar es oficio público, que qualquiera debe exercer; y no debe admitir su dicho dado, ò embiado por escrito, porque à mas de no valer, está prohibido; (4) lo qual se limita para con los expresados en el número 300. pues con estos debe practicar lo que allí queda expuesto, pidiéndolo la parte. Y se previene que en las causas civiles arduas, y de importancia, y en las criminales, debe el Juez examinar por sí los testigos, sin cometer su examen al Escribano, ni usar de la cautela de que esté tome à solas sus dichos, después que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea al Juez, pena à éste por la primera vez de cinco mil maravedis, y al Escri-

(1) Ley Theopompus 14. ff. de Dote praesigat. ley fin. Cód. de Fideicommiss. y Authent. De non alien. reb. Eccler. cap. 3. §. 2. vers. Quod autem: Gom. lib. 2. Var. cap. 9. n. fin. & lib. Aillon, n. 6. Gratian. Discept. forens. cap. 328. n. 2. y 22. y cap. 235. Cur. Phil. part. 1. §. 17. num. 26.

(2) Ley 26. al fin tit. 16. Part. 3.

& libi glos. penult. y fin. ley Quoniam liberi 11. Cód. de Testib. y cap. Statutum, §. fin. de Rescript. lib. 6.

(3) Ley 8. al fin tit. 6. lib. 4. Recopil.

(4) Ley 6. tit. 6. lib. 4. Recop. leyes 31. y 35. tit. 16. Partid. 3. ley 1. ff. y ley Constitutio 16. Cód. de Testib. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 24.

cribano de dos mil; por la segunda doblados, y por la tercera privados ambos de sus oficios. (1)

328 Existiendo algunos testigos fuera del territorio, ò jurisdiccion del Juez que conoce de la causa, ha de embiar requisitoria éste à el del Pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio, y demás conducente, para que los examine à su tenor; (2) con cuya requisitoria, ò con la receptoria si se despachare, se debe citar particularmente (como quando se sigue en rebeldia) à la parte adversa, si está en el Pueblo, ò à su Procurador, por sí quiere ir, ò embiar persona que los conozca, y vea juramentar, para que le coaste, y no se descuide. Y lo mismo se práctica, y debe hacer para compulsar instrumentos, coatear los producidos, y redarguirlos civilmente de falsos, ò hacer vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que todo lo referido se mande; como se collige de la ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop. Cuyas requisitorias debe cumplimentar, yendo documentadas, así para el efecto referido, como para otra qualquiera cosa, ya sea en causa civil, ò criminal, no solo el Juez con quien expresamente hablen, sino el sucesor en su Audiencia, y jurisdiccion, aunque en ellas no esté nombrado, y el requirente haya fallecido, ò cesado en su oficio, como sienta el Sr. Covarrub. Pract. cap. 11. y es corriente en la práctica, porque no se dirige privativamente al sugeto, ni habla con él como persona privada, sino con la que regenta la jurisdiccion.

329 Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal algunos particulares de los alegados, y conducentes à su defensa, ya sea por olvido, ò porque al tiempo de su formacion no creyeron poder probarlos, y después de presentado, hallan testigos que los declaren, pueden poverlos por pedimento, ò por otro interrogatorio, y pretender se examinen à su tenor: però esto ha de ser precipi-

22-

(1) Ley 27. al fin tit. 16. Part. 3. ley 19. cap. 5. tit. 6. y ley 15. tit. 7. lib. 2. y leyes 50. tit. 4. y 28. y 44. tit. 6. lib. 3. Recop.

(2) Dicha ley 27. tit. 16. Part. 3. ley 8. tit. 6. lib. 4. Recop. ley Judices, Cód. de Fidei instrumentor. y cap. Cum casam, de Testib.

samente dentro del término probatorio, pues ninguna ley lo prohíbe, ni dice que se forme un interrogatorio solo, ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas á los testigos, lo qual es corriente, y así lo practiqué, y ví practicar.

330 Un solo testigo por autorizado, y encumbrado que sea, no hace prueba, regularmente hablando; (1) excepto que esté constituido en la dignidad de Emperador, Rey, ó Papa; (2) bien que quando no se trata de perjuicio de tercero; ó se convienen las partes; ó el testador mandó que en quanto á su herencia se esté al dicho de cierta persona, que señala; ó para probar la inocencia del acusado, ó en las causas, en que de ningún modo, ó al menos con grave dificultad se pueden aducir muchos testigos; ó quando con su dicho concurre la fama; ó para probar la causa verosímil de ignorancia; ó en causas muy leves; y en otros varios casos (que trae *Reinfestuel lib. 2. Deoretal. tit. 20. §. 8. per tot. y tit. 19. §. 3. num. 61. al 68.* apoyandolos con textos, y doctrinas, y omito por no importar al Escribano saberlos) hace prueba el dicho de un testigo solo.

331 Dos testigos contestes en cosa, ó hecho, tiempo, lugar, y circunstancias, y no varios, ni singulares hacen plena probanza, siendo hábiles, idoneos, y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos, ni personas; á menos que sea para justificar paga, ó liberacion de debito, ó otro contrato, de que se haya otorgado escritura pública, ó testamento, ó otra ultima voluntad; pues entonces son necesarios mas; (3) como he sentado en mi primera parte.

332 Pero no obstante esto, se permite á cada litigante que presente hasta treinta testigos sobre cada pregunta, ó artículo, con tal que jure que no lo hace con malicia, ni por

(1) Ley Ubi numerus, ff. de Testib. ley 22. tit. 16. Partid. 3. cap. Licet universi 22. de Testib. y Canon. Si testis, §. Ubi numerus 4. quest. 3.

(2) Dicha ley 22. tit. 16. ley Ouplum, Cód. de Testib. cap. Cum á nobis 28. cod. tit. y Clementin. unic.

de Probation.

(3) Leyes 32. y 40. tit. 16. Partid. 3. ley Ubi numerus cit. y cap. In omni negotio, de Testib. Deuteronomo. 19. v. 19. Matth. 23. vers. 16. y Luc. 17.

por dilatar; y si no hay mas que un interrogado, ó pregunta, los treinta solamente. Mas si despues de nombrados supiere de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo jurare así; en este caso dejando los que no están examinados, se le deben admitir los que nuevamente nombre, hasta completar el número referido, y no mas. (1) Y si de los presentados no quiere que se examinen todos, nadie le puede precisar á ello, porque así como está en su arbitrio el hacer, ó no prueba, lo está tambien el preseatar, y hacer que se examinen, ó no los presentados, y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir que en la segunda, ó tercera instancia en grado de apelacion, y suplicacion no se deben admitir interrogaciones, ni testigos sobre los mismos artículos, ó otros directamente contrarios, sobre los que en las precedentes, ó en alguna de ellas se recibieron, ya tengan su tendencia á los meritos de la causa principal, ó á las tachas de los testigos examinados en qualquiera de las instancias anteriores; y el Abogado que pusiere las interrogaciones incurre en la pena de mil maravedis. (2)

333 Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos, digan que no quieren presentar mas, no se les han de dejar de admitir por eso los que presenten hasta los treinta expresados, con tal que sea dentro del término probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones, y las de los de su contendor, y no de otra suerte, como lo manda la ley 34. tit. 16. Partid. 3. ibi: *En tal caso como este decimos que si los testigos que eran recibidos, no fueren abiertos, é jurare éste que quiere aducir otros, que non sabe lo que dixeron los testigos que habia aduecho primeramente, ni los otros que habia dado su contendor, é non fueren pasados todos los plazos en que habia poderlo de probar: que debe ser recibida su prueba, é non há porque le empecer lo que dixo que non queria dar mas pruebas. E esto es porque los Juzgadores deben ser apercebidos para puniar de saber*

(1) Ley 11. tit. 22. lib. 5. y ley 7. tit. 6. lib. 4. Recop.

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

Clementin. 2. de Testib. Sr. Coyer, Prad. cap. 18. n. 6.

ber la verdad por quantas partes pudieren. Mas si los plazos fuesen pasados, non se los deben despues recibir, salvo ende carta, ò instrumento. Y por esto los Escribanos en el requerimiento que hacen à las partes para si quieren presentar mas testigos, y responden que no, ponen quando faltan algunos dias de término, el adictamento: *por ahora, y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente.* Cuyo adictamento es muy util, aunque no necesario; por lo que el Escribano comisionado puede sin embargo de que no se ponga, recibirlos, sin que la parte tenga precision de acudir al Juez para ello, durante el término probatorio, porque en virtud de la comision le subroga en su lugar, y le dá las facultades, que à dicho fin le concede la ley.

334. Queda sentado en el número 330. que dos testigos contestes en cosa, tiempo, lugar, y circunstancias, y no varios, ni singulares hacen plena probanza, concurriendo en ellos las qualidades allí expresadas. Y para que el Escribano principiante no dude quales son contestes, y quales singulares; de quantas maneras es la singularidad, y si prueban, ò no; digo que se llaman *contestes* los que deponen de un mismo hecho sin variedad alguna, v. g. que Pedro mató à Juan en tal parte, en tal dia, à tal hora, con tal instrumento, &c. y singulares los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica del suyo, y no concuerda con el otro. (1)

335. La singularidad es de tres maneras, *obstativa*, *adminiculativa*, y *diversificativa*. (2) Se llama *obstativa*, ò *adversativa* la que contiene contrariedad de los testigos, que deponen de un mismo hecho, ò repugnancia en sus dichos; v. g. dice uno que Pedro hizo la muerte, ò hurtó en tal parte, y à tal hora; y otro que la executó en otro lugar, y à otra hora; pues repugna que una misma muerte, ò delito pudiese haber hecho, y cometido en diversos parages, y à distintas horas, por lo que à ninguno se debe

creer,

(1) Reinfestuel lib. 2. Decretal. n. 11. de Probation. Farinac. de Testib. tit. 20. §. p. n. 282. al 284.

(2) Baid. in cap. Licet causam,

n. 11. de Probation. Farinac. de Testib. quest. 64. n. 4. Pirhing. eod. tit. n. 142.

creer, ni deferirse el juramento supletorio; y así mas vale un testigo idoneo, que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean null. porque uno hace sospechoso, y destruye al otro, y ambos arguyen falsedad; (1) por cuya razon desprecio Daniel los dichos de aquellos dos impudicos monstruos humanos, que he referido al fin del número 290. de este capítulo.

336. *Adminiculativa*, ò *cumulativa* se llama, quando los testigos deponen de hechos, que aunque son diversos, se ayudan mutuamente, para probar aquello que se controvierte; v. g. dice uno que *vio à Pedro quitar un caballo*; y otro que *oyó decir à Pedro que habia quitado aquel mismo caballo*. Lo qual sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos tienen su tendencia à averiguar el hecho cuestionable, ò litigioso, pues unos suelen deponer de vista; otros de fama, oídas, ò confesion de él; y otros de hechos, que aunque distintos, ayudan al intento, y no son repugnantes; por lo que el uno no destruye al otro, ni le hace sospechoso por la falta de repugnancia, ò contrariedad; y así en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo, ò genérico hacen plena prueba; (2) y siendo interrogados sobre él, ò sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, ò partes del preguntado, como todos miran por distintos medios à un propio fin, y substancia de la question, no se juzgan singulares, sino contestes; (3) pero si se trata de algun acto particular, ò especial, è individuo, no prueban plenamente; bien que hacen presuncion, y el Juez puede deferir el juramento suple-

(1) Cap. In nostre 34. de Testib. Baid. in cap. Licet, cit. Alex. consil. 94. n. 1. y 4. lib. 6. Mascard. de Probation. conclus. 918. n. 20. Farinac. quest. 64. dicha. n. 37. 41. y 44. al 50. Jason in repet. leg. Admonendi, num. 156. de Jurejurand.

(2) Glos. in leg. Obcorrae, ff. de Testib. & in cap. Nilominus 3.

quest. 9. Felin. in cap. Licet, ex quodam, n. 2. vers. *Secundo limita*: & ibi Baid. n. 9. de Testib. Farinac. quest. cit. n. 112. 150. 160. y 164. Mascard. conclus. 3025. n. 24. y sig.

(3) Ley Qui sententiam, Cod. de Penis. Reinfestuel lib. 2. tit. cit. numer. 297. al 306.

pletorio. (1) En las criminales no prueban tampoco para la condenacion de la pena ordinaria, pero inducen presuncion grande contra el reo, y abren camino al Juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para la tortura, ó imponerle pena extraordinaria; (2) pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indubitada, (3) no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares, siendo fidedignos.

337 Y singularidad *diversification* se llama quando los testigos deponen de diversos hechos, que no son contrarios, ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro, v. g. dice uno que Pedro prestó á Juan cien reales en tal dia, y tal parte: y otro que le prestó veinte en otro dia, y paga, pues no se implican, porque todo puede ser; y así estos testigos sin embargo de no ser repugnantes, ni enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba; pero si alguno es de mayor excepcion, hará semiplena probanza, porque se queda con el valor que merece la deposicion de un testigo fidedigno. (4)

338 Probando ambas partes su latencion con testigos, debe el Juez seguir, y gobernarse para dar la sentencia, por los que depongan lo mas verosimil, tengan mejor fama, estén mas autorizados, y sean mas dignos, aunque menos en número. Siendo iguales en fama, y dichos, porque to los deponen lo que es posible, hubiese sucedido, se cenirá á la pluralidad de número; y si lo son en el todo, y los de la una deponen lo contrario, debe absolver al reo: (5) á menos que el actor intente causa favorable, como son las de libertad, matrimonio, dote, y testamento, pues entonces ha de decidirse por éstas. (6) Y si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosimil.

(1) Glos. in esp. Whillemus, etc. Fella. in cap. Licet, etc. Parisiac. question. dicitur, n. 72, 113, y 126. Mascard. concul. 958. n. 20. al fin.

(2) Farinac. Prax. crim. lib. 1. quest. 27. n. 24. y 25.

(3) Ley Sacram. censil. 25. Cod. de Probation. cap. 1. de election. Canon Testes 2. quest. 7. Reinstucl ibi

n. 307. hasta el fin.

(4) Farinac. quest. 64. dicha numero. 41. y 47. Relatiucl ibi n. 294. al 206.

(5) Ley. 40. tit. 16. Partid. 3.

(6) Cap. Ex licetis, 3. de Probation. & ibi glos. y cap. ultim. de Sentent. & re judicat.

rosimil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos: lo qual no sucederá, si presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer; y la razon legal es, porque puede verlos antes, y mirar si le aprovecha; ó daña su presentacion, y así echese la culpa de su inadvertencia; pero en los testigos no puede saberlo, porque á la parte suelen decir una cosa, y ante el Juez declarar otra, como lo vemos, y lo dice la ley; y si el testigo es contrario á sí mismo en su dicha, no hace fé. (1)

339 Comprometiendose las partes en árbitros, si éstos recibieren testigos, y aquellas hicieren algun pacto sobre si el Juez ha de sentenciar, ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto. Si nada pactaron, está en eleccion de aquella contra quien se produxeron, el pasar por sus dichos, y hacer que buelvan á declarar ante el Juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el Juez sentenciar con arreglo á ellas; bien que no se priva á la parte de alegar contra las personas, y dichos de los testigos. (2)

340 Consistiendo el pleito en ciencia, arte, ú oficio, han de nombrar las partes dos peritos, para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso de haberlos en el Pueblo; y si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el Juez de oficio por su rebeldia; pero si no hay mas que uno, bastará, y se deberá estar á su asercion; excepto en las causas arduas, y de entidad, y magnitud, en las quales se deben buscar dos, á menos que las partes se conformen en uno. (3) Con ellos, y con el tercero que se elija en caso de discordia, (ya asistan, ó no todos tres á la vista ocular, ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por sí solo, como puede, y el Juez lo presencie, ó no,) nada mas tiene que hacer el Escribano que recibirles el juramento de que dirán la verdad como la conciben segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio, ó ciencia, sin causat ugi auto á ningu-

(1) Ley 41. tit. 16. Partid. 3.

(2) Ley 38. tit. y Partid. dicha.

(3) Hermostill. en la ley 26. tit. 5.

Partid. 2. flos. 6. ex n. 23. al 00. Glan. lib. 2. Var. cap. 6. n. fin. vers. Et ex

supscritibus: & ibi Allon. n. 6. Amaya in leg. 2. Cod. de Jure fisci. Pacion. de Probat. lib. 1. esp. 47. autor. 99.

na de las partes; pues ellos ponen en borrador sus declaraciones, y se las entregan, para que las estienda en los autos; coordinandolas segun estilo forense, bien que si el Juez concurre, debe juramentarlos, y no el Escribano. Previendo que para que depongan con justificacion, y pleno conocimiento, se les han de manifestar siendo preciso, no solo los autos, sino los documentos en ellos producidos por las partes, y al tercero unos, y otros con las declaraciones de ambos peritos, á fin de que con presencia de todo se conforme con la que sea arreglada; y que las partes deben ser citadas para asistir al juramento, y reconocimiento si quisieren, mas no á la declaracion que hagan; y señalarlas el dia en que aquel se ha de evacuar, y han de ser juramentados en el término Probatorio si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercero puede serlo despues.

341 La quarta especie de prueba es por *instrumentos, privilegios, y libros de cuentas*. Y procediendo á tratar de los instrumentos, para que el principiante sepa cuáles hacen fé en juicio, le advierto que el instrumento es de tres maneras: *público, autentico, y privado*; de los dos primeros toqué algo en el cap. 16. que es el final de mi primera parte, adonde le remito; y añado ahora que el instrumento público se llama así, porque lo autoriza persona, en quien reside autoridad pública concedida por el Rey, para ser creído, que se estableció para la pública utilidad, y se otorga ante testigos, (1) por lo que no se debe dudar de su otorgamiento; y que de instrumentos públicos hay dos claves, unos *inter vivos*, que son todos los contratos; y otros *causa mortis*, que son los testamentos, y demás ultimas disposiciones; todos los quales se componen de *Protocolo, de registro, copia original, y traslado, de exemplar*, como en el cap. 16. de dicha mi primera parte expuse; por lo que si el producido en juicio está autorizado por Escribano no conocido en el Juzgado, en que se presenta, y la parte contra quien se produce, lo redarguye de falso (como

(1) Cap. Com P. Tabellio de Fide instrum. Authent. de Tabellionibus al princip. Sr. Covar. pract. cap. 19. num. 11.

mo puede en qualquier tiempo, y estado de la causa aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia) diciendo que el que lo autorizó no es, ó no fue Escribano; no hace fé, si á lo menos por fama pública del Pueblo, en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido; (1) ó si no está comprobado por dos, ó tres Escribanos que dén fé no solo de que lo es, si no de que la firma, y signo puestos á su final son suyos, pues puede ser Escribano, y el instrumento suplantado; y lo propio sucede habiendose hecho en parte remota; y así se practica, y estima en juicio. (2) Pero si es muy antiguo, que pase de cien años, hace fé, aunque no esté comprobado, ni conste que fue Escribano el que lo autorizó, por la gravísima dificultad de hallar testigos del conocimiento de éste; en cuyo caso se omite el reconocimiento. (3) Advertiendo lo primero, que si un mismo litigante produce en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer. (4) Lo segundo, que el Escribano no solo está obligado á custodiar, y conservar el Protocolo, (5) como senté en el capítulo final de mi primera parte n. 20. si no que una vez otorgado el instrumento, no debe entregarlo á las partes, ni á otro, porque á mas de no hacer fé por los motivos expuestos en dicho cap. final n. 10. de mi primera parte, debe conservarlo, y existir siempre en su poder, y así dará copias de él. Tampoco debe romperlo, aunque lo quieran los otorgantes á pretexto de haberse recedido del contrato; (6) y la razon es, porque es acto que se pue-

de. bii.

(1) Ley 114. tit. 18. Partid. 3. de Fide instrum. cap. 1. Parej. ubi cap. 2. á lib. glos. & DD. de Fide instrumentum. Authent. de Instrument. caurel. novel 73. cap. 5. colat. 6. Abb. in cap. 6. nura. de Fide instrument.

(2) Ley Jubemus 24. Cod. de Probation. Parej. de Edition. tit. 1. resolut. 3. §. 2. n. 42. 51. y sig. Parlador. lib. 4. Ker. cap. fin. part. 1. §. 11. ampliat. 3. n. 17. y otros que cita.

(3) Sr. Gregor. Lop. en dicha Ley 215. glos. 5. Barbo. in Coleccion.

de Fide instrum. cap. 1. Parej. ubi cap. 1. n. 35. y 59. Sr. Covar. Pract. cap. 21. n. 7. Mascard. conclus. 1097.

(4) Ley 117. tit. 18. Partid. 3.

(5) Cap. Quamquam contra, extra de Probat. §. Iliud in Authent. de Tabellionib. ley 12. tit. 25. lib. 4. Recop. Sr. Covar. Pract. cap. 19. n. 2. al fin.

(6) Curt. Senior Consil. 55. n. 18. y 24. Farinac. lib. 5. tit. 16. de Falsitat. & simulation. quest. 154. n. 39. y 31.

Advertiendo, que aunque el instrumento sea irrito, y nulo, no por eso lo será el contrato, ni testamento, si se prueba haber intervenido en ellos el competente número de testigos, y no es de substancia del contrato la escritura. (1)

344. Afirmando el Escribano de buena fama que no hizo el instrumento, debe ser creído, no probándose plenamente lo contrario; y tambien confesando que sí, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ó digan que no se acuerdan si presenciaron, ó no á su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro, y no en otros términos. Pero siendo de mala fama, y todos los testigos instrumentales de buena, si estos concuerdan en una cosa, ya sea afirmando, ó negando, y el instrumento há poco tiempo que se hizo, deben ser creídos, y no el Escribano; (2) de suerte que para declararse falso el instrumento son necesarias copulativamente tres cosas, á saber: que los testigos sean mayores de excepción; que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento; que el Escribano tenga mala fama, y así el que intenta la declaración en buen empeño se mcte. De lo qual traté en el cap. 1. n. 35. lib. 1. de esta segunda parte, distinguiendo cinco casos para su mas perfecta inteligencia; y se advierte que así como la falsedad opuesta al instrumento, supone el hecho incierto de su otorgamiento, y excluye la verdad de su confección; (3) por el contrario la nulidad que se le objeta, supone por necesidad la verdad de su otorgamiento, y el hecho cierto de su contexto. (4)

345. Si la parte niega que el instrumento está autorizado por el Escribano que aparece, porque su signo, firma, y letra son desemejantes á las suyas, y él contesta que lo hizo, ha de ser creído. Si lo niega, no debe hacer fé. Y si di-

man. n. 6. al fin. Felin. in cap. ex litteris n. 16. in §. notabili, de Fide instrum. Paroac. quest. 153. dicha, n. 125. al 127.

(1) Burg. de Paz en la ley 3. de Toro part. 2. n. 1041. Parladar. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. limit. 1. n. ult.

(2) Dicha ley 155. verbo. *Et si per*

aventura: y ley Si quis Decurio, Cod. de Fals.

(3) Ley 1. tit. 7. Partid. 7. Sr. Salg. de Retent. part. 2. Cap. 30. §. 3. num. 8.

(4) Parej. de Edict. instrum. tit. 2. resol. 3. §. 1. n. 25. y 36.

dice que lo hizo, pero que fue falso, y con error, tambien ha de ser creído. Si ha muerto, ó está ausente muy lejos, se deben elegir peritos, que bajo de juramento cotejen la letra, firma, y signo con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren, y parezca al mismo Juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede determinar, pues está en su alvedrio el darle, ó no creído, porque la ley (1) fundada en que por la mudanza de tinta, ó pluma, ó por enfermedad, ó vejez del que escribe suelen desemejarse las letras, (como diariamente lo vemos, pues muchas veces no conocemos lo que hemos escrito, y además de eso algunos saben fingirlas, é imitarlas perfectamente) no le sujeta, ni obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparacion, ó cotejo, sin otros adminiculos verídicos, ó dos testigos fidedignos que juren haberselo visto firmar, por no ser prueba acabada, sino á lo mas semiplena, y porque el juicio, y dictamen de los peritos, como fundado en un mero parecer, ó concepto, no concluye de necesidad, sino de credulidad, y verosimilitud, y hay notable diferencia entre parecer, y ser; por lo que es falaz, y no constituye irretatable, é indubitado el instrumento, ni el hecho, debito, ó cosa que contiene, como el reconocimiento del que lo hizo, y firmó; y así lo podrá dudar, ó despreciar, segun concepte mas conforme, y verosimil. Y si se cotejan firmas, cartas, ú otros papeles privados, ha de ser con otros indubitados del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasan ante Escribano, de cuya certidumbre, y veracidad no se debe dudar, ó los que tiene reconocido expresamente en juicio; pues siendo con otros, de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se añace, y esto lo mismo es para el actor que para el reo, porque son correlativos.

346. Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contesto por testigos, ó por otro medio legal, (2) y

(1) Ley 113. tit. 18. Partid. 3. Authent. de Instrum. cautel. & fidei, cap. 7. §. In his vero, y §. Si vero, Tom. III.

collat. 73. Mascard. conclum. 350.

(2) Ley 32. tit. 16. y ley 112. tit. 18. Partid. 3.

en la prueba de testigos instrumentales se incluye el Escribano; mas no quando se hace por otro instrumento, porque no puede exercer actos de testigo, y Escribano à un propio tiempo. (1) Pero es de tener presente lo primero, que el instrumento se presume falso por el hecho de querer probar su contexto con testigos, el que lo produce; (2) y lo segundo que los instrumentos que la parte produce judicialmente han de estar en el idioma vulgar del Pueblo del juicio, y en letra legible, y clara, pues de lo contrario se los harán traducir, y poner à su costa en la corriente; pero si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante, ó antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda, no está obligado à poner de letra corriente lo que es tene obscuro, antes bien debe el contendor ponerlo à su costa, porque es continuacion del mismo juicio; y lo propio que si con él se hubieran principiado; cuyo caso práctico me sucedió en cierto pleito en el Consejo.

347. La parte que produce el instrumento, aunque diga, y proteste que solo quiere usar de él en lo que lo sea proprio, no le servirá, pues no obstante su protesta, le dañará lo que contenga contra ella; (3) Y una vez produciendo antes de la contestacion, está obligada à reproducirlo en la prueba, ya diga, ó no su adversario que quiere rearguirlo de falso, civil, ó criminalmente; (4) y no solo tiene esta obligacion en primera instancia, sino en la segunda de apelacion en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antigüedad, ó media interes de la parte que lo pide, y ningun perjuicio se irroga à la que lo ha de

(1) Glos. de Doctor. in leg. Hac aut sollicitudo. Cod. de Testam. Totindut. lib. 2. quest. 68.

(2) Mascardi. de Probation. lib. 2. concius. 740 n. 23. Menoch. de Presumpt. lib. 5. presump. 20. n. 23.

(3) Glos. Singul. in leg. 1. §. 1. verb. Die. ff. de Edendo. Jason in leg.

Non solum. §. Morte. n. 16. ff. de No vi oper. alienat. Aymon Craven. de Antiqu. temp. part. 1. §. Viso. n. 73. Medach. Illustr. quest. lib. 7. cap. 2. u. 9. Parador. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 2. n. 60.

(4) Ley final. Cod. de Fide instrumentor.

Non solum. §. Morte. n. 16. ff. de No vi oper. alienat. Aymon Craven. de Antiqu. temp. part. 1. §. Viso. n. 73. Medach. Illustr. quest. lib. 7. cap. 2. u. 9. Parador. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 2. n. 60.

(4) Ley final. Cod. de Fide instrumentor.

(5) Ley Nimis grave. Cod. de

presentar, (1) lo qual es corriente en la práctica. Pero se advierte que el reo no está obligado à dar al actor sus propias escrituras, (2) porque ni la equidad, ni el derecho permiten que ninguno de contra su voluntad, y contra sí armas à su adversario; (3) bien que siendo comunes à los dos, está obligado à manifestarlas, y darlas; (4) è igualmente lo está cada uno à mostrar las en que funda su intencion, si su adversario lo pretende, en los términos que en el num. 394. diré.

348. Tambien ha de reproducir en el termino de prueba la hecha con legal formalidad, ya sea por testigos, instrumentos, ó en otra manera en otro juicio con el colitigante, ó su causante, v. g. quando siguió via executiva sobre paga de alguna suma, y al mismo tiempo intentó con ella otra accion ordinaria, y sobre ésta se le reservó su derecho para el juicio correspondiente: en cuyo caso, y si la prueba conduce à la accion, ó excepcion ordinaria, debe reproducirla, pidiendo se haya por reproducida, y entienda con la prueba, à lo que se deferirá, y tal vez no necesitará hacer mas; pues si no la reproduce, ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso. Y se advierte, que el instrumento es *stricti juris*, por lo que no se estiende à cosas, ni personas en él no contenidas, y mucho menos à las no conocidas. (5)

349. Para que haga fé el traslado, ó exemplar sacado de la copia original, y pruebe contra la parte, contra quien se produce, ha de ser dado en virtud de auto de Juez, procediendo citacion de ésta, siendo autorizado por otro que aquel ante quien pasó, porque si lo está por éste, y es de los de que puede, y debe dar quantas le pidan, el

(1) Parec. de Edition. tit. 3. resolut. 3. n. 9. y lit. 5. resolut. 1. numer. 62. y 65. y resolut. 5. num. 32. Felin. in cap. 1. n. 28. de Probation. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 1. num. 5. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9. numer. 90.

(2) Cap. 1. de Probation. y ley Qui accusare. 4. Cod. de Edendo.

(3) Ley Nimis grave. Cod. de

Testib. tit. 1. §. 1. ubi dicitur de lib.

(4) Cap. Cum Perpetuus Vicarius 12. de Fide instrum. & ibi glos. Begaudel. biblioth. verb. Probatio, num. 16.

(5) Ley Quidquid adstringenda 99. y ley Stipulatio lata. §. In stipulationibus, ff. de Verb. obligatio, lib. Sr. Valenz. consil. 174. n. 29.

112 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.

mismo efecto produce que la copia original, como he sentido en el cap. 16. de mi primera Parte, num. 4. al fin, acerca de lo qual vease al *Sr. Covarrub. Practic. cap. 21. num. 2. al 6.* en donde trata qué fé merece el traslado, y sea sacado del protocolo, ó de la copia original, por el Escribano ante quien se otorgó, ó por otro. Y aunque no intervenga la citada solemnidad, si no ha pasado ante el Escribano que sacó el traslado, y si no se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobado, y no dudar de él la parte adversa. Y lo propio milita, siendo sacado del protocolo con citacion, ó sin ella, y por el Escribano ante quien pasó, ó por otro, en caso de no redarguirse. (1) Previnienno que en el de perderse el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios. (2)

350 Hace fé, y prueba el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida, quando en virtud, y a consecuencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que lo presenta, ó a la persona, cuya causa trae, y en cuyo caso basta el transcurso de treinta años, como lo afirma el *Sr. Covarrub. Pract. cap. 21. dicho n. 7. §. Tertius casus est: ibi. Quin & plena fides hinc exemplo dabitur ubi fuerit ab ejus confessione, & tradicione lapsum tempus triginta annorum cum usu, & possessione illius juris, quod in eo continetur.* Y lo he visto executoriado por el Consejo en pleito de un Patronato Real de Legos del Lugar de Vicabaró de esta jurisdiccion; pues mas credito se debe dar a los instrumentos antiguos que a los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho, (3) porque la memoria de estos es debil, mutable, y falible; las palabras de los instrumentos firmes, y constantes, (4) y la antigüedad se tiene en lugar de ley, y de verdad. (5) Lo qual se

(1) Pareç de Edition. tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 52. y sig.

(2) Ley 1. Cod. de Fide Instrument.

(3) Ley Census 10. y ley Si eribit. 28. ff. de Probat. Mascard. de Probat. tom. 1. al princip. quest. 6. n. 11.

(4) Ley Hac consultissima 8. §.

At humana, Cod. Qui testam. facere pos.

(5) Ley 2. §. Pe. ff. de aqua, & aque pluv. ley Testamenta 18. y ley Sancimus 27. Cod. de Testam. y cap. Cum caviam 42. de Testib. Escobar de Puritat. part. 1. quest. 15. §. 3. num. 12. y sig.

entiende, no probandose la falsedad del instrumento, porque si se prueba, en ningun caso hace fé. El que quiera saber quando hace, ó no fé el instrumento antiguo: qué tiempo se requiere para constituir la antigüedad; y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea al *Sr. Covarrub.* en dicho cap. 21. y num. 7. que trae nueve casos.

351 El instrumento autentico, (que es el que está vigorizado con el Sello del Rey, Principe, Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito, Maestre de Orden Militar; ó de otra persona constituida en dignidad, v. g. Grande, Duque, Conde, Marqués, ó de Consejo) hace fé para probar su contesto contra el que lo mandó sellar; mas no a su favor. Lo propio milita para con el que otra persona hizo por su mano, ó mandó hacer, y sellar con su sello, y por él se obligó a dar, ó pagar alguna cosa consistente en número, peso, ó medida, si lo reconoce en juicio, en cuyo caso será ejecutivo tambien, y no de otra suerte, (pues hay diferencia entre serlo, y hacer fé, ó prueba para lá via ordinaria) porque ninguna ley lo constituye de esta clase; y este Juicio es extraordinario, y sumario, pero no hará fé si lo niega, a menos que se pruebe con testigos, que los hayan visto firmar: ni tampoco quando es de otro contrato, v. g. compra, venta, ó cambio de cosa raíz, &c. porque éste debe otorgarse ante Escribano público, y testigos para su perpetuidad, y asi solo induce presuncion; por lo que los testigos de el instrumento autentico de estos contratos, para hacer prueba, no solo han de declarar haberlo visto firmar, si no deponer de su contexto. (1)

352 Se diferencian el instrumento público, y el autentico, en que por instrumento público se entiende el que está hecho por persona en quien reside autoridad pública, con todas las solemnidades prescriptas por derecho para su validacion, y firmeza; y por autentico el que hace fé por sí mismo, ya sea por estar robustecido con el sello del que lo hizo, ó de otra suerte, de modo que no necesita de otro

ad.

(1) Leyes 1. y 114. tit. 18. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en esta glos. 10. y ley 1. tit. 20. de la misma Partid.

adminículo para hacerla; bien que el público se suele llamar también auténtico, porque el mismo que lo hizo, y firmó, le dá autoridad, y fuerza para que sea creído su contexto; pero no público éste, porque no se otorga ante persona pública, ni testigos, ni con solemnidad alguna para hacerla, pues la hace por sí, sin tener que remitirse à otro; (1) y ambos convienen en la estabilidad que tienen, y credito, ó fé que merecen, y se les debe dar.

353. El instrumento privado (que se llama así el que no está autorizado en forma por Escribano, ni sellado como el auténtico) es de tres maneras, à saber: *apocha*, ó *chirographo*, baxo de la que se incluye la *antapocha*, ó *syngrapha*; libro de cuentas, ó *inventario privado*, y *cartas*. (2) *Apocha*, ó *chirographo* es el instrumento, ó resguardo que el acreedor dá à su deudor para acreditar lo que recibió de él, y le pagó. (3) *Antapocha* es al contrario de lo que el deudor percibe prestado, ó à censo, ó en otros terminos de su acreedor, con la qual acredita el debito de aquel, (4) que en castellano llamamos *vale*, ó *Paragá*. *Syngrapha* es escritura, ó cédula que hacen algunos para la fé de sus pactos. (5) Libro de cuentas es escritura privada, en que alguno cuenta lo que dá, y recibe. *Inventario privado* es la en que sienta sus bienes. (6) Y *epistola*, ó carta es escritura privada que alguno envia à otro ausente.

354. Aunque merece, y se debe dar credito al instrumento público, no obstante que hayan muerto el Escribano que lo autorizó, y los testigos que presenciaron su otorgamiento; (7) no sucede esto con el privado, y así no ha-

(1) Abb. in cap. 7. de Fide Instrument. §. 2. Specular. tit. de Instrumentor. §. 1. Non. Videndum, num. 1. Par. Jordan tom. 1. tit. de Fide Instrument. artic. 13. num. 5. Relatifur lib. 2. tit. 22. §. 1. n. 13. al 16.

(2) Bart. in Authent. At si contractus, §. Ut igitur, Cod. de Fide Instrumentor. Marca de Probation. quæst. 6. num. 26.

(3) Glos. in leg. Plures, Cod. de Fide Instrument. verb. *Apocha*.

(4) Glos. cit. in dict. leg. Plures.

(5) Nebria in Vocabular. jur. verb. *Syngrapha*.

(6) Ley Si quis ex argentariis, §. Rationem, ff. de Edendo, & 181. glos. (7) Cap. penult. y ultim. de Fide Instrument. Decio in cap. 2. eod. tit. mol. 2. y ley 35. tit. 28. Partid. 3.

ce fé, ni prueba por sí solo en juicio, si le opondre esta objecion, ó se redarguye de falso, (1) como es conveniente para eludirlo, y enervarlo; y para que la haga, es preciso que lo reconozca el que lo hizo, ó firmó, ó en defecto del reconocimiento, ó por su negativa, que se compruebe por dos testigos idóneos, y fidedignos à lo menos que baxo del propio juramento declaren con su citacion que se lo han visto firmar. Y aunque se compare, ó coteje con otros veridicos, è indubitados del que lo hizo, y la letra, y firma de todos se asimilen totalmente, ó declaren testigos que lo tienen por suyo, por haberlo visto firmar muchas veces, no merecè fé, ni hace prueba bastante, (2) porque la ley no estima por tal la comparacion sola, antes bien lo dexa al arbitrio del Juez para que la aprecie, ó desprecie. (3) como he sentado en el número 345, y así el cotejo de papeles privados produce efectos muy diversos de el de instrumento público que se redarguye de falso civilmente por no ser el original, ó por no estar sacado con la debida citacion, porque aquellos por ser simples, como ninguna fé hacen por sí, no les dá el cotejo solo el valor que necesitan; pero en el instrumento como es indubitado, y la hace à causa de estar autorizado por persona pública à quien se debe dar credito, y no contiene mas defecto que el de haber sido sacado sin asistencia, ó citacion de la parte à quien perjudica, se subsana este defecto de pura solemnidad con el cotejo, el qual lo remueve, y quita enteramente para que no se dude de su contexto, y se queda del mismo modo que si no se hubiera impugnado; lo que no sucede à los instrumentos privados, si con el cotejo no concurren otros adminículos, segun de lo expuesto; sobre lo qual vease al *Sr. Cov. Pract. cap. 22.* que lo trata con claridad. Pero si no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, ha-

(1) Ley Instrumenta, Ley Rationem, y ley Exemplo, Cod. de Probation. Authent. Si quis, Cod. Qui piores in pignor. Authent. de Instrument. cautel. & fide. §. Si vero, collat. 6. y cap. 2. de Fide Instrument.

(2) Leyes 112. 114. y 119. y sig. tit. 18. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ellas.

(3) Ley 128. cerca del fin tit. 7. Partid. citada en el número 345.

strument.
(2) Leyes 112. 114. y 119. y sig. tit. 18. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ellas.

(3) Ley 128. cerca del fin tit. 7. Partid. citada en el número 345.

rá prueba contra quien se produzca, aunque no lo reconozca, ni se compruebe, porque es visto confesarlo, y aprobarlo tácita, y virtualmente por su silencio; lo que he visto declarado, y estimado en juicio.

355 De las tres cosas mencionadas en la quarta especie de prueba, y propuestas en el num. 341. La segunda, son los Privilegios, ó rescriptos; y para instruccion del Escrivano aplicado digo que el Privilegio es una constitucion del Principe Supremo, en la que concede gracia, ó merced á alguna persona, Comunidad, ó pueblo, ó una ley apartada dada señaladamente á alguno para su utilidad. (1) Puede conceder solamente el que tiene potestad de hacer leyes, ya sea de su propio motu, ó voluntad, ó á deprecacion, ó súplica del concesionario. Si contiene la clausula: *de motu proprio, cierta ciencia, y plenitud de potestad, ó poder absoluto*, no solo es propicio al agraciado, y admite plenísima interpretacion á su favor, (2) sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion, ni el de subrepcion; (3) pero si carece de ella, se le puede arguir de haber ocultado para su obtencion la verdad intrinseca, y esencial, que es la subrepcion: ó dicho falsedad, y mentira, que es la obrepcion, y peor que la ocultacion, (bien que algunos fundados en derecho (4) titen por sinónimas estas dos palabras, y afirman que lo mismo significa la una que la otra en la substancia) pues su concesion se entiende siempre con la tácita condicion de que las preces sean veridicas, aunque en él no se exprese; (5) porque si contiene alguno de los dos vicios expresados, no vale. (6) Puede ser personal, y real: personal

(1) Cap. Privilegia 3. dist. 3. cap. Abbate 25. de Verh. significat. y leyes 1. tit. 11. Partid. 1. y 2. y 28. tit. 18. Partid. 3.

(2) Cap. Quamvis 4. de Præbend. in 6. & ibi gloss. verb. Plenissimam.

(3) Cap. Si motu proprio 23. eod. tit. Ferrar. in bibliot. verb. Privilegium, artic. 8. num. 12.

(4) Cap. Quamvis motu 79. causa 11. quas. 3. cap. Falsidicus 1. de Crimine fals. cap. Super litteris 20. de

Rescript. ley Quidam 2. Cod. Si omissis ex rescript. ley Si quis obrepre- rit 29. ff. de Lege com. mela, y ley Prescriptio 2. Cod. Si contra jus.

(5) Cap. Ex parte 21. de Rescript. Ferrar. ibi. num. 13. y verb Rescriptum, num. 27. al 29.

(6) Leyes 36. y 37. tit. 18. Partid. 3. ley Prescriptio 2. Cod. Si contra jus, vel util. publ. y cap. Super litteris 20. de Rescript.

nal es el que se concede privativamente á una, ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto genero de personas, á las que compete solamente, y no á sus herederos; por lo que no es creible, ni transmisible, porque á no serlo, saldria de la persona agraciada contra la voluntad del concedente. (1) Y el real es el que se concede á la cosa, causa, y accion, y como coherente á ella hace tránsito, no solo á los herederos del concesionario, sino á los que suceden en la misma cosa: y en caso de dudar se si es personal, ó real, oneroso, ó gracioso, se ha de entender personal, y gracioso. (2) Tambien puede ser mixto de real, y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional, comun, ó de comunidad, y privado, ó de personas privadas. (3)

356 Se dividen los privilegios en afirmativos, y negativos: los primeros son para dar, hacer, ó percibir cierta cosa: y los segundos para no darla, hacerla, ni pagarla. (4) De ellos algunos están incorporados en el derecho, quales son los de las Iglesias, Eclesiasticos, Soldados, menores, estudiantes, labradores, hidalgos, Jueces, Abogados, hijos de familia, Fisco, acreedores, mugeres, &c. Otros fuera de él, v. g. el que por especial rescripto se concede á alguna persona, Comunidad, ó Pueblo. Otros son contra el Derecho Comun, porque la derogan, y eximen al privilegiado de la ley á que estaba subordinado; y estos pueden ser concedidos por el Principe á sus subditos solamente. Y otros fuera del derecho, por no prohibir éste el acto, cosa, ó materia sobre que recae el privilegio;

(1) Ley 19. ff. de Reh. authorit. juicio possid. ley unic. Cod. de Privileg. dot. leyes Maritum, y sig. ff. de Re judicat. ley 7. al princip. ff. de Exception. ley 42. ff. de Administrat. & pericul. tutor. y §. Forar, Institut. de Actio. ley 1. §. Nam quod Principes, ff. de Constitut. Princip. y regia 27. tit. 24. Partid. 7.

(2) Leyes 3. §. 1. y 4. §. 3. ff. de Censib. ley. 4. ff. de Jur. immunitat.

ley 7. §. 1. ff. de Except. ley 29. ff. de Judio. y regias 19. y 68. ff. de Reg. jur. Ferrar. adiccion. dicho artic. 1. num. 33. y sig.

(3) Ferrar. artic. 1. cit. num. 1. al 30.

(4) Ley Falso 4. Cod. de Diversis rescript. y ley 42. tit. 18. Partid. 3. Se. Castill. de Tertius, cap. 19. n. 2. Garcia de Nobilit. gloss. 6. ex n. 30.

gio; los quales puede conceder tanto à sus subditos, como à los que no lo son. (1)

337 No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del Principe hecha de su espontanea voluntad por mera liberalidad, ò à súplica del privilegiado, sino tambien por prescripcion, ò consumbre legitimamente prescripta, (2) porque ésta tiene fuerza de privilegio, induce derecho, y por ella se adquieren la jurisdiccion, la facultad de exigir tributos, la esencion de pagar diezmos, y otras cosas; (3) bien que para adquirir la jurisdiccion en estos dominios, es necesario titulo con el uso de ella por espacio de 40. años continuos sin interrupcion civil, ni natural; y si no hay titulo, debe acreditarse la inmemorial. (4) Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion, ò participacion, que es quando el Principe manda que el que concedió à uno, se amplie, y estiende à otro, y que éste participe de él; (5) pero siendo concedido à personas singulares, no se debe ampliar por identidad de razon à otras no expresadas en él, ni de un caso à otro. (6) Tampoco se estiende la dispensacion à casos en que milita mayor razon que en los en ellos contenidos, porque es odiosa, y restringible por su naturaleza; (7) lo que sucede al contrario en la legitimacion, à causa de ser favorable; por lo que para la concesion de ésta no es necesaria citacion de los parientes que deben suceder ab intestato, y para la dispensacion sí, aunque algunos lo niegan.

(1) Ferrar. lib. 1. num. 16. y 16. y leyes 28. à la 34. tit. 28. Partid. 3.

(2) Cap. Novit 13. de Judio. cap. Conquestas 8. caus. 9. quest. 3. cap. Quia sancta 18. dist. 63. cap. Quia per ambrosium 0. dist. 12. y cap. Super quibusdam ad de Verbior. significat.

(3) Cap. Dao simul, & ibi glos. de Offic. judic. ordinar. Cap. Cum contingat 13. al fin. de Foro compet. cap. Super quibusdam, cit. §. Præterea, & ibi glos. cap. De quarta 4. y cap. Cum olim 18. de Prescription. cap. Sane, §. de Privileg. y cap. Quod

alici 74. de Reg. jur. in 6.

(4) Ley 11. tit. 10. lib. 5. Recop. y en ella Matienz. glos. 19.

(5) Arg. cap. Cum de Diversis 2. de Privileg. lib. 6.

(6) Ley 1. §. Permittuntur, ff. de Aquæ quotidianæ leyes Maritimo 12. y Quia tale 13. ff. Solut. matrimo. y ley 24. pluribus 42. ff. de Administrat. Tutor.

(7) Cap. fin. de Postulat. relat. cap. 1. y a. de Filiis presbiteri. Felin. in cap. Vostulaci, num. 8. de Retr. cript. Mieres de Majorat. parti. 1. quest. 4. num. 2.

gan. (1) En quanto à la diferencia entre la legitimacion, y dispensacion vease lo que dixe en mi primera parte ultimamente adicionada, cap. 12. §. 2. à Ferraris, verb. dispensatio, à Matienzo en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. y à los que citan.

338 Asi como quando las cosas están claras, no necesitan interpretacion: (2) por el contrario, quando están obscuras, la admiten; por lo que la de los privilegios es de quatro maneras: la una se llama *extensiva*, y es aquella por la qual la disposicion legal se estiende à otro caso, ò persona fuera de las palabras de la ley, y de la mente del Legislador, mas no contra la intencion de éste. (3) Otra *comprehensiva*, y es la que se hace fuerza de las palabras de la ley, y no de la mente del Legislador; la qual se verifica quando la decision de la ley se transfere, y amplia à otro caso, ò persona no comprendida en ellas, pero sí en la voluntad del Legislador que es la que debe ser atendida, y no las palabras con que la manifiesta, ò explica. (4) Otra *autoritativa*, ò *autentica*, *disiuntiva*, ò *judicial*, y es la que hacen el Principe que concede el privilegio, ò su sucesor; y à esta se debe estar asi en juicio, como fuera de él. (5) Y la otra *doctrinal*, ò *magistral*, la que pueden hacer los Doctores, maestros, y personas versadas en el derecho; pero ésta, aunque hace autoridad, ò opinion, no induce necesidad, ni obligacion de asentir à ella, como à la otra. (6) Supuesto lo referido, digo que los privilegios que son contra el Derecho Comun, ò ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrechamente: lo primero, porque todo recesso, ò aparta-

(1) Authent. Quibus mod. natural. offic. legitim. §. Sic igitur licent. Matienz. en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. num. 16. y sup.

(2) Ley Licet Imperator, ff. de Legat. 1. ley Iste aut ille, ff. de Legat. 3. cap. Ad audientiam, de Decret. cap. Porro 7. y Recepimus 8. de Privileg.

(3) Argom. cap. Cum dilecta 4. §. Nos igitur, de Confirmat. util.

(4) Ley Scire 16. ff. de Legib. cap. Humano aures 21. caus. 23. quest. 5. y cap. Cerium est, 88. de Reg. jur. lib. 6.

(5) Ley Inter equitatem 1. Leges 9. y Si imperialis 12. Cod. de Legib. cap. Inter alia 31. de Sentent. excomm. y cap. Cum venissent 21. de Judio.

(6) Ferrar. Biblioth. vesh. Privilegium, artic. 2. num. 21. al 24.

tamiento de este derecho es odioso, (1) y las cosas odiosas se deben restringir. (2) Y lo segundo, porque no es visto derogarlo, ni querer privar el Príncipe al privilegiado del que tiene adquirido, á menos que el mismo privilegio lo exprese. (3) Y los que no son contra derecho, sino fuera de él, ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias, ó beneficios del Soberano, se han de interpretar latamente. (4) Y si éste concede privilegio por el que dona villa, castillo, ó otro lugar poblado, ó que se pueble despues, se ha de entender esta donacion con arreglo á lo que ordena la ley 9. tit. 4. Partid. 5. por las siguientes palabras: *Pero decimos que quando el Emperador, ó el Rey hace donacion á Egleſia, á Orden, á otra persona qualquier, asi como de villa, ó de castillo, ó de otro lugar en que oviere pueblo, ó se poblase despues, si quando gelo dió, otorgó por su privilegio que gelo daba con todos los derechos que habia en aquel lugar, é debia haber, non sacando ende ninguna cosa: entiendese que gelo dió con todos los pechos, é con todas las rentas que á él solian dar é facer. Pero non se entiende que él dá ninguna de aquellas cosas que pertenecen al Señorío del Reyno señaladamente, asi como moneda, ó justicia de sangre. Mas si todas estas cosas fuesen puestas, é otorgadas en el privilegio de la donacion, estonce bien pasaria al lugar, ó á la persona á quien fuese fecha tal donacion, salvo ende que las alzadas de aquel lugar deben ser para el Rey que fizo la donacion, é para sus herederos, é deben facer guerra, é paz por su mantido.* (5)

359 La confirmacion es ratificacion, y corroboracion del derecho adquirido; (6) y la de privilegios es un rescrip-

(1) Cap. Is qui 1. y cap. Si quis 2. de Filiis Presbyter. in 6.

(2) Cap. Odiosa 15. y Que á ju-ro 28. de Regul. jur. in 6.

(3) Cap. Super eo. de Offic. delegat. cap. Licet. de Offic. ordinarij. cap. Cum espeta 16. Pastoralis 19. y Dudum 31. de Privileg. & ibi glos. & DD. Ferrar. dicho artic. 2. num. 19. al 28.

(4) Cap. Cum olim 16. de Verbor. significat. ley Benefic. 3. ff. de Constitut. Princip. cap. Odiosa, cit. y cap. Quia circa 22. de Privileg. ley 27. tit. 18. Partid. 3. y regla 28. tit. 34. Partid. 7.

(5) Venise á Hermosill. en la ley inserita glos. 1. ex num. 36.

(6) DD. in rubr. de confirmat. utili, vel inutili.

cripto, por el qual el Príncipe ratifica, corrobora, y dá vigor al primero habido, y expedido legitimamente, pues el que es nulo, no se puede confirmar. (1) y el que confirma simplemente algun acto, no es visto confirmar: el que contiene nulidad. (2) De dos maneras se hace la confirmacion: la una en forma comun simple, y ordinaria: y la otra en forma especifica, y de cierta ciencia. La primera es aquella, por la qual se confirma el derecho, ó privilegio, sin que preceda conocimiento de causa, ni darle mas valor, ni vigor, ni tampoco concederle nuevo derecho; de modo que lo dexa en el estado en que antes se hallaba, ya sea el de válido, ó inválido. (3) Y la confirmacion en forma especifica es la que se hace con pleno conocimiento, y examen del privilegio; y de todas sus circunstancias; de tal suerte que no solo corrobora el privilegio válido, y dá nuevo derecho al privilegiado, sino que revalida, y de nuevo concede los privilegios revocados, y asi viene á ser nueva concesion. (4) Y se conoce serlo, quando contiene estas clausulas: *de certa ciencia, de plenitud de potestad, ó de poder absoluto. Non obstante qualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres, y estatutos en contrario, pues los derogo, caso, y anulo, &c.* y otras semejantes. O quando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como lo preceptúa la ley que en el num. 366. citaré. Se divide la confirmacion en util, y en inutil: se llama util la que es válida, y tal que el Juez no puede contradecirla, ni aun tomar conocimiento de ella: (5) é inutil, quando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion, y subrepcion; (6) ó por

(1) Ley Nam & sub conditione. §. Post dilectum, ff. de Injuriu. Injuriarum.

(2) Cap. Ex parte. de Constitutionib. cap. Dudum, de Decim. y ley An jure accito, ff. de Testam. Meres de Majorat. part. 4. num. 9. al 19.

(3) Cap. Cum dilecta 4. de Confirmat. utili. cap. Quia diversitatem 5. de Concesi. P. 2. lib. 4. y cap. Praecep-

tus 2. disticta. 12. y ley 2. tit. 18. Partid. 3. verbo. Pero si fuere de confirmacione, & ibi glos. 10.

(4) Arg. cap. Sicut grave 1. de Transact. Ferrar. dicho artic. 2. numero. 2. al 6.

(5) Cap. Si quis 1. y cap. De confirmationibus 3. confirmat. utili.

(6) Cap. Bone memorie 3. Ad nostram 6. Porreña 6. y examinata 7.

por contener defectos substanciales según las leyes, que no se subsanan con especificación en su confirmación; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, excepto que el Príncipe las conceda nuevamente. (1)

300 No goza de privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente; (2) por lo que el menor no es restituído contra otro menor. (3) Lo qual se limita, lo primero para con el que es dos veces privilegiado, ó tiene doble privilegio, pues éste goza de él contra el que lo es solamente una. (4) Lo segundo, quando el uno trata de adquirir lucro, ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues éste gozará del suyo contra aquel. (5) Y lo tercero, para con el privilegiado específico, porque prefiere al generico: (6) y en concurso de dos privilegios uno general, y otro especial, vale éste, porque el genero se deroga por la especie. (7) Advertiendo que el privilegiado que viola, y atropella los privilegios de otro, debe ser privado del suyo, (8) por ser justo no se conserven los derechos, y prerrogativas al que se atreve á vulnerar, y desprestigiar las ajenas, antes si que se le trate del modo que trata á los demás. (9)

301 Siendo personal el privilegio, cesa, y se pierde, ó extingue por muerte de la persona á quien singularmente se concedió, y no es transmisible como dejo expuesto. (10)

Mas

de Confirmar. titl. y cap. Super litteris 20. de Rescript. Ferrar. ibi numer. 7. al 5.

(1) Glor. in leg. 2. Cod. de Feud. Sallust. in leg. Authoritate. Cod. Unde et Abb. in cap. Quisquis de Elect.

(2) Ley Sed & nullius 3. ff. de Execrationib. Sardi. de Anim. tit. 9. quest. 30.

(3) Grat. discept. forens. cap. 661. num. 13.

(4) Cephal. consil. 748 num. 181 Thusc. litter. P. consilios. 764. n. 12. Barbos lib. 14. cap. 83. axiom. 26.

(5) Ley 1. Cod. Si adversus Fiscum; sit ff. Ex quibus causis ma-

yor. y ley Verum. §. ultim. ff. de Mil. morib.

(6) Barbos. ibi Menoch. consil. 57. n. 49. Mangil. de Imputat. quest. 18. num. 25.

(7) Ley 90. ff. de Reg. jur. cap. 1. de Reg. jur. in 6.

(8) Cap. Dilecti 4. de Privileg.

(9) Cap. Sic decet 22. caus. 29. quest. 2. cap. Cum omnes 6. de Constitutio. y cap. Porro, de Privileg. & ibi Hostiens. & Abb. num. 1.

(10) Ley. In omnibus causis 68. y Privilegia quedam 196. ff. de Regul. jur. cap. Privilegium 7. de Regul. jur. lib. 6. y regla 27. tit. 34. Farid. 7.

Mas no por la del concedente, ni por la deposición de su oficio, si es concedido absolutamente, (1) pues siéndolo con alguna condición, ó limitación á tiempo cierto, cesa con la muerte del concedente; (2) pero no si lo es con la clausula: *hasta que lo revoke*; porque para la revocación se requiere acto nuevo positivo contrario, el que no se verifica por sola la muerte del concedente, sino unicamente cesación de su voluntad, ó falta de continuación en ella por la de existencia, lo qual es muy diverso. (3) Y siendo real, cesa por extinción de la cosa privilegiada; (4) lo qual milita, y procede quando se extingue, ó perece sin que haya esperanza de repararse, ó volverse al estado que antes tenia, y no en otros terminos. (5)

302 Se extingue asimismo por las siguientes causas: la primera, quando cesa la final porque se concedió, pues no basta la impulsiva que movió á su concesion. Lo qual se entiende del que deroga el derecho comun, ó el de algun tercero, mas no del que proviene de mera liberalidad, y munificencia del Príncipe, y no es derogatorio de aquellos, pues éste como no requiere causa, se conserva, aunque cese la que impelió á su concesion. (6) La segunda, por haber espirado el tiempo porque se concedió, (7) lo qual se verifica en el temporal, y no en el perpetuo, ó falta la condicion en él puesta. (7) La tercera, por renunciacion que de él haga libre, y espontaneamente el sujeto privilegiado. Lo qual se entiende, quando fue concedido singularmente á su persona, pues cada uno puede abdicar de sí, y renunciar lo que está establecido en su personal, y privativo beneficio; (8) Pero si lo fue principal-

(1) Cap. Si super gratia 9. de Offic. delegat. in 6. y cap. Si cub. tit. 20. de Prebend. eosd. lib. 6.

(2) Cap. Si gratiose 5. de Rescript. in 6.

(3) Suarez lib. 8. de Legib. cap. 32. num. 20. y sig. Menoch. de Arbitr. judic. lib. 1. quest. 63. num. 17. Ferrar. ibi artic. 3. num. 5.

(4) Cap. Accessorium 42. de Reg. jur. lib. 6.

(5) Ferrar. dicho artic. 3. n. 6.

al 12. Reinstetial lib. 5. Decretal. tit. 33. num. 121. al 129.

(6) Cap. Cum cesata 60. de Appellation. Abb. in cap. Suggestans 9. de Decim. Suan. dicho lib. 8. cap. 30. numer. 1. Reinstetial ibi. n. 182. y 186.

(7) Arg. cap. De causis 4. de Offic. delegat. Ferrar. ibi n. 19. y 20.

(8) Ley Si quis in conscribend. 29. Cod. de Pact. cap. Si de Terra 6. de Privileg.

mente al de alguna Iglesia, Comunidad, Pueblo, Estado, Universidad, ó Dignidad, no se extingue, ni pierde, por renunciario alguno, ó algunos de los individuos de estos cuerpos. (1) La quarta, quando empieza à ser no-civo, pues entonces cesa por sí mismo. (2) La quinta, por convertirse en daño de muchos. (3) La sexta, por abusar de el la persona privilegiada; (4) bien que por esta causa no siempre se pierde *ipso jure*, por lo que es menester que recaiga sentencia declaratoria. La septima, por no usar de él en juicio para su defensa el agraciado, siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria; (5) ó fuera de juicio en el discurso de diez años entre presentes, y treinta entre ausentes. Lo qual se entiende, quando es afirmativo, y concedido con gravamen de tercero, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usar de él, no lo hizo, sabiendo que lo tenia, y sin embargo se visto renunciario tacitamente. (6) Pero si es de pura gracia, y no cede en detrimento de tercero, no se pierde por el no uso, porque este acto es de libre facultad, que no induce renunciacion, ni prescripcion, y ésta jamás se dá, ni verifica en las facultades, y arbitrios voluntarios del hombre. (7) La octava por el contrario uso siendo privilegio negativo, y oneroso à otro, ò otros sujetos; mas no si es puramente gracioso, y à nadie gravoso. (8) Previendo que el que alega haberse perdido por el no uso, ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion; (9) pero si es de confirmacion debe pro-

(1) Cap. Si diligenti 12. de Foro competent.

(2) Cap. Quod ob gratiam 61. de Reg. jur. in 6.

(3) Ley 43. tit. 18. Partid. 3. verb. Otrosí decimos:

(4) Ley 42. tit. 24. Partid. 3. el fin. cap. Ubi lita 7. distict. 74. cap. Privilegium 63. caus. 12. quest. 4. y cap. Ut privilegia 24. de Privileg.

(5) Dicha ley 42. verb. Otrosí decimos: al fin tit. 18. Partid. 3.

(6) Ley 47. tit. 18. Partid. 3. ley 3. tit. 7. Partid. 5. al fin. ley Nundinis, f.

de Nundinis. cap. Cum Super 23. de Offic. delegat. cap. Si de terra 6. de Privileg. Garcia de Nobilit. dicha glos. 6. n. 38. Matieu en la ley 1. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 17.

(7) Ley 2. ff. de Via publ. Ferrar. dicho artic. 3. num. 36. y verb. Prescriptio, artic. 1. num. 17.

(8) Dicha ley 43. al princip. Sustr. dicho lib. 8. cap. 34. n. 10. y cap. 35. num. 1. y 22. Reinfesruel lib. y tit. cit. num. 212. y 213.

(9) Sr. Greg. Lop. en la ley 47. cit. glos. 8. al fin.

probar que se ha usado el que lo presenta, y no el que niega. Y si en el posterior se dice: *salvos los derechos de los privilegios de otros*: deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros; (1) porque entre el privilegio, y su confirmacion hay la diferencia de que en la confirmacion nada se pone, ni afirma, ni concede nuevo derecho, antes bien todo se entiende condicionalmente; pero en el privilegio es al contrario. (2)

363 Y la nona, y ultima causa porque cesa, y se pierde, ó extingue el privilegio, es por revocacion, ó derogacion hecha por el concedente, ó por su sucesor, ó Superior. Para cuya inteligencia es de advertir, que la revocacion puede ser *expresa*, ó *tácita*, y la expresa *especial*, ó *general*: se llama especial, quando en ella se nominan cierto, ó ciertos privilegios determinados: y *general*, quando genericamente se revocan todos los privilegios contrarios à cierta ley, constitucion, ó decreto. La revocacion general es de dos maneras: *comun*, y *extraordinaria*: la comun es la que se hace por clausula general comun, qual es esta: *No obstante qualesquiera privilegios*: por cuya clausula, puesta en el privilegio posterior sin otra expresa, ni especifica mencion, no se revocan los incorporados en el derecho; y la razon es, porque se debe evitar quanto sea posible la correccion de éste, la que no se presume, si no se expresa claramente; (3) y porque por la general derogacion no se juzga abolirse, ni quitarse el derecho especial que tiene previa razon especial, excepto que el Principe lo diga, pues si éste lo quisiera, lo expresaria; (4) ni tampoco se quitan, ni suprimen los privilegios existentes fuera del cuerpo del derecho, si están concedidos con la clausula: *de que no se entiendan revocados*, excepto que de ellos se haga especifica mencion en el de-

(1) Ley 27. tit. 18. Partid. 3. & ibi glos. 2. à la 7.

(2) Cap. Cum dilecta, de Confirmat. tit. vel lauti. y cap. Quia divestitorem, de Conces. Præbend.

(3) Arg. cap. Cum expodiat, de

Electio. in 6.

(4) Cap. Inter corporalia 2. de Translation. Episcop. §. Sed neque: cap. Audientiam 12. de Decim. y cap. Quia circa 21. de Privileg. y ley 37.

tit. 28. Partid. 3.

revocacion. Pero se entenderán serlo, si contuvieren clausulas generales extraordinarias, v. g. *No obstante qualesquiera privilegios concedidos con qualesquiera clausulas, ó forma de palabras; ó con las de que: se deba hacer mencion literal, y especifica de los anteriormente concedidos, pues sin embargo de esto se revocan, y dán por referidos, é insertas à la letra, como si lo fueran, para que jamás valgan, ni de ellos se pueda usar.* Y si el privilegio fue concedido por modo de contrato, ó por remuneracion de meritos, y servicios, no se juzga revocado por la clausula general comun, à menos que en el posterior se ponga esta especifica, y particular expresion; y la razon es, porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, à quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el Principe quiere quitárselo sin causa, mientras no lo exprese, excepto que se interese la causa pública, pues prefiere à la privada. (1)

364 Y la revocacion tácita se hace por acto del Principe directamente contrario al privilegio, ó que no puede subsistir, ó no tener efecto el intento, si no se revoca el anterior, con tal que se presume acordarse de éste. De modo que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tacitamente revocados los que están en el cuerpo del derecho, porque como estos pertenecen à las leyes universales, se presume que el Legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del Derecho Comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se contemplan revocados los que existen fuera del cuerpo del derecho, à menos que de ellos se haga referencia, porque como contienen derecho privado, y hecho particular, y no se presume que el Legislador lo sabe: se sigue que no se entiende haber querido revocarlos, mientras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, excepto que de él se haga especial mencion, porque como el privilegio es un

(1) Leyes 27. verb. E si fueren: & ibi. glos. 3. y 39. al princíp. & ibi glos. 2. tit. 18. Partid. 3. ley Que ex relationibus, & ibi Bald. Cod. de Le-

gib. & ibi glos. y cap. ventens. de Prescriptum Ferrar. Biblioth. dicho artic. 3. num. 39. al 46.

derecho privado, y particular, se presume que el Principe concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que esta concesion fue subrepticia, y como tal nula. (1) Se advierte que por la sentencia proferida contra el privilegio por el Principe que pudo concederlo, no se revoca tacitamente, sino que se reprueba, y desecha como inválido, y defectuoso. (2)

365 Antes de la Era de 1442. que corresponde al año de 1404. se expedian los privilegios, ó cartas de donaciones, y mercedes reales de dos modos: el uno por Albalá, ó cédula firmada por el Rey, y sellada con sello de plomo, ó cera, ó con otros signos de que usaban los Reyes; y el otro con sello en forma de rueda, y expresion de los nombres del Rey, Reyna, Infantes, y demás Proceres, y Ministros que los confirmaban, à cuyos privilegios llamaban *rodados*. (3) En las Cortes celebradas en Valladolid el referido año por el Señor Rey Don Juan el II. se estableció que no se hiciesen dichas donaciones sin acuerdo de los de su Consejo, ó de su mayor parte, y número de personas, exceptuando los oficios menores de la Casa Real, limosnas, y otras cosas que expresa la ley 5. tit. 10. lib. 5. Recop. y actualmente se despachan los titulos, privilegios, y sus confirmaciones por el Real, y Supremo Consejo de la Cámara en virtud, y à consecuencia del Real Decreto de concesion de la gracia que precede: se refrendan por el Señorío de la Cámara: los firman, ó rubrican los Señores de ella à la espalda de la firma real: se registran, y sellan en la Chancillería, ò oficina del Real sello, y se toma la razon de ellos en las Contadurías que à su final se previenen.

366 Todo Privilegio Real antiguo, ya sea, ò no rodado, para hacer fé en juicio, debe contener el nombre del Rey que lo concedió, los años que habia entonces que reynaba, el dia, mes, y año, ò Era, y Pueblo de su concesion, y mencion especifica de la cosa que se concedió: estar sellado con el sello, ò señalado con el signo que usa-

(1) Dicha ley 39. tit. 18. Partid. 3. Ferrar. ibi num. 45. al 49.

(2) Ferrar. ibi num. 50.

(3) Leyes 1. y 4. tit. 18. Partid. 3.

ba: refrendado del Notario, ò Escribano (ò llamase según oy *Secretario*) ante quien se expidió: registrado en los libros de mercedes, ò de lo salvado, y no roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial; y además debe ser conforme à los que aquel Rey expedia; (1) lo qual deberá acreditar precisamente con otros indubitados el que lo tiene, si se le niega ser suyo por contener defectos substanciales que lo constituyan sospechoso, ò por otro motivo, aunque tenga sello de plomo, ò cera, porque como éste pende de hilos, se puede quitar de uno, y poner en otro quando se quiera, y así este sello por sí solo poco valor le dá; y conteniendo todos los requisitos expresados, hace prueba en juicio en todas cosas, lo que no sucede à las cartas selladas por otros, pues prueban solamente contra ellos. (2) Si es rodado, debe contener à mas de lo expuesto, los requisitos que prescribe la ley 2. tit. 18. Partid. 3. y siendo de confirmacion, insertarse en éste el confirmado, para que no se dude que lo fue con conocimiento de causa, como lo manda la ley. (3) Advertiendo lo primero, que el traslado del privilegio no hace fé, à menos que el Rey lo mande sellar, ò que se compruebe con su original, manifestando éste el privilegio. (4) Lo segundo, que el privilegio, ò carta obtenida sin poder del dueño del pleito, no vale, excepto que el que lo obtuvo sea de los que pueden comparecer en juicio sin él. (5) Y lo tercero, que el rescripto ganado por uno de los socios aprovecha à sus consocios. (6) Acerca de las donaciones hechas por el Señor Rey Don Enrique IV. vease la ley 4. tit. 10. lib. 5. Recop. y de las del Señor Don Enrique II. en caso de reversion à la Corona, la 11. tit. 7. y el Auto acordado 7. tit. 7. del propio libro que la declara. Y sobre otros particulares, las leyes 1. à la 53. tit. 18. de la Partid.

(1) Leyes 1. 3. 4. 44. 111. y 114. tit. 18. Partid. 3.

(2) Ley 1. tit. 30. Partid. dicha.

(3) Dicha ley 1. verb. E si fuere de confirmamiento, & ibi glos. 8.

(4) Dichas leyes 44. al fin, y 114. verb. E todo esto.

(5) Leyes 10. tit. 2. y 30 al principio tit. 18. Partid. 3. & ibi glos. 4. y cap. Nonnulli, §. Sunt & aiii, de Rescript.

(6) Ley 40. tit. 18. Partid. 3. & ibi glos. unie.

tid. 3. à Ferraris adiccionado, verb. *Privilegium*, y verb. *Rescriptum*, y las leyes. y Autores que cita, como tambien lo que explicaré en los nn. 51. al 53. del cap. siguiente; pues para dar al Escribano una idea, y tintura de esta materia, me parece suficiente lo explicado.

367 Los libros de cuentas que los Mercaderes, y otros tienen en su poder, en los que sientan lo que dicen les deben, (que es la ultima de las tres clases de prueba contenidas en la quarta especie) no prueban sino contra ellos mismos; pero si incluyen cantidad cierta, y à la verdad es mayor el débito, pueden sus herederos probarlo, à menos que aquellos juren en el testamento que no es mas, ò remitan el exceso al deudor, pues entonces no se debe admitir prueba à los herederos, ni pueden pedirlo. (1) Y si los libros contienen varias partidas en pro, y contra, ha de aceptarlás, ò desecharlás en el todo el que los tiene, porque se le prohibe admitir lo favorable, y repudiar lo adverso. (2) De estas clases de instrumentos tratan con bastante extension *Reinfestual lib. 2. Decret. tit. 22. §§. 5. 6. y 7.* y otros Autores que cita, con muchas especies dignas de saberse por los Letrados, y no precisas al Escribano, por lo que las dexo en silencio.

368 La quinta especie de prueba es *por vista ocular*, y evidencia de la cosa, ò hecho; la qual induce notoriedad, y así ninguna es mejor que ella; (3) y en los casos en que puede recaer, y consistir, como son sobre edificios, terminos de pueblos, y heredades, injurias graves, y otros semejantes, à que assiste, ò puede asistir el Juez, hace fé, y prueba. (4) Pero es de advertir, que sin preceder este requisito en los casos en que es preciso, no debe el Juez dar el pleito por probado, como lo dice la ley 13. al fin, tit. 14. Partid. 3. ibi: *Cá en qualquier destas razones non debe el Juzgador dar el pleito por probado, à menos de*

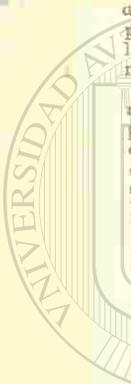
(1) Ley 121. dicho tit. y Partid.

(2) Sr. Saig. part. 3. Labirint. cap. 4. num. 30. Nogeroi allegat. 33. n. 35. Escobar. de Ratiocin. cap. 13. num. 10.

(3) Ley Magistros 7. Cod. de Pro- Tom. III.

fessorib. cap. Manifesta 15. caus. 2. quest. 1.

(4) Ley 8. verb. *Otroz hay otra manera de prueba; y ley 13. ún. 14. Partid. 3.*



de el juez se debe *sentencia* para mejor proveer, asistir á ella, y nombrar peritos que la hagan, y que si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ellos los inteligentes que se nombren.

369 La sexta es por *presuncion*, ó *conjetura*, la qual es una razonable prueba de cosa dudosa, que se colige de argumentos, é indicios que vienen frecuentemente por las circunstancias de las cosas, hay *presuncion de derecho*, de *hombre*, y de *hecho*. La de *derecho* es la que está expresa en él, y por ella determina alguna cosa verídica, y cierta, la qual hace plena prueba, siendo bien determinada por la *ley*, (1) y la llaman los *Legistas juris*, & *de jure*, y quando no la determina, la llaman *juris tantum*. La de *hombre* es la que no está en el derecho, y solo por las circunstancias que concurren, concibe alguna cosa el prudente; pero ésta no hace prueba, aunque sea del juez, porque como hombre puede engañarse: excepto que sea *grande*, ó *manifiesta*, pues entonces se eleva á la esfera de *evidencia*. (2) Y la *presuncion de hecho* es aquel concepto que se forma por las ocurrencias pasadas, ó futuras de lo que sucedió, y puede suceder, como lo dicen estos versos:

*Rumor de veteri facit conjetura iusti,
Cuius peccatum sibi turpia, sicut heri.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

Y esta tampoco hace prueba. El que quiera instruirse de la materia de *presunciones*, sus efectos, y prevalencia, quando concurren muchas; en que se diferencian de las *conjeturas*, é *indicios*; y otras cosas dignas de saberse, vea á *Menochio* en su tratado, al *Sr. Castillo*, lib. 4. *Contraverso*.

(1) Leyes 6. 10. y 12. tit. 14. Partid. 3.
(2) *Menochio de Presumptione*, lib. 1. quest. 2. y 60. *Card. de Luca de Jur. dic. discurs. 33.*

sentencia dada en virtud de *presunciones*, no se debe mandar executar sin embargo de apelacion, ó *suplicacion*; y que si no hay otras pruebas, y no se apela de ella, pasa en autoridad de cosa juzgada; (3) y es lo que se practica.

370 La septima es por *ley*, ó *fuerro*: para lo qual se debe tener presente, que si los contendores son extranjeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su Reyno, ó sobre cosa que en él existe, se ha de decir con arreglo á las leyes, y fueros que en él se observan, haciendolos constar; pero si la cosa existe, ó el contrato se celebró en éste, se debe resolver por las de él, porque las del suyo no tienen aqui fuerza de tales. (4) Y si son *regnicolas*, se ha de observar lo que manda la ley 1. de Toro, que es la 3. tit. 1. lib. 2. *Recop.*

371 Y la octava especie de prueba, y ultima pregunta general, de que traté en el num. 312. es por *fama*, y *notoriedad*, y así se articula en los interrogatorios: que los *testigos digan de publico*, y *notorio*, *publica voz*, y *fama*, y *commun opinio*. Y para que el Escribano no ignore lo que es, que efectos produce, ni que cosas se requieren, á fin de que haga prueba; digo que la fama es de dos maneras; de *hombre*, y entre los *hombres*. (5) La de hombre es comun opinion manifestada con palabras, y proveniente de sospecha, (4) ya se dirija á buena, ó mala parte, pues siendo á buena, es argumento de virtud, (6) y de ésta habla San Agustín; (6) y siendo á mala, se llama *infamia*, que es privación de fama, ó pérdida del buen nombre, y reputacion que el hombre tiene entre los demás con quienes viva, y le desuena, y separa de su sociedad. (7) Y la en-

(1) *Cur. Philo.* illustr. part. 1. §. 17. n. 37.
(2) *Ley fin tit. 12. Partid. 3.*
(3) *Fagnan. in cap. Vestra*, numero 27. de *Constitut. Contror. Bartol. in leg. de Minore*, §. *Purimany*, ff. de *Question.*
(4) *Bart in dicit. leg. n. 8.*
(5) *Ibid. in capitul. in Genesi*, num. 66. de *Electio.*
(6) *Canon Nulo 12. quest. 3.* y *Canon non erat 11. quest. 3.*
(7) *Quo in leg. Cognitio*, ff. de *Varile* *causand. cognit. verb. Exantem*

entre los hombres no es otra cosa que una pública, y común insinuación, ó proclamação provenida de sospecha; y Autor cierto, (1) la qual à veces procede de ciencia; y otras de sospecha, y otras de cierto, ó incierto Autor, (2) y la explicación, y pintaron bien à lo vivo *Virgilio* en su *Æneid.* 4. y *Ovidio* en el lib. 12. de sus *Metamorphoseos*, y de cuyos versos omito la inserción por no ser necesaria. Y de la mayor parte del Pueblo, ó comunidad, y así no necesita probarse, y basta alegarlo por tal.

372 La fama entre los hombres es de dos maneras: una quando se dice de alguno si es bueno, ó malo; y otra de hecho particular bueno, ó malo de otro; (3) y ésta por razon de su origen se puede distinguir de tres modos: el primero, quando es vana voz del vulgo, ó rumor del Pueblo, que no tiene Autores ciertos, ni razones probables para que el hecho sea creído, la qual no debe ser atendida, ni estimada por tal. (4) El segundo, quando se origina de algunas personas malévolas, y sospechosas, que por su propia utilidad, y comodidad, ó por malevolencia esparcen aquella voz; y ésta tampoco es fama, ni merece sino ommisio, y absoluto desprecio. (5) Y el tercero, quando trae su origen de personas graves, y timoratas, de cuya comodidad no se trata, para que no se presume que ésta fue la causa de esparcirse, y originarse. (6) Y se llamará propiamente fama, ó notorio, y manifesto, quando todos los vecinos, ó la mayor parte del Pueblo afirman algun hecho, por haberlo visto, u oído à personas ciertas, y ñedignas, que lo vieron; à diferencia del rumor, pues para éste basta que algunos lo digan, sin señalar el Autor de quien lo saben. (7)

(1) Nebrijá in Vocabular. jur. verb. Fama. Fagnan. Loco cit. numer. 38.

(2) Canon Sanctum est, de Consecratione distinct. 4. Speculat. tit. de Notor. crim. §. Fama est.

(3) Ley 3. §. Ejusdem, ff. Hoc tit. Bart. in leg. de Minore cit. n. 7. Mascard. conclus. 794. n. 4.

(4) Ley Decurionum filii, Cod.

de Paris, cap. Osius Episcopus 2. de Electione. de ibi glo. verb. Populi.

(5) Cap. Qualiter, & quando 24. de Accusatione.

(6) Dicho cap. Qualiter, y cap. Licet ex quodam 47. hoc tit.

(7) Bald. in cap. Tua, n. 4. de Conhabitat. Clericorum. Fagnan. in cap. Vestra, n. 44. eod. tit.

373 El efecto de la fama originada de personas timoratas, y fidedignas, es hacer regularmente semiplena probanza; bien que se deja al arbitrio del Juez, para que atendidas la qualidad de ella, las causas, conjeturas, y personas de quienes trae su origen, la gravedad del negocio contencioso, y otras circunstancias, la de el aprecio que merezca, y se concilie; por lo que aun sobre hacer prueba semiplena en materias civiles, están vacilantes los Autores, porque es falaz, y facilmente siguen muchos el dicho de uno, (1) como la experiencia lo acredita; pero en los negocios criminales no la hace, porque debe ser clara como la luz, concluyente, è indubitada, y no se han de determinar por sospechas. (2)

374 En hechos antiguos que exceden la memoria de los hombres, prueba plenamente; (3) y en cosas de leve perjuicio; (4) en las de difìcil prueba; (5) y quando concurrén con ella otros adminículos, y presunciones; (6) ó se trata del remedio reintegrande, para que el despojado sea restituido; (7) ó de evitar pecado; (8) ó de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio, ó parte remota, como senté en el n. 172. ó quando la opinion de todos los hombres del Pueblo es de la certidumbre inmemorial de aquella cosa; ó la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho; y en otros casos que trae *Mascard. conclus.* 154. desde el num. 22. al qual, y à otros podrá ver el Legista, pues para dar alguna tintura al Escribano, basta lo explicado.

375 Como en derecho se presume que la vida del hombre

(1) Abb. in cap. Veniens ad nos 10. n. 8. Felin. n. 11. hoc tit. Bart. in leg. de Minore, §. Plurimum q. ff. de Questione. Reinstenshi lib. 2. tit. 20. §. 12. n. 400. y 401.

(2) Ley 12. tit. 14. Partid. 3. ley Qui sententiam, Cod. de Paris, ley Absentem, ff. eod. tit. y ley fin. Cod. de Probatione.

(3) Cap. Cum Canam 13. de Probatione. Mascard. concl. 754. n. 7.

(4) Bart. in leg. de Minore citat. Mascard. ibi n. 8. y 17. Abb. in oict. cap. Veniens n. 9.

(5) Mascard. conclus. 754. dicha n. 22.

(6) Cap. Prætoræ, de Testibus, cap. 1. de Appellat. y cap. Illud quocumque, de Præsumpt. lib. 6.

(7) Mascard. ibi, n. 24.

(8) Cap. Super eo, & ibi glo. fin. de Consanguinit. & affinit.

bre puede llegar á cien años; (1) hay discordia de pareceres acerca de si por fama se podrá probar la muerte del ausente, cuyo paradero se ignora. Unos lo niegan absolutamente, fundados en que se requiere nuncio cierto, (2) porque la fama suele traer su principio de Autor incierto, y á veces falso, por lo que no prueba íntegra, ni ciertamente. 3) Otros lo afirman, con tal que con la fama pública concorra la decenal ausencia del que se dice difunto, (4) Y otros, (y es la opinion segura) distinguen: Si há poco tiempo que se supone muerto, v. g. cinco años, ó menos, ó el Pueblo en donde se dice que murió está cercano, es menester que depongan dos testigos fidedignos haberlo visto enterrar, como lo manda la ley, (5) pues no basta la fama de su muerte. Y si por la distancia del Pueblo no se pudiere justificar esto, para que la prueba se pueda llamar cierta en el moral concepto, es preciso lo primero, que la fama esté vigorizada, y auxiliada de otros adminículos, á saber; la universalidad de ésta, y de la larga distancia del Pueblo en que se asegura haber muerto; la contexte ausencia de él que exceda de diez años; (6) si tenia edad abanzada; si estuvo en la guerra sin bolver despues de algun tiempo, como el de un año, en que se esperaba su regreso. (7) Lo segundo, que se acredite á lo menos con dos testigos mayores de toda excepcion, que depongan haberlo oído á otros fidedignos que nombren, y publicamente á la mayor parte del Pueblo, (por no ser suficiente el que digan haberlo entendido publicamente, pues puede suceder que en publicacion lo entendiesen de uno solo) y que expresen de qué personas ha nacido la fama,

(1) Leyes fin. Cod. de Saerosanct. Eccles. An. usufuctus, ff. de Usufuct. y 46. tit. 31. Partid. 3. Menoch. presumpt. 49. n. 9. lib. 6. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 7. n. 6.

(2) Cap. In presentia, de Sponsa. lib. Sanchez de Matrim. disp. 41. in Summar. lib. 2. quest. 3. n. 13.

(3) Cap. Vestra, de Cohabit. Clericor. Sanchez ibi. Abb. in cap. In presentia, cit. n. 6.

(4) Jul. Clar. lib. 5. Recept. §. Fornicat. vers. penult. Gom. en la ley Bo. de Toro, n. 31. vers. Hodie tanten. Perez en la 3. tit. 1. lib. 5. Ordenam. al fin.

(5) Ley 14. tit. 14. Partid. 3.

(6) Dicha ley 14.

(7) Navar. Mendicac. y otros que cita Sanchez de Matrim. lib. 2. cap. 46.

in Summar. quest. 3. n. 13. al fin.

ma, y que éstas sean próvidas, y honestas, que ningun interés tengan. Y lo tercero, que concorra causa razonable de que dimane, ó se origine la fama, v. g. si el supuesto difunto se embarcó, hubo alguna tempestad, no bolvió quando se le esperaba, ni la nave tampoco; y ni de él, ni de ésta se supo por mas exactas, y esquisitas diligencias que se practicaron en su busca, en los parages en que podia hallarsele, y otras que especificen los Autores; (1) pues la fama debe traer su origen de noticias probables, y la vana voz del vulgo que carece de Autor no solo cierto, sino fidedigno, y de verosímiles fundamentos, no es atendible; por lo que los testigos deben expresar las causas de que se deriva, á fin de que el Juez discierna si son probables, ó voz vana; (2) y no probándose la muerte en bastante forma, solo podrá el que intenta suceder al que se supone difunto, deducir accion, para que bajo de fianzas se le encargue la administracion de sus bienes. (3) Pero si alguno pretende pensión, salario, ó réditos vitalicios de otro, no le basta la presuncion legal de que puede estar vivo, por lo que el hombre puede llegar á vivir, sino que debe probar que realmente está vivo al tiempo que pide, que es el fundamento de su intencion; (4) y así la prueba del que se funda en vida es muy diversa de la del que alega la muerte de alguno.

376 Cinco cosas se requieren á lo menos para que la fama pruebe; la primera, que sea uniforme, sólida, constante, perpetua, y no vaga, leve, ni contraria, ó mezclada con alegaciones, ó dichos contrarios, porque si unos dicen que sí, y otros que no, no se sabrá de qual cosa es la fama. (5) La segunda, que traiga su origen de personas honestas, y fidedignas, que pueden persuadir al Pueblo á de-

(1) Mascard. conclus. 748. n. 11. y conclus. 1075. num. 8. Sanchez ibi. num. 16.

(2) Mascard. dicha conclus. 748. n. 5. al 7.

(3) Ley 1. §. 1. ff. Ad Testifican. ley 1. ff. de Honor. posses. furiosor. Sr. Greg. Lop. en la 14. tit. 14. Partid. 3.

glos. 2.

(4) Glos. in leg. 2. §. Si debitor, ff. Quomodo testam. aperiant. glos. 2. cit. al fin en la ley 14. tit. 14. Partid. 3. Bart. y Socin. en la ley Si inter virum, ff. de Reb. dabi. Cur. Philippica. part. 4. §. 17. n. 22.

(5) Bald. consil. 175. vol. 1. Specul. decel. 173. n. 37. Roland. consil. 3. n. 49. lib. 1.

decirlo, y creerlo así; pues de lo contrario no será fama, sino rumor, ó vaga voz del Pueblo, que es despreciable, (1) La tercera, que se pruebe legítimamente á lo menos por dos testigos mayores de toda excepcion, que expresen las causas probables, de que se ha originado: que éstas sean capaces de inducir, y persuadir al Pueblo, ó á su mayor parte á creerlo: y que asimismo digan bajo de juramento, que aquel, ó su mayor parte lo cree así, y se lo han oído; (2) cuya mayor parte se entienda de aquellos que pueden, y á quienes toca saberlo, segun sea la cosa que se vá á probar: v. g. si se trata de la ciencia de algun Theologo, basta que sea la fama entre la mayor parte de los Theologos de que posee bien la Theologia, y es perito en ella, pues los demás no tienen voto, porque la ignoran, y asi no sirve su asercion. (3) La quarta, que los testigos den razon de su dicho; quieró decir, que expongan haberlo oído á lo menos á dos personas fidedignas, y las causas probables que éstas dieron para saberlo, y persuadir al Pueblo á creerlo; v. g. por haberlo visto aquellas, de quienes se originó la fama, pues no dandolas, no prueba. (4) Y la quinta, que siendo interrogados, (como deben serlo) depongan del tiempo que há trae su origen aquella fama, y que éste no sea despues de movido el pleito, pues en este caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que se originó con motivo de él, y de que su motor la esparció; (5) lo qual tendrá presente el Escribano, para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen. El que apetezca mayor instruccion vea los Autores citados, y á Ferraris, y Begnude-lo en sus Bibliothecas, y palabras Notorium, y Falso, y saciará su deseo.

§. VIII.

(1) Cap. Qualiter, §. Quando, y ley Decurionum, c. 12.

(2) Glos. in leg. 3. verb. Confirmat, ff. Hoc tit. Bart. in leg. de Minore, cit. n. 12. y 19. Farinac. lib. 1. Prax. crimina. §. fin. quest. 47. n. 208. eto. y sig. Mascard. concl. 750. n. 1. a. y 8.

(3) Ley in ratione, §. Quod vul-

go dicitur, ff. ad leg. Falcid. glos. in leg. Cum quidam, verb. Sed si scit, ff. de Acquir. heredit. Mascard. ibi, n. 9.

(4) Menoch. consil. 701. n. 60. y 61. Mascard. ibi, n. 12. y 15. al 17. Atex. consil. 70. n. 6. vol. 3. y consil. 25. n. 5. vol. 4.

(5) Mascard. ibi, n. 30. y 31.

§. VIII.

DEL TERMINO, O DILACION PARA hacer la prueba, siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde cuándo corre; y si se podrá suspender, y practicar otra cosa durante él.

377 Q Uedan explicados los generos, ó clases de prueba que se usan regularmente en los juicios; passo á expresar qual dilacion prefiere nuestro derecho para que los litigantes la hagan; para lo qual es de presuponer que la dilacion es lo mismo que término, ó espacio de tiempo que se concede al actor, y reo, para evacuar mas comodamente algun acto judicial: (1) y que el término se divide en legal, judicial, y convencional. Se llama legal el que concede la ley, estatuto, estilo, ó costumbre sin ministerio de Juez, ni de los litigantes. Judicial, el que concede el Juez, ó por decreto, ó permission de la ley. Y convencional, el que se conceden mutuamente las partes. No me detengo en explicar las veinte y quatro clases de dilaciones que trae *Speculator* en este título §. 1. (entre las cuales se comprehenden las *citatorias*, ó *deliberatorias*, que son las que se conceden en los trámites primeros del juicio para citar al reo, y que éste delibere: las *probatórias*, que son para que el actor pruebe su accion, y el reo sus excepciones: y las *executorias*, que son las que se conceden al condenado para cumplir lo que se le ordena por la sententia) por no necesitar saberlas el Escribano, y passo á tratar de la probatoria, la qual es la que se dá al que quiere acreditar su derecho; (2) ó la que se concede al actor para probar su intencion, y al reo sus

ex-

(1) Ley 1. tit. 15. Part. 3. Pñibing. de Dilation. n. 1. Ergel cod. tit. 6. n.

(2) *Speculat. de Dilation. §. 1. n. 23.*

decirlo, y creerlo así; pues de lo contrario no será fama, sino rumor, ó vaga voz del Pueblo, que es despreciable, (1) La tercera, que se pruebe legítimamente á lo menos por dos testigos mayores de toda excepcion, que expresen las causas probables, de que se ha originado: que éstas sean capaces de inducir, y persuadir al Pueblo, ó á su mayor parte á creerlo: y que asimismo digan bajo de juramento, que aquel, ó su mayor parte lo cree así, y se lo han oído; (2) cuya mayor parte se entienda de aquellos que pueden, y á quienes toca saberlo, segun sea la cosa que se vá á probar: v. g. si se trata de la ciencia de algun Theologo, basta que sea la fama entre la mayor parte de los Theologos de que posee bien la Theologia, y es perito en ella, pues los demás no tienen voto, porque la ignoran, y asi no sirve su asercion. (3) La quarta, que los testigos den razon de su dicho; quieró decir, que expongan haberlo oído á lo menos á dos personas fidedignas, y las causas probables que éstas dieron para saberlo, y persuadir al Pueblo á creerlo; v. g. por haberlo visto aquellas, de quienes se originó la fama, pues no dandolas, no prueba. (4) Y la quinta, que siendo interrogados, (como debien serlo) depongan del tiempo que há trae su origen aquella fama, y que éste no sea despues de movido el pleito, pues en este caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que se originó con motivo de él, y de que su motor la esparció; (5) lo qual tendrá presente el Escribano, para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen. El que apetezca mayor instruccion vea los Autores citados, y á Ferraris, y Begnude-lo en sus Bibliothecas, y palabras Notorium, y Falso, y saciará su deseo.

§. VIII.

(1) Cap. Qualiter, §. Quando, y ley Decurionum, c. 12.

(2) Glos. in leg. 3. verb. Confirmat, ff. Hoc tit. Bart. in leg. de Minore, c. 12. y 19. Farinac. lib. 1. Prax. crimina. §. fin. quest. 47. n. 208. eto. y sig. Mascard. concl. 750. n. 1. a. y 8.

(3) Ley in ratione, §. Quod vul-

go dicitur, ff. ad leg. Falcid. glos. in leg. Cum quidam, verb. Sed si scit, ff. de Acquir. heredit. Mascard. ibi, n. 9.

(4) Menoch. consil. 701. n. 60. y 61. Mascard. ibi, n. 12. y 15. al 17. Atex. consil. 70. n. 6. vol. 3. y consil. 25. n. 5. vol. 4.

(5) Mascard. ibi, n. 30. y 31.

§. VIII.

DEL TERMINO, O DILACION PARA hacer la prueba, siendo mayores los litigantes; cómo se cuenta; desde cuándo corre; y si se podrá suspender, y practicar otra cosa durante él.

377 Quedan explicados los generos, ó clases de prueba que se usan regularmente en los juicios; passo á expresar qué dilacion prefiere nuestro derecho para que los litigantes la hagan; para lo qual es de presuponer que la dilacion es lo mismo que término, ó espacio de tiempo que se concede al actor, y reo, para evacuar mas comodamente algun acto judicial: (1) y que el término se divide en legal, judicial, y convencional. Se llama legal el que concede la ley, estatuto, estilo, ó costumbre sin ministerio de Juez, ni de los litigantes. Judicial, el que concede el Juez, ó por decreto, ó permission de la ley. Y convencional, el que se conceden mutuamente las partes. No me detengo en explicar las veinte y quatro clases de dilaciones que trae *Speculator* en este título §. 1. (entre las cuales se comprehenden las *citatorias*, ó *deliberatorias*, que son las que se conceden en los trámites primeros del juicio para citar al reo, y que éste delibere: las *probatórias*, que son para que el actor pruebe su accion, y el reo sus excepciones: y las *executorias*, que son las que se conceden al condenado para cumplir lo que se le ordena por la sententia) por no necesitar saberlas el Escribano, y passo á tratar de la probatoria, la qual es la que se dá al que quiere acreditar su derecho; (2) ó la que se concede al actor para probar su intencion, y al reo sus

ex-

(1) Ley 1. tit. 15. Part. 3. Pñibing. de Dilation. n. 1. Ergel cod. tit. 6. n.

(2) *Speculat. de Dilation. §. 1. n. 23.*

excepciones despues de contestado el pleito, y hecho el juramento de calumnia. (1)

378 Puede conceder el Juez à los litigantes el término que contemple necesitan para probar su intencion, pues está en su arbitrio el abreviarlo, segun conceptúe por los meritos del proceso, calidad de las personas, cantidad, y distancia del Pueblo en que se ha de hacer la prueba; (2) mas no el ampliar el prescripto por la ley, porque ésta se lo prohibe expresamente: (3) excepto que para ello haya causa justa, y la prueben, que entonces no solo puede abreviarlo, y restringirlo, sino revocar el concedido, y ampliar todos los legales, aunque estén preñidos con palabras taxativas; (4) porque como las leyes se crearon para los casos regulares, y los Legisladores no pudieron tener presentes los extraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de término suficiente queden indefensos los litigantes, dejaron al prudente arbitrio del Juez su ampliacion, restriccion, y revocacion.

379 Supuesto como indubitado lo referido, debo sentar, que el término ordinario que la ley concede perentoriamente en las causas civiles, (pues en las criminales es absolutamente arbitrario en el Juez segun la necesidad del reo, para que no quede indefenso, porque ninguno está preñido) es el de 80. y de 120. dias: de 80. quando la prueba de testigos se ha de hacer dentro de los puertos del Lugar, ó Provincia en que el pleito se controvierte; y de 120. quando se ha de evacuar fuera de ellos, que la ley llama de *puertos allende*. Y si todos los testigos existen fuera del Reyno, ó en Provincias ultramarinas, v. g. en las

(1) Valens. hoc. tit. §. 2. n. 20. Engel ibi, n. 4. Reinforced lib. 2. tit. 8. §. 3. n. 43.

(2) Ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. cap. Feresca, 4. cap. Oblate, 57. de Appellat. cap. de Inducis 3. y Canon Si egrotans 6. quest. 3. Pirhing. hoc. tit. n. 19. Gallus lib. 1. Pract. observ. 91. B. fg. Marant. part. 6. tit. de Dicit. n. 15.

(3) Dicha ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop.

(4) Ley 3. tit. 15. Partid. 3. y dicha ley 1. tit. 6. lib. 4. Paz tom. 7. part. 1. temp. 5. n. 20. Cur. Philipp. part. 1. Juicio civil, §. 16. n. 3. Parej. de Edition. tit. 6. resolut. 4. y tit. 7. resolut. 5. n. 14. Sr. Salg. de Reg. cap. 1. n. 129.

Islas de Canarias, puede el Juez conceder seis meses, ó el que con atencion à la distancia del Pueblo del litigio, cantidad, y calidad del negocio, y personas litigantes conceptúe suficiente, añadiendolo, ó menguandolo, para que éstas justifiquen lo que las convenga, y no queden indefensas por falta del competente. (1) De lo qual parece se inferre, que si parte de la prueba se ha de evacuar dentro, y parte fuera, deberá hacerse cada parte en el término que le está asignado respectivamente, y no toda fuera de el de los ochenta dias, porque para los testigos que están de puertos adentro no concede mas la ley; pero como ésta no hace mencion de este caso, ni lo prohibe, y lo que no está prohibido se entienda permitido; el término es comun à los contendores, y hasta que espire no se ha de hacer publicacion, ni se irroga detrimento al coltigante; se les permite en dicho caso hacer su total prueba pasados los ochenta dias, y no se anula por esta razon, lo qual he visto disputar, y practicar asi.

380 Pero para que se conceda el término ultramarino, ó extraordinario son precisas copulativamente de parte del que lo pretende, quatro cosas: la primera, que lo pida juntamente con el ordinario, ya sea quando la causa se recibe à prueba, ó quando se prorroga, de modo que se verifique correr ambos à un propio tiempo, porque despues de pasado el ordinario, está prohibido al Juez conceder el ultramarino. La segunda, que mencione los nombres, y apellidos de los testigos de que intenta valerse, y el parage de su residencia; y dentro de treinta dias perentorios justifique no solo que existen ultra mar, sino que al tiempo que acaeció el hecho litigioso, estaban en el donde sucedió; y lo mismo procede quando están fuera del Reyno. La tercera, que jure no pide el término maliciosamente por diferir, ó alargar el pleito. Y la quarta, que deposite luego la cantidad que parezca al Juez de la causa para las expensas que el coltigante haga en ir, ó enviar persona al Pueblo, en que dice hallarse sus testigos, à fin de conocerlos, y verlos presentar, y juramentar, pues no siendo

po-

(1) Leyes 1. 2. y 3. tit. 6. lib. 4. Recop.

pobre, ó el fisco, debe ser condenado en ellas sino prueba su intencion; y faltando alguno de estos requisitos, no se debe conceder. (1)

381 Si el hecho que se intenta probar acaeció en las Indias, ó en otros parages remotos, y los testigos existen en ellas, se ha de pedir el término de año y medio, dos, ó mas, según la distancia, y el Juez conceder el competente; cuyo término es ordinario, y como tal se debe pretender; y no como ultramarino, pues este se llama así, quando el hecho pasó en esta península, y los testigos con quienes se ha de justificar, existen ultra mar, mas no quando sucedió allá; en cuyo caso, como es accidental el que la demanda se ponga aquí, cesa la presuncion de malicia, se contempla puesta allá, y que los testigos existen en su tierra, y sigue las propias reglas; y por lo mismo para su petición, y concesion ninguno de los requisitos que para la del ultramarino se necesita (como tampoco quando la prueba se ha de hacer dentro del Reyno, porque las leyes no lo preceptúan, bien que la parte debe expresar el lugar en que existen, para que su adversario pueda ir, ó embiar á conocerlos, y verlos juramentado, porque de lo contrario no podrá practicarlo, ni tacharlos) pero no se debe prorrogar sin causa justa, é impedimento probado, qual es la falta de embarcacion, ú otra semejante, ni concederse restitucion, según se collige del espíritu, y contexto de las leyes citadas; (2) y así se observa.

382 Como los Jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos á prueba por todo el término legal, los reciben por quince, ó veinte dias, ó por el que les parece á su arbitrio según la necesidad que conciben, y la naturaleza de la causa; por lo que si los litigantes quieren gozar íntegramente del ordinario, y que se estime, y entienda ser el mismo, y no nuevo, deben pretender una, ó mas veces que se prorrogue; y para que se conceda la prorro-

(1) Dichas leyes 1.ª y 3.ª tit. 6. lib. 4. Guier. lib. 1. Pract. quest. 56. Pas. part. 1. temp. 8. n. 37. y 39. Rodrig. de Modo examinandi procc. cap. 7. Cur. Philip. dicho §. 16. n. 31.

gacion, es indispensable que la soliciten dentro del concedido, pues si ocurren á pedirla despues de pasado, y este es todo el legal, no debe prorrogarlo; y solo en caso que el primero sea limitado, y la parte jure, y justifique que en él estuvo imposibilitada de hacer su prueba, y no de otra suerte, puede conceder hasta quarto plazo, el qual será nuevo término, y no el mismo, ni prorrogacion de él, (1) pues no hay que prorrogar, por haber espirado; por lo que lo que entonces se debe hacer, es: dar traslado de la pretension al adversario, y mandar que con lo que dixere, ó no, dentro de tercero dia se traiga. Cuyo auto se le hace saber, y si contradice la pretension, y la que lo pretende, no justifica á lo menos sumariamente el impedimento que tuvo para probar en el primer término, y no usar de él, ó para pedir la prorrogacion, ú otra causa justa, no debe deferir el Juez á su concesion, y si defiere, se puede apelar; (2) lo qual se practicó á mi instancia en dos pleitos que segu en ésta Corte, pues por haber espirado el primer término de veinte dias en el anterior á el en que se pidió; tenido en su poder los autos el actor; y no justificado imposibilidad, me opuse á la prorrogacion, y nueva concesion, y se le denegó; pero si la consiente, ó no la contradice, puede concedersela, aunque no jure, ni justifique, y valdrá la prueba que en ella se haga: (3) bien que en esto tiene mucho lugar la equidad, y arbitrio del Juez, atendida la naturaleza de la causa, el término que pasó, y el motivo ocurrido para no haber pretendido su prorrogacion; y así, para que la parte no quede indefensa, respecto no haber ley que trate de este caso específico, podrá no prorrogar el término que espiró, porque no hay materia sobre que recaiga la prorrogacion, sino concederla por equidad el que estime competente pra

(1) Ley fin. tit. 12. y ley 33. tit. 16. Partid. 3. y ley Sed si manente, ff. de Precar. Marant. part. 4. distinct. 12. n. 2. Cur. Philip. dicho §. 16. n. 4.

(2) Cap. fin. de Accusat. lib. 6. Gaill. dicho lib. 1. Pract. y observat. pt. n. 6. Abb. in cap. In casuis, n. 3. y 4. de Testib. Marant. de Dilatation. n. 12.

(3) Ley fin. ff. de Ferlis. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 1. n. 118. Cur.

ra que en él haga su prueba, de modo que por defecto de el suficiente no alegue indefensa. Advertiendo que el término probatorio corre de momento á momento desde el día de su notificación ultima exclusiva, segun naturalmente corren los dias, y de este modo se debe contar; por cuya razon si pide la parte á pedir la prorrogacion á la hora de audiencia de el siguiente á el en que espiró el concedido, ya no llega á tiempo por no ser dentro de él, y el decir lo contrario, es ignorancia, y error craso; y si en la ultima notificación se pone la hora, corre desde ella.

333 Si la pide dentro del término, se le ha de conceder llanamente; y aunque sea de el de puertos allá, no necesita expresar causa, ni mas de que tiene que hacer su prueba fuera de estos, por existir allá algunos de sus testigos, porque la ley no preceptúa otro requisito. Y se entiende ser, y continuar el mismo término, no obstante que la prorrogacion se decreta mucho despues de pasado el anterior, pues la omision, ó imposibilidad del Juez en no decretarla quando se pide, ó del Escribano en darle cuenta, como que no es culpa de la parte, ni está en su mano, no debe dañarle, porque cumple con llegar á tiempo, y de lo contrario nada le serviría, y además podria suceder que quando se desistiese á la prorrogacion, ya no hubiese que prorrogar, y quedase indefensa; y para precaver este perjuicio, y estirpar dudas de si ocurrió, ó no á pedir la ea tiempo habil, lo que se practica, y debe practicar, es: Poner el Escribano originario, ó su Oficial mayor en el pedimento fe, ó nota del día, y hora en que éste se presenta, con la qual se estima haber estado suspenso el término desde que espiró hasta que se prorrogó, é hizo saber á ambos contendores la prorrogacion; lo qual es corriente se practicó á mi instancia en el Consejo, y he visto practicar en los demás Tribunales de esta Corte; previniendo que el Escribano, y su Oficial mayor no deben negarse á poner la nota, ni á recibir el pedimento aunque sea de noche.

334 Los litigantes son correlativos; entre ellos se debe guardar igualdad: lo que no es conveniente para el uno,

no lo es para el otro; (1) y lo propicio ha de ser para entrambos; (2) por cuyas razones el término probatorio es comun á los dos, y todo para cada uno, y lo mismo sus prorrogaciones, aunque uno solo las pida; (3) y ya sea, ó no probatorio, se les debe hacer saber, para que les conste, y empiece á correr, pues mientras no se les notifica, no corre, ni como ignorantes de él les perjudica. (4) Si se les hace notorio, ó á sus Procuradores en distintos dias, empieza á correr desde el siguiente al de la ultima notificación, ya sean dos los litigantes, ó muchos, como en un concurso, porque todo compete á todos, y á cada uno para probar; y si se empezará á contar desde la primera, se verificaria no ser totalmente comun para cada uno, y por consiguiente que el uno gozaba integramente de él, y los otros no; ó que corría en dos tiempos, y no era un solo término, sino dos, ó mas, y que el del uno se concluía antes que el de los demás, lo qual es contra la mente de las leyes.

335 Lo propio milita quando las prorrogaciones se hacen, y notifican antes que espire el término, ó dilacion anterior, pues no se cuenta, ni debe contar el prorrogado hasta que se acaba el primero, porque continúa éste, y es uno mismo; (5) y los dias de que se compone se han de numerar segun naturalmente corren, y se suceden, y lo contrario seria invertir, y trastornar el orden natural. Pero si se decretan despues de haber espirado, habiendose pedido en tiempo, empieza á correr el que en ellas se prefiere, y debe contarse desde el dia siguiente al de su notoriedad en la forma expuesta, y el de su intermedio se entiende suspenso; (6) y lo mismo procede, quando aunque

(1) Ley Non debet astori 41. ff. de Regul. jur. y cap. Non licet 32. eod. tit. in 6.

(2) Ley Favorabiliores 125. ff. de Regul. jur.

(3) Ley Petenda, Cod. de In integrum restitut. Cur. Philipp. dicho §. 16. num. 9.

(4) Alex. consil. 34. vol. r. Maxrnat. tit. de Dilacion. n. 14. Sr. Salg. de Retenat. part. 2. cap. 20. n. 21. y de

Reg. protest. part. r. cap. 7. n. 50. y 74. (5) Hobad. lib. 3. Polit. cap. 14. n. 7. Parey. de Edition. tit. 6. resolut. 4. y 6. n. 14. Avenaf. de Execut. mandat. part. r. cap. 10. Barr. in leg. In Senatus consultum 15. ff. ad Turpiliana. Abb. in cap. Cum in conjunctionis, §. ult. de Elect. al fin.

(6) Ciriac. controvers. 348 y sig. Leon decis. 86. Cur. Philipp. illustr. part. 1. §. 16. n. 4 al fin.

se haya decretado antes, no se hizo saber hasta mucho despues. Todo lo qual (sin embargo de las dos opiniones diametralmente opuestas, que hay acerca del modo de contarse, y de si corre de momento à momento, y se ha de contar, ò no el día de la notoriedad) es lo que se practica inquestionablemente en esta Corte, que debe servir de regla à todo el Reyno, al modo que en las causas criminales manda expresamente la *Ley 2. tit. 10. lib. 4. Recop.* que los términos, y dilaciones que se guardan en la Corte se guarden en todas las Ciudades, Villas, y Lugares de estos Reynos, y no otros diversos de ellos, no obstante el uso contrario; pues quando hay dos opiniones contrarias se ha de seguir la mas usada, y recibida. (1) Advirtiendole quando alguna de las partes pide término para despachar los autos por verse apremiada, debe contarse el que se la conceda, no desde el día en que los toma, sino desde el siguiente al de su notoriedad inclusive; y pasado el concedido, aunque haya tomado los autos dos días antes de espirar éste, se la puede apremiar à su vuelta, porque de lo contrario sería mayor que el que tal vez pretendió, y el Juez le concedió, y se dilatara mas el curso, y exito del negocio, lo que resisten las leyes que apetezen su brevedad.

386 Siendo feriados, ò colendos todos, ò la mayor parte de los días, corre tambien el término, porque es continuo, aunque no util en este caso: (2) al modo que para apelar corre, y se deben contar igualmente segun derecho. (3) Y si las ferias son repentinas, y por esta causa padece detrimento la parte, debe ser restituida por todo el tiempo que duraron. (4) Y para que no quede indefensa por defecto del competente, y evitar dudas (bien que no debe haberlas, pues el testigo puede ser examinado en ellos, habiendose juramentado en día util, porque su examen es ac-

(1) Parador. lib. 2. Rer. cap. fin. part. 5. §. 10. num. 3. 4. y 5. Gratian. tom. 1. discept. 161. Cur. Phil. lib. 1. n. 7.

(2) *Ley Sive pars, 3. Cod. de Dilation. vers. Ferie.*

(3) *Ley 24. tit. 23. Partid. 3. y ley 2. §. fin. & ibi glos. Cod. de Tempore appellation.*

(4) *Ley Sed, & si, §. Si ferie, ff. Ex quibus causis majores.*

acto extrajudicial, y por eso se hace de secreto, como al fin del num. 298. dexo sentado) ha de pedir al Juez que habilite los días feriados, y suspenda los colendos, ò todos, à lo qual debe deferir, y de esta suerte se consigue que todos sean utiles. Y si repentinamente sucede alguna suspension de Tribunales, v. g. por parto de Princesa, ò otra celebridad, ò causa semejante; en este caso despues que se abran, ha de pretender se declare haber estado suspenso el término, y no corrido en ellos, à lo que debe deferir tambien; mas no sino lo pide, porque le está prohibido interponer de oficio su autoridad à la utilidad privada; lo qual he visto practicar, y declarar en esta Corte, porque como caso inopinado, y de que la parte estaba ignorante, no le debe perjudicar el no haber ocurrido à pedir la suspension, ò habilitacion, y así ha de ser restituida, aunque sea mayor de edad. Advirtiendole que en la requisitoria, ò despacho exhortatorio que se expida para hacer probanza fuera del territorio del Juez que conoce de la causa, se ha de expresar qué día se recibió esta à prueba, cuánto término está pasado, y cuánto falta que correr, para que la parte no se descuide en presentar sus testigos en tiempo habil, ni sea perjudicada por este defecto, ni pueda alegar ignorancia.

387 Reciben muchas veces los Jueces lisa, y llanamente los autos à prueba *por via de justificacion* con término limitado, v. g. 20. ò 30. días, y suelen prorrogarlo hasta los 79, y otros añaden la qualidad de que el término sea preciso, y perentorio, y entonces no defieren à la prorrogacion sin causa. Este modo de actuar que la práctica introdujo es legal, sin embargo de que las leyes no hablan expresa, y terminantemente de él, y se funda en que como el espíritu de éstas se dirige à que quanto mas antes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleitos, y para ello confieren à los Jueces la potestad de restringir, ò abreviar el término; por eso quando advierten que los litigantes pueden probar su intencion brevemente, ò les falta algun adminiculo para hacerla mas expedita, limitan el término legal, y queda en su arbitrio el prorrogarlo, ò no; en cuyo caso, así como en el auto regular de

publicacion se dice: *Hacese en este pleito publicacion de probanzas, se pone de esta suerte: De las justificaciones hechas se comunica traslado reciproco à las partes.* Bien que en la substancia es lo mismo.

388 Recibida la causa à prueba, han de tomar las partes por su orden los autos para formar sus respectivos interrogatorios; pedir se compulsen con citacion contraria los instrumentos, y cosas que las conduzcan sacar, segun lo alegado, y deducido, y que se comprueben los producidos antes, si están redarguidos de falsos civilmente, por no ser los originales, y haberse sacado sin la referida citacion, (que es la solemnidad prescrita legalmente para que hagan fé, y prueba en juicio, por cuyo defecto se les opone el vicio, ò tacha de ser civilmente falsos) bien que si no se redarguyeron, es superfluo pretender su comprobacion, por ser visto no dudar de ellos; advirtiendole, que no han de solicitar se compulsen los que señalaren, sino señalarlos, pues no se debe admitir, ni admite señalamiento absolutamente indefinido, è indeterminado, aunque si siéndolo parcialmente de cosa definida, y cierta, v. g. de tal libro de casados las partidas que señale; de tal convenio, ò estatuto, las condiciones, artículos, ò capítulos que me convengan, &c. Y si las conviene probar algunos particulares nuevos concernientes à la accion intentada, que por olvido no hayan alegado, pueden alegarlos en el mismo pedimento, con que presenten el interrogatorio; de cuyo pedimento, y no del interrogatorio se debe dar traslado à la parte adversa, para que alegue, y pruebe contra ellos, ò impugne su admision, si no conducen al pleito.

389 El orden regular de tomar los autos, siguiendo el del juicio, es: primero el actor, y luego el reo, y asi se han de entregar à aquel si ambos acuden à un tiempo à tomarlos; y si no los buelve à los ocho, ò quinze dias, (tal vez como suele suceder, con ánimo de que éste quede indefenso, y no pueda formar su interrogatorio) se le puede apremiar à su buelta, pues debe tenerlos menos tiempo por tres razones; la primera, porque quando llega à poner la demanda, ya tiene, ò debe tener preparados todos

los

los materiales, y medios de probar su intencion, como que le sobró tiempo para premeditarla, y buscarlos; lo qual no sucede al reo, pues se vé sorprendido con la demanda, y constreñido asi para contestar, como para excepcionar, y probar, con los términos legales. La segunda, porque el actor como que toma primero los autos, goza integramente de todo el término, y mientras el reo prepara sus defensas, y forma su interrogatorio, puede hacer su prueba; lo que al contrario éste no goza de él, sino desde que se le entregan, y asi debe ser apremiado à bolverlos; sin que sirva alegar que la mitad de él le toca, y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos, y no se puede dividir, pues la ley no permite division, y la práctica en contrario introducida por litigantes de mala fé para alargar los pleitos, y causar costas al adversario, es corruptela, y se debe abolir. Y la tercera, porque aunque el reo tenga los autos el resto del término probatorio, en nada perjudica al actor, por no hacerle falta regularmente, sino que se le ofrezca ratificar testigos, ò hacer algun reconocimiento, pues para la comprobacion de instrumentos se pueden separar de los Autos, como se hace, ò cortejarse despues de pasado el término. Pero se previene lo primero que este orden de tomar los autos no es necesario, por no mandarlo, ni aun hablar de él las leyes; por lo que si el reo acude primero por ellos, se le deben entregar, y si ninguno los quiere, no se le puede precisar à que los tome. Y lo segundo que el término probatorio corre, y no es visto suspenderse en los tribunales donde se comunican los interrogatorios, mientras una parte tiene el de la otra para hacer repreguntas à los testigos contrarios, porque ninguna ley lo dice, y porque pasado el tercero dia de su comunicacion la puede apremiar à su buelta, pues para examinarlo, bastante tiempo son tres dias.

390 Los testigos presentados en el juicio civil ordinario, han de ser examinados con citacion contraria dentro del término probatorio, aunque haya dias feriados, ò colendos; pero si falta tiempo por ésta, ò otra razon, pueden declarar despues, con tal que hayan sido presentados.

Q 4

y

y juramentaciones precisamente dentro de él, porque sus deposiciones se retrotraen al tiempo jurídico en que juraron; y aun despues de la publicacion pueden declarar, y explicar (ya sea à pedimento de parte, ó de oficio del Juez, implorandolo ésta,) lo que hayan de puestro confusamente, à omitido, por no haberseles preguntado; y tambien dar razon de sus dichos, (1) como en el número. 321. he sentado. Asimismo se han de ratificar en el término probatorio con citacion contraria en sus deposiciones los que sin que precediese ésta, fueron examinados antes de la prueba, y contestacion; y si algunos han fallecido, ó están ausentes en parte remota, de donde no puedan regresar para ratificarse, se ha de recibir con testigos integros, y fidedignos informacion de abono à instauria de la parte que los produjo, y no de oficio; en la que deben declarar: *Que el que abonan, era buen Christiano, temeroso de Dios, y fidedigno, y por tal estuvo siempre reputado entre todos los que le conocian, y trataban, por lo que ninguna duda les queda, antes bien tienen por cierto que habrá dicho verdad en la declaracion que dió tal dia:* (El que fuere) y por lo mismo se debe dar entera fé, y credito à quanto en ella expusiere; y saben que falleció en tal dia, por haberlo visto cada vez; ó que está ausente en tal parte, por haberlo oido publicamente en el Pueblo; ó que se ignora su paradero desde tal tiempo que se ausentó, &c. según sea. Pero si precedió la citacion à su examen, aunque no es necesario que se ratifiquen, y basta que se reproduzcan sus dichos en la prueba, como parte de ella; no obstante, como antes de la contestacion no hay juicio, no dañará, para que no se alegue que depusieron fuera de él, y no en tiempo oportuno, y que no fueron preguntados por las generales de la ley, por lo que se ignora si algunas les comprenden, à fin de tacharlos; y para obviar otros escrúpulos, y reparos que la cabilosidad sugiere à los litigantes de mala fé, y su poca, ó ninguna justicia. Y se previene que en la ratifica-

(1) Ley 30. tit. 16. Partid. 3. y Actor. edition. n. 40. Cur. Philip. en ella el Sr. Greg. Lop. Marañ. tit. part. 1. § 16. cit. núm. 20. de Dilacion. à 19. 20. y fin. y tit. de

cion (como que viene à ser corroboracion de la declaracion primera, si en ella se ratifican llanamente, ó nueva deposicion hecha con las solemnidades legales en caso de que varíe en algo) pueden los testigos añadir, quitar, y enmendar lo que depusieron en la primera, según se acuerden, y hayan recapacitado los hechos sobre que fueron interrogados, à cuyo fin se les debe leer ésta à la letra, y valdrá, si por otro medio no claudican sus aserciones; lo qual tendrá presente el Escribano, pues así se observa.

391 Lo explicado en el número anterior es corriente en la práctica de los Tribunales de Castilla, sin embargo de que algunos (1) fundados en las palabras: *para probar, y haber probado, y para presentar la probanza,* que trae la ley 1. tit. 6. lib. 4. Rec. hablando del termino que concede para la prueba, afirman que despues de éste no se pueden examinar los testigos, no obstante que estén juramentados en tiempo hábil, ni tampoco quando el Juez concedió, ó prorrogó todo el de la ley, aunque en el auto de prueba se omitan las palabras expresadas; pues el estilo de los referidos tribunales superiores, è inferiores ha temperado la estrechéz de la ley con omitir dichas expresiones en el auto de recepcion, y ponerlo lisa, y llanamente; à lo que obligó la necesidad, à fin de que las partes no quedasen indefensas, y de que se aclarase la verdad como objeto de la ley, y unico preciso medio para dar la justicia al que la tuviese. Lo qual se entiende aun quando se haya concedido todo el termino legal, como lo he visto practicar repetidas veces, y aprobar; bien que si se concede éste integro, y se ponen las referidas expresiones: entonces, como que el Juez por el hecho de ponerlas, advierte que el termino es bastante para todo, concibo no podrán examinarse despues de pasado, à menos que inter venga causa obstativa de practicarlo, y se le acredite en forma para que aprecie sus dichos.

392 Los instrumentos públicos se pueden redarguir de falsos absoluta, ó civilmente con la protesta ordinaria: ab-

(1) Partidor. lib. 1. Rer. part. 5. cap. fin. §. 2. num. 8. Cur. Philip. lib. núm. 19. y otros que cita.

sólomente, según dejó sentado en los nn. 342. y sig. y civilmente por una de quatro causas, à saber: *eficiente*, que es quando son hechos por persona inhabil, v. g. por el que no era Escribano público, ò aunque lo fuese, estaba excomulgado quando lo hizo, ò suspenso: *material*, quando se hicieron sobre cosa reprobada por derecho: *formal*, quando en su confeccion no se observaron las solemnidades legales, v. g. si faltó la fecha, subscripcion, ò otra cosa substancial: ò si el traslado presentado se compulsó sin la debida citacion del adversario. Y *final*, v. g. si fueron hechos, ò sacados con vicios de obrepcion, y subrepcion, que son diciendo mentira, ò callando la verdad, ò si están raídos, ò rotos en parte substancial, ò contienen otros defectos substanciales. (1) Y la clausula de la *protesta ordinaria* que se pone, quiere decir, de no proceder de malicia, ni por diferir el pleito, ni causar costas à su contendor, sino meramente por convenir à la defensa del redarguyente, y dudar de ellos, respecto no ser los originales, ni haberlos visto, ni sido citado para compulsarlos.

393. Para remover, y extirpar el vicio, y sospecha de falsedad, ò suplantacion de los instrumentos, y testimonios redarguidos de falsos civilmente, se deben comprobar, ò cotejar con sus originales, ò protocolos de donde se sacaron, precedida citacion de la parte contraria, y señalamiento de días, y horas, à fin de que asista si quiere à su cotejo; y si no son los originales, han de ser indubitados, pues el traslado autorizado sacado de papeles que la parte tenga en su poder, y por no haberse compulsado con citacion, ò de otro modo legal, no hacen fé, aunque se coteje con ellos, no servirá, y la redarguicion es visto oponerse no solo al traslado, sino à los documentos de donde por exhibicion se sacó; por lo que es indispensable acudir à cotejarlos con sus originales, por no serlo aquellos, antes bien darsese de su veracidad. A la manifestacion, ò exhibicion de estos no debe escusarse el que presentó sus copias, si el redarguyente, ò su Procurador, ò Letrado quie-

(1) Reinfestrel lib. 2. tit. 22. §. 9. num. 256.

quieren verlos; (1) è igualmente está obligado qualquiera de los litigantes à la del testamento, ò escritura que exista en su poder, si el adversario lo pretende. (2) En su comprobacion, ò cotejo ha de tener muchísimo cuidado el Escribano, ò Receptor, pues debe poner todas las enmiendas, testaduras, raspaduras, entrerenglonaduras, y demás cosas, y defectos que advierta, asi en los traslados producidos, como en el protocolo, original, ò libro becerro de donde se compulsaron; expresar si están salvas con arreglo al precepto de la ley, y de una misma letra, y tinta, ò de diversas; atender por ellos, y no por el traslado; y dar fé no solo de las señas del instrumento, ò libro producido, ò exhibido para la comprobacion, à saber: si está foliado, ò empergaminado, ò no, con qué pergamino, ò cubierta, de qué color, y à qué folio, y cuántos tiene; y si todas las hojas están, ò no rubricadas por el que lo autorizó; sino de los demás adminiculos dignos de reparo que haya en él, y en el transunto, y de si con estos concuerda, ò no con él, expresandolo todo con individualidad, pues de otra suerte, à mas de no cumplir con su obligacion, se expone. Mas no debe admitir à la parte contra quien se produce, alegaciones, ni objeciones que tengan su tendencia à enervarlo, destruirlo, y anularlo por otras razones substanciales que resulten de su mismo contexto. Lo primero, porque el acto del cotejo, ò comprobacion no es para mas que para notar los defectos que aparecen de la material inspeccion, lectura, y vista ocular del original, y transunto, y ver si éste concuerda con aquel. Y lo segundo, porque el Escribano, ò Receptor es un mero executor sin la mas leve jurisdiccion para la admission de dichas objeciones, si expresamente no se le concede; y asi todos los demás defectos se deben exponer, y deducir ante el Juez de la causa, como unico potestativo para conocer de los meritos de ella, y de quanto intenten, y produzcan en apoyo de su intencion los litigantes. Y lo mismo se debe practicar en la comprobacion de los privilegios, libros, y otros papeles, por-
ver-

(1) Ley 3. tit. 5. lib. 4. Recop. (2) Ley 17. tit. 2. Partid. 3.

versa identidad de razon; lo qual ignoran muchos que deben saberlo, y tendrá presente el Escribano. Pero si se compulsaron con la debida citacion, ò no los redarguye de falsos la parte adversa luego que se le comunican, como lo debe hacer, no es necesaria su comprobacion, por ser visto aprobarlos, y no dudar de la veracidad de su contexto, ni despues debe redarguirlos sin nuevo motivo.

394 No se deben extraer los padrones, y papeles originales para las pruebas, ya sean de habitos, ò otras, de los archivos públicos en que están, ni de los oficios de Escribanos sus protocolos, ni tampoco de las Iglesias los libros Parroquiales, antes bien à presencia de las personas, à cuyo cargo está la custodia de unos, y otros, se han de sacar, y compulsar las partidas, è instrumento que se necesitan; lo qual está así preceptuado para evitar su pérdida, y extravío, y los inreparables daños que de practicarlo experimentaba el público. (1) Lo propio debe observarse con los papeles, instrumentos, y privilegios existentes en archivos de personas privadas, porque milita igual razon, y las leyes no distinguen; con la diferencia de que à estas se debe compeler litigando entre sí, y estando en el pueblo del juicio, à que los muestran, ò exhiban en la Audiencia, à fin de cotejarlos con las copias producidas, ò al de sacarlas de ellos con la correspondiente citacion, y evacuado el cotejo, ò compulsas, debolverse los sin demora bajo de recibo, para que los custodien en sus archivos, pero no quando existan fuera del Pueblo; con lo qual se concilia, y convina el precepto de las leyes que mandan mostrarlos, con el de las que prohíben su extraccion de los archivos: logran verlos las partes, y no se las irroga detrimento, que es lo que como justo se observa en esta Corte; y así se debe abolir como injusta y perjudicial la práctica de algunos Tribunales contraria à ésta, que es propriamente corruptela, pues ninguna ley manda que se presenten los originales, y se queden en los autos, sino que se muestren: que es decir que se exhiban, ò

(1) Leyes 28. tit. 22. lib. 2. y 79. esp. 54. tit. 4. lib. 3. y Auto 4. tit. 12. lib. 2. R. sup.

ò manifesten para que la parte adversa los vea, y de ellos se saque copia ò se coteje la producida, y hay notable diferencia entre lo uno, y lo otro, porque con la presentacion se despoja de sus armas al que las tiene para su defension, sin oírle, ni vencerle, y con la exhibicion no. Lo propio se debe observar con los libros de caja que los comerciantes, y girantes tienen en sus casas para su giro, y comercio. Pero en los pleitos de reversion à la Corona de cosas enagenadas de ella, y en otros en que es interesada, se deben presentar originales los privilegios, donaciones, y concesiones Reales, y Pontificias, si el Fiscal Real lo pretende, porque es privilegiada, tiene fundado derecho à ellas, y por esto el poseedor debe manifestar el título en cuya virtud las posee; lo qual es lo que se práctica, y tendrá presente el Escribano, pues por haber presentado los originales muchas casas privadas, y fallecido los que los produxeron, se ven desposeidas de haciendas, privilegios, y regalías, à causa de no haberlos buuelto à recoger, è ignorar en donde paran, para pedirlos, y reivindicarlos.

395 Mientras dura el termino probatorio, ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba, y si el Juez proceder *ad ulteriora*, porque fue establecido unicamente para ella; y si se hace, es nulo, como lo dice la ley 2. al fin tit. 15. Partid. 3. ibi: *E aun decimos que mientras el plazo durare que el jugador dá à alguna de las partes, non debe hacer ninguna cosa nueva en el pleito, nin se trabajar dello; fueras ende sobre aquella razon por que fue dado el plazo, así como recibir testigos, ò ver las cartas ò los privilegios que aducen antes en prueba: por lo que si se introduce algun articulo prejudicial, se debe pedir al propio tiempo suspension de él, deferirse à ella, y subsistir suspenso hasta que en justicia se declare lo que corresponda sobre el articulo: y las razones son, la primera porque como la ley prohibe que se practique otra cosa durante él, y si se práctica, se procede contra su precepto; para no infringirlo, se usa del medio de la suspension, que es el unico que la sutileza de los Jueces, y Letrados, y la equidad, y necesidad hallaron, para que ni los litigantes quedasen indefensos por falta de termino competente, ni las leyes se infringiesen, pues*

no hablan de ella. La segunda, porque de no hacerlo así, se verificaba correr à un tiempo dos terminos, uno de prueba sobre lo principal, y otro sobre evacuacion del artículo; lo que no puede ser, porque como distintos, incompatibles, y creados para cosas diferentes, deben correr en diversos tiempos. La tercera, porque en los juicios se deben evacuar con la respectiva audiencia todas las pretensiones, è incidentes, pues de omitirse, habria que reponer los autos al estado que tenian quando se intentaron, como muchas veces sucede, en lo que se irrogan gastos, y dilaciones. Y la quarta, porque de lo contrario se incidia en uno de dos escollos, ò de que interin se substanciaba, y determinaba el artículo, se pasase el termino de prueba, y la parte que lo habia introducido, quedase indefensa en lo principal por su defecto, (lo qual resisten las leyes, y la razon) ò de que si la hacia, no se evacuaba el artículo, y el termino corría, llegase el caso de la publicacion, por haber espirado éste, y hubiese precision de volver atrás, que era à determinar el artículo; y si se hacia venir al juicio à un tercero, la hubiese tambien de oírle, y abrir de nuevo el termino de prueba; motivo porque se diferia mas el pleito, lo qual es opuesto à la intencion, y espíritu de las leyes, que aman, y encargan la brevedad.

396 Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento, pretendiendola, è introduciendo el artículo, aunque mucho despues se defiera à ella, ò por executoria se declare no haber lugar à éste. Mientras dura, ninguna de las partes, sabiendola judicialmente, puede hacer prueba, y si la hace, y la adversa respondió quando se le citó, que queria hallarse presente à juramentar los testigos, compulsar, ò comprobar instrumentos, ò à hacer otro genero de prueba, (cuya respuesta debe admitir el Escribano comisionado, y señalarle dias, horas, y parage, para que concurra, sin que necesite dar pedimento à este fin, porque no hay ley que lo preveaga) y por haber formado el artículo, no asistió, es nula, como hecha fuera del termino legal, y sin la correspondiente solemnidad, y asi se han de volver à juramentar los testi-

gos

gos à su presencia, y cotejar los instrumentos presentados, y compulsados, si no quiere pasar por lo actuado durante la suspension.

397 Pero si en los dias que le señalaron, y mediaron antes de notificarsele la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser examinados durante ella, por haber sido juramentados en tiempo habil, aunque à consecuencia de la citacion para su juramento no lo hubiese presenciado; y lo propio milita, si se sacaron, ò comprobaron despues de ella algunos documentos; y no debe la otra parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida, deferirse à ella, pues de no haber asistido echese à si mismo la culpa, porque el Juez, ò Escribano que entienden en la probanza, no tienen obligacion de esperarle, ni con este motivo deben causar costas al litigante, cuya prueba hacen, como lo dice expresamente la ley 23. tit. 16. Partid. 3. Todo lo qual se practicó à mi instancia en el Consejo en pleito en que recibido à prueba, formé cierto artículo, para que se citase à un tercero al juicio; y habiéndolo pasado los 80. dias, y mucho mas, hice se declarase no haber corrido el termino desde la presentacion del pedimento, ni sirviese la prueba que la parte contraria habia hecho mientras estuvo pendiente, porque no obstante saberlo, la habia continuado el Receptor comisionado.

398 Y si una de las partes pide con causa la suspension por ciertos dias del termino probatorio que falta, y el Juez defiere à ella, se debe poner el siguiente auto: *Mediante los motivos que se exponen, se suspende el termino probatorio por tantos dias, (los que sean) y pasados, vuelva à correr sin nueva providencia.* Cuyo auto se debe notificar à ambos litigantes, y concluidos los dias suspendidos, continúa el termino sin necesidad de mas decreto, pedimento, ni notificacion; pues de lo contrario se verificará que la suspension es mayor, y corre sin deber: que el auto se frustra, es illusorio, y se excede de su precepto; y que las partes se arrogan facultades, que solo el Juez tiene para suspenderlo à su arbitrio; y asi no es necesario volverlo à hacer saber, como algunos poco instruidos creen.

§. 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. Advertiendo 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 nulidad 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. Inimicitia, y cap. Fraternitatis, de Testib. Mantenez. in Dialog. Relator. cap. 16. n. 1. Pas tom. y part. 1.

temp. 8. n. 134. y 135.

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

(3) Marant. part. 6. tit. de Processus publication. num. 4. Pas ibi, n. 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 termino probatorio concedido, aunque la una lo pida, si la otra lo contradice; (2) pero si conformandose ambas; y es lo que se practica.

401 Mas de qualquiera suerte que se haga, de la presentacion de publicacion se ha de comunicar traslado à la otra parte, y notificarsele, para que exponga si está, ò no pasado el termino, 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 uno pedimento. Y unque este auto parece implicatorio en quanto el Juez dá traslado, y al mismo tiempo llama los autos, no lo es, porque el traslado sirve únicamente para que la parte contraria exponga si ha espirado, ò no el termino, ò hay algun motivo observa-

(1) Ley final tit. 6. lib. 4. Recopil. Cur. Philip. part. 1. dicho §. 16. num. 20.

(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 rectamente 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 nuevo lo que alegaron en el efecto de 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, ó recibirlo à prueba, como para definitiva. De suerte que siguiendo 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. Iusta primam. Cod. de Eviden. Jas. in cap. Significavit, & in cap. Cum cauzim, de Testib. Marant. de Processus publicat. nn. 1. 2. y 5. Paz tom. y part. 2. temp. 8. dicho nn. 133. 134. y 149.
(2) Bart. in leg. Cum ab initio 4.

circa ff. 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. Nesemius, 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, ó goza del privilegio de menor edad, como son el Fisco, Iglesias, Hospitales, Concejos, Universidades, Colegios, Cabildos, Mayorazgos, Patronatos, Capellanias, y demás obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, sino la hizo, ó para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ó alguna excepcion nueva que alegue, le ha de conceder el Juez por via de restitucion 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, ó en rebeldia, sin dar traslado de la pretension, ni oír sobre ella al mayor, aunque éste resista la concesion, y denegarle otra restitucion 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 restitucion 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 intérprete de las leyes, no se entiende así, antes bien se concede la mitad de todo el término ordinario, sea, ó 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 prorrogacion 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 litigante; 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 imitacion 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 ultimas de las quatro que para su concesion quedan referidas en el numero 380. (3) Previendo lo primero, que este término 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) Affil. decis. 124. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 11. num. 4.

(2) Paz in Prax. tom. y part. 1. temp. 8. no. 157. 158. y 160. Cur. Philipp. dicho 5. y 6. num. 25. Accv. en la ley 3. tit. 8. lib. 4. Rec. en 4 y 5.

(3) Affil. decis. 124. num. 3. Avendaf. respons. 21. num. 3. Gu. tier. lib. 1. Pract. quest. 69. Accv. 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 se siguió en el Consejo contra la Ciudad de Alvaro en el año de 783. por la Escribanía de Don Juan Manuel de Reboles, no obstante que algunos sia 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 el 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 preteade 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, pidiéndose 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, ó no hacer, ó ampliar su prueba, por lo que puede pretenderla luego que espiren los 80. dias, ó el término concedido, si ápetece la brevedad, y el Juez deferir á ella sin hacer la publicacion, y concluido el de la restitucion, pedir, y hacerse la publicacion, como si no hubiera solicitado. La segunda, que ya alegue, y quiera probar, ó no excepciones nuevas, si las pretendiere hecha publicacion, depositando 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, ó aunque se hayan puesto, fueron repetidas, por no haberse deducido en el término, y con la solemnidad debida á mas de lo expuesto, jure no pedir de malicia la restitucion, y si porque cree probar lo que alega, y conviene á su defensa; pero el término para probarlas no ha de exceder de la mitad del concedido en la primera. Y si fuere en tercera, ó en grado de suplicacion sobre las que no se pusieron en las dos, que jure tambien que vinieron de nuevo á su noticia; pero así en la segunda, como en la tercera, no se ha de pretender la restitucion 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) Advertiendo que el juramento de no pedir de malicia la restitucion, se suele hacer tambien en la instancia primera, no obstante no preceptuarlo la ley.

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

(1) Ley 5. y 6. tit. 5. y 3. tit. 8. (2) Ley 5. tit. 9. lib. 4. Recop. 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, ó 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 sentado, y lo dice la ley fin. tit. 8. lib. 4. Recop. tit. 1. *Y qué del término que se diere por restitucion, goce la otra parte, si quisiere, y pueda hacer su probanza, segun; y como lo puede hacer la parte á quien fuere otorgada la restitucion, pero una vez concedido á instancia del privilegiado, no puede arrepentirse, ni renunciarlo en perjuicio de su adversario, sin que éste preste su consentimiento, ya sea la causa dividua, ó individua, porque adquirió derecho á disfrutarlo.* (1)

409. El que no es privilegiado, no puede alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se recibiera á 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, ó por instrumento publico. (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 á 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 ejecutoriado 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. Reporib. in integr. restitucion. Guiter. copul. lib. 2. Prae. quest. 22. Acce. en la (3) Ley 116. tit. 18. y leyes 10. ley 3. tit. 8. lib. 4. Recop. num. 44. y 2. tit. 26. Partid. 3. y ley Cune al. 6. Cur. Philip. ilustr. part. 1. §. 16. pactibus; Cod. de Probation. Sr. 226. y 9. Gre-

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 acto, à menos que el uno trate de *lucro 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 debe 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 seguí, 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 sí, 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. Hec sane, Parej. de Instrument. Edition. tit. 1. resol. 2. §. 2. num. 14. Cur. Philip. part. 1. §. 16. num. 32. Parlador. lib. 1. cap. 17. num. fin.

(1) Gmies. lib. 1. Práct. quest. 65. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. num. 10.

Sr. Valenzuel. consil. 165. Sr. Covar. lib. 2. Variar. cap. 3. num. 10. Afflic. decis. 15. Parlad. lib. 2. cap. 11. num. 5.

(2) Cap. 1. y cap. Auditis, de In integrum, restitucion. y cap. Si à se de 21. de Præbend. in 6. y ley Verum, §. Item queritur, ff. de Minorib. 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 contienden 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 intimos 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 perrezca 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, nom. fin. y en la 6. Cod. de In integrum restitut. Gutier. lib. 1. Práct. quest. 67. Ciriac. con-

trov. 183. Fontanal. decis. 112. y 120. (2) Vela disert. 37. nom. 30. Garcia de Expens. cap. 23. num. 34. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. num. 5.

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 acto, à menos que el uno trate de *lucro 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 debe 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 seguí, y de lo 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 sí, 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. Hec sane, Parej. de Instrument. Edition. tit. 1. resol. 2. §. 2. num. 14. Cur. Philip. part. 1. §. 16. num. 32. Parlador. lib. 1. cap. 17. num. fin.

(1) Gmice. lib. 1. Práct. quest. 65. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. num. 10.

Sr. Valenzuel. consil. 165. Sr. Covar. lib. 2. Variar. cap. 3. num. 10. Afflic. decis. 15. Parlad. lib. 2. cap. 11. num. 5.

(2) Cap. 1. y cap. Auditis, de In integrum, restitucion. y cap. Si à se de 21. de Præbend. in 6. y ley Verum, §. Item queritur, ff. de Minorib. 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 contienden 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 intimos 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 perrezca 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, nom. fin. y en la 6. Cod. de In integrum restitut. Gutier. lib. 1. Práct. quest. 67. Ciriac. con-

trov. 183. Fontanal. decis. 112. y 120. (2) Vela disert. 37. nom. 30. Garcia de Expens. cap. 23. num. 34. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. num. 5.

hacer su prueba los testigos de contrario presentados, porque es artículo impertinente, à menos que intervenga causa de enemistad, y no otra: (1) pero hecha publicacion en qualquiera de las instancias, puede cada uno tachar no solo las personas de los producidos por su adversario, sino sus dichos, y abonar los suyos. (2)

414 Para que se admitan las tachas, ò repulsas de los testigos, deben intervenir copulativamente de parte del que las opondre tres requisitos; el primero, que en qualquiera instancia sin diferencia la proponga dentro de los seis dias siguientes al de la notoriedad de la publicacion de probanzas, y no despues, porque no se concede mas término, ni restitution. El segundo, que las especifique con toda claridad, y distincion, como tambien las causas de que provienen; v. g. si põne al testigo la de *excomunion*, ha de expresar si està es mayor, ò menor, quién le *excomulgó*, en qué tiempo, y lugar, y por qué razon: si la de *falsario*, en qué tiempo, y pleito dijo falso testimonio: si la de *perjuro*, en qué caso, lugar, tiempo, y por qué razon se perjuró: si la de *homicida*, à quién mató alevosamente, en qué tiempo, y lugar: y así las demás que se pueden objetar, pues no especificandose con esta claridad, no se deben admitir, porque prohibe nuestro derecho que se admitan tachas generales, y no bien especificadas. (3) Y el tercero, que para eximirse de la pena de injuriantes, protexa, y jure no ponerlas de malicia, ni con ánimo de infamar al testigo, sino unicamente por convenir à su defensa, pues de esta suerte (cesante malicia) se libertará de la pena, aunque no justifique la tacha; (4) de cuyos requisitos, los dos primeros son indispensables como preceptuados por la ley, y el tercero tiene su tendencia à beneficio del que tacha, à fin de evitar que se le imponga la pena referida, si no prueba la tacha, ò tachas que oponen.

(1) Marant. part. 6. de Testium repulsa, num. 8.

(2) Leyes 22. y 27. tit. 16. Partid. 3. y 6. al fin tit. 33. Partid. 7. y ley 1. tit. 8. lib. 4. Recop.

(3) Ley 19. tit. 10. lib. 2. y ley 2.

tit. 8. lib. 4. Recop. y cap. Presentium, §. Testes, de Testib. in 6.

(4) Paz tom. y part. 1. temp. 9. num. 22. Cur. Philip. part. 1. §. 17. num. 12. cerca del fin.

ne. En quanto à si en el término dado en segunda instancia para tachar à los testigos en ella producidos, se podrán probar las tachas de los examinados en la primera; vease à Paz tom. y part. 1. temp. 9. num. 7. y al Señor Covar. *Pract. cap. 18. num. 5.* que lo tratan latamente.

415 Se pueden poner las tachas en interrogatorio, ò pedimento, pues no hay ley que preña en donde. Los seis dias para oponerlas, parece se deben entender para cada parte, porque de lo contrario se verificará, que si el que toma primero los autos, los consume, ya por ser voluminosa su prueba, ò la de ambos, ò por otro motivo, no podrá el otro usar de su derecho, especialmente no habiendo presenciado à juramentar los testigos, ò no conociendolos, ò ignorando hasta entonces la tacha, aunque los conozca, y presencie à su juramento, y será perjudicado; pero sin embargo, en la práctica no se observa, porque de permitirse esto, si los litigantes eran muchos, se impondria largo tiempo; y respecto à que en el término de prueba puede indagar la parte contraria las que tengan los testigos de su contendor, y que se le cita para ello, y para conocerlos, y verlos juramentar, echese la culpa de su omision; y así los seis dias son para todos indistintamente, y no para cada uno solo, porque la ley no permite mas ampliacion, y nadie tiene potestad para ampliar el término que prescribe, y mucho menos en materia odiosa como ésta.

416 Siendo admisibles las tachas, se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal, ya sean, ò no menores los litigantes, ò uno si; y otro no, porque es perentorio; y en ninguna instancia se ha de conceder restitution para ponerlas, ni probarlas, ni recibirse à prueba de ellas, hasta que pasen los quinze dias despues de la publicacion en que se puede pedir la restitution en caso que haya privilegiado à quien deba concederse ésta, ni el Juez lo puede ampliar, aunque si abbreviar si le pareciere; (1) de suerte que debèn correr à un

pro-

(1) Ley 1. tit. 8. lib. 4. Recopil. cap. 22. de Re judicat.

propio tiempo el de la restitucion si lo hubiere, y el de tachas, ó por mejor decir, ha de ser todo uno; dentro del qual no solo se han de presentar, sino tambien examinar los testigos de ellas; y pasado no se deben recibir aunque estén juramentados; y es la razon, porque las tachas son odiosas, y para admitirlas, y probarlas, se examina, y concede el término con gran conocimiento de causa, y por eso se debe restringir; (1) lo qual no milita en el negocio principal, como queda sentado. Pero si no litiga algun privilegiado que goce del beneficio de menor edad, no se ha de esperar á que pasen los referidos quince dias; y asi se ha de recibir á prueba de ellas inmediatamente que se proponen, porque no hay motivo para la espera. Previendo que del pedimento, ó interrogatorio en que se especifican, se ha de dar traslado al colitigante para que diga si son, ó no admisibles, y oponga á los testigos de su adversario las que tengan, y si dentro de tres dias siguientes al de la notificacion del traslado nada responde, se le acusa una rebeldía, y siendo de admitir, las admite el juez, y recibe la causa á prueba de ellas; y lo mismo practica aunque lo contradiga: pero no siendo admisibles, las debe despreciar, y declarar no haber lugar á su admision.

417 Para justificar las tachas por testigos, se han de buscar los que sean idóneos, y fidedignos que ninguna tengan, pues en el Fuero Real no se admite prueba de tachas contra tachas, porque sería proceder á infinito; ni se hace publicacion particular de los examinados por restitucion, ni tampoco hay, ni debe haber mas que una en cada pleito, como dejo expuesto, por lo que en el término de ésta se han de proponer, y probar las que tengan, asi los examinados en el ordinario, como los que se examinen en el de la misma restitucion si las tienen, porque la ley no dá mas ampliacion; y por lo mismo, aunque litigue alguno, á quien competa el beneficio de menor edad, manda que la causa no se reciba á prueba de tachas hasta que hayan espirado los quince dias en que se puede pedir la restitucion.

(1) Abb. in cap. Licet dilectus al fin, de Testib. Marant. ibi, nu. 6, y 7.

cion, (1) como queda sentado, para que corra todo junto, y se eviten mas dilaciones. Pero en el fuero Eclesiastico se pueden admitir tachas contra tachas, quiero decir, testigos que declaren las que tienen los que tacharon á los examinados en la causa principal, que llaman reprobatorios de los reprobantes de éstos, y no mas, como lo dice el capitulo *Licet dilectus 49. tit. de Exceptionib. contra testes proponendis lib. 2. Decretal.* Previendo que aunque no se reciba á prueba de ellas, no se causa nulidad en caso que no se pongan, ni pidan, porque no hay materia sobre que recaiga su prueba.

418 Tres son los generos de tachas que se pueden oponer á los testigos: el primero contra sus personas, diciendole que son inhábiles para testificar absolutamente en toda causa, ó para haber testificado en aquella, en que depusieron. El segundo contra su examen, v. g. por defecto de jurisdiccion del que los examinó, ó por haberse examinado fuera del término competente, ó paladina, y no secretamente, admitiendo á muchos á un propio tiempo, ó despues de hecha publicacion, ó faltado la citacion de la parte contraria, ó no sido juramentados, &c. Y el tercero contra sus dichos, v. g. por haber depuesto cosas contrarias, obscuras, inciertas, vacilantes, no verosimiles, ni congruentes al hecho litigioso, ó totalmente falsas, ó singulares, ó fuera de lo articulado, ó sobre lo que no se les juramentó, ó por no haber dado la razon de su ciencia, y dicho. (2)

419 Aunque para poder tachar á los testigos contrarios, no es menester protestar contra sus personas, y dichos al tiempo que se juramentan, á fin de que no sean admitidos á declarar, y basta hacerlo despues, como se estila; es util, no obstante, quando el testigo tiene algun defecto, por el qual se le reprueba en favor del mismo protestante, ó reprobante, y éste protesta que no se le ad-

(1) Ley 3. cerca del fin, tit. 8. Exceptionib. contra testes, lib. 2. lib. 4. Recop. Car. Philip. part. 1. Decretal. Reinfestual en dicho lib. §. 16. num. 30. al fin. §. 17. num. 53. al 536. Virbing de (2) Cap. Licet dilectus 49. de Exception. contra testes, num. 229.

admita; pues de omitir en este caso la protesta, es visto aprobar á lo menos su persona, y aun consentir su dicho. Pero si el defecto tiene su tendencia á su persona solamente, v. g. por estar excomulgado, &c. no es precisa la protesta, antes bien si se hace; debilita su asercion, y surte el efecto de que deponiendo algo á su favor, no le aproveche, por presumirse depuesto por temor, y porque con la protesta quiso que en nada se le diese crédito; (1) por cuya razon es menester gran precaucion en las que en semejantes casos se hacen, pues pueden ser nocivas al protestante.

420 La parte que presentó testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, aunque no se hayan examinado, ni tampoco en otro, sin embargo de que se produzcan contra ella, porque es visto haberlas aprobado, (2) y lo que una vez agradó, no debe desagradar. (3) Lo qual se limita en caso de enemistad, ò otra causa legal nacida, y sabida despues, en cuyo caso se le permite. Pero contra sus dichos puede alegar, y probar en el termino expresado lo que la convenga, ya sea por razon de falsedad, contrariedad, error, equivocacion, ò otro motivo. (4) Y para que sus deposiciones no la perjudiquen, conviene que en el pedimento con que presenta su interrogatorio, ó al tiempo de la produccion de ellos proteste: *que no ha de ser visto aprobarlos, ni estar á sus declaraciones, mas que en lo favorable; con cuya cautela no se le puede reconvenir de que aprobó lo que depusieron contra ella, ni por consiguiente serán testigos contra producentem*; lo qual es al contrario en la produccion de instrumentos, como en el num. 347. de jo explicado.

421 En quanto á si el Juez podrá, ó no repeler de officio los dichos de los testigos inhabiles, es de advertir que en ellos pueden concurrir varias especies de inhabilidad; unos lo son para testificar absolutamente en qualquiera cau-

(1) Dicho cap. Licet. al fin. & ibi glos. & Abb. Reinfestuel dicho §. 17. num. 533. Marant. ibi. on. 2. y 4.
(2) Ley 31. tit. 16. Partid. 3. y ley Si quis testib. Cod. de Testib. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 31. glos. 4.
(3) Regula 21. Jur. in 6.
(4) Dichas leyes 31. tit. 16. y Si quis testib. y cap. 31. de Testib.

causa respecto de todas personas, v. g. los infames, criminosos, impuberos, siervos, &c. porque por derecho están reprobados: otros para testificar contra, ó en favor de ciertas personas, v. g. los padres por los hijos, estos por ellos, los consanguineos por otros parientes, sino que sea sobre edad, los domesticos, &c. otros contra personas determinadas, v. g. el enemigo capital contra aquel á quien profesa enemistad, excepto que lo sea de ambas partes; el Judío contra Christiano, &c. Y otros que no pueden testificar en ciertas causas, v. g. el Clerigo en las de sangre. (1)

422 Supuesto lo referido, digo que si el testigo es inhabil por derecho, porque su inhabilidad consiste en culpa, infamia, impubertad, esclavitud, y en otras cosas semejantes, puede el Juez repeler de officio su dicho, porque por el favor público, que prepondera al particular, tiene prohibicion legal de testificar; y por lo mismo carece de potestad la parte para habilitarlo, pues de lo contrario sería lesa el derecho público, y comun utilidad de la Republica, y hasta el decoro de los mismos juicios; pero si la inhabilidad no es legal, sino que cede principalmente contra los litigantes, y éstos la pueden remitir, v. g. por ser domesticos, parientes, amigos, enemigos, &c. no debe repelerlos sino á su instancia, porque por su silencio es visto que los aprueban, y habilitan; (2) pues á ninguno está prohibido renunciar lo que está establecido á su privativo beneficio. (3) Y se previene que no se admiten tachas, sino de enemistad capital en las causas de lesa Magestad; (4) ni en las de blasfemia, porque se equiparan á ellas; ni tampoco regularmente en las executivas, y demás sumarias. (5)

Pa-

(1) Reinfestuel dicho lib. 2. Decretal. tit. 20. §§. 1. hasta el 17. inclusivo, y otros que cita.
(2) Ley Quos prohibet, ff. de Postulando. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 22. Fax tom. y part. 1. temp. 9. n. 9. y 10.
(3) Cap. Si diligenti 12. de Foro competent. y ley Si quis in consuetudine 29. Cod. de Pact. Cur. Philip.
(4) part. 1. §. 17. n. 14. y 15.
(5) Ley Famosi, y ley In questionibus, ff. ad leg. Juliam Majestatis.
(6) Marant. de Reputa. test. n. 16. al fin. Abb. in cap. Veniens, de Testib. & ibi Felin. in 6. & Aretin. col. 10. Parlador. lib. 2. Rer. part. 5. cap. fin. §. 10. n. 25. Cur. Philip. part. 2. §. 19. n. 7.

423 Pasado el término de la restitucion, y prueba de tachas, si las hubo, han de alegar las partes de bien probada su intencion, y del derecho, y justicia que las asiste, segun resulte de sus probanzas, en los terminos insinuados en el num. 492; y si no las hicieron, alegarán solamente de su derecho, y justicia; y concludos los autos por la una, se ha de hacer saber á la otra, para que la conste que lo están, como diré en el num. 426.

424 Si alguno de los litigantes no quiere tomar los autos, aunque segun las leyes 5.ª tit. 4. lib. 2. y final, tit. 6. lib. 4. Recopil. basta acusarle una rebeldía para haberlos por concludos, así para auto interlocutorio, como para sentencia definitiva se estila, no obstante, en algunos Juzgados acusarle dos; á la primera la há el Juez por acusada, y manda se le notifique que dentro de tercero dia responda al traslado que le está conferido. Cuyo auto se le hace saber; y pasados los tres dias, si no los ha tomado, se la vuelve á acusar, insistiendo en que se hayan por concludos legitimamente, y el Juez defiere á ello; bien que algunas veces suele mandar se le vuelva á notificar que dentro de segundo dia responda, y pasado sin haberlo practicado, se declaran por concludos; y en estos casos se debe hacer saber la conclusion á ambas partes, para que les conste; y lo mismo se practica quando son muchos los litigantes, pues á todos los que no quieren tomar los autos, se acusan las rebeldías en un mismo pedimento hablando con ellos, sin ser necesario para cada uno el suyo separado. Pero tomandolos ambos, los puede el Juez haber por concludos con dos escritos de cada uno, así para sentencia interlocutoria, ó recibirlos á prueba, como para definitiva, segun lo ordena la ley 9.ª tit. 6. lib. 4. citado, y lo dexo advertido en el num. 274, y concederles el término que le parezca competente para alegar, pues los seis dias legales son para pleitos ligeros. Lo qual se entiende quando no hay nuevo motivo para bolver á alegar, pues si se producen, ó sacan nuevos instrumentos, como que se deben comunicar á la otra parte, podrán alegar ambas con este motivo nuevamente, y así lo he visto practicar.

425 Aunque no es de substancia del juicio, ni se anula por

por no alegar las partes de su justicia, y derecho en vista de sus probanzas; por lo que pueden dexarlo de hacer, y concluir: no obstante, está introducido, y son varios los motivos por que alegan, y se les comunican: el primero, para que deliberan si han de continuar el pleito, ó ceder. El segundo, porque el alegato es especie de defensa, en el qual (estando formado como se debe) se epilogan, no solo todos los hechos resultantes de los autos, y las razones legales, y reflexiones que de ellos nacen, sino que se impugna con solidez todo lo que el adversario aduce en apoyo de su intencion; bien que en los alegatos no se deben citar leyes, ni doctrinas, porque lo prohibe la ley 4.ª tit. 16. lib. 2. Recopil. pena de 600. maravedis al Abogado que lo haga, ó repita lo que antes alegó, por los motivos que expone. El tercero, porque una vez que las probanzas se ponen en los autos, son comunes á ambos litigantes, y se les deben manifestar si las piden, y de lo contrario pueden apelar; y esto mismo está dispuesto por las condiciones de millones, súplica sexta en las del quinto genero, fol. 94. buelto, por la que se ordena que en los pleitos civiles, y criminales se déa las informaciones en derecho de unas partes á las otras, para que así se aclare mejor la verdad á menos costa suya, y no experimenten daño los pobres, con tal que no sean mas de dos alegatos principal, y replicato, ni los Jueces los puedan recibir. Y el quarto, para patentizar mas bien al Juez la verdad, á fin de que determine con mayor prontitud, y conocimiento lo que estime arreglado, segun los meritos de la causa; (1) bien que el Juez no debe sentenciar por lo que en él se exponga, sino por lo resultante de autos, á cuyo fin los debe inspeccionar con toda proligidad, y á la verdad en esta Corte, y en donde se informa por los Abogados verbalmente á los Jueces, es ociosa la alegacion de bien probado, y un gasto inutil de tiempo, y dinero, porque aquella no se lee regularmente. Y se advierte que de las

(1) Ley 1.ª §. Edenda, ff. de de Fide Instrument. Marant. part. 6. Edendo, ley. 2. Cod. eod. tit. y ley 2.ª act. 10. de Actor. edition. n. 53. Cod. Ut illic pendente, cap. Per tuas, y 54.

las alegaciones, ó informaciones en derecho que se hacen para mera instrucción del Juez, no se debe conferir traslado, excepto que se pongan con los autos, como deben ponerse al fin de ellos si se pide, según lo manda dicha ley, porque en este caso, y no en el otro, se hacen comunes, y son del proceso. (1)

§. XI.

DE LA CONCLUSION DE LOS AUTOS

para definitiva: y si despues de conclusos se pondrán, ó no hacer probanzas.

486 **C**oncluir en los pleitos, quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas, y defensas que les competen, y que nada mas quieren, ni tienen que justificar en ellos. La conclusion es de substancia del juicio, ya se pida, ó no por las partes, como se prueba de nuestro derecho; (2) por lo que siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se há el pleito por concluso legitimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, como en el fuero Eclesiastico se práctica, sino unicamente hacersele saber para que le conste que ya está concluso, y no para otro efecto; y siendo mas de dos como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en número, y en este caso se han por conclusos conforme van concluyendo, y se vá mandando hacer saber la conclusion, y correr el traslado, ó traslados, hasta que por los mas se concluye, y se les hace saber, bien que si por la produccion de nuevos documentos de la una alega la otra, y al mismo tiempo concluye ésta, se debe dar traslado de su alegación á la que los produjo, aunque no sean mas que dos los litigantes, para que en vista de lo que responda á ella vuelva á concluir; pero siendo muchos, si no toman los autos, se les acusan las rebeldías expresadas en

(1) Mirant. ibí, n. 58. Menoch. de Arbitrar. cas. 175.

(2) Ley final, tit. 6. y ley 1. tit. 7. lib. 4. Recop.

en el num. 424. Advirtiendo que la conclusion por ser cosa substancial del juicio, debe ir firmada de Letrado, y no hacerla por sí solo el Procurador, porque puede perjudicar á su parte.

427 Puede el Juez á instancia de ambas partes, ó de una de ellas, (y aun quando lo resistán) haber, y declarar la causa por conclusa, si pasados los terminos que las previene, no alegan de bien probado; y tambien si no hay probanza, y una pide que se haya el pleito por concluso, y porque la otra nada responde al traslado que de la pretension se la comunica, la acusa la rebeldía á la primera audiencia. (1) Pero si los litigantes son muchos, se ha de observar lo que queda sentado en el número anterior.

428 Sin embargo de estar prohibido hacer probanzas con testigos en primera instancia despues de la publicacion, y conclusion, por evitar que las partes en vista de lo depuesto por los presentados, corrompan otros que se perjuren, excepto sobre falsedad de instrumentos producidos en la prueba, ó despues, como he sentado en el numer. 409. no lo está por instrumentos, y así con estos pueden hacer prueba, no solo despues de la conclusion, sino despues de visto el pleito, con tal que no esté sentenciado; y de ellos se debe dar traslado al adversario á fin de que los impugne, y se cotejen, si fueron sacados sin su citacion, exponga lo que le conyenga acerca de su contosto, y evitar su indefension, y la nulidad; pero para que se admitan, y manden sacar, debe jurar la parte, que hasta entonces no tuvo noticia de ellos, y que no los pide, ni presenta de malicia, ni por diferir el pleito, sino solamente por conducir á su justicia, lo qual es corriente en la práctica, y conforme á derecho, (2) porque no hay riesgo de soborno, perjuero, ni otro fraude como con los testigos, y se permite á efecto de aclarar la verdad, y de que no parezca la justicia de la parte. Previendo que para probar la falsedad, y suplantacion de los instrumentos expresados,

(1) Ley 52. tit. 4. lib. 2. y ley 10. y 5. tit. 5. lib. 4. Recop. Paz part. y tit. 6. lib. 4. dicho. tom. 1. temp. 8. n. 145.

(2) Ley 1. tit. 2. y leyes 1. 2. 3.

dos, ha de conceder el Juez al redarguyente término competente, recibíndole juramento de que no los redarguye de falsos, (1) con malicia, sino por convenir á su defensa; ó jurandolo él (como queda expuesto) en el pedimento en que solicita la prueba de su falsedad.

429 No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion, sino tambien por confesion, ó posiciones de la parte adversa concernientes al pleito, porque la confesion no es propiamente prueba, sino relevacion de ella. (2) Igualmente puede hacerse por juramento supletorio á instancia de la parte en los casos en que há lugar, y quedan expresados en el num. 116. y asimismo por vista ocular en los pleitos sobre que puede recaer, (3) y dexo referidos en el num. 368.

430 Tambien puede recibir el Juez de oficio qualquiera prueba despues de la conclusion, á fin de investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion, y conocimiento, porque para él jamas concluye el pleito; (4) y á instancia de parte, ó de oficio, examinar segunda vez al testigo que no fue preguntado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes al pleito, si para todas fue presentado; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que decláre su dicho, (5) mandando que para mejor proceder se haga esto, ó lo otro, ó lo que sea, &c. cuyo auto no es apelable; bien que si no quiere hacerlo, no está obligado á ello, no obstante que algunos dicen que sí, y que no lo haciendo, se puede apelar. (6) En quanto á si el Juez en las causas ordinarias puede interrogar á una

(1) Ley 116. tit. 18. Partid. 3.º. Cor. Philip. part. 1. §. 16. n. 27.

(2) Ley 1.º tit. 12. Part. 3.º. ley Ubiunque 21. ff. de Interrogacion. in jur. faciend. & de Interrogator. 261. y cap. Cum Joannes, de Fide instrumentor. Sr. Gregor. Lop. en dicha ley. glos. 1.º. y 2.º. Marant. part. 4.º. tit. Judicium ordinarium, n. 28. y part. 6.º. tit. de Conclusion. n. 5.

(3) Bald. in leg. Si quis testibus al fin, Cod. de Testib. & in leg. Con-

tra negantem, al fin Cod. ad leg. Aquil. Jas. in repet. leg. Admonendi, col. 154. ff. de Jurjurandi. Marant. part. 6.º. dicta n. 4.º y 6.º.

(4) Dicha ley 2.º tit. 12. y cap. Cum Joannes, cit. Gailus lib. 1.º. Pract. observat. 207. n. 5. Jas. in dict. repetit. n. 61. y 62.

(5) Ley 30. tit. 16. Partid. 3.º. y cap. Per tuas, de Testib.

(6) Pax tom. y part. 1.º. temp. 10.º. n. 12. al 17.

una parte, y á los testigos á instancia de la otra despues de la conclusion sobre artículos nuevos, hay variedad de opiniones; pero en las sumarias es comun doctrina que puede; sobre lo qual vease á Maranta part. 4.º. tit. Judicium ordinarium, & sumarium, num. 28. al 31. y á los que cita.

§. XII.

DE LA RECUSACION DE LOS JUECES superiores, é inferiores, y subalternos de los Tribunales: causas por qué puede ser hecha, y forma de hacerla.

431 NO es otra cosa (segun mi proposito) la recusacion, que declinacion, ó separacion por causa cierta, y justa de la jurisdiccion del Juez sospechoso, y de su audiencia, para que no conozca del negocio. (1) Fue introducida por tres razones: la primera, porque el conocimiento de la causa requiere tres cosas, que son: justicia, juicio, y verdad, las cuales es muy difícil hallar en el Juez sospechoso. (2) La segunda, porque es muy duro, y peligroso litigar ante un Juez, de quien no se tiene confianza. (3) Y la tercera, porque por derecho natural es lícito á qualquiera precaverse de la ofensa, y del ofensor; (4) y asi no puede quitarla el Principe, ley, ni estatuto, porque mira á la defensa natural, y embebe en sí perjuicio irreparable. (5) Y sus efectos son, suspenderle la ju-

(1) Ley Apertissimi 16. Cod. de Judic. Canon. Quod suspecti 3.º. quest. 5.º. y cap. Quod suspecti 3.º. quest. 5.º. Sr. Covar. Pract. cap. 26. n. 1. Pirhing. de Recusation. n. 265.

(2) Card. de Luc. in Prax. judic. cap. 19. Quesad. Controversa, jur. cap. 17. n. 16. Cresp. observat. 9.º. y to. 4.º. Sr. Salazar. in Pollit. cap. 8.º.

(3) Cap. Cum speciali, Cod. de Judic. cap. Quod suspecti, 3.º.

Tom. III.

quest. 5.º. cap. Cum Inter, de Exception. y ley 22. al principi. tit. 4.º. Partid. 3.º.

(4) Fontanel. decis. 1.º. n. 1. Cardos. in Prax. verb. Recusatio. Pereir. in Promptuar. jur. verb. Recusatio. Barbosa. in Repertor. jur. eod. verb.

(5) Card. de Luc. ibi, num. 2.º. Quesad. ibi, n. 18. Gras. except. 24. n. 15.

dos, ha de conceder el Juez al redarguyente término competente, recibíndole juramento de que no los redarguye de falsos, (1) con malicia, sino por convenir á su defensa; ó jurandolo él (como queda expuesto) en el pedimento en que solicita la prueba de su falsedad.

429 No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion, sino tambien por confesion, ó posiciones de la parte adversa concernientes al pleito, porque la confesion no es propiamente prueba, sino relevacion de ella. (2) Igualmente puede hacerse por juramento supletorio á instancia de la parte en los casos en que há lugar, y quedan expresados en el num. 116. y asimismo por vista ocular en los pleitos sobre que puede recaer, (3) y dexo referidos en el num. 368.

430 Tambien puede recibir el Juez de oficio qualquiera prueba despues de la conclusion, á fin de investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion, y conocimiento, porque para él jamás concluye el pleito; (4) y á instancia de parte, ó de oficio, examinar segunda vez al testigo que no fue preguntado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes al pleito, si para todas fue presentado; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que decláre su dicho, (5) mandando que para mejor proceder se haga esto, ó lo otro, ó lo que sea, &c. cuyo auto no es apelable; bien que si no quiere hacerlo, no está obligado á ello, no obstante que algunos dicen que sí, y que no lo haciendo, se puede apelar. (6) En quanto á si el Juez en las causas ordinarias puede interrogar á una

(1) Ley 116. tit. 18. Partid. 3.º. Cor. Philip. part. 1. §. 16. n. 27.

(2) Ley 1.º tit. 12. Part. 3.º. ley Ubi-
quoque 2.º ff. de Interrogat. in jur.
faciend. & de Interrogat. 26.º. y cap.
Cum Joannes, de Fide instrumentor.
Sr. Gregor. Lop. en dicha ley. glos. 1.º.
y 2.º. Marant. part. 4.º tit. Judicium
ordinarium, n. 28. y part. 6.º tit. de
Conclusion. n. 5.

(3) Bald. in leg. Si quis testibus
al fin, Cod. de Testib. & in leg. Con-

tra negantem, al fin Cod. ad leg.
Aquil. Jas. in repet. leg. Admonendi,
col. 154. ff. de Jurjurandi. Marant.
part. 6.º dicta n. 4.º y 6.º.

(4) Dicha ley 2.º tit. 12. y cap.
Cum Joannes, cit. Gailus lib. 1.º.
Pract. observat. 207. n. 5. Jas. in dict.
repetit. n. 61. y 62.

(5) Ley 30.º tit. 16. Partid. 3.º y
cap. Per tuas, de Testib.

(6) Pax tom. y part. 1.º temp. 10.º
n. 12. al 17.

una parte, y á los testigos á instancia de la otra despues de la conclusion sobre artículos nuevos, hay variedad de opiniones; pero en las sumarias es comun doctrina que puede; sobre lo qual vease á Maranta part. 4.º tit. Judicium ordinarium, & sumarium, num. 28. al 31. y á los que cita.

§. XII.

DE LA RECUSACION DE LOS JUECES superiores, é inferiores, y subalternos de los Tribunales: causas por qué puede ser hecha, y forma de hacerla.

431 NO es otra cosa (segun mi proposito) la recusacion, que declinacion, ó separacion por causa cierta, y justa de la jurisdiccion del Juez sospechoso, y de su audiencia, para que no conozca del negocio. (1) Fue introducida por tres razones: la primera, porque el conocimiento de la causa requiere tres cosas, que son: justicia, juicio, y verdad, las cuales es muy difícil hallar en el Juez sospechoso. (2) La segunda, porque es muy duro, y peligroso litigar ante un Juez, de quien no se tiene confianza. (3) Y la tercera, porque por derecho natural es lícito á qualquiera precaverse de la ofensa, y del ofensor; (4) y asi no puede quitarla el Principe, ley, ni estatuto, porque mira á la defensa natural, y embebe en sí perjuicio irreparable. (5) Y sus efectos son, suspenderle la ju-

(1) Ley Apertissimi 16.º. Cod. de
Judic. Canon. Quod suspecti 3.º. quest. 5.º.
y cap. Quod suspecti 3.º. quest. 5.º. Sr.
Covarr. Pract. cap. 26.º n. 1.º Pirhing.
de Recusation. n. 265.

(2) Card. de Luc. in Prax. judic.
cap. 19.º. Quoad. Controversa, Jur.
cap. 17.º n. 16.º. Cresp. observat. 9.º.
y to. 4.º Sr. Salazar. in Pollit. cap. 8.º.

(3) Cap. Cum speciali, Cod.
de Judic. cap. Quod suspecti, 3.º.

Tom. III.

quest. 5.º. cap. Cum Inter, de Excep-
tion. y ley 22.º al principi. tit. 4.º. Par-
tid. 3.º.

(4) Fontanel. decis. 1.º n. 1.º. Car-
dos. in Prax. verb. Recusatio. Pereir.
to. Promptuar. Jur. verb. Recusatio.
Barbos. in Repertor. Jur. eod. verb.

(5) Card. de Luc. ibi, num. 2.º.
Quoad. ibi, n. 18.º. Gras. except. 24.
n. 15.

jurisdicción, y facultades de entender en el pleito, de tal suerte que una vez recusado legítimamente, debe sobreseer en su conocimiento, y no proceder *ad ulteriora*, (1) pues si procede, será nulo *ipso jure* como atentado todo quanto en él practique. (2)

432 Por derecho común, y de las Partidas (3) se debía recusar al Juez antes de la contestación de la demanda, y no después, à menos que hubiese causa nueva para ello; pero hoy en qualquiera estado del pleito se permite, con tal que la sentencia no esté publicada, y así pueden las partes recusarle, y tambien al Escribano, ò Escribanos que entienden en él. (4) Y para que el principiante no ignore por qué causas pueden ser recusados así los Jueces, como los Escribanos, y otros subalternos, y qué se debe observar en la recusación de los Jueces ordinarios, Togados, Eclesiásticos, y otros, paso à explicarlo con la distinción, y claridad posible.

433 Muchas son las causas porque se puede conceptuar al Juez de sospechoso, y ser por consiguiente recusado: la primera, por tener gran familiaridad con la otra parte, pues no basta la modica. La segunda, por ser consanguíneo, ò afín de ella, pero no, si lo es igualmente de ambas. La tercera, quando es Teniente del Juez ordinario, y se tiene à éste por sospechoso con justa causa, aunque contra aquel no la haya: y lo mismo procede quando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa à toda su familia. La quarta, quando quiere ser Juez en causa propia. La quinta, quando es enemigo capital del recusante, ò lo fue en otro tiempo, aunque esté reconciliado. La sexta, quando es consanguíneo del consanguíneo de su enemigo, ò comensal suyo, ò de éste, ò su paysano, ò oriundo de

(1) Cap. Secundo requirí 41. §. ff. hoc tit. y ley Apertissimi, cit.

(2) Glos. Canon Quor. 2. quest. 6. verb. Appellat. Vall. us. hoc tit. §. 19. num. 4. Reinfestul hoc tit. §. 315. y 316.

(3) Authen. Oferatur, Cod. de

Litis contestat. ley Apertissimi cit. y leyes 22. tit. 4. y 8. verb. Otrosi decernis, tit. 10. Partid. 3.

(4) Sr. Covar. Peñal. cap. 16. n. 3. Paz tom. y part. 1. temp. 19. n. 20.

de su país, y hallandose en tierra estraña, se tratan como hermanos; bien que la amistad que solo proviene del pay-sanage, no es causa suficiente para la recusacion, como advierte el Sr. Greg. Lop. en la glos. 4. de la ley 4. tit. 27. Partid. 4. La septima, quando es subdito de la otra parte por razon de la jurisdicción, ò otro motivo, v. g. vasallo, ò sufraganeo, pues por temor puede hacer injusticia. La octava, quando fue Abogado de ella en aquella causa; mas no, si lo fue en otra del todo diversa. La nona, quando favorece demasiado à la otra parte, y grava al recusante. La decima, si tiene con él tanta familiaridad, que le habla à la oreja. La undecima, si el Juez procede injusta, animosa, y extrajudicialmente contra el recusante. La duodécima, si tiene otro pleito igual al que ante él pende, pues se presume juzgará en él del modo que quiere: se juzgue en el suyo. La decimatercia, si el recusante tiene algun pleito con el Juez como persona privada, pues produce bastante enemistad para conceptuarle sospechoso. La decimaquarta, si no quiso exercer con el algun acto de humanidad, pues si contempla su enemigo; ò si no quiere saludarle; ò fue conminado por la otra parte para que hiciese daño al recusante. La decimaquinta, quando el Prelado quiere ser Juez en pleito de su Iglesia, porque se presume la tendrá nimia, y excesiva afición. La decimasexta, quando fue consultor en la causa, aunque no haya sido Abogado, y reveló su voto; mas no, sino le reveló. La decimaseptima, si fue electo por consultor à pedimento solo de la otra parte, ò testigo en la causa, y luego pasa à ser Juez en ella. La decimaoctava, si es Canonigo de aquella Iglesia, y tambien una de las partes; pero no, siendolo ambas. La decimanona, si la parte contraria impetró à su señor por Juez suyo en aquella causa; ò el mismo Juez procuró serlo; ò es socio suyo; ò ambos habitan una casa en compañía. La vigesima, quando el recusante tiene apelado de sententia del propio Juez, pues pendiente la apelacion, se hace sospechoso para otra sententia. La vigesimaprime, si recibió don, ò premio de la otra parte, pues se presume corrompido; y para probarlo bastan tres

testigos singulares fidedignos, aunque cada uno deponga de hecho, y regalo distinto dado al Juez, si con su dicho concurren otras presunciones, y circunstancias, como lo ordena la ley 6. tit. 9. lib. 3. Recop. La vigesimasecunda, quando fue Juez en primera instancia, pues no puede serlo en la segunda. La vigesimatercia, quando por algun respeto tiene tendencia la causa al daño, ó provecho del Juez, v. g. por estar obligado á evicción, ser fiador de la otra parte, &c. La vigesimacuarta, quando es illiterato, imperito, y la causa ardua, ó nimia, y excesivamente severo, y cruel, ó indiscreto, ó acostumbra serlo. Y la vigesimacuinta, si es compadre de la otra parte, ó no quiere oír al recusante, aunque el pleito sea claro. Por cuyas causas, y por otra qualquiera que baste para remover al árbitro, y Procurador, puede ser recusado el Juez, las cuales refiere, y apoya con muchos textos, y Autores, *Alarant. part. 6. tit. de Appellat. num. 28. al 73. inclusive*, los que omito citar á beneficio de la brevedad.

434 Para explicar con claridad el modo, y forma que se debe observar en la recusacion de los Jueces, segun nuestras Leyes Castellanas, y el Derecho Canonico, es preciso advertir que hay Jueces ordinarios, y delegados Ecclesiasticos, y Seculares; árbitros, executores, de residencia, Alcaldes de Corte, y otros Togados; y Presidentes del Consejo, Chancillerias, y Audiencias. Si el Juez letrado es ordinario, ó delegado secular, no es menester expresar la causa de la recusacion, basta jurar que no se le recusa de malicia, ni por calumniarle, y si solo porque se le tiene por sospechoso, y pedir con modestia se haya por recusado, y se acompañe conforme á derecho; y no que le haya por recusado en el todo, pues no se debe admitir esta recusacion absoluta, porque, á ninguno de los dos se remueve, ni quita el conocimiento, y unicamente se les suspende el progreso en la causa sin el acompañado, y asi es nulo lo que sin éste practiquen despues de la recusacion, la qual se debe hacer *in scriptis*, y no basta verbalmente; previniendo que si falta el juramento expresado, no se admite la recusacion aunque no se pida al recusante,

te, (1) no obstante que la ley (2) solo le precisa á hacerlo quando la parte adversa lo pide. Lo mismo concibo se debe practicar con el Asesor necesario del Juez lego, qual es el Alcaldé mayor, en donde el Corregidor es de capa, y espada, el Auditor de guerra, el Asesor de alguna Capitanía general, ó Comandancia, y otros semejantes, que son letrados, y tienen jurisdiccion, á los quales no se quita el conocimiento como á los Asesores voluntarios, de que trataré en los numeros 442, y 443, y asi deben acompañarse como los Jueces ordinarios.

435 La persona con quien debe acompañarse el Juez en las causas civiles, ha de ser un hombre bueno, y en las criminales uno de los Jueces del Pueblo; y no habiendolo, han de nombrar los Regidores á dos de estos por acompañados; y si no se convinieren, ó no los hubiere, ha de elegir el Juez quatro hombres buenos de los mas ricos de él, los quales deberán echar suertes sobre quáles de ellos han de ser acompañados, y jurar los dos á quienes toque, que usarán legal, y fielmente su oficio, determinarán rectamente el pleito, y guardarán secreto en lo que fuere necesario; (3) y no siendo letrados, han de buscar un Asesor que lo sea. Previniendo que el recusante debe pagar sus derechos al acompañado, á lo que se le puede compeler por embargo, y venta de bienes, (4) porque dá motivo á que se causen.

436 Siendo recusados los Alcaldes de Corte que tienen Provincia, y como Jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia con los Escribanos de Provincia, se pueden acompañar con otro Alcalde, ó con persona de ciencia, y conciencia; (5) porque en dicho caso no se distinguen de aquellos para este efecto, como quando juntos

(1) Ley 1. tit. 16 lib. 4. Recop. & ibi, Accev. gloss. in dict. leg. *Aperitissim!*, verb. *Recusare*: Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Partid. 3. glou. 4. Sr. Covar. dicho cap. 26. n. 1. Faz dicho temp. 10. n. 22.

(2) Dicha ley 22. tit. 4. Partid. 3. verb. *Por onde*

(3) Ley 22. cit. y ley 1. y 2. tit. 16. lib. 4. Recop.

(4) Accev. en dicha ley 1. n. 11. y n. 21. al 25. *Avenida*. in cap. *Prat. 23.* part. 2. n. 14. y 15. *Segur.* part. 1. Director. cap. 14. n. 46. y sig.

(5) Ato 5. tit. 10. lib. 2. Recopilac.

en Sala entienden en algún negocio, pues entónces son necesarios otros requisitos que explicaré en el num. 451, y siguientes. Lo mismo practica hoy regularmente qualquier Juez ordinario letrado, si hay otro ea el Pueblo, por evitar los círculos de la ley, observando en quanto al número de recusados lo dispuesto para con los Asesores de los Jueces legos, de que trataré en el num. 443: pues por hombre bueno se entienda según derecho (1) el Juez ordinario.

437. No conformándose en las causas civiles el Juez ordinario secular recusado, y su acompañado, ha de ir la causa al superior, si se apela de la Sentencia de alguno; pues sino se apela, es válida la propicia al reo, excepto en los casos favorables de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias, y otros, en los quales vale la que se profiere, aunque sea à favor del actor: y antes de proferirla pueden elegir tercero, y lo que los dos resuelvan, será sentencia, porque éste se reputa por Juez ordinario. (2)

438. Pero si el recusado fuere delegado, y no se conformare con el acompañado, ha de ir la causa al superior, porque sus sentencias no lo son, y como delegados ambos no pueden nombrar tercero, para que la de uno de ellos lo sea; (3) previniendo que estos han de pronunciar juntos la sentencia, pero el ordinario, y su acompañado la pueden dar juntos, ó cada uno de por sí separadamente, por no prohibírselo el derecho. (4)

439. En las causas criminales, y en las de libertad, y servidumbre, si el Juez ordinario, y acompañados discordaren, valdrá la sentencia proferida por la mayor parte, y dando cada uno la suya, será válida la favorable al reo; pero si el recusado delegado, y acompañados no se conformaren, ha de ir la causa al superior, porque el parecer de

(1) Ley 31. tit. 34. Partid. 7.

(2) Leyes 17. y 18. tit. 22. Partid. 3. ley Inter pares: y ley Duo iudices, ff. de Re iudicat. y cap. fin. eod. tit.

(3) Dicha ley 17. tit. 22. Partid. 3. Cur. Philip. part. 1. §. 7.

num. 15.

(4) Bobadill. lib. 2. cap. 2. número. 150. y lib. 3. cap. 8. h. 117. y 209. Acev. ibi: n. 34. Gualter. lib. 1. Pract. quest. 24. n. 2. vers. Ego vero.

de estos es uno, y no prevalece contra el del Juez, à menos que uno de ellos se conforme con el de éste, pues entónces como de mayor parte será sentencia. (1)

440. Debe asistir el Juez acompañado con el recusado en su Audiencia à dar la sentencia, y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legítimo; y si no es Juez, respecto conferírsele jurisdicción, debe jurar tambien que usará bien, y fielmente su encargo, y administrará justicia à las partes, pues siéndolo, no necesita hacer el juramento, por haberlo hecho quando entró à serlo, ni se estila, aunque la ley 1. tit. 16. lib. 4. Recopil. manda indistintamente à todos los acompañados que lo hagan; (2) pero no puede ser recusado sin probarse causa, (3) porque no se le contempla sospechoso, sino antes bien imparcial.

441. El que impetró al Juez para que conociese de su negocio, acudiendo à este fin al Principe, ó à su Tribunal supremo; ó al efecto expresado puso voluntariamente la demanda ante un Juez sin dicho requisito, no puede recusarlo después sino por nueva causa de enemistad, ò otra superveniente, aunque sea en la de reconvencción puesta por el reo; porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ó acudido ante él para que le administrase justicia, es visto haberlo aprobado, y no tenido por sospechoso. (4)

442. Si el Juez ordinario es lego, debe nombrar à su arbitrio por Asesor (que es lo mismo que Consejero, ó Consultor) un Letrado aprobado para proferir la sentencia definitiva, ó Auto interlocutorio que tenga fuerza de definitiva, y mandar se haga saber el nombramiento à los litigantes.

(1) Ley 18. tit. 22. Partid. 3. Part. 1. part. 5. §. 12. num. 53. al 57. Pisa in Cur. lib. 2. cap. 18. Cur. Philip. part. 1. §. 7. n. 15.

(2) Ley 22. tit. 4. Partid. 3. y dichas leyes 1. y 2. tit. 16. lib. 4. Recopil. Sr. Covarr. dicho cap. 26. n. 2. al 3. Sr. Saig. de Recont. part. 2. cap. 19. n. 41.

(3) Audent. de Exhibendis reis, §. Si vero, coliat. 3. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 22. glos. 9. vers. Et in iste adiunctus poterit recusari.

(4) Glos. & ibi Abb. al fin in cap. Insinuante, de Offic. delegat. Paul. de Castr. consil. 442. col. penult. in 2. vol. Sr. Greg. Lop. ibi vers. Et nota quod reconvenimus.

gantes , à fin de que si tienen por sospechoso al nombrado , le propongan otro , ò otros , de quienes no tengan sospecha , (pues no les debe ocultar quien es , (1) aunque algunos (2) sienten lo contrario) como se prueba de la ley 2. tit. 21. Partid. 3. que dice : *E por ende los juzgadores ante que den su juicio , deben tomar consejo con tales omes en esta manera , diciendo primeramente à las partes : hacemos vos saber que queremos haber consejo sobre vuestro pleito . Onde si vos habedes por sospechosos algunos omes sabidores desta Villa , ò desta Corte , dadnoslos por escrito ; è despues que gelos obieren dados escritos , debe tomar el juzgador que ha de juzgar el pleito , uno , ò dos de los otros que sean sin sospecha , è mandar à ambas las partes que vengán anellos , è recuenten todo el pleito de como pasó , è muestren , è razonen ante aquellos consejeros aquellas razones que mas entendieren que les ayudarán :* de modo que se les hace saber el nombramiento de Asesor , para que à la primera audiencia le recusen si quieren , como lo pueden hacer , sin necesidad de justificar , ni expresar causa : bien entendido , que hasta que pase la audiencia del dia siguiente , no se le deben llevar los autos : y una vez recusado no debe entender en el negocio , porque no adquiere jurisdicción como el acompañado , para conocer de él , por ser mero Consultor , por cuya razon tampoco necesita jurar como éste , porque la ley no lo exige , y así se observa . Pero despues de consentido tácita , ò expresamente el nombramiento por las partes , y aceptado por el Asesor , no le deben recusar en aquel pleito , ni tenersele por recusado sin justificación sumaria de causa superveniente , ò ignorada hasta entonces , (3) al modo que para con los ámbitos , y arbitrades , ò compromisarios se dirá en el numero 435 . Y si el pleito consiste en deuncias , ò penas de ordenanza , no necesita el Juez lego asesorarse , (4) ni tam-

(1) Bobad. in Polit. lib. 3. cap. 8. n. 218. Parlad. differ. 70. n. fin.

(2) Sr. Greg. Lop. en la ley inserta , verb. diciendo : *herren en la 24. tit. 3. lib. 2. ordinam. de p. n. l. p. n.*

(3) Sr. Greg. Lop. en la ley 1. a.

tit. 21. Partid. 3. glos. 9. Specular. tit. de Requisit. consil. col. 4.

(4) Scacia de Sent. cap. 7. glos. 3. quest. 9. y glos. 13. Bobadill. lib. 3. Polit. cap. 8. num. 255. Accv. en la

ley 7. tit. 18. lib. 4. Recop. n. 105.

poco para substanciarlo , pues basta el Escribano , que debe saber los trámites de su substanciacion .

443 Con motivo de hacer recusaciones generales de los Asesores voluntarios algunos litigantes cabalosos , y conformarse solamente con el Letrado que nombrasen el Señor Presidente , ò Gobernador del Consejo , ò los Presidentes , ò Regentes de las Chancillerías , y Audiencias , en cuyo distrito se seguia el pleito ; conspirando con estas ilegales , vagas , y maliciosas recusaciones à vejar , ò molestar à sus contendores , diferir la decision , y à otros fines perniciosos : para extirpar los gravísimos daños que de ellas se les irrogaban , proveyó el consejo à representacion fiscal el Auto que dice así : *En la Villa de Madrid , à trece de Mayo de mil setecientos sesenta y seis , los Señores del Consejo de S. M. dixeron , que para evitar los graves perjuicios que se experimentan por la facilidad , y abuso de admitirse en los Juzgados ordinarios de estos Reynos recusaciones vagas de Abogados asesores , dilatando por este medio malicioso la breve expedicion de las causas , sus defensas , y determinaciones en los Dominios , y Provincias de los litigantes , tan recomendadas por todo derecho : debian de mandar , y mandaron que los Jueces ordinarios no admitan recusaciones vagas de Asesores , aunque sea con el pretexto de consentir en el que nombrase el Señor Presidente del Consejo , los Presidentes , Regentes , ò Decanos de las Chancillerías , y Audiencias , ò de otros qualquiera Superiores . Que solo se permita à cada parte la recusacion de tres Abogados asesores para la final determinacion , ò artículos de cada causa , quedando los demás de la residencia del juzgado , y su provincia hábiles , para que el Juez pueda nombrar de ellos , y no de otros al que tuviese por mas conveniente , sin permitir sobre ello instancia , contestacion , ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los litigantes , y buena administracion de justicia , y lo rubricaren . En consecuencia de cuyo auto , y para su observancia en estos Reynos , se expidió Real Cédula en el Real Sitio de Aranjuez à veinte y siete del propio mes . Y se previene , que la recusacion de los tres no se entienda disyuntivamente (como algunos litigantes de mala fé interpretan)*

tan) para cada auto, ó artículo, sino copulativamente para todos los artículos, autos, y sentencia que en cada juicio, ó pleito se provean; de suerte que si hacen la recusacion solamente para los artículos, puede ser de tres. Si no mas que para la sentencia, de tres tambien. Si recusan à tres para algun artículo, à ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa. Y si recusan para cada artículo el suyo hasta el número de tres, quedan hábiles todos los restantes para la sentencia, y demás providencias, artículos, y recursos que ocurran en el pleito, ó juicio, ya sea posesorio, ó petitorio, pues en cada uno, ya haya, ó no artículos, no se debe recusar mas que à tres de los de la provincia, ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podría no quedar Abogado en ella con quien pudiese asesorarse el Juez: vendriamos à incidir indirectamente en el escollo que fue à precaver, y evitar el auto inserto, y se frustraría, y quedaría ilusorio; por lo que à excepcion de los tres, todos los demás de ella quedan hábiles para que elija al que quisiere, lo qual he visto declarado varias veces, por ser conforme al espíritu del auto, y no concederles éste tal facultad; y así se entiende por los Tribunales del Reyno. Avirtiendo que si el Asesor tiene firmada, y entregada al Juez la sentencia, no puede ser recusado, (1) ni por consiguiente vale su recusacion.

444 El nombramiento de Asesor se debe hacer saber à las partes, como queda expuesto, las quales han de pagar los derechos de Asesoría, ya lo haga el Juez de oficio, ó à instancia de ambas; pero si lo es à la de una sola, ó aunque ésta no lo solicite, si la providencia que se debe dar es à su pedimento, los debe satisfacer. Lo qual se entiende no estando el Juez asalariado, ó no siendo Teniente suyo, ó Letrado, aunque lo esté, pues entonces los ha de llevar con arreglo al Real Arancel sin exceder, pena de perdimento del oficio, y de pagar el exceso con el quatro tanto. (2)

445 Para recusar al Juez Eclesiastico ordinario, ó de le-

(1) Ley 6. tit. 10. lib. 2. Recop. num. 12. Parlad. differ. 70. n. penult. Awood. in cap. Correc. part. 2. cap. 23.

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

legado se ha de expresar ante él la causa, ya sea de amistad, enemistad, parentesco, interés, à otra; y la recusacion es la primera excepcion dilatoria de que se debe usar antes de la contestacion, protestando poner las demás en su tiempo, y lugar; pero si despues de ésta vino à noticia del recusante la causa, ó es notoria, puede recusarle en qualquier tiempo, y estado del pleito, jurandolo así; y compitiendole beneficio de restitucion, le puede recusar despues de la conclusion, aunque la causa haya nacido antes de ésta, y se debe admitir. (1)

446 Siendo delegado del Papa, Obispo, ó de otro Juez ordinario Eclesiastico el recusado, ha de compeler à los litigantes à que elijan árbitros letrados, que conozcan de la causa de recusacion, y la decidan, señalando à estos para ello término competente, y compeliendolos à que nombren tercero en discordia; (cuyos árbitros han de asignar plazo à los litigantes para probarla) y si dentro del prefinido por el recusado no la determinaren, puede proceder éste en el principal negocio sin embargo de la recusacion. (2) En quanto à si fueron delegados varios para conocer del negocio, y uno de ellos recusado, se han de elegir, ó no árbitros, vease al Sr. Covarrub. Pract. cap. 26. num. fin.

447 Declarando los referidos árbitros ser legitima la causa de la recusacion, si el Juez recusado fuere delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su reconocimiento, y no à otro, aunque lo consienta el recusante; (3) y si fuere Obispo, ó otro ordinario, puede remitirlo al superior, ó à otro, consintiendo el recusante; y lo mismo puede hacer en otro no sospechoso antes de la eleccion de los árbitros, ó de que se pruebe la causa, no obs-

(1) Cap. Imisante 25. de Oficio. delegat. cap. Pastoralis 4. de Exception. cap. Cum speciali 67. de Appellat. cap. Jdex 5. y cap. Si contra 14. de Oficio. delegat. in 6. y cap. Quod suspecti 3. quest. 1. Sr. Covarrub. Pract. cap. 26. num. 2. al 4. Reinfestuel lib. 2. Decretal. tit. 28. §. 12. num. 320. al 324. Paz tom. 2.

part. 1. cap. 6. num. 6. al 8.

(2) Dicho cap. Cum speciali, cap. Si quis contra clericum, de Foro competent. y cap. Jdex, de Oficio. delegat. in 6. Paz dicho cap. 6. n. 20. al 22. Sr. Salgad. de Reg. part. 2. cap. 10. n. 94. y part. 2. cap. 3. n. 25.

vers. Quid igitur de arbitris.

(3) Cap. Jdex cit.

obstante que estén electos. (1) Si fuere subdelegado del Papa, se ha de examinar, probar, y determinar la causa ante el delegado, y no ante árbitros; (2) y si fuere Vicario General, ó delegado del Obispo, ante éste. (3) Previendo que el recusado no puede subdelegar despues de probada la causa de la recusacion, porque esto es acto de jurisdiccion, y carece de potestad para ejercerlo. (4)

448 Los Jueces árbitros, ó compromisarios electos por las partes para dirimir, y decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad nacida despues de su eleccion, ó descubierta entonces, aunque antes naciese, ó por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriendoles el recusante à presencia de hombres buenos que no se intrometan à conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, y si no obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al Juez ordinario de ellos, recusandolos, expresando la causa de la recusacion, ofreciendo probarla incontinenti, y pretendiendo que constando de ella, les prohiba entender, y proseguir en él negocio. El ordinario debe mandar al recusante que la justifique, y justificada, prohibirles la presuncion: bien entendido, que si fueren tan tenaces que sin embargo de esta prohibicion prosiguieren en él, no valdrá lo que practiquen, ni está obligado el recusante à pasar por ello, ni por no obedecerlo incurrir en pena. (5) Y se previene que si los árbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero, teniendo facultad para nombrarlo; y careciendo de ésta, ha de apremiar el Juez ordinario à los contendores à que lo elijan, y se debe executar lo que la mayor parte resuelva. (6)

En

(1) Dicho cap. Cum speciali. y cap. Juez. Sr. Covarr. cap. 26. cit. a. fo. Pax ibi, n. 12. al 14.

(2) Cap. Super questionem, §. Quem vero, de Offic. delegat. Paz ibi, num. 18.

(3) Cap. Contra unum, eod. tit. la 6.

(4) Cap. Juez cit. glos. in cap. Si subdelegato, eod. tit. Sr. Salg. de

Retent. part. 2. cap. 5. §. 1.

(5) Ley 31. tit. 4. Partid. 3. ley Sec. et al. §. Sunt & alii, & ibi glos. y ley Non distinguemus 32. §. Cum quidam 14. ff. de Recept. arbit. y ley Prætor 13. ff. penult. ff. de Vacation. murer.

(6) Leyes 26. y 27. tit. 4. Partid. 3.

449 En ninguna causa civil, ni criminal puede ser recusado el Juez *mero executor*; y la razon es, porque nada hace de su autoridad; (1) pero el *executor mixto*, que tiene facultad para admitir excepciones, y determinarlas, y por consiguiente puede irrogar daño à los litigantes con sus procedimientos; puede serlo en los terminos que el ordinario; (2) pues aunque por nuestro Derecho Real (3) está prohibida la apelacion, y nulidad, sin embargo de que se diga, y alegue incompetencia, ó defecto de jurisdiccion: ó de que conste notoriamente de ella en el proceso, ó en otra qualquiera manera, y estas no impiden la execucion de las sentencias de revista, no se prohibe la recusacion del executor; pues porque lo está la apelacion, no es consecuencia precisa de que lo está tambien la recusacion, (4) y asi se le recusa, y há por recusado sin reparo alguno.

450 Puede ser recusado el Juez de residencia del modo que el delegado; pero no se debe acompañar con los Regidores, porque son reos igualmente que el residenciado; ni tampoco con otro del Pueblo, pues aunque no sean reos, nunca dexa de mediar entre ellos cierto espíritu de parcialidad, y coligacion por la dependencia, y connotado de parentesco; y asi se ha de acompañar con Letrado de otro Pueblo, (5) que no sea sospechoso. (6) Y si discordan en la sentencia, ninguna de las dos se debe executar, porque la contraria no lo es; pero en caso de querer executar alguna, ha de ser la mas pia, y menos gravosa à los residenciados, y en los casos en que se permite executar sin embargo de apelacion. (6)

Pa

lation. Gonzalez in cap. Super eo 2. §. In casibus eod. tit.

(1) Ley Nam & magis, ff. de Arbitr. ley 11. e. à quo, §. Tempestivum, ff. ad Trebellian. glos. la cap. Causam 2. de judic.

(2) Ley Locario §. Quod illicite §. ff. de Publican. & vectigal. y ley fin. ff. de Fort. Sr. Solore. de Jur. in lictat. lib. 4. cap. §. num. 50. & in

(1) Glos. fin. in cap. Novi, de Appellation. DD. in leg. Si quis, §. 1. ff. de Poenit. Avend. in cap. Prætor 23. part. 2. num. 10. al fin.

(2) Diego Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3. Ordenam. verz. Dabitur. Escobar de Purit. part. 1. quest. 6. §. 6.

(3) Leyes 3. y 4. tit. 17. lib. 3. Recop.

(4) Cap. Postremo 36. de Appel-

451 Para la recusacion de alguno de los Señores del Consejo, y Reales Consejos, Alcaldes de Corte, y Oidores, y Alcaldes de las Reales Chancillerías, y Audiencias quando juntos en sus respectivas Salas conocen como Tribunal superior de algunos negocios en vista, y revista, ó en grado de segunda suplicacion, y no cada uno de por sí como Juez ordinario, ó comisionado, se han de observar seis requisitos: el primero, que el pedimento en que se pretenda, vaya firmado no solo de la parte, ó de su Procurador con poder bastante, sino tambien de Letrado, pues de otra suerte no se debe admitir. El segundo, que contenga juramento de no recusarlos de malicia, sino por tenerlos por sospechosos por tal causa, la que sea, pues se debe especificar. El tercero, que se presente en el Acuerdo, y no en la Sala, y se dé al Señor Presidente, y no al Escribano de Cámara. El quarto, que sean honestas, moderadas, y no ofensivas al recusado, ni mal sonantes las palabras con que lo recuse. El quinto, que se especifique con claridad la causa legitima que impele à la recusacion, v. g. si es por parentesco de consanguinidad, ó afinidad, en qué grado, (contado por derecho civil, como acto civil y profano) y por qué línea: si es por amistad, ó enemistad, de qué causa proviene, y desde cuándo, &c. pues no especificandose con esta individualidad, no se admitirán, por estar prohibida la admision de causas no especificadas: (1) previniendo que la recusacion por parentesco à los Señores del Consejo, y Alcaldes de Corte, si es de consanguinidad, no se debe admitir fuera del quinto grado, y quinto con sexto inclusive; y si es de afinidad, fuera del quarto grado, y quarto con quinto tambien inclusive. (2) Y el sexto, que en vista la ponga el recusante dentro de treinta dias contados desde el en que se principiare à ver el pleito, y no de su conclusion, (y lo mismo se practica en revista,) ó antes de los quince próximos, è inmediatos al que se hubiere señalado para votar-

Polit. lib. 5. cap. 10. vers. *Tari*: Páz.
in Prax. tom. 1. part. 8. cap. unic. nu-
mer. 15.

(1) Leyes 1. 2. y 19. tit. 10. lib. 2.
Recop.

(2) Auto g. tit. 10. dicho lib. 2.

tarlo; pues de otro modo no se le admitirá, excepto por causas nacidas dentro de ellos, ó despues; y si nacieron antes, debe jurar que hasta entonces no llegaron à su noticia. Lo qual se entiene tambien para en caso que el pleito no se vote en el dia señalado, y pase adelante, pues en este tiempo no se puede recusar, sino por causas nacidas despues. Lo propio milita votandose el dia prefiado, y remitiendose por discordia à otros Jueces, pues éstos no pueden ser recusados sino por causas nacidas despues de la remision; (1) y en todos estos casos lo há de jurar asi el recusante.

452 Se pueden probar las causas de la recusacion de estos Señores Ministros por qualquier medio legal, y como uno de ellos por posiciones del recusado, las quales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieren venido à su noticia despues de la conclusion, jurandole asi, y depositando la pena correspondiente, y el recusado debe responder à ellas, no siendo criminosas: (2) y para probarlas por testigos, si otro medio, es arbitrario el término; pero no puede exceder de puertos acá de quarenta dias, y de puertos allá de sesenta; ni sobre cada pregunta admitirse, ni presentarse mas de seis testigos; ni tampoco despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada, ó notificada, se debe admitir recusacion. (3)

453 Es perentorio, y corre no solo contra los mayores de veinte y cinco años, sino contra los menores, y demás privilegiados, à quienes compete el beneficio de restitucion, el término para recusar à los Señores expresados, y probar las causas, pues para ello no gozan de él, y solo se les permite la justificacion de estas por confesion de recusado; (4) bien que en quanto à sí contra la Iglesia, y menores corre este término, y han de ser restituidos para probar las causas despues de la conclusion, vease al Sr. Covarrub. *Prax. quest. cap. 26. num. 4.* Y se advierte que

(1) Leyes 15. y 19. y ley, y Auto
finales tit. 10. lib. 2. Recop.

(2) Leyes 4. y 7. tit. 10. lib. 2.

Recop.
(3) Ley 6. tit. y libi dichos.

(4) Ley 16. del mismo tit. y lib.

que aunque algún tercero opositor salga a la causa, coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que éste, y así la ha de tomar en el estado en que la halle. (1)

454 El que recusa, y no prueba causa legítima, si es el Señor Presidente del Consejo, incurre en la pena de 1200 maravedis; si á otro qualquier Ministro de él, en la de 600; y si á Alcalde, ó Audiencia, en la de 300; y no dándose las causas por bastantes, en la de 60; (2) pero si es pobre, cumple con obligarse á su satisfacion quando tuviere bienes; (3) y así es menester gran cuidado en estas recusaciones; pues aun quando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena; (4) al modo que el que se aparta pasados tres meses, de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pagar las mil y quinientas doblas; mas no, haciendolo dentro de ellos, (5) lo qual he visto practicar tambien en un recurso de injusticia notoria, y gobernarse el Consejo por la misma regla, no obstante no haber ley que de ello trate, como en los de la de Segovia. Y si es el Fiscal Real, cumple el Receptor de penas de Cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al Real Fisco. No me olvido mas en esta materia de recusaciones de Señores Ministros togados, por no ser preciso para el Escribano: el que apetezca mayor instruccion, así acerca del modo de proceder en ellas, substanciarlas, y determinarlas, como de otras cosas concernientes, vea el tit. 10. lib. 2. Recop. y de los Autos acordados: á *Paz tom. 1. part. 6. §. unico. de Praxi recusandi, y á la Curia Philip. part. 1. §. 7. ex num. 17. al 31.* y en quanto á si los Fiscales de S. M. pueden ser, ó no recusados, y cómo, la *Cur. Philip. instr. tom. 1. part. 1. §. 7. num. 13.* y á los que cita.

455 El Relator puede ser recusado, sin que haya necesidad de expresar la causa por qué se le recusa; pero no

(1) Ley 15. del propio tit. y lib.

(2) Ley 17. tit. dicho, y Cedula expedida en Madrid á 29. de Marzo de 1593.

(3) Ley 5. tit. y lib. cit.

(4) Ley 19. cap. fin. tit. 10. dicho lib.

(5) Ley 4. tit. 20. lib. 4. Recop.

se le ha de quitar el conocimiento, è intervencion en el pleito, ni sus derechos, antes bien los Jueces ante quienes penda, le han de dar acompañado, al qual debe satisfacer enteramente el recusante los que importare el trabajo de hacer el apuntamiento, y asistir á la vista del pleito, aunque nada hay trabajado en él; (1) y el pedimento de recusacion ha de contener el juramento de no hacerla de malicia, y dexar al Relator en su buena fama, y opinion, sin embargo de que la ley no lo previene.

456 Para recusar al Escribano originario del pleito, no es menester probar, ni aun expresar causa, basta jurar no hacerlo de malicia, dexandole en su buena fama, y opinion, y pedir al Juez que le dé acompañado, pues sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en él, porque radica en su oficio, en donde debe subsistir; y es contra su honor la remocion, no la recusacion; y lo que sin el acompañado practique, es nulo. (2) Pero éste no puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidió al Juez que lo nombrase, (pues ninguna ley le permite proponerselo) es visto haber aprobado, y querido conformarse con el que eligiese, y respecto debersé presumir que en su eleccion procedió con imparcialidad, y justificacion, es preciso que para remover al efecto, le haga ver el defecto que tiene, è ignoraba, pues de lo contrario le hace injuria, y no debe admitir la recusacion como voluntaria, maliciosa, y ofensiva al mismo Juez. Previendo que si el Escribano originario está enfermo, ó ausente, puede despachar por sí solo el acompañado todo lo que ocurra en el pleito, porque no está recusado; y á falta de los dos, otro que nombre el Juez, porque con este tampoco se entiende la recusacion. Y si el recusante se aparta, como puede, de la recusacion, ha de cesar incontinenti el acompañado, por quedar habilitado el recusado, el qual siendo Juez comisionado para la probanza, pue-

(1) Ley 18. tit. 10. lib. 2. Recop.

(2) Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Partid. 3. glos. 9. vers. Item nota a quod notorio: Avendañ. in cap.

Preclor. part. 2. cap. 23. n. 13. Paz in Prax. anotat. ultim. de Tabellion. n. 42. al 44.

puede admitir el apartamiento, (al modo que debe la recusacion) y hacerlo saber al acompañado, à fin de que le conste, y no continúa, sin necesidad de ocurrir al Tribunal de donde dimana su comision, para que lo declare, pues se buelve al estado que tenia antes de ser recusado, y es lo mismo que si no lo hubiera sido para proseguir en las diligencias ulteriores.

457 Y para el de diligencias en los Pueblos en que los Reales actúan, (acercas de lo qual están silenciosos los Autores, y las leyes) se ha de practicar la misma solemnidad, à excepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no radica como para con el originario, que tiene oficio, y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado el pleito. La práctica que en quanto à estos hay en esta Corte, es proponer el recusante tres al Juez, à fin de que de ellos elija el que quiera, el qual à veces elige uno, y à veces otro no propuesto à su arbitrio. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el adversario recusarle, ò à todos, excepto al que elija, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga* (que quiere decir por discordia de los litigantes, ò por recusacion general) à lo que desiere: y si recusa à todos los del Pueblo, excepto à los que propone, no se le admite, ni debe admitir la recusacion, por ser maliciosa, y así elige el Juez uno de los recusados, y no propuestos.

458 Pero dudán algunos: si nombrando el Juez otro Escribano de los no propuestos en qualquiera de los casos referidos, ò de oficio *por vaga*, podrá ser, ò no recusado? A cuya duda respondo, que el nombrado de los no propuestos puede ser recusado sin causa, como tambien el que elige el Juez à su arbitrio, quando la parte que recusa al primero que entiende en el negocio, dice que lo nombre; y las razones son: la primera, porque si puede recusar al Juez, mucho mejor al Escribano que elija, pues en quanto à los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida le dé acompañado, como se practica para con los originarios, ni para ello interviene el mismo motivo. La segunda, porque no hay ley que lo prohiba; y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Y la tercera, porque

el

el Juez en los pleitos es como un mediador con autoridad, y potestad para avenir à los litigantes sobre sus contiendas, y compelerles à ello en virtud de la sumision que hacen à su jurisdiccion, la qual dura por lo mismo mientras no se apartan de la controversia, ò querrela, por lo que no ha de usar de su oficio, ni proceder à elegir hasta ver si están, ò no conformes con el electo de los propuestos por el recusante, por no verificarse todavia discordia de ambos en esta parte. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y antes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque el Juez usa en este caso de su autoridad, y oficio de mediador, el que no pueden quitarle, ni limitarles los litigantes, ni impedirle su uso una vez sujetos, y discordes, interin no cesen en el pleito, pues de lo contrario sería proceder à infinito, se eternizarian los pleitos, y se ocasionarian graves, è irreparables perjuicios à los que litigan de buena fé. Este es mi sentir, salvo, &c.

459 La parte que recusa al Escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque à su instancia trabaja, y los devenga, à lo qual le puede apremiar el Juez por embargo, y venta de bienes, ya sea antes, ò despues de visto, y sentenciado el pleito, (1) al modo que quando se recusa à los Relatores lo manda la ley Real; (2) pues aunque acerca de esto ninguna trata, milita la misma razon, y donde versa ésta, debe obrar la propia disposicion legal, y hacerse el mismo juicio, y así se practica.

460 Para exterminar los perjuicios que se irrogaban à algunos contendores de suspender los Jueces el curso de los pleitos, quando S. M. ò alguno de sus Tribunales superiores por queja de los colitigantes les pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderlo, porque lo prohiben la ley 9. y otras del tit. 14. lib. 4. Recopil. se expidió Real Cedula en el Real Sitio del Pardo à 11. de

Ene-

(1) Acov. en la ley 1. num. 19. Puritat. part. 1. quest. 6. §. 6. al 23. tit. 16. lib. 4. Recop. Cur. Philip. part. 1. §. 7. n. 33. Escobar. de cop.

(2) Ley 12. tit. 10. lib. 2. Recop.

Enero de 1770. à consulta del Consejo; y lo dispositivo, y preceptivo de ella dice: *Que los Tribunales, y Justicias del Reyno, asi ordinarias, como comisionadas, ò limitadas à ciertas causas, ò personas, procedan con arreglo à las expresadas leyes en la administracion de justicia à determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones maliciosas, ò voluntarias de las partes, ni suspender su curso, aunque por los Tribunales, y Jueces superiores se les pida informe en su asunto. Que no se expidan cartas, ni provisiones, ni se admitan apelaciones, ò recursos que no sean conformes à derecho. Que si algunas se despachasen en contrario, se abdezcoan, y no se cumplan. Que quando se pida de mi Real orden algun informe sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento, pero entendiendose siempre sin retardacion, ni suspension de su curso, à menos que en algun caso particular tenga à bien mandar expresamente que se suspenda; encargando como encargo à todos los Tribunales, y Jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud, y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto à que se dirigen mis justificadas intenciones; y asi se observa en esta Corte.*

461. Con arreglo à esta Real resolucion se debe proceder tambien, quando alguno que está executado, acude al Consejo pidiendo moratoria, y que se manden suspender las diligencias executivas, y éste dá traslado llano al acreedor, ò acreedores, sin mandar al Juez que suspenda, ò no inove, ò no le moleste por cierto término que señala, pues por este hecho es visto quiere que el Juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea, y se entienda sin perjuicio del estado, y naturaleza de la causa, y su prosecucion; lo qual he visto declarado por el Consejo, y practicar repetidas veces, y debe hacerse por los Jueces, y Escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias, mientras no se les mande expresamente, lo que no deberán hacer quando la moratoria se obtuvo antes que le executasen, y el Consejo confirió traslado, y mandó pasar la pretension à Sala de Justicia para que alli se examine si se

se ha de deferir, ò no à ella, pues en este caso hasta que se declare no haber lugar à su concesion, nada se debe practicar, à causa de que el Juez está interpelado por el Superior antes de tomar conocimiento del negocio.

§. XIII.

DE LA SENTENCIA DIFINITIVA, circunstancias que requiere para su validacion; si el Juez la podrá, ò no revocar, ò reformar; y término para apelar de ella.

462. LA sentencia (genericamente hablando) es de dos maneras, *interlocutoria, y definitiva*. Se llama interlocutoria la que el Juez profiere en el discurso del pleito entre su principio, y fin sobre algun incidente, y todos los autos preparatorios para la definitiva; y así no es propiamente sentencia. Y esta es la decision, ò determinacion, que con vista de todo lo alegado, y justificado por los litigantes, hace sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ò condenacion à la controversia que ante el suscitaron. (1)

463. Se llama así de la voz, ò palabra Latina *sentiendo*, y de la Castellana *sentir*, porque el Juez declara, y decide segun lo que siente, y conceptúa. (2) Es la causa final de la intencion de los litigantes, porque ésta se dirige à conseguir por ella que se termine, y concluya su contienda. (3) Y debe profierirla, estando presentes estos, ò citándolos para darla, dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion, pena de pagar dobladas las costas que les causare, y 500. maravedis à la Real Cámara, si siendo re-

(1) Ley 1. tit. 25. Partid. 3. Abb. in Rubr. extra de Judico. col. penult. Speculat. tit. de Sentent. prolat. §. 1. y §. 2. al princip. part. 2. glos. in Cleuentia. 1. verb. *Definitiva*.

(2) Ley Sicoti. §. Sed si queritor, ff. Si servitus vindicetur.

(3) Miram. part. 2. n. 32. al 35. y num. 46. y fin. Reinfestuel lib. 2. tit. 27. §. 1. n. 6. al 12.

Enero de 1770. à consulta del Consejo; y lo dispositivo, y preceptivo de ella dice: *Que los Tribunales, y Justicias del Reyno, asi ordinarias, como comisionadas, ò limitadas à ciertas causas, ò personas, procedan con arreglo à las expresadas leyes en la administracion de justicia à determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones maliciosas, ò voluntarias de las partes, ni suspender su curso, aunque por los Tribunales, y Jueces superiores se les pida informe en su asunto. Que no se expidan cartas, ni provisiones, ni se admitan apelaciones, ò recursos que no sean conformes à derecho. Que si algunas se despachasen en contrario, se abdezcoan, y no se cumplan. Que quando se pida de mi Real orden algun informe sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento, pero entendiendose siempre sin retardacion, ni suspension de su curso, à menos que en algun caso particular tenga à bien mandar expresamente que se suspenda; encargando como encargo à todos los Tribunales, y Jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud, y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto à que se dirigen mis justificadas intenciones; y asi se observa en esta Corte.*

461. Con arreglo à esta Real resolucion se debe proceder tambien, quando alguno que está executado, acude al Consejo pidiendo moratoria, y que se manden suspender las diligencias executivas, y éste dá traslado llano al acreedor, ò acreedores, sin mandar al Juez que suspenda, ò no inove, ò no le moleste por cierto término que señala, pues por este hecho es visto quiere que el Juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea, y se entienda sin perjuicio del estado, y naturaleza de la causa, y su prosecucion; lo qual he visto declarado por el Consejo, y practicar repetidas veces, y debe hacerse por los Jueces, y Escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias, mientras no se les mande expresamente, lo que no deberán hacer quando la moratoria se obtuvo antes que le executasen, y el Consejo confirió traslado, y mandó pasar la pretension à Sala de Justicia para que alli se examine si se

se ha de deferir, ò no à ella, pues en este caso hasta que se declare no haber lugar à su concesion, nada se debe practicar, à causa de que el Juez está interpelado por el Superior antes de tomar conocimiento del negocio.

§. XIII.

DE LA SENTENCIA DIFINITIVA, circunstancias que requiere para su validacion; si el Juez la podrá, ò no revocar, ò reformar; y término para apelar de ella.

462. LA sentencia (genericamente hablando) es de dos maneras, *interlocutoria, y definitiva*. Se llama interlocutoria la que el Juez profiere en el discurso del pleito entre su principio, y fin sobre algun incidente, y todos los autos preparatorios para la definitiva; y así no es propiamente sentencia. Y esta es la decision, ò determinacion, que con vista de todo lo alegado, y justificado por los litigantes, hace sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ò condenacion à la controversia que ante el suscitaron. (1)

463. Se llama así de la voz, ò palabra Latina *sentiendo*, y de la Castellana *sentir*, porque el Juez declara, y decide segun lo que siente, y conceptúa. (2) Es la causa final de la intencion de los litigantes, porque ésta se dirige à conseguir por ella que se termine, y concluya su contienda. (3) Y debe proferirla, estando presentes estos, ò citándolos para darla, dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion, pena de pagar dobladas las costas que les causare, y 500. maravedis à la Real Cámara, si siendo re-

(1) Ley 1. tit. 25. Partid. 3. Abb. in Rubr. extra de Judic. col. penult. Speculat. tit. de Sentent. prolat. §. 1. y §. 2. al princip. part. 2. glos. in Cleuentia. 1. verb. *Definitum*.

(2) Ley Sicuti, §. Sed si queritor, ff. Si servitus vindicetur.

(3) Mirand. part. 2. n. 32. al 35. y num. 46. y fin. Reinfestuel lib. 2. tit. 27. §. 1. n. 6. al 12.

requerido por alguno de ellos, no lo hace; y de nulidad, si falta su presencia, ó citacion; (1) pero el cúmulo de negocios, especialmente en los lugares populosos, imposibilita á los Jueces de sentenciar los peticos en muchos meses, y así tardan mas tiempo en proferirla.

464. Convienen la interlocutoria, y definitiva en que por ambas se decide lo que tratan, y controvierten los contendores, y el Juez profiere segun el concepto, y juicio que forma por lo resultante de autos. Y se diferencian: lo primero, en que por la definitiva se define el negocio principal, ó lo que se dedujo principalmente en el juicio, condenando, ó absolviendo; (2) y en la interlocutoria nada se toca del negocio principal, sino solo de algun incidente, ó excepcion que se opone en el juicio, por lo que no se acaba la controversia. (3) Lo segundo, en que el Juez no puede revocar, ampliar, ni emendar la definitiva desues de publicada, porque ya hizo lo que le tocaba, se acabó su potestad, dexó de serlo, y espiró la jurisdiccion, que para el conocimiento, y decision del negocio le prorrogaron los litigantes por su voluntaria sumision, (4) excepto en los casos que explicaré en el numero 493, y siguientes; pero la interlocutoria sí, en qualquiera parte del juicio antes de la definitiva, porque para él nunca pasa á cosa juzgada, (5) á menos que la confirme, ó revoke el superior, pues entonces no puede; y para pedir reformation de ella no hay término señalado en el derecho, y así el agraviado puede pretenderla antes que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada; lo que no sucede para apelar, como en el número 487. dire. Lo tercero, en que la definitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos, y otros nuevos; pero la interlocutoria no, pues se ha de determinar por lo que resulta

(1) Ley 1. tit. 17. lib. 4. Recop. y ley final tit. 17. lib. 4. Recop. y ley final tit. 26. Partid. 3.

(2) Ley Prases, Cod. de Sentent. y ley 1. ff. de Re judicat.

(3) Angel. consil. 114 y 115. Alex. in Rubr. ff. de Re judicat.

(4) Ley Judex postea quam sē. ff. de Re judicat. y leyes 2. y 3. tit. 22. Partid. 3.

(5) Ley Quod jussit 14 ff. de Re judicat. y cap. Cum cessante, de Appellation.

justificado, y excepcionado ante el Juez inferior, sin que se admita nueva prueba, ni otra cosa. (1) Lo quarto, en que para dar la sentencia definitiva deben ser citadas precisamente las partes, y de faltar este requisito, es nula; pero para la interlocutoria no es necesaria la citacion, excepto que tenga fuerza de definitiva, ó sea de mucha entidad, y pueda causar grave perjuicio. (2) Lo quinto, en que la definitiva produce accion in factum; pero la interlocutoria, que no tiene fuerza de tal, ninguna produce. Y lo sexto, en que en la definitiva se requiere el orden judicial, que prescribe el derecho; pero en la mere interlocutoria no es preciso. Otras muchas diferencias recopila Marant. part. 6. tit. de Sententia definitiva, & interlocutoria, num. 3. al 23. y desde éste al 41. promueve, y examina trece questions teóricas sobre si ciertas sentencias que refiere, son interlocutorias, ó definitivas, cuya pericia no incumbe al Escribano, por lo que omito explicarlas.

465. La dificultad está en saber, y conocer quando la sentencia interlocutoria tiene, ó no fuerza de definitiva, y cuáles interlocutorias se pueden, ó no revocar, ó reformar por contrario imperio. Y para instruccion del Escribano digo, que toda sentencia interlocutoria, que sobre lo que se profiere, no espera despues otra del mismo Juez, tiene fuerza de definitiva, porque surte el efecto de ésta, y pone fin, y término á aquella instancia, ó incidente; v. g. la absolucion de la observancia del juicio; la en que se declara por desierta la apelacion; la en que se multa á alguno; aquella por la qual se acaba el oficio del Juez, v. g. quando se pronuncia incompetente; la que define algun artículo substancial del negocio principal, v. g. quando uno de los litigantes pide restitucion porque dice ser menor, y el Juez declara que no lo es, pues por esta

(1) Ley Per hanc, Cod. de Temp. appellation. leyes 3. 4. y 5. tit. 9. lib. 4. Recop. y Clementin. Appellanti, de Appellation.

(2) Gloss. in leg. Nec antequam, §. Ubi decretum, ff. de Ofic. Pro-

consul. & ibi Bart. Jason in leg. Dicitur proferre, in princip. ff. de Arbitr. & in leg. Recusare, ff. ad Trebellian. Reinstetvel ibi, n. 26. hasta el fin.

sentencia queda excluido de la restitucion pedida, y se decide este articulo substancial de la causa principal, ó quando se admite, ó excluye la excepcion perentoria, ó el Juez no quiere admitir algunas pruebas, sin las cuales no puede obtener el que las intenta: ó quando por la sentencia interlocutoria se manda dar, ó hacer alguna cosa; y en otros casos semejantes; (1) y de estas sentencias se puede apelar antes que se difina el negocio principal: (2) pero no se admite segunda suplicacion de ellas, ni el Juez las puede revocar.

466 En quanto á si el precepto de *solvendo* se debe estimar por sentencia interlocutoria, ó definitiva; para su inteligencia es de advertir, que si es dado sin conocimiento de causa, ó con clausula justificada, v. g. *pague, y si razón tuviere para no hacerlo, la deduzca, &c.* se le debe tener por interlocutoria, y compareciendo el llamado, se convierte en simple citacion; (3) pero si no comparece, y por esto se le acusa la rebeldia, queda firme el precepto. (4)

467 Y si el precepto se da contra el consistente, se debe distinguir: si para darlo precedió libelo formal, litis contestacion, y firma de juicio, y el reo en el discurso de éste confesó; se debe tener por sentencia definitiva, porque mas se adhiere, y semeja á ésta, que á la interlocutoria, y asi no se puede revocar. Si se dió verbalmente sin formalidad de proceso, v. g. quando habiendo sido llamado el reo á presencia del Juez, confesó, y éste en vista

(1) *Inmol. Burr. & Abb. in cap. Cum cessante, de Appellation. Bart. in leg. Quod jussit, ff. de Re judicat. & in leg. Nec quicquam, y §. Ubi decretum, cit. Alex. in dict. leg. Quod jussit col. 7. vers. 12. & in leg. 5. col. 2. ff. de Verbor. obligacion. & in Rubric. ff. Re judicat. al fin. glos. in Clementin. fin. de Appellation. & in Clementin. 1. de Causa possession. & proprietat. Bald. in leg. 1. Cod. Quando provocare non est necesse, & in leg. Cum & minores, col. 2. Cod. Si adversus rem*

judicat. y ley Intra utile tempus, ff. de Minorib. Reinstetual dicho tit. 27. y §. 1. n. 18. al 25.

(2) *Glos. 1. leg. Intra utile, ff. de Minorib. Dues. Reg. 52. n. 3. Par tom. 1. part. 7. cap. unic. n. 92.*

(3) *Bart. in leg. 1. Cod. de Execution. rei judicat. Alex. in leg. de Pupillo, §. Meminisse, ff. de Oper. novi nuociat. Jason in dict. leg. Nec quicquam, y §. Uol decretum, col. 3.*

(4) *Marant. part. 6. tit. de Sentent. diffinitiv. & interlocutor. n. 27.*

de su confesion le manda que pague; es interlocutoria por falta de formalidad, no obstante que difine el principal negocio; pero respecto darse con conocimiento de causa, y tener por esto fuerza de sentencia definitiva, no se puede revocar: lo que al contrario no habiendo precedido conocimiento de causa, (v. g. quando tiene clausula justificada) es revocable como qualquiera interlocutoria. (1)

468 La sentencia judicial debe ser conforme al libelo, ó demanda en tres cosas, que son: *alboja*, ó cosa; *causa*; y *accion*; arreglada á derecho, y buenas costumbres, y no proferirá contra el claro, è indubitado, ni exceder de lo pedido; y de lo contrario es nula *ipso jure*, aunque de ella no se apele. Ha de recaer sobre cosa cierta, bien que puede remitirse á los autos, si en ellos consta: y si es sobre cantidad ilíquida, debe mandar el Juez que se liquide, aprobando luego la liquidacion con audiencia de las partes antes de executar la sentencia, como sucede en las de condenacion á dar cuentas, restituir herencias, y otras semejantes, y en los juicios universales. (2)

469 Si hay condenacion de frutos, ó intereses, debe tasarlos el Juez en la sentencia, y no remitirlos á contadores, porque está prohibido; (3) y si ésta es condenatoria en parte, y en parte absolutoria, debe especificar las razones de esta diferencia: (4) bien que hoy regularmente no fundan muchos Jueces sus sentencias por evitar sinietras, y violentas interpretaciones, y solo se remiten genericamente á lo resultante de autos, sin mencionar específicamente cosa alguna de ellos.

470 Quatro cosas principales deben concurrir en la sentencia para su validacion, á saber: *eficiense, material,*

form-

(1) *Reinstetual ibi, n. 23. Marant. ibi, n. 28. 42. y 45.*

(2) *Ley Si cum inter te, Cod. Quando provocare non est necesse, ley Si expressum, ff. de Appellation. y leyes 3. y 4. Cod. de Sentent. que sine certa quantitat. §. Curare; Instetual. de Actio. cap. 1. de Sentent. & re judicat. y leyes 1. y 15. tit. 22.*

(3) *Partid. 3. Sección de Sentent. cap. 1. glos. 14. quest. 15. & de Appellat. quest. 17. similit. 9. n. 24.*

(4) *Ley 52. tit. 5. lib. 2. y ley 10. tit. 9. lib. 3. Recop. (3) Cap. Cum tibi, & Ibi Bald. not. 4. Extra. de prescript. Paz tom. y part. 1. temp. 12. n. 24.*

formal, y final: la eficiente se reduce lo primero, à que contenga el nombre del Juez, porque éste es la causa eficiente que compone la sentencia, y le da el ser; lo qual se observa en los Juzgados de esta Corte, pues entra el Juez hablando, firma la sentencia, y el Escribano con él, y no hay pronunciamiento; lo que al contrario en muchos de fuera, en los quales no se estila expresar en ella quién la da, y por eso el Escribano la lee en su Audiencia ante testigos, pone à su continuacion el pronunciamiento, diciendo en él por quién es dada, y en qué dia, y lo firma. Lo segundo, que se exprese si es ordinario, ò delegado, pues si ignora el fundamento de su potestad, no valdrá. Lo tercero, que no sea mudo, sordo, furioso, ni tenga otra prohibicion legal. Lo quarto, que esté sentado *pro tribunali*. Y lo quinto, que la dé por escrito, y la lea por sí mismo à las partes; (1) pero esto ultimo no se acostumbra, y asi la entrega al Escribano, el qual se la notifica: al modo que por derecho comun, y canónico (2) se permite à los Obispos, y personas ilustres por la prerrogativa de su dignidad, que la hagan saber por medio de otro.

471 La causa material es el libelo apto producido en juicio, y todo el proceso que à consecuencia de él se fabrica, y sirve de materia para la sentencia, del qual se debe hacer mencion en ésta, porque se refiere à él, y por lo que de él resulta se profiere, por lo que si falta el conocimiento, è inspeccion del proceso, no vale la sentencia, pues el Juez debe darla segun lo alegado, y probado, y conforme al libelo, sin exceder; y asi, no habiendo proceso, que es la materia, no puede haber sentencia, porque de la nada, nada se puede hacer.

472 Lo qual se limita quando se da comision para proceder, *atendida solamente la verdad del hecho*, en cuyo caso no se anula por no ser conforme al libelo; v. g. quando se pidió una cosa, y se probó otra, pues recae la sen-

(1) Marant. de Sentent. diffinit. & interlocutor. vers. *Secundo principaliter querit*: n. 27. al 57.

(2) Ley 2. Cod. de Sentent. ex

brevical. recitand. y cap. ultim. de Sentent. & re iudicat. in 6. Reinfestuel dicho tit. 27. §. 2. n. 57. al 63.

tencia sobre la materia que nació, pendiente el juicio, porque esta clau-ula es mas amplia, y tiene mas vigor que la de que se proceda *sumaria, simplemente, y de plano*: se aparta de las reglas prescriptas por derecho positivo: y se juzga comisionado el Juez para proceder con mano Real, como si fuera la Real Persona, que no está obligada à observar el orden judicial, ni tampoco sujeta à las leyes positivas en lo coactivo. (1) Pero si el libelo es inepto, no sirve la sentencia; y lo propio milita con el proceso, excepto en las causas sumarias, en las que no se observan estrictamente el orden, y solemnidades judiciales. (2)

473 La causa formal se puede considerar de tres maneras, à saber: respecto del Juez, de los litigantes, y de la misma sentencia: respecto del Juez se debe mirar lo primero, que la profiera en el lugar que debe, y sus predecesores acostumbraron, y no fuera de su territorio, à menos que las partes lo consentan; bien que el delegado no siendolo para todas causas, el árbitro, y el de apelacion pueden darla en qualquiera parte honesta; y lo mismo procede en las en que se procede de plano; en las de jurisdiccion voluntaria; y en todos los actos que conciernen à la ordenacion del pleito. Lo segundo, el tiempo, pues no debe darla en el prohibido de juzgar, ni despues del legal, ni de noche, ni pendiente la dilacion, ò termino concedido; ni tampoco sin presencia, ò citacion de las partes, à menos que proceda de oficio, ò que haya habido vista de autos con su citacion, y para mejor proveer mande el Juez practicar alguna cosa, pues no es necesaria nueva citacion despues de practicada esta, para dar la sentencia. Y lo tercero, que el Juez sea competente, no dude de su potestad, ni proceda despues de admitida la apelacion, ò de inhibido del conocimiento por el superior; y que no tenga impedimento, ni prohibicion legal de juzgar. Respecto de los litigantes es, que se nominen en la sentencia, sean

(1) Cap. ad petitionem, 22. de Accusation. Reinfestuel dicho lib. 2. y tit. 27. §. 3. n. 81. y 82. Barros. claus. 173. n. 2. Jasoia in leg. Certi coeditio, §. Si nimos, n. 32. y 33. ff.

de Reb. credit. si cert. petat. Abb. in cap. Nostra, n. 8. de Sepult. Marant. part. 4. distinct. 9. n. 32.

(2) Marant. part. 6. de Sentent. diffinitit. n. 58. al 69.

sean hábiles para comparecer en juicio, ò tengan defensor legítimo que por ellos comparezca, y que estén vivos. Y respecto de la misma sentencia, que esté escrita antes de publicarse; que no sea notoriamente injusta; ni falsa la causa en que se funda; ni dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada; ni incierta; ni en ella se exprese persona, cuyas facultades para litigar no constan en el proceso; ni contenga error manifiesto, ni otros vicios que la anulen *ipso jure*; ni la falten tampoco los demás requisitos por derecho prescriptos para su validacion. (1)

474 Y la causa fíal es, que la sentencia contenga las palabras *condeno*, ò *absuelvo*, ò otras equivalentes decisivas, y no ambiguas, porque este es el fin à que aspiran los litigantes, para cuya consecucion comparecen ante el Juez, y le eligen, y adoptan por mediador imparcial en su controversia: (2) pues si la sentencia está oscura, y confusa, se puede pedir al Juez que la declare, y hasta que lo haga, no corre el termino de apelar de ella, una vez que se pida dentro de él la declaracion, porque no es sentencia, sino confusion.

475 Para dar la sentencia deben los Jueces inferiores ver, y examinar por sí propios los autos à presencia de las partes, y no por relacion de los Escribanos, (3) como senté en el num. 276; y lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte, que como Jueces ordinarios conocen de lo civil, pues les está prohibido tener Relatores, pena de cinco mil maravedis, y destierro de un año al Relator por cada vez que se la hiciere: (4) bien que sin embargo de esta prohibicion, se acostumbra en los Juzgados de esta Corte, no solo hacer relacion los Escribanos, sino pedir las partes se les comuniquen el apuntamiento, ò Memorial ajustado con los autos, à fin de ver si está conforme, y no estandolo, hacer que se entienda, adición, ò colequen los hechos como deben estar para su mas clara percepcion, y

(1) Reinfuente dicho tit. 27. y §. 3. per tot. Marant. part. 6. y tit. proxime cit. n. 70. al 121.

(2) Marant. ibi, n. 122. al 127.

(3) Ley 17. tit. 17. lib. 2. y ley 6. tit. 9. lib. 4. Recop.

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

y asistir sus Abogados à la vista para informar verbalmente à los Jueces del derecho de ellas, è ilustrarlos con las leyes, y doctrinas que juegan en el asunto; aun algunas veces se les informa por escrito, segun lo permite la ley 4. tit. 16. lib. 2. Recop. observando en estos papeles, ò informaciones en derecho (que no se unen à los autos, ni se comunican à las partes por no ser del proceso) lo que previenen la ley final, y autos 4. 7. y 11. del mismo tit. y lib. en caso de imprimirse, como suele hacerse en el Consejo, para que teniendo todo presente, no yerren la determinacion, y puedan despachar con mas brevedad los muchos negocios que ocurren, pues de otro modo serian interminables.

476 En el juzgar deben los Jueces superiores, è inferiores, asi en primera, como en segunda, y tercera instancia, mirar, y atender à la verdad, y no detenerse en las solemnidades, y sutilezas prescriptas por derecho para el orden de enjuiciar: de suerte que constando justificado el hecho, aunque falten las solemnidades del orden del juicio (con tal que no sean las substanciales, v. g. la citacion, prueba, &c.) pueden, y deben determinar el pleito conforme à la verdad que resulta probada segun el libelo, ò accion intentada, y será válida la sentencia; pero si alguna de las partes declara las cosas que son de substancia del juicio; pide que la otra las guarde, ò jure de calumnia; el Juez se lo manda dos veces, y no quiere; y sin embargo procede à dar la sentencia; y entonces, à mas de ser nula ésta debe pagar el Juez las costas. (1) Lo mismo procede, aunque el actor ponga la demanda por una causa, y pruebe otra diversa, porque esta diversidad no muda la accion. (2) Advertiendo que el Juez que por ignorancia, ò malicia procede injustamente causando daños à alguno de los litigantes, incurre en las penas que las leyes 12. tit. 4. 24. y 25. tit. 22. Partid. 3. y 4. tit. 15. Partid.

(1) Ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop.

(2) Fontanel. decis. 124. Sr. Vassent. consil. 11. n. 16. Scac. de Sen-

tent. glos. 14. quest. 23. Vela disert. 15. n. 86. y dissert. 42. n. 66. Pariador. lib. 2. cap. 10. n. 3. y 4.

tid. 7. le imponen; y si despacha indebidamente la execucion, incurre en las que explicaré en el cap. 2. de este lib. n. 119. y 309.

477 Dudando justamente el Juez inferior de la sentencia que ha de dar, por ser iguales las pruebas de las partes, debe aconsejarse de hombres literatos, imparciales, y de buena fama, electos con aprobacion de ellas, y si no disuelven su duda, puede remitir la causa al superior, citandolas à este efecto, y no de otra suerte; (1) mas no mandartas que comprometan el negocio en sus manos; (2) y la remision debe ser no de los autos originales, (à menos que intervenga precepto superior) sino por compulsula qual, y los demás gastos que ocurran en este caso, deben pagar las partes por mitad; (3) lo que al contrario quando se apela, pues el apelante debe satisfacerlos integramente, porque à su instancia se causan; pero despues de remitida, no le está prohibido sentenciarla, por lo que valdrá la sentencia arreglada que dé antes que el superior responda. (4) Y si la prueba de ambas partes consiste en dicho de testigos, y fueren contrarios los de la una, ò los de la otra, debe creer à los de mejor fama que se acercan mas à la verdad del hecho aunque los contrarios sean mas en número. Siendo iguales en fama, y dichos, seguirá la pluralidad de personas. Pero si en número, dichos, y fama fueren iguales, ha de votar à favor del reo. (5)

478 El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se profiriera. (6) Si la que prueba es diversa de la que demandó, debe ser absuelto el reo de la instancia, no de la demanda; y

(1) Ley 11. tit. 22. Partid. 3. y cap. Inimastil, de Appellation.

(2) Ley 13. tit. 2. lib. 2. Recop.

(3) Sr. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 21. Partid. 3. glos. 4. Bobadill. lib. 3. Polit. cap. 8. n. 255. Barboz. vot. 126. n. 123. y sig. Gracian. discept. 55. n. 44.

(4) Ley 1. §. Quasitum, ff. de

Appellation. Sr. Greg. Lop. en la 11. tit. 22. Partid. 3. glos. 6.

(5) Leyes 40. y 41. tit. 16. Partid. 3.

(6) §. Si quis aliud pro alio, Institut. de Action. Sr. Saig. de Retent. part. 2. cap. 8. n. 11. Vea dissert. 33. n. 71. DD. in cap. unic. de Plus pe. titution. Parlador. dicho cap. 10. n. 6.

y si se da otra sentencia, es nula: (1) bien que basta que el actor tenga la accion, y dominio de la cosa que pide al tiempo de la sentencia, aunque no lo haya tenido al de la demanda, porque convalence el juicio con el derecho superveniente, y recae la sentencia sobre cosa cierta: (2) pero no se deben admitir probanzas, y defensas inconducentes à la accion propuesta. (3) Y no debiendo ser condenado el reo, no solo ha de ser absuelto de la instancia del juicio, sino de la demanda, y entrega de la cosa que en ella se le pide; lo qual se entiene, ya pruebe, ò no el actor, por lo que éste no puede volver à suscitarla, sino se le reserva para ello su derecho, (4) porque se lo obsta la excepcion de cosa juzgada.

479 Todo litigante temerario, ò que tiene causa justa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó à su contendor, pidiendolas éste. Y se entiene, y estima no tenerlo, quando la demanda es inepta, ò el actor no la probó, ò el reo sus excepciones, ò puso alguna maliciosamente, ò fue contumáz, y por otras causas semejantes; bien que si justifica su intencion con dos testigos à lo menos, aunque éstos sean luego tachados, no debe pagarlas. (5)

480 Tampoco debe pagarlas quando tuvo justa causa, aunque el reo sea condenado en lo principal, ò absuelto; ni quando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia, porque con él se excluye la presuncion de haber litigado maliciosamente. Lo qual se entiene, à menos que resulte lo contrario del proceso, pues en este caso se elide, y

(1) Gutier. lib. 1. Pract. q. 101. Sr. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 22. Partid. 3. glos. 4. Sr. Saig. Labir. part. 3. cap. 1. n. 30.

(2) Sr. Crespi observat. 32. Sr. Saig ubi proxime, y part. 1. de Recent. cap. 2. n. 70. Sr. Olea de Cacion. jur. tit. 6. quest. 9. n. 28.

(3) Ley Qui habebat, ff. de Institor. action. cap. Abbate sané, de Sentent. & re judic. in 6. Barboz. vot. 126. n. 207. Pedro Barboz. en

la ley 23. ff. de Judic. Sr. Saig. part. 3.

Labir. cap. 1. n. 30.

(4) Leyes 14 y 43. tit. 2. y ley 1. tit. 14. Partid. 3. Bobadill. lib. 4. Polit. cap. 3. n. 231. y sig. Car. Philipp. part. 1. §. 18. n. 8.

(5) Leyes 29. tit. 2. y 8. tit. 22. Partid. 3. Sr. Greg. Lop. en ambas glos. 3. Sr. Valenz. consil. 60. Foatanel. decia. 95. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 134.

y desvanece la presuncion de buena fé, que el juramento induce à su favor, y queda en su fuerza, y vigor la malicia, è injusta causa de haber litigado, por lo que se le ha de condenar, y apremiar à su solucion, tasandolas el Juez. (1)

481. Pero si el litigante temerario es pobre, no debe estar preso, ni tomarsele sus vestidos, ni ser compelido à dar fiador por el importe de las costas, ni por el de los derechos que en defenderse devengue, ni pagarse éstos de las limosnas que se hacen à los presos: (2) y es suficiente que lo haga constar con informacion de fuera aparte, dando un testigo habil, y fidedigno en la Audiencia, ò Juzgado en que el pleyto se sigue, que concluya de su pobreza, con tal que lo reciba el Escribano de la causa: (3) de modo que se llama pobre el que aunque tenga lo indispensable para vivir, no tiene para litigar; y para que se le declare por tal, basta que haga informacion concluyente de su pobreza ante qualquier Juez, y practique despues lo que queda explicado, sin ser rigorosamente necesaria que la dé ante el de la causa; pero hasta que esté declarado no se le debe tener por pobre, y así ha de pagar los derechos de la informacion, y demás que ocurran, y si obtiene en el juicio, deberá satisfacer despues de las cantidades que perciba, los legitimos, al modo que si se le hubiera mandado defender sin derechos hasta entonces, porque ya tiene con que pagar.

482. Si el Juez no hace condenacion de costas habiendose pedido, y el vencedor apeló, no es necesario que apele el vencedor de la omision de condenacion, porque en segunda instancia puede conseguir que se le condene en ellas adheriendose à la apelacion, para cuya adhesion no hay término señalado; y si no apeló, puede apelar en dechura de ella, ò de aquello à que el Juez no desistió. Lo propio debe practicar por las que se le deben por derecho de accion, v. g. por contrato: de lo qual trata elegantemen-

(1) Ley 8. tit. 22. Partid. 3. & lib. 2. y 3 y ley 3. tit. 22. lib. 4. Recop.

(2) Leyes 20. y 23. tit. 12. lib. 2. Recop.

(3) Ley 25. dicho tit. y lib.

mente el Señor Covarrubias. (1)

483. Piden muchas veces los litigantes que el Juez reponga, ò revoque, y reforme por contrario imperio, ò como mas haya lugar, sus autos, y sentencias. Y para que el Escribano sepa quales puede, ò no revocar, ò reformar, digo que siendo *mere interlocutorias*, (que se llaman así las que profiere en el progreso del juicio, son preparatorias para él, y esperan otra despues,) puede, y debe hacerlo con causa justa, quando quisiere antes de la sentencia definitiva sobre lo principal; pero siendo definitivas, ò de las que tienen fuerza de tales, no solo no puede reformarlas, ni revocarlas una vez publicadas, y notificadas à las partes, sino que tampoco las puede mudar, corregir, ni adicionar en cosa alguna; y lo propio milita con las interlocutorias que se pronuncian juntamente con las definitivas, por haber espirado sus facultades, y acabadose en aquel juicio su officio; pero si declararias à instancia de alguno de los contendores en lo que estén obscuras, (2) cuya declaracion se debe pedir antes que espire el termino de apelar, y se introduzca la apelacion, para que desde que se haga saber la declaracion, empiece à correr éste; y así se practica. Y se previene que el Juez puede ir à defender su sentencia al Tribunal superior, con tal que no lleve salario por ello. (3)

484. Si en la sentencia definitiva no hizo el Juez mencion de los frutos, y rentas de la cosa litigiosa, sino sola de ésta; ò no condenó en las costas (debiendo) à la parte vencida; ò juzgó sobre estas cosas mas, ò menos que lo que por derecho debia, puede enmendarse, y enderezarse su sentencia dentro del dia de su proclacion, y no despues. (4) Lo mismo puede practicar quando condenó en multa, ò pena pecuniaria à alguno que es pobre, pues la ley le concede

(1) Sr. Covar. Pract. cap. 27. Et practice in num. 5.

(2) Leyes 2. y 3. tit. 22. Partid. 3. y ley Jurex postea quam, ff. de Re judicat. cap. in litteris, de Offic. delegat. Marant. part. 6. tit. de Sentent. Interlocutor. n. 27. 38. y 46. Frago. de Regimin. respiblic. part. 3. lib. 4.

disp. 10. §. 4. Sr. Salg. de Reg. pro-
tect. part. 1. cap. 5. num. 20. y sig. y
part. 4. cap. 2. num. 120. Sr. Valenz.
consil. 40. n. 48. y consil. 73. n. 31.

(3) Ley 13. tit. 16. lib. 2. Recop.
(4) Ley 3. tit. 22. Partid. 3. verb.
Pero si el Juegador.

potestad de moderarla, ò por piedad quitarsela, si quisiere, especialmente si está aplicada al fisco. (1)

485 La sentencia definitiva se debe intimar, ò notificar à ambas partes, aunque una sola venza, y si se defienden por Procuradores, à éstos, y entregárselles copia de ella, y de otra qualquiera providencia, si la piden, para que la consulten con su Abogado, vean si les es, ò no gravosa, y han de apelar, ò no de ella, pues à este efecto se les notifica; y sin embargo de que los Procuradores respondan que se haga saber à sus partes en persona, (como muchas veces lo practican por diferir, y ocasionar gastos à las contrarias) no debe el Escribano admitirles esta respuesta, porque por la contestacion, y uso de su poder se constituyen dueños de la instancia, como queda advertido en el numero 220: y por lo propio hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y llegue el caso de su execucion, se han de entender con ellos todas las diligencias que ocurran, à menos que conste en autos la revocacion del poder, pues entónces se han de practicar con la parte, para evitar nulidad por la carencia de facultades; pero la execucion de la sentencia se ha de entender con las mismas partes en persona, porque de éstas, y no del Procurador, ò Apoderado depende su cumplimiento como obligadas à él. Advertiendo que para apartarse el Procurador ò apoderado de la apelacion ò súplica interpuesta, necesita poder especial, ò que el general contenga esta especialidad, como en el numero 29. dexo expuesto, sin lo qual no se le debe admitir al apartamiento.

486 Notificada la sentencia definitiva, ò interlocutoria à las partes, ò à sus Procuradores, ò Apoderados, si la vencedora no apela dentro del termino legal, puede ocurrir la vencedora al mismo Juez, acusando la rebelde à la otra, expresando ser pasado el de la ley, y pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la lleve à pura, y debida execucion: à cuya pretension debe proveer este auto: *Por acusada la rebelde: autos citadas las partes;* y si dentro de tres dias siguientes al de

(1) Ley 4. tit. 22. Partid. dicha.

la ultima citacion no manifiesta despacho del superior, ha de deferir à la declaracion à la primera audiencia, condeñando à los litigantes à que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ya está pasada en cosa juzgada; bien que algunos Jueces llaman los autos solamente, y à la siguiente audiencia hacen la declaracion, porque pasado el termino de la ley yá está executoriada, y así ni tiene para que citar à las partes; ni oirlas sino sobre su execucion, ni debe, porque se acabó su oficio en aquella instancia, y esto es lo mas arreglado. Este auto se debe hacer saber tambien à los Procuradores, para que sepan que no tienen recurso, por ser visto haberla consentido; y si entónces responden que se entienda con sus partes, se les debe admitir la respuesta, y como que éstas son las que han de cumplir, se les notifica la sentencia, y auto de declaracion à fin de que la observen, y cumplan, porque el cumplimiento es acto personalísimo que debe practicar el mismo interesado; y llegado este caso, cesaron las facultades del Procurador por el hecho de haberse concluido el seguimiento de la instancia.

487 El termino para apelar de auto, ò sentencia los mayores de 25. años es el de cinco dias en el fuero secular, segun lo ordena la ley 1. tit. 18. lib. 4. Recop. ibi: *Porque à las veces los Alcaldes, y Jueces agravan à las partes en los juicios que ddn. mandamos que quando el Alcalde, ò Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tubiere por agraviado, pueda apelar hasta cinco dias desde el dia que fuere dada la sentencia, ò recibió el agravio, y viniere à su noticia; y si así no lo ficiere, que dende en adelante la sentencia, ò mandamiento queda firme; y al fin dice: y en el dicho dia quinto mandamos que sea contado el dia en que fuere dada la sentencia, ò hecho el agravio.* Los quales se cuentan desde el de su intimacion, que es desde quando viene judicialmente à su noticia; y aunque en algunos Juzgados de esta Corte amplian los cinco dias à nueve, ò diez, no se debe seguir, antes sí abolir un abuso, y corruptela no por todos observado, por carecer de potestad para esta ampliacion opuesta à la ley. En el fuero Eclesiástico se conceden diez

días para interponer la apelacion de sentencia definitiva; (1) pero de la interlocutoria no se debe admitir, excepto que tenga fuerza de definitiva, ó contenga gravamen irreparable por esta: (2) y lo mismo procede en el secular, (3) á menos que sea sobre declinatoria, recusacion del Juez, denegacion del proceso en que se hizo publicacion, ó sobre excepcion perentoria, (4) pues entonces há lugar tambien. De la sentencia de los árbitros que debe executar el Juez ordinario, y no ellos por defecto de jurisdiccion, se puede apelar, ó pedir reduccion á alvedrio de buen varon dentro de diez dias baxo la fianza que previene la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. y pasados, queda firme. (5) Para interponer suplicacion de los autos interlocutorios en que debe admitirse, se conceden tres dias, en los quales el suplicante debe exprimir los agravios: y para la de sentencia definitiva diez dias, y no mas, ya el pleito se haya principiado en el Consejo, ó Audiencia, ó traído á ella por apelacion de la sentencia del Juez inferior, (6) de lo qual trata el tit. 19. lib. 4. Recop. Y se advierte que si el Juez inferior agravia en algun incidente al apelante, puede el superior á instancia de éste retener los autos en su Tribunal, substanciarlos, y determinarlos en lo principal, quitando el conocimiento al inferior, porque el que se hace sospechoso en una cosa, se constituye en la otra; (7) y esto sin embargo de lo dispuesto en el cap. *causæ omnes* 20. del Concilio de Trento, *Sess. 24. de Reformatione*, que manda que todas las causas aunque sean beneñiciales, se concluyan ante el ordinario, y que no se le quite su conocimiento; pues por haberse omitido especificar este caso en el Concilio,

(1) Cap. *Quod ad consultariarum*, §. 7. *et* 220. *Cam. inter* 12. de *Senten. & Rejudic. et Causis. Anteriacum* 1. *quest. 6. Reinstucl.* lib. 2. tit. 27. §. 4. n. 107.

(2) *Concil. Trident. Sess. 13. de Reformatione*, cap. 1. al fin, y *Sess. 24. eod. tit. cap. 20. al principio.*

(3) *Ley 13. tit. 23. Partid. 3. verb. Max de otro Mandamiento*: *Ley 3. tit. 18. lib. 4. Recop. y ley 5.*

tit. 6. lib. 7.

(4) *Dicha ley 3. tit. 18. lib. 4. Recop.*

(5) *Ley final tit. 4. Partid. 3. & ibi glos. 1. Cur. Philip. part. 5. §. 1. n. 16. al fin.*

(6) *Leyes 1. y 2. tit. 19. lib. 4. Recop.*

(7) *Glos. in cap. Dispensio, verb. In omnibus de Rescrip. in 6.*

lio, se entiende exceptuado, y así se queda en la disposicion del derecho comun, (1) como frecuentemente lo vemos.

488 Si el agraviado apela, y se le admite la apelacion lisa, y llanamente, ó en ambos efectos, y no presenta la mejora, y despacho del Juez de alzadas, ó del Tribunal superior dentro del termino competente segun la distancia; puede la otra parte usar de uno de dos medios, que son: acudir ante el superior á sacar *abicatoria*, ó contra mejora; ó ante el inferior, pretendiendo declare por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia, ó auto apelado, cuyo termino no señalándose el Juez, es de 40. dias, si hubiere de seguirse la apelacion de puertos allá; de 15. de Puertos acá; y de tres, estando el Juez de alzadas, ó Tribunal superior en el Pueblo del juicio; y los mismos terminos tiene para quejarse del Juez, sino le admite la apelacion siendo admisible; y pasados, queda firme el juicio. (2) Si acude ante el inferior, debe mandar al apelante que presente las diligencias practicadas en prosecucion de la apelacion dentro de cierto termino que le preña; cuyo auto se debe hacer saber á su Procurador. Si pasado el termino concedido, no cumple, le acusa la rebeldia la otra parte, insistiendo en su pretension, y el Juez la há por acusada, y manda que dentro de terceró dia cumpla con lo proveído en el auto anterior. Hecho saber, y pasados los tres dias, le acusa segunda rebeldia, y el Juez manda que dentro de segundo dia evacue lo providenciado en el primer auto con apercibimiento. Y si en este termino tampoco cumple, le acusa la tercera rebeldia, bolviendo á insistir en su pretension, y el Juez la há por acusada, llama los autos citadas las partes, y pasados tres dias después de las citaciones, desiere á su solicitud, mandando al Escribano originario le dé testimonio con la relacion competente, é insercion de la sentencia, auto de su declaracion, y demás insertos conducentes, con el qual pide su execucion, y se

(1) *Sr. Valencuel. Consil. 176. n. 156. lib. 3. de* *51. tom. 2. Avenósso de Secund. suplicat. num. 21. Barcos. vot. 126.*

(2) *Leyes 1. y 13. tit. 18. lib. 4. Recop.*

se hace pieza separada, ò si no, se sigue à consecuencia, y continuacion de los autos primitivos sin necesidad de sacar testimonio, pues no la hay. Esta es la práctica que aprendi, y previenen el *Sr. Salg. de Regia practica. part. 3. cap. 18. num. 77. Rodrig. de Execucion. cap. 1. num. 6. al 8.* y otros, pues debe declarar por desierta la apelacion sin conocimiento sumario de causa, y citacion de parte, porque ésta puede hacer constar que tuvo justo impedimento para no haber presentado las diligencias practicadas en su prosecucion, y así se debe observar.

489. Conteniendo la sentencia diversos particulares, ò capítulos, se puede apelar de ella en el todo, ò de alguno, ò algunos solamente, segun el agravio, ò agravios que irroge al apelante: (1) y si las partes dudan, ò no entienden la sentencia, pueden pedir al Juez que la declare en lo que esté ambigua, con tal que sea dentro de los cinco dias, y no despues: y si de la declaracion que haga, se irroga perjuicio à alguna, tambien puede apelar. (2) Pero ya se confirma, ò revoque en quanto à los apelados, no es necesario pedir despues que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada por lo tocante à los que no se apelaron, porque para con éstos lo está por la ley, y es visto haberlos consentido ambas partes, y así queda firme, y no se le debe ya admitir apelacion sobre ellos.

490. Sucede algunas veces en esta Corte, que despues de todo lo expuesto presenta la parte apelante el despacho, ò mejora: y otras no apela ante el Juez inferior, y acude al superior presentandose en grado de apelacion. De cuyos casos, en el primero queda sin efecto la declaracion del Juez hasta que el superior como, que procede atendida la verdad, revoque, ò confirme, al qual debe remitir los autos; y en el segundo, aunque la sentencia esté pasada en autoridad de cosa juzgada, debe tambien remitirselos, y no proceder *ad ulteriora*, y en ambos casos vale la confirmacion, ò revocacion del superior. Y para evitar las dilaciones, y per-

(1) Ley 14. tit. 23. Partid. 3. ley Appellanti, ff. de Appellation. ley 2. tit. 16. ff. de causa, ff. de Minorib. y csp. Rayaldus, de Testam. & ibi

Abb.

(2) Ley 15. tit. 23. Partid. 3. y ley Ab executore, ff. de Appellation.

juicios que ocasiona la malicia de los apelantes, les prefiere el Consejo en uno, y otro caso seis dias de termino contados desde la fecha de su decreto, à fin de que en ellos presenten evacuada la mejora en el oficio originario, y manda al Juez que si pasaren sin haberlo hecho, proceda en la causa como halláre por derecho, à cuyo efecto declara por desierta la apelacion; con lo qual no se descuidan.

491. La apelacion surte regularmente dos efectos: el uno *suspensivo*, porque suspende la jurisdiccion del Juez à quò (que es el inferior) respecto del futuro evento, pues así como puede confirmarse, puede tambien revocarse su sentencia, y la extingue respecto del presente, porque le ata las manos para que no pueda proceder mientras está pendiente, y si la sentencia se revoca, queda extinta para siempre en aquel negocio; y el otro *deolutivo*, porque debuelve el conocimiento de la causa al superior, aunque sea en las en que está prohibida la apelacion; (1) y una vez admitida llanamente ésta, ò la súplica, queda la causa en el estado que tenía antes de la sentencia, y nada se puede hacer hasta que se confirme, ò revoque. Advertiendo que el Escribano originario ha de poner en el testimonio de ésta la expresion de si la causa es civil, ò criminal, relacion de la demanda, su cantidad, y reconvention, si la hubiere, y cantidad de la sentencia, fecha de ella, y de la demanda, y apelacion: y en las causas criminales, à mas de la relacion expresada, ha de referir si el reo está preso, ò no, pena de suspension de oficio por dos meses; (2) lo que tendrá presente para no incurrir en ella. En quanto à si un extraño puede apelar, ò decir de nulidad de la sentencia dada contra el encarcelado, ò la madre por su hijo, así en causa civil, como criminal, veuse à *D. Blas Altamari de Nullitat. sententiar. tom. 1. rubr. 4. quest. 29.* que afirma que sí, aunque lo resista el reo sentenciado, porque milita la razón de humanidad, y de proximo.

492. Para que el Escribano sepa lo que es la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y sus efectos, debo

(1) Paz tom. 2. part. 5. io Proem. §. 1. n. 19. cap. 12. y 13. Cur. Philip. part. 5.

(2) Ley 10. tit. 18. lib. 4. Recop.

advertirle que se llama *cosa juzgada* aquella sobre la que recayó absolución, ó condenación, y fue proferida en contradictorio juicio, oídas las partes plenamente, mas no adquirió el vigor, y autoridad de tal; pero pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada se entiende quando lo recibió, y tomó irrevocablemente, por haberse consentido expresamente; ó por no haberse apelado de ella, pues es visto consentirla; ó si se apeló, se apartó despues el apelante de la apelacion interpuesta; ó se declaró ésta por desierta, por lo que se estima por verdadera, y justa la sentencia: (1) y así es de tanta fuerza, que aquel contra quien fue dada, sus legítimos herederos, el Juez que la proferió, y sus sucesores deben observarla, y no contravenirla, aun quando contenga error de cálculo, si provino de los litigantes, y no del Juez; ó el agraviado si no apeló de ella, halle despues nuevos instrumentos, y tales que si el Juez los hubiera tenido presentes, hubiera determinado lo contrario; (2) por lo que produce accion *in factum*, que hoy dura veinte años, dentro de los quales el que la obtuvo, ó quien le suceda, pueden demandar la alhaja litigiosa, (3) y pasados, prescribe, porque la accion personal, y la executoria dada sobre ella, prescriben por ellos; (4) y como dicen los Autores, (5) hace negro lo blanco, verdadero lo falso; dá ser á lo que no lo tiene; y no solo no se puede revocar por la ulterior apelacion, rescindir, ni bolverse á ver, sino antes debe executarse; y produce otros varios efectos que explican *Reinfestul lib. 2. Decret. tit. 27. §. 4. y 5.* y los que cita. Previendo que si la cosa litigiosa es mueble, ó raiz, quiere el Juez executar su sentencia dentro de tercero dia, y si es dinero, dentro de diez, ya sea confirmada, ó pasada en autoridad de cosa juzgada. (6)

493 Sin embargo de lo que queda sentado en el numero inmediato, así como toda regla general padece su excepcion,

(1) Ley Res judicata, ff. de Regul. jur. y Ley 31. al fin, tit. vltim. Partid. 7. Authen. Qui appellat. Cod. de Tempor. appellat.

(2) Ley 19. tit. 22. Partid. 3.

(3) Sr. Greg. Lop. en dicha ley 19.

glos. 12.

(4) Ley 63. de Toro.

(5) Abb. in Rubr. extra de iust. Marant. part. 6. tit. de Sentent. diffinit. & interlocutor. n. 199.

(6) Ley 6. tit. 17. lib. 4. Recop.

cion, la qual hace regla en contrario: así tambien hay casos en que la sentencia declarada en cosa juzgada se puede rescindir, y revocar, porque no adquirió el vigor, y autoridad de tal. El primero, quando el que fue condenado en ella, halló posteriormente nuevos instrumentos; pues aunque sea mayor de 25. años, puede pretender se rescinda por via de restitution, la qual le compete por la clausula general: *Si qua mihi alia causa justa esse videbitur*, y debe deferirse á ella por la ignorancia, y legitimo impedimento que tuvo para no haberlos producido. (1) El segundo, quando se proferió le sentencia en virtud del juramento supletorio de su contendor, y luego por los instrumentos que halló, acredita que éste se perjuró, y justifica su intencion. (2) El tercero, quando fue dada por Consejo de algun Doctor, ó Jurisperito, pues puede revocarse por el de otro mas recto. (3) El quarto, quando lo fue por expertos, ó peritos, á menos que fuesen electos de unánime consentimiento de ambos contendores. (4) El quinto, quando se proferió solamente por presunción de derecho, ó por pruebas presuntivas, v. g. las privilegiadas. (5) El sexto, quando se dió en virtud del dicho de juramento que depusieron de credulidad. (6) El septimo, en las causas matrimoniales en que se declaró haber matrimonio, ó que fue ilícito; si hubo error en la declaracion, ó el Juez no fue el legitimo diocesano que debió conocer. (7) El octavo, quando se proferió sobre la edad por solo

el

(1) Ley 1. §. Si quis proster, ff. de itinere, ley Pantonijs, ff. de Acquirend. hered. y ley 1. y todo el tit. ff. Ex quibus causis majores. Sr. Gregor. Lop. en la 19. tit. 22. Partid. 3. glos. 9.

(2) Ley 15. tit. 11. y leyes 13. y 19. tit. 22. Partid. 3.

(3) Roman. consil. 228. Butr. in cap. Proposuiti, de Probation. Alex. in leg. Si ab hostibus, ff. Solut. matrimon. & in cap. Intimasti, al fin, de Appellation.

(4) Felin. in dict. cap. Proposuiti.

ti, col. penult. verx. q. Alex. in leg. cit. Philip. in cap. Cum cessante, & in cap. Intimasti, de Appellation. Jason in repetit. leg. Admonendi, column. 22.

(5) Ley Si quis adulteri, Cod. de Adulter. Felin. in cap. Proposuiti, cit.

(6) Butr. in dict. cap. Proposuiti, Jason in Rubr. de Jurejurand. col. fin.

(7) Ley 19. tit. 22. Partid. 3. cap. Consanguinei, y cap. Teor. de Re judicat. & ibi Abb. & Felin.

el aspecto, porque es prueba presuntiva. (1) El noyeno, quando se dió sobre la excepcion, por la que se declaró tener, ò no bienes el dendor. (2) El decimo, quando el que obtuvo la sentencia, confiesa que es iniqua, pues la presuncion de derecho que tenia à su favor, cesa por su confesion. (3) El undécimo, quando se dió por pruebas falsas de testigos, ò instrumentos, y no se alegó, ni conoció de su falsedad; en cuyo caso el agraviado ha de pedir al mismo Juez por via de restitucion, que rescinda su sentencia, citando à la parte adversa, lo qual debe hacer, si prueba la falsedad en legal forma; y para alegarla, y probarla le concede la ley veinte años, y no mas. (4) El duodécimo, quando de su observancia, se irroga perjuicio al Alma. (5) El decimotercio, quando la causa porque se profirió, se convierte en no causa; y. g. si se condena à alguno à la satisfaccion del valor de la alhaja que le prestaron, y perdió, y luego la halla su dueño en cuyo caso éste debe bolver el precio que recibió, al comodatario, el qual si no la satisfizo, no está obligado à su entrega. (6) El decimocuarto, quando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el Juez con dádivas, ò súplicas, ò porque amaba nimiamente, ò temia al coligante; si se justifica que por alguno de estos motivos juzgó iniquamente. (7) El decimoquinto, en las causas benéficas, pues solo para con las partes pasa en cosa juzgada, mas no en perjuicio del superior. (8) El decimosexto, siendo la sentencia de excomunion mayor, interdictos, y censuras eclesiasticas, por el

(1) Bald. in leg. Si minorem, Cod. de In integrum restit. Bart. in leg. Minor, 25. ann. & in leg. de Rate, ff. de Minorib.

(2) Bald. in leg. 2. col. 2. circa fin. Cod. Quando factus, vel privatus.

(3) Innocenc. in cap. Quia plorique, col. 1. de Immunitat. Eccles. Butr. in cap. Is qui fidem, de spon-salib. Jason in dict. leg. Admonenti, col. 22. vers. Ego inter alios.

(4) Leyes 15. tit. 11.: 156. tit. 13. y 19. tit. 22. y 1. y 2. tit. 26. Partid. 3.

(5) Glos. fin. in cap. Monasterium, de Re judicat. Jason. in dict. leg. Admonenti, col. 25.

(6) Ley 19. tit. 22. Part. 3.

(7) Leyes 13. y 24. al fin. tit. 22. Partid. 3. Specular. tit. de Justice, delegat. §. Superat. vers. Item si sit inimicus, col. penult.

(8) Cap. Cum Bertoldus de Re judicat. glos. & Abb in cap. 1. de Conc. presbend. cap. Cum dilectus, de Election. y cap. Cum audientiam, de Rescript.

peligro del Alma; pero esto se entiende en quanto à la utilidad pública, mas no à la privada. (1) El decimoseptimo, quando se dió contra el Rey, ò su Procurador, y éste, ò otro cometió dolo para ello, pues en qualquier tiempo se puede pedir la revocacion. (2) El decimo-octavo, quando la sentencia es tal que de su tenor, ò por vista ocular, ò evidencia del hecho aparece su iniquidad. (3) Y por ultimo, todas las sentencias nulas de que en el §. siguiente trataré, se pueden rescindir, y revocar dentro de treinta años, segun el derecho de las Partidas, porque no se elevan à la esfera de cosa juzgada, ni adquieren su vigor, y autoridad; y si corre peligro del Alma, se puede pedir perpetuamente su revocacion por via de queja. (4)

§. XIV.

DE LA NULIDAD DE LAS sentencias, y termino en que se debe pedir.

494 **T**oda sentencia tiene à su favor la presuncion de haber sido proférica segun la forma prescripta por derecho, (5) con conocimiento de causa, y por Juez legitimo con jurisdiccion para darla, mayormente siendo superior; (6) y si es antigua, se amplía la presuncion à que para ello precedieron todos los requisitos, y solemnidades de esencia, y substancia. (7) Pero no obstante, como suce-

(1) Cap. ad Reprimendam, de Offic. ordin. cap. Sacro, de Sentent. excommunication. y cap. Venerabilis, col. tit. in 9. Abb in cap. Cassanguinet, col. penult. de Re judicat.

(2) Dicha ley 19. tit. 22. Partid. 3.

(3) Cap. Inter ceteras, de Re judicat. Innocenc. in cap. Cum Bert. eod. tit. Bald. in leg. 1. Cod. de Sentent. & in leg. Contra negantem, al fin Cod. de Leg. Aquil.

(4) Marant tit. de Sentent. cit.

de mm. 153. y 154. Reinstaur. dicho tit. 27. de Sentent. & re judicat. §. 4. per tot.

(5) Cap. 16. de Re judicat.

(6) Vna dixer. 48. n. 2. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 35. Sr. Covar. de Matrimon. cap. 8. §. 1. n. 7. Escobar de Partid. part. 2. quest. 4. artic. 1. n. 17.

(7) Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 1. n. 49. Parej. de Ediccion. tit. 2. Resolut. 5. n. 83.

de muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que en los numeros sucesivos se expondrán, se pueden impugnar, y rescindir por esta causa.

495 No es otra cosa la nulidad considerada en abstracto, ó genericamente, que un derecho, y comun auxilio, que compete á alguno para irritar, ó invalidar el acto, testamento, ó contrato de que se trata. Y considerada en concreto, es un vicio, ó defecto que tiene la cosa hecha, y proviene de la transgresion de la ley: y asi quando la nulidad es clara, se llama favorable, y el Juez está obligado á declararla abiertamente, pues no hay mayor injusticia que la nulidad patente; pero quando es obscura, se llama odiosa, y en caso de duda está la presuncion por la validacion del acto, ó sentencia. (1) Pero es de advertir que si las partes la consienten, se confirma con su consentimiento, porque el acto nulo convalence por su convenio, y conformidad, como dice el derecho. (2)

496 Puede ser nula, è injusta la sentencia: se llama nula quando es dada contra la forma, y solemnidad prescritas por derecho; è *injusta*, quando se profiere contra el del litigante; (3) por lo que los Letrados piden al superior en las apelaciones que iaterponen, la declare nula, ó la revoque como injusta; y los autores lo distinguen con los adverbios *rite*, y *rectè*, que el primero apela sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia, las quales pueden provenir de diez causas, à que se reducen los treinta modos, por los que expresa *Maranta part. 4. distinct. 16. per tot.* se pueden decir nulos el juicio, y sentencia, y son: por falta de jurisdiccion del Juez, legitimacion, ó citacion de parte; ó por razon del lugar en que se profiere la sentencia, y solemnidad; error en la cantidad; ó en otra cosa; tiempo; proceso; modo; è iniquidad manifiesta: ó por la

(1) Vanc. de Notitat. tit. 1. per tot. Scacia de Appellation quest. 19. Jordan Encubrat vol. 3. lib. 4. tit. 28. n. 2. Sabell in §. Nullitas, numer. 1.

(2) Ley 2. Cod. Communia utriusque iudicij; y ley Si ab eo Cod. Quomodo iudex. Parlador. lib. 2. cap. 21.

tim. part. 1. §. 2. n. 7.

(3) Cap. 1. de Re iudicat. ley Prolatis, ff. eod. tit. ley 1. ff. Que sententia sine appellation. rescindant. y ley 1. Cod. Quando provocacion est necesse. Parlador. differ. 70. num. 2.

de la condicion, (1) las quales paso à explicar.

497 Es nula la sentencia proferida por Juez que tiene prohibicion legal de serlo; ó carece de potestad de juzgar; ó si la tuvo, espiró, ó le fue revocada por la ley, ó delegante, aunque ignore la revocacion, ó la dada contra naturaleza, derecho, y buenas costumbres; ó contra el que no fue emplazado, excepto en los casos explicados en el num. 145. en los quales no es necesario el emplazamiento; ó en tiempo en que está prohibido juzgar; ó fuera del prefinito para ello; ó en un lugar indecente, v. g. la taberna; ó fuera de su territorio; ó no estando sentado *pro tribunali*; ó por yerro de parte del Juez, en la cantidad que importe el yerro, y no mas; ó contra menor de 25. años, loco, fatuo, ó desmemoriado, ó mudo, y sordo, à *nativitate* sin audiencia de su curador; ó contra esclavo sin la de su señor, excepto en los casos en que por sí solo puede comparecer en juicio; ó por Juez lego sobre cosa esphitual. (2)

498 Tambien es nula la dada baxo de condicion, ó à exemplo de otra, à menos que sea al de la proferida por el Rey como Legislador en caso semejante; (3) ó contra el que no es subdito del Juez, excepto en los casos en que aunque no lo sea, se hace por las razones expuestas en el num. 37. y siguientes; ó contra hombre muerto, si no se cita à sus herederos, (lo qual no se entiende en los delitos, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama, ó bienes, como es la traicion), ó antes de la contestacion; ó no estando presentes los litigantes, ó al menos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan, ó no concurran; ó sin pleno conocimiento de causa, porque en el Juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio; ó si no contiene las

pa-

(1) Peregrin. in Prax. Vicarior. Bayo Prax. ecclesiast. part. 3. lib. 1. cap. 21. Goerrei. de Division. lib. 8. cap. 3. n. 3.

(2) Ley 10. tit. 22. Partid. 3. ley penult. ff. de iudic. ley Privatorum, Cod. de Jurisdiccion. omni. iudic. y ley Nulli, Cod. de Sentent. Sr. Gre-

Tom. III.

gor. Lop. en dicha ley 10. glos. 3. 6. y 11. Sr. Salp. de Reg. part. 2. c. 13. num. 38. y part. 3. Labir. cap. 1. num. 200.

(3) Leyes 14. tit. 22. y 3. y 4. tit. 26. Partid. 3. ley 1. §. Biduum. ff. Quando appellandum sit; y ley Nemo, Cod. de Sentent.

X

de muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que en los numeros sucesivos se expondrán, se pueden impugnar, y rescindir por esta causa.

495 No es otra cosa la nulidad considerada en abstracto, ó genericamente, que un derecho, y comun auxilio, que compete á alguno para irritar, ó invalidar el acto, testamento, ó contrato de que se trata. Y considerada en concreto, es un vicio, ó defecto que tiene la cosa hecha, y proviene de la transgresion de la ley: y asi quando la nulidad es clara, se llama favorable, y el Juez está obligado á declararla abiertamente, pues no hay mayor injusticia que la nulidad patente; pero quando es obscura, se llama odiosa, y en caso de duda está la presuncion por la validacion del acto, ó sentencia. (1) Pero es de advertir que si las partes la consienten, se confirma con su consentimiento, porque el acto nulo convalence por su convenio, y conformidad, como dice el derecho. (2)

496 Puede ser nula, è injusta la sentencia: se llama nula quando es dada contra la forma, y solemnidad prescriptas por derecho; è *injusta*, quando se profiere contra el del litigante; (3) por lo que los Letrados piden al superior en las apelaciones que interponen, la declare nula, ó la revoque como injusta; y los autores lo distinguen con los adverbios *rite*, y *rectè*, que el primero apela sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia, las quales pueden provenir de diez causas, à que se reducen los treinta modos, por los que expresa *Maranta part. 4. distinct. 16. per tot.* se pueden decir nulos el juicio, y sentencia, y son: por falta de jurisdiccion del Juez, legitimacion, ó citacion de parte; ó por razon del lugar en que se profiere la sentencia, y solemnidad; error en la cantidad; ó en otra cosa; tiempo; proceso; modo; è iniquidad manifiesta: ó por la

(1) Vanc. de Notitat. tit. 1. per tot. Scacia de Appellation quest. 19. Jordan Encubrat vol. 3. lib. 4. tit. 28. n. 2. Sabell in §. Nullitas, numer. 1.

(2) Ley 2. Cod. Communia utriusque iudicij; y ley Si ab eo Cod. Quomodo iudex. Parlador. lib. 2. cap. 21.

tim. part. 1. §. 2. n. 7.

(3) Cap. 1. de Re iudicat. ley Prolatis, ff. eod. tit. ley 1. ff. Que sententia sine appellation. rescindant. y ley 1. Cod. Quando provocacion est necesse. Parlador. differ. 70. num. 2.

de la condicion, (1) las quales paso à explicar.

497 Es nula la sentencia proferida por Juez que tiene prohibicion legal de serlo; ó carece de potestad de juzgar; ó si la tuvo, espiró, ó le fue revocada por la ley, ó delegante, aunque ignore la revocacion, ó la dada contra naturaleza, derecho, y buenas costumbres; ó contra el que no fue emplazado, excepto en los casos explicados en el num. 145. en los quales no es necesario el emplazamiento; ó en tiempo en que está prohibido juzgar; ó fuera del prefijido para ello; ó en un lugar indecente, v. g. la taberna; ó fuera de su territorio; ó no estando sentado *pro tribunali*; ó por yerro de parte del Juez, en la cantidad que importe el yerro, y no mas; ó contra menor de 25. años, loco, fatuo, ó desmemoriado, ó mudo, y sordo, à *nativitate* sin audiencia de su curador; ó contra esclavo sin la de su señor, excepto en los casos en que por sí solo puede comparecer en juicio; ó por Juez lego sobre cosa esphitual. (2)

498 Tambien es nula la dada baxo de condicion, ó à exemplo de otra, à menos que sea al de la proferida por el Rey como Legislador en caso semejante; (3) ó contra el que no es subdito del Juez, excepto en los casos en que aunque no lo sea, se hace por las razones expuestas en el num. 37. y siguientes; ó contra hombre muerto, si no se cita à sus herederos, (lo qual no se entiende en los delitos, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama, ó bienes, como es la traicion), ó antes de la contestacion; ó no estando presentes los litigantes, ó al menos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan, ó no concurran; ó sin pleno conocimiento de causa, porque en el Juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio; ó si no contiene las

pa-

(1) Peregrin. in Prax. Vicarior. Bayo Prax. ecclesiast. part. 3. lib. 1. cap. 21. Goerrei. de Division. lib. 8. cap. 3. n. 3.

(2) Ley 10. tit. 22. Partid. 3. ley penult. ff. de iudic. ley Privatorum, Cod. de Jurisdiccion. omni. iudic. y ley Nulli, Cod. de Sentent. Sr. Gre-

Tom. III.

gor. Lop. en dicha ley 10. glos. 3. 6. y 11. Sr. Salp. de Reg. part. 2. c. 13. num. 38. y part. 3. Labir. cap. 1. num. 200.

(3) Leyes 14. tit. 22. y 3. y 4. tit. 26. Partid. 3. ley 1. §. Biduum. ff. Quando appellandum sit; y ley Nemo, Cod. de Sentent.

palabras *Condeno*, ó *Absuelvo*, ú otras equivalentes; (1) ó si no se expresa la cosa, ó cantidad cierta, á menos que se remita á los autos, y en ellos conste; ó si la causa, ó fundamento que en ella menciona, es falsa; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es buena cautela añadir: *y por lo demás que de autos resulta*; ó si en esto falta el poder, y legitimacion de personas, ó quando excede de lo pedido, ó no es sobre ello; ó lo que se pide es generico, y la sentencia se da sobre cosa especifica; ó es diversa en sí, ó en la accion. (2)

499 Asimismo es nula la sentencia de los Jueces, (ya sean ordinarios, delegados, ó árbitros) dada sin concurrencia de todos los comisionados para proferirla, aunque los ausentes envíen á decir por escrito á los otros que la den; excepto que para ello tengan poder especial del que les confirió la comision; pero si concurren todos, y discordan, se ha de estar á la pluralidad de votos; si la discordia es igual en número, no sirve la sentencia; y si unos condenan al reo en mayor suma que los otros, debe prevalecer el voto de éstos como mas pio por la condenacion menor. (3)

500 Igualmente es nula la que el Juez lego profiere en pleito intrincado, y de gravedad sin consulta de Asesor letrado; mas no, si consiste en penas de ordenanza, y denunciaciones, pues para darla sobre esto no necesita asesorarse; (4) y la que se da por testigos, instrumentos, ú otras pruebas falsas; ó por haber corrompido al Juez con dádivas, si se justifica que por el soborno juzgó iniquamente, y no de otra suerte, la qual puede rescindirse en este caso dentro de veinte años, y no despues, y el Juez incurrir en

(1) Ley 32. tit. 2. y leyes 9. 10. 15. y 22. tit. 22. Partid. 3. ley fin Cod. Si á non competet. judic. ley Si per errorem, y ley fin. ff. de Jurisdiction. omni. judic. y ley 2. al principio. ff. de Judic. Sr. Sálv. de Reg. part. 3. cap. 9. n. 20. Jul. Capon. tom. 4. disc. 385.

(2) Ley 16. tit. 32. Partid. 3. Sr. Sálv. de Reg. part. 3. dicha cap. 7.

num. 225. cap. 8. num. 27. y cap. 9. n. 212. Parej. de Edition. tit. 5. res. solut. 10. n. 50. Paclador. different. 70. n. 10. al 12.

(3) Ley 17. tit. 22. Partid. 3.

(4) Accev. en la ley 7. tit. 28. lib. 4. Recop. n. 106. Bobadilla lib. 3. Pol. lit. cap. 8. n. 255. Scac. de Sentent. cap. 1. glos. 3. quest. 2. y glos. 13.

la pena del triple; y la que profirió en virtud del juramento supletorio de una de las partes, siempre que la otra acredite con documentos legitimos que aquella se perjuró, y la certidumbre de su pretension. (1)

501 Y es nula, finalmente, la sentencia dada en una instancia, ó en otra diversa contra otra definitiva, de que no se apeló; la qual no puede revocarse, ni rescindirse, sin embargo de que lo consentan las partes, á menos que conste de su injusticia, y sobre ésta se admita prueba. Lo mismo procede, aunque se haya apelado, si la apelacion se declaró por desierta. Pero si contendieron sobre si hubo, ó no sentencia, el Juez declarare que no, y no apelaren, ó si apelan, se confirmare la segunda, quedará inválida, é ineficaz la primera. (2) De la nulidad de las sentencias trata con muchisima extension el docto *Don Blas Altamirani*, tom. 1. á quien para su perfecta intruccion podrá ver el Legista, pues para dar alguna idea al Escribano, basta lo explicado.

502 La nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, v. g. quando la sentencia es contra ley, ó fuero, naturaleza, ó buenas costumbres; ó falta alguno de los Jueces electos para darla; ó espiró el tiempo prefinido para ello; ó la condenacion excede de la pena de la ley; ó contiene error de parte del Juez; ó falta la contestacion de la demanda; ó las partes no son citadas para darla; ó fue venal; (que es quando se corrompe al Juez con dádivas, por cuyo exceso pierde el oficio, no puede obtener otro, é incurrir en otras penas, y esto se puede justificar con tres testigos singulares, y fidedignos, aunque cada uno deponga de su hecho, como lo dicen las leyes 5. y 6. tit. 9. lib. 3. Recop.) ó quando se profirió contra muerto, excepto en causa de traicion; ó proviene de defecto de jurisdiccion; puede intentarse como perpetua en qualquier tiempo segun el derecho de las Partidas, (3) aunque no se ha-

(1) Leyes 13. y 24. tit. 22. y leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3.

(2) Dicha ley 13. tit. 22. & ibi glos. 2. ley 1. Cod. Quando provocate non est necesse, ley de Quere. ff.

de Judic. y cap. Inter ceteras, de Re judicats.

(3) Leyes 3. 4. y 5. tit. 26. Partid. 3.

haya apelado de la sentencia, y se intente contra tres conformes; (1) y las demás nulidades deben pedirse dentro de los sesenta dias siguientes al de la notoriedad de aquella, y no despues, ya se proceda por via de accion, ó excepcion. (2) Pero siguiendo el dictamen del Sr. Covar. (3) conceptúo que todas se deben intentar dentro de estos, porque la ley recopilada citada, que es posterior á las de Partida, habla indistinta, y absolutamente, y manda que despues de pasados no sea oído mas el litigante sobre elio: que si en ellos dixere que es nula, y se diere sentencia sobre esto, ninguna de las partes pueda alegar nulidad de esta sentencia, y si solamente apelar, ó suplicar de ella, segun sea el Juez: y que de lo que se determine en estos grados, ó instancias, tampoco haya, ni se permita recurso de nulidad. (4)

503 Si no se apeló de la sentencia, se ha de intentar su nulidad ante el mismo Juez de la causa, y si se apeló, ante su superior, en caso que se apelase principalmente, y no por incidencia de ella; pero si se apela solamente sobre el negocio, y se reserva el derecho de ventilar la nulidad ante el inferior; entonces sin embargo de la apelacion se ha de tratar ante éste: y lo mismo procede quando se intenta contra la execucion de la sentencia, de lo qual trata elegantemente el Sr. Covarrub. (5) Previeniendo lo primero, que la nulidad se ha de controvertir en contradictorio juicio con audiencia del colitigante, y que mientras se ventila, no corre el término de apelar, si se intentó antes que éste espirase, (6) y no de otra suerte, lo qual es corriente en la práctica. Y lo segundo, que una vez interpuesta la nulidad dentro de los sesenta dias referidos, no pasa la sentencia en cosa juzgada, aunque no se apele de

(1) Accv. en la ley 2. tit. 17. lib. 4. Recopil. n. 25. al 40. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 36.

(2) Ley 2. tit. 17. lib. 4. Recop.

(3) Sr. Covar. Pract. cap. 25. numero 4. vers. *Ego contrarium sententiam.*

(4) Leyes 1. y 2. tit. 26. Partid. 3.

y dicha ley 2. tit. 17. lib. 4.

(5) Sr. Covar. Pract. cap. 24. numero. 7. y 8. y cap. 25.

(6) Dichas leyes Bald. en la Contramajores, Cod. de Inofficis restam. Diego. Perez en la 2. tit. 5. lib. 3. Ordenam. glos. 1. Paz tom. y part. 1. temp. 12. num. 6.

de ella, ó la apelacion se declare por desierta. (1)

504 No há lugar nulidad de las sentencias dadas en el Consejo, Chancillerias, y Audiencias; ni suplicacion, ni otro recurso de las en que sus Ministros se declaran, ó no por Jueces; ni impide su execucion, aunque se alegue incompetencia, y defecto de jurisdiccion, y ésta conste en el proceso, ó en qualquiera forma, y así se han de llevar á debido efecto; (2) ni tampoco de las de revista; (3) pero sí de las de los Alcaldes de Corte que tienen Provincia, y conocen de lo civil, pues á estos no se entiende lo expuesto, (4) y así se puede alegar nulidad, è interponer otro recurso de ellas.

505 Está quitado el remedio de la restitucion en todos los casos referidos en el número precedente, así á los menores, y demás privilegiados, como á los mayores, á quienes por justas causas se la concede el derecho, aunque ambas concurran en una misma persona; por lo que no se deben bolver á ver, suscitarse, ni tratar con pretexto de nulidad, restitucion, ni otro, los pleytos que por las tales sentencias quedaron acabados. (5) Previeniendo que en los casos de suplicacion ordinaria, y en los de segunda según la ley de Segovia, si se alega nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para quando se dé sobre el negocio principal, y no hacerse, ni formarse juicio separado sobre ella. (6) En quanto á las sentencias de los Jueces compromisarios, vease lo explicado en mi primera parte, tom. 3. cap. 10. nn. 14. y 15.

506 Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de 25. años en pleito que sigue con asistencia de su Curador, no interviniendo alguno de los motivos explicados: no obstante, si fueleso en ella, hace constar la lesion, y la sentencia se profrrió durante su menor edad, puede, ó su Curador, ó Procurador en su nombre con espe-

(1) Parador. lib. 2. cap. 60. Recop. part. 1. §. 1. num. 13. y different. 70. n. 3. al 5.

(2) Ley 4. tit. 5. y leyes 4. y 11. tit. 17. lib. 4. Recop.

(3) Leyes 3. 4. y 11. tit. 17. lib. 4.

(4) Tom. III.

(5) Auto 13. tit. 6. lib. 2. Recop.

(6) Dicha ley 11. tit. 17. lib. 4. Recop.

(7) Ley 4. cerca del fin. tit. 17. lib. 4. Recop.

pecial mandato pedir restitucion por via de excepcion ante el propio Juez, (ò ante su superior, si se apeló de ella) dentro de los 25. años, ò de los quatro siguientes à ellos, y no despues. Cuya restitucion se le debe conceder una vez en una causa, y no mas, y esta se ha de ventilar con audiencia de su contendor, el qual si quiere, puede gozar del término de la restitucion, y dentro de él probar lo que le conenga igualmente que el menor, y en el interin nada mas se puede hacer; de suerte que por la restitucion pedida en el tiempo, y forma expuestos, se buelve el menor al estado que tenia antes de la sentencia, y el pleito à su principio, y se abre nuevamente el juicio. Pero no há lugar la restitucion, quando la sentencia se profirió despues de su menor edad, aunque el pleito se principiase dentro de ésta, ni tampoco quando es nula *ipso jure*, porque en este caso, como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se ha de intentar solamente la nulidad. (1) En quanto à si el Juez delegado puede, ò no conceder restitucion *in integrum* contra su sentencia, y conocer de su nulidad, vease à *Carleval de Judic. tit. 1. disp. 7. per tot.* el qual afirma que sí, con tal que con la proclacion no haya espirado su jurisdiccion, pues si espiró, no puede.

507 Pueden decir tambien de nulidad la Iglesia, y Concejo, ò Republica indefensas, quando no se les mandó constituir defensor, ò no se les citó; mas no, si habiendolas emplazado el Juez, no quisieron ésta enviar su Síndico, y aquella, ò su Prelado comparecer en el juicio; y así vale el proceso, y sentencia sin embargo de la indefension, (1) porque la Iglesia, y Republica se equiparan regularmente, (3) y por su contumacia no pueden iludirse nulidad, pues de permitirselo estaria en su mano iludirse del Juez, eludir el proceso, y nunca comparecerian à defenderse, por lo que les perjudicará la sentencia; lo qual

(1) Leyes 1. a. y 2. tit. 24. Partid. 3. y 6. y 9. tit. 19. Partid. 6.

(2) Ley 1. Cod. de Republicis Sr. Greg. Lop. en la 1. tit. 25. Partid. 3.

glos. 5.

(3) Ley fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.

(2) Ley fin. tit. 19. Partid. 6.

no milita para con el menor que no está proveído de Curador, pues si teniendo edad para nombrarlo, no quiere, se lo puede nombrar el Juez, aunque lo resista, y con él se han de substanciar los autos; pero à la Republica, ò Ciudad no. (1)

508 Siendo lesos en la sentencia, ò contrato la Iglesia, Comunidad, ò Republica, deben pedir la restitucion dentro de los quatro años siguientes à su fecha; y si la lesion es enorme, les concede el derecho (2) treinta para ello. Los mismos concede al Rey, como cabeza del comun del Reyno, quando es lesos; (3) pero se ha de advertir que el Rey puede poseer tres clases de bienes; unos como persona privada; otros que tocan, y son perpetuamente de su Real Patrimonio; y otros que recaen en su Real Cámara, ò Fisco por condenaciones, ò por falta de parientes dentro del grado legal. De los quales los de las dos ultimas clases (que llaman Fiscales) gozan del privilegio; pero por los de la primera ninguno mas le compete que à qualquiera persona privada. (4) Otras tres clases añade *Matienzo en la ley 3. tit. 10. glos. 3. per tot.* à quien para instruirse, puede ver el aplicado, pues las omito por ser concernientes à la segunda clase referida, y anejas à ella, y à la régia suprema potestad, y dignidad Real.

509 Si quieren restituirse por prescripcion sobre aquellas cosas suyas, que pueden perder por tiempo de 40 años, es preciso que las pidan dentro de quatro despues de estos, pues pasados, no há lugar. (5) Previendo que las alcavalas, pechos, y tributos Reales nunca prescriben, ni las cosas sagradas, y religiosas, ni tampoco las del comun uso de los pueblos, v. g. dehesas, exidos, caminos, y otras semejantes. (6)

(1) Cap. fin. de Sede vacante, cap. Tum ex iuris, de In integrum restitut. ley Qui habet, ff. de Tutel. glos. in l. g. Si Præses, Cod. Quomodo, & quando iudex. Sr. Greg. Lop. en dicha ley 1. tit. 25. Partid. 3. glos. 5. cit.

(2) Ley fin. tit. 19. Partid. 6.

(3) Dicha ley fin.

(4) Sr. Greg. Lop. en la ley 1. tit. 17. Partid. 2. glos. 4. y en dicha ley fin. glos. 2. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. num. 701.

(5) Ley 7. tit. 29. Partid. 3.

(6) Leyes 6. y 7. dicho tit. 29. leyes 1. y 2. tit. 15. lib. 4. ley 2. tit. 13. lib. 6. y ley 1. tit. 13. lib. 9. Recop.

510. No daña à unos, no siendo citados, (regularmente hablando) la sentencia dada entre otros; (1) y la razon es, porque ninguno debe ser gravado, ni condenado por lo que no hace, ni aprueba, pues no tiene culpa en ello; (2) y así el reconocimiento de la deuda, ó su solución hecha por uno de los herederos del difunto, no perjudica à los coherederos que la niegan, à menos que el acreedor la pruebe por otro medio; (3) ni la transacción practicada con uno perjudica al ausente; (4) ni, el hermano à su hermano en lo que executó sin mandato suyo; (5) ni la dada contra uno, à su conjunto que no le mandó litigar, ni lo probó, ni se obligó à haberlo por estable; pero sí de lo contrario; (6) ni la dada contra un legatario, daña al colegatario que tiene igual derecho; y mucho menos al heredero (7) lo que es al contrario lo que se profiere contra éste, que dixo ser inoficioso el testamento, pues dañará al legatario; (8) ni en causa criminal la que se profirió contra un reo, es nociva al correo; (9) y por lo mismo que no daña à estos, tampoco aprovecha à los otros, y en otros casos semejantes; (10) por lo que el tercero puede apelar de la sentencia dada entre otros en lo que le toque, y se le debe admitir la apelación, como que no fue oído, ni citado, manifestando, y probando à lo menos sumariamente su derecho, y que se le irroga perjuicio. (11) Asimismo no perjudica al coheredero la proferida contra el heredero, aunque sea sabidor del pleito, pues uno de ellos puede ser condenado, y el otro no, (12) cada uno

(1) Rubr. y leyes 1. y sig. Cod. Res inter alios, y ley 20. tit. 22. Partid. 3. Cap. inter dilectos 6. §. In omnibus, de Fide instrum. cap. Cum super 17. y cap. Quamvis 55. de Sentent. & re judicat.

(2) Reglas 22. Jur. in 6. y 18. tit. 34. Partid. 7. y Non debet, ff. de Regul. jur. y cap. 2. de Constitutionib.

(3) Ley 1. Cod. Res inter alios.

(4) Ley 2. sup.

(5) Ley 3. Cod. eod. tit.

(6) Ley 1. Cod. Quibus res judicata.

(7) Ley 1. ff. de Except. re judicat. Peregrin. de Fidelicommissis artic. 52. num. 45. Spec. de Sentent. glos. 14. quest. 12. num. 34.

(8) Ley Papinianus §. Si ex causa, ff. de Inoficiosis testam. Carroc. de Exception. except. 123. num. 68.

(9) Ley 3. Cod. Quibus res judicata

(10) Ley 2. Cod. ibi.

(11) Ley A sententia, ff. de Appellation y cap. Cum super, de Sentent. & re judicat.

(12) Ley Circa, ff. de Inoficiis. testam. ley Cum duobus. Cod. eod. tit.

uno tiene igual derecho que el otro, y el negocio toca principalmente à qualquiera de ellos à prorrate, así en el grado, como en la acción à litigar. (1) Pero para la inteligencia de esto se presuponen tres casos: el primero, quando todos son instituidos puramente, y entences es constante que no les daña por las razones expuestas. El segundo, quando el uno fue instituido puramente, y el otro con condicion, y son conjuntos en la cosa, y disyuntos, ó separados en las palabras; en cuyo caso el instituido puramente se contempla serlo *in solidum*, pendiente la condicion; (2) por lo que la sentencia dada contra el puramente instituido, dañará condicionalmente al que lo es con condicion, porque el negocio toca principalmente à aquel, y no tienen igual derecho ambos. Y el tercero, quando los coherederos son disyuntos en la cosa en el modo propuesto en el segundo caso, pues entonces el instituido puramente es heredero en parte, por lo que la sentencia proferida contra él, no dañará al que lo es condicionalmente, porque la cosa en lo fue puramente, nada tiene de comun con la otra considerada dividida; y à ésta, que pendiente la condicion permanece en suspenso, se dará Curador hasta que la condicion se cumpla. (3)

511. Dixe regularmente hablando, porque esta regla padece sus limitaciones, y falencias, y por consiguiente hay varios casos en que la sentencia dada contra unos daña, ó aprovecha à otros, aunque no sean citados: el primero, respecto del pleno perjuicio, ó cómodo; pues no obsta que en esto no les puede dañar, ni aprovechar, pero sí en quanto à la presunción, v. g. la confesión del delito hecha por un reo, no perjudica al cómplice, ó correo para la condenación, mas sí para la presunción. (4) El segundo, quando compete à uno primariamente alguna acción, ó exp-

(1) Bald y Salsicet en la ley 1. Cod. Quibus res judicat. non nocet. Gait. de Credit. cap. 2. tit. 3. n. 385. y sig.

(2) Glos. in leg. 2. ff. Si pars heredit. petat. Andreol. controver. 255. y 3. hoc tit.

3475.

(3) Alex. in leg. Septe n. 15. ff. de Re judicat. Gait. ibi. n. 423. y sig. Alvarini de Nullit. sentent. tom. 1. rubr. 4. quest. 27. n. 1. al 8.

(4) Abb in cap. Quamvis, un. 2. y 3. hoc tit.

cepcion, y permite que el siguiente, à quien secundaria-mente toca, litigue, y no lo protesta; pues la sentencia dada contra éste, perjudica al primero, (1) porque por su permission se presume que lo hace con su consentimiento; (2) ó quando dos se constituyen deudores de mancomún de otro, ó fue prometido à entrambos alguna cosa de manera que cada uno la pudiese demandar en el todo, pues la sentencia proferida à favor, ó contra el uno, aprovecha, ó perjudica al otro. (3) El tercero, en las causas connexas, v. g. la sentencia dada contra el ordenado indignamente, perjudica al ordenante. (4) El quarto, en la cosa individua, y comun à dos, ó mas, y en las servidumbres, y correlativas, pues si se profiere à favor de uno, aprovecha à los otros, ó al contrario, porque la sentencia no puede ser válida en parte, y en parte no. (5) El quinto, en la cosa comun con el pueblo, pues por este respecto, y comunion el que con él posee algun fundo, retiene la servidumbre que à éste se debe, aunque no la usó; (6) y así como contra el menor no corre la prescripcion, así tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca; lo qual procede por razon de la comunidad, pues en las cosas individuas puede uno conseguir por su socio lo que le es imposible por sí mismo. (7) Y el sexto, quando se dá contra uno respecto de la cosa, por la qual compete à muchos *in solidum* algun derecho, v. g. en las acciones populares. (8) Otros varios casos traen las leyes 20. y 21. tit. 22. Partid. 3. à las quales, al Sr. Greg. Lop. en sus Glosas, y à los Autores citados podrá ver

(1) Ley penult. ff. de Re judicat. & ibi Bart. in Sumario.

(2) Ley Xxpo constitutum, ff. col. tit.

(3) Ley 20. tit. 22. Partid. 3.

(4) Canon Hec quippe 3. quest. 6. & ibi glo. verb. His anoris Canon Tertio Oane, distict. 81. & ibi glo. 60. Pirhing, hoc tit. num. 82.

(5) Ley Loci, ff. Si fundus, ff. Si servitus vindicetur. cap. Uas scateantia 72. de Appellat. cap.

(6) Ley Si communem, § 1. ff. Quomodomodis servitutes amittant.

(7) Cap. Sacris 12. de Sepultur. cap. unic. & ibi glo. & Abb. in cap. Quamvis cit. n. 14. hoc tit.

(8) Ley 3. ff. de Popular. actio. ff. de leg. 1. in § 1. in popularibus, ff. de Jur. jur. Peregrina. de Fideicommiss. art. ultim. n. 41. Alimari de Nollit. art. septentiar. tom. 1. quest. 27. numer. 16.

ver el Letrado para quando alguno le ocurra, pues para dar alguna tintura al Escribano, es suficiente lo explicado.

512 La execucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó confirmada por Tribunal superior, toca al Juez que la profirió, si es ordinario, el qual siendo mueble, ó raiz la cosa litigiosa, debe mandar entregarla à su dueño dentro de tercero dia; y siendo dinero, dentro de diez, (1) como al fin del num. 492. dexo sentado, y no debe executarla el superior que la confirmó, sino remitir su execucion al inferior. (2) Y del modo de seguir la via executiva, ya sea en virtud de sentencia, ó de otro documento que traiga aparejada execucion, trataré latamente en el cap. 2. de este libro, adonde remito al principiante.

513 Si el Juez que profirió la sentencia es delegado del Papa, ó Principe supremo, puede executarla por sí, ó por otro; (3) pero si lo es de Obispo, ó de otro Principe inferior, hay variedad de opiniones sobre si puede, ó no. (4) Lo cierto es, que por el hecho de cometerse el conocimiento de una causa al delegado, se entiende se le cometidas todas las cosas que le pertenecen, sin las quales no puede quedar expedita, y concluida; y así se ha de atender à las facultades de su comision: (5) pues aunque con la sentencia se acaba el oficio mercenario del Juez, que sirve para declarar la accion, mas no el noble, que consiste en apremiar, mandar, prohibir, conervar el derecho, y executar lo que determina en la causa, porque éste espira solamente por la sentencia executada. (6) Y se advierte que si alguno tubiere la oadia de impedir con armas, ó de otro modo violento su execucion, à más de otras penas establecidas por derecho, incurre en la de perdi-

(1) Ley 6. tit. 17. lib. 4. Recop.

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

(3) Cap. Quarenti 26. y cap. Pastoralis 28. §. Pexterea, de Officio delegat. y cap. In literis 6. eod. tit. Pirhing, hoc tit. n. 99. Menoch de Arotr. lib. 1. quest. 74. n. 48.

(4) Reinfestuel lib. 1. tit. 20. de Officio & potestat. judic. delegat. §. 2. n. 45. y sig. y §. 5. n. 110.

(5) Cap. 5. y 39. de Officio delegat.

(6) Reinfestuel lib. 1. tit. 20. dicho num. 24. y lib. 2. tit. 27. §. 6. num. 164.

332 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.
dimiento de la mitad de sus bienes, aplicados à la Real
Cámara. (1)

§. FINAL.

DE LA FORMA DE ESTENDER
las diligencias que ocurren en el Juicio
civil ordinario.

Demanda de reivindicacion.

514 F. En nombre de Don N. vecino de tal Villa, y
en virtud de su poder, de que en debida for-
ma presento copia testimoniada, en la forma que de dere-
cho mejor proceda, y sin perjuicio de qualquiera otro que
en el asunto, que aqui se expresará, le compete, y de que
protesto usar donde, contra quien, y en el modo que mas
le convenga, ante Vm. parezca, y digo, que por falleci-
miento de Don P. padre de dicho Don N. recayeron en és-
te como su unico hijo varon legitimo todos los mayorazgos
que poseia, entre los cuales se comprehende el erigido por
J. en tantos de tal mes, y año ante tal Escribano, en ca-
beza de M. su sobrino, y septimo abuelo de mi parte, de
tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su
hatañ en la ribera de tal rio, término de esta Villa, y
otros varios bienes raices consistentes en las de tal, y tal,
como consta de la Escritura de fundacion, de que igual-
mente presento con la solemnidad necesaria copia legaliza-
da: Que habiendo quedado mi parte en la menor edad
de ocho años, tomé à su nombre posesion de todos los
mayorazgos Doña G. su madre, como su tutora, y cura-
dora *ad bona* en sus fundaciones, segun se acredita del
testimonio que asimismo presento, y como tal los estubo
administrando por medio de sus Apoderados, durante la
citada menor edad. Y habiendo salido de ella mi parte,
segun se califica de la certificación de bautismo legaliza-
da,

(1) Ley 3. tit. 17. lib. 4. Recop.

da, que tambien presento, advirtió que no solo no habia
percibido su madre las rentas de tales bienes, &c. (*se ex-
presarán los que sean*) sino que los estaban poseyendo pro
indiviso F. vecino de esta Villa, y F. que lo es de la de
tal, su hermano, à quienes reconvinó mi parte extrajudicial-
mente manifestasen el título legitimo con que los pose-
ían, ò le reconociesen por poseedor legal, y pagasen los
frutos, y rentas que produxeron desde la muerte de su pa-
dre, y no quisieron asentir à uno, ni à otro, prestando
haberlos heredado, y poseido sus mayores con títulos
verdaderos de tiempo inmemorial. Y mediante à que no
pueden tener documento que califique haberse desmem-
brado legitima, y justamente del mayorazgo, y los consti-
tuya dueños: que sin que precediese facultad Real, no
debieron haberse vendido, ni enagenado, y que por lo
propio es corriente, y sin el menor dubio su reivindicacion;
por tanto, y para que ésta se verifique = à Vm. suplico
se sirva haber por presentados el poder, fundacion,
testimonio de posesion, y partida referidos, y por lo que
de ellos resulta, declarar que los nominados bienes han
tocado, y pertenecido, tocan, y pertenecen en posesion,
y propiedad al prenotado mayorazgo fundado por &c. y
al mencionado Don N. mi parte, como su poseedor legiti-
mo, con todos sus frutos, rentas, y aprovechamientos,
y en su consecuencia condenar à dichos F. y F. como de-
tentadores à que se los restituyan con todos los que produ-
xeron, no solo desde la muerte del padre de mi parte, de
quien es unico heredero, sino en todo el tiempo que és-
te vivió, y en las costas de este pleito, sobre lo qual, y
cada cosa les pongo formal demanda con la protesta de
corregirla, suplirla, y ampliarla, conforme haya lugar
en justicia que pido, juro lo necesario, y para ello, &c.
Otro: si mediante hallarse domiciliado el mencionado F.
en tal Villa, à Vm. suplico se sirva mandar expedir re-
quisitoria de emplazamiento cometida à la Justicia de ella,
con término perentorio, para que se le haga saber en su
persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, à su
muger, hijos, criados, ò vecinos inmediatos, dexandoles
memoria por escrito con la competente expresion de ella,

332 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.
dimiento de la mitad de sus bienes, aplicados à la Real
Cámara. (1)

§. FINAL.

DE LA FORMA DE ESTENDER
las diligencias que ocurren en el Juicio
civil ordinario.

Demanda de reivindicacion.

514 F. En nombre de Don N. vecino de tal Villa, y
en virtud de su poder, de que en debida for-
ma presento copia testimoniada, en la forma que de dere-
cho mejor proceda, y sin perjuicio de qualquiera otro que
en el asunto, que aqui se expresará, le compete, y de que
protesto usar donde, contra quien, y en el modo que mas
le convenga, ante Vm. parezca, y digo, que por falleci-
miento de Don P. padre de dicho Don N. recayeron en és-
te como su unico hijo varon legitimo todos los mayorazgos
que poseia, entre los cuales se comprehende el erigido por
J. en tantos de tal mes, y año ante tal Escribano, en ca-
beza de M. su sobrino, y septimo abuelo de mi parte, de
tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su
hatañ en la ribera de tal rio, término de esta Villa, y
otros varios bienes raices consistentes en las de tal, y tal,
como consta de la Escritura de fundacion, de que igual-
mente presento con la solemnidad necesaria copia legaliza-
da: Que habiendo quedado mi parte en la menor edad
de ocho años, tomé à su nombre posesion de todos los
mayorazgos Doña G. su madre, como su tutora, y cura-
dora *ad bona* en sus fundaciones, segun se acredita del
testimonio que asimismo presento, y como tal los estubo
administrando por medio de sus Apoderados, durante la
citada menor edad. Y habiendo salido de ella mi parte,
segun se califica de la certificación de bautismo legaliza-
da,

(1) Ley 3. tit. 17. lib. 4. Recop.

da, que tambien presento, advirtió que no solo no habia
percibido su madre las rentas de tales bienes, &c. (*se ex-
presarán los que sean*) sino que los estaban poseyendo pro
indiviso F. vecino de esta Villa, y F. que lo es de la de
tal, su hermano, à quienes reconvinó mi parte extrajudicial-
mente manifestasen el título legitimo con que los pose-
ían, ò le reconociesen por poseedor legal, y pagasen los
frutos, y rentas que produxeron desde la muerte de su pa-
dre, y no quisieron asentir à uno, ni à otro, prestando
haberlos heredado, y poseido sus mayores con títulos
verdaderos de tiempo inmemorial. Y mediante à que no
pueden tener documento que califique haberse desmem-
brado legitima, y justamente del mayorazgo, y los consti-
tuya dueños: que sin que precediese facultad Real, no
debieron haberse vendido, ni enagenado, y que por lo
propio es corriente, y sin el menor dubio su reivindica-
cion; por tanto, y para que ésta se verifique = à Vm. sup-
lico se sirva haber por presentados el poder, fundacion,
testimonio de posesion, y partida referidos, y por lo que
de ellos resulta, declarar que los nominados bienes han
tocado, y pertenecido, tocan, y pertenecen en posesion,
y propiedad al prenotado mayorazgo fundado por &c. y
al mencionado Don N. mi parte, como su poseedor legiti-
mo, con todos sus frutos, rentas, y aprovechamientos,
y en su consecuencia condenar à dichos F. y F. como de-
tentadores à que se los restituyan con todos los que produ-
xeron, no solo desde la muerte del padre de mi parte, de
quien es unico heredero, sino en todo el tiempo que és-
te vivió, y en las costas de este pleito, sobre lo qual, y
cada cosa les pongo formal demanda con la protesta de
corregirla, suplirla, y ampliarla, conforme haya lugar
en justicia que pido, juro lo necesario, y para ello, &c.
Otro: mediante hallarse domiciliado el mencionado F.
en tal Villa, à Vm. suplico se sirva mandar expedir re-
quisitoria de emplazamiento cometida à la Justicia de ella,
con término perentorio, para que se le haga saber en su
persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, à su
muger, hijos, criados, ò vecinos inmediatos, dexandoles
memoria por escrito con la competente expresion de ella,

y de la requisitoria que se expida, y poniendolo todo por fé, y diligencia à su continuacion, à fin de que le pare el perjuicio que haya lugar: pido ut suprâ. Lic. D. F. &c.

Auto.

515 Por presentados los documentos que se refieren: en quanto à lo principal traslado à F. y F. y por lo respectivo al otro sí, librese la requisitoria que se pide con término de quince dias perentorios, el Señor D. N. Alcalde mayor de esta Villa de tal, lo mandó à tantos de tal mes, y año, &c.

Notificacion.

516 En tal Villa, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano notifiqué el auto de traslado antecedente à F. vecino de ella en su persona, de que quedó enterado; doy fé. F. de tal.

Requisitoria para notificar la demanda.

517 Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, y Alcalde mayor de esta Villa de tal, hago saber à los Señores Jueces, y Justicias de la de tal, y demás de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes este Despacho requisitorio fuere presentado, y pedido su cumplimiento, que en mi Juzgado, y por el Oficio del presente Escribano, por parte de Don F. vecino de tal lugar, con presentacion de varios documentos se dió un pedimento, cuyo tenor, y el del auto que à él proveí, es el siguiente.

Aquí se insertan el pedimento, y auto, y luego prosigue.

Concuerdan el pedimento, y auto insertos con los originales, que existen en el Oficio del infrascrito Escribano con los documentos que en ellos se citan; y en conformidad de lo proveído, expido el presente, por el qual de parte de S. M. y de la Justicia que en su Real nombre admi-

ministró, exortó, y requirió à dichos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo, que siendoles presentado por qualquiera persona en nombre del nominado Don N. sin pedirle poder, ni otro recado alguno, le manden aceptar, y cumplir, y en su consecuencia que por qualquiera Escribano de S. M. se haga saber à F. de tal contenido en el pedimento, el auto que à él proveí, para que dentro de quince dias primeros siguientes al de su notoriedad, que por tres terminos, y el ultimo perentorio le prefino, comparezca por sí, ó por su Procurador con suficiente poder ante mí, y en dicho Oficio à decir, y alegar lo que à su derecho convenga, pues le oiré, y guardaré justicia en lo que la tuviere, apercibiendole que si pasáre dicho término sin haber comparecido, procederé à substanciar, y determinar la causa como halláre por derecho, sin le citar, llamar, ni emplazar mas, y los autos, y diligencias que ocurran en su progreso, se harán, y notificarán por su ausencia, y rebeldia habida por presencia, en los estrados de mi Audiencia, y le pararán el mismo perjuicio que si personalmente se le notificasen; y en caso de no hallarse en esa Villa, ó no poder ser habido el citado F, se dexará memoria con relacion del contexto de este despacho à su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, llegue à su noticia, y no alegue ignorancia, poniendo por diligencia el dia, y la persona à quien se entregó; y evacuado con los originales que en su virtud se practiquen, lo deboiverán à la persona que lo presente, para que lo traiga ante mí, y en su vista provea justicia; que en hacerlo así la administrarán dichos Señores Jueces, é yo correspondere reciprocamente siempre que sus despachos vea, ella mediante. Dado en tal parte à tantos, &c. Lic. Don F. Por su mandado. F.

Auto dando cumplimiento à la requisitoria.

518 Sin perjuicio de la Real jurisdiccion que su mrd. exerce, se cumpla en todo, y por todo la requisitoria precedente, y en su consecuencia se practiquen por el presente Escribano, ò otro de este Juzgado las diligencias que previene: el Señor Don F, &c.

Nota primera.

Este auto se notifica al sugeto con quien habla, y pasados los tres dias, contados desde el de su notoriedad exclusiva, si no pide refencion del despacho, se pone el auto de remision, y devolucion diciendo: Mediante estar evacuadas las diligencias prevenidas en el despacho anterior, se entregue con ellas a la parte que lo presentó, para que lo devuelva al Juzgado de donde dimana. El Señor Don F. Co. y si pide que se le entregue por tener que exceptuar contra él, se le entrega, y de lo que exponga se comunica traslado al demandante, el qual lo evacua, y de su respuesta se dá tambien traslado al demandado, y llama los autos, y en vista de lo alegado por ambos, ó declara no haber lugar a la retencion del despacho, y manda se entregue a la parte que lo presentó, y que el emplazado acuda ante el Juez requirente a usar de su derecho: ó se declara por Juez legitimo para el conocimiento de la causa principal, por las excepciones, y motivos que alegó el emplazado, y manda que el demandante use en su Juzgado del derecho que le compete, y que a este efecto se retenga en él el despacho; cuyos autos son apelables, y se sigue la apelacion en la forma regular. Pero se advierte, que aunque la requisitoria contenga la clausula puesta en el num. 139. si el que la presenta no es el mismo interesado, y se suscita el incidente sobre su retencion, no se le debe tener por parte para seguirlo sin poder suyo, porque por la requisitoria se le autoriza solamente para practicar las diligencias conducentes a su evacuacion, y cumplimiento, mas no para otra cosa, ni incidente que ocurra. Y si el emplazado es personage, debe preceder recado politico a la notificación, ó citacion, y expresarse en el auto, porque la urbanidad no se opone a la Justicia; y aunque el auto no lo exprese, debe darlo el Escribano.

Nota segunda.

En quanto a la introduccion que deben llevar los despachos requisitorios, es de advertir, que si se dirigen a Galicia, ó a otra Provincia donde haya Virrey, y deban decir: Don F. Co. hago saber al Excelentísimo Señor Virrey, y Capitan General del Reyno de Co. Presidente de su Real Audiencia, a los Señores Regente, y Oidores de ella, y a todos los Corregidores, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Ordinarios, y demás Jueces, y Justicias de dicho Reyno, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, &c. Si son para Navarra, han de hablar con el Virrey, y Capitan General de su Reyno, su Lugar Teniente, y con los muy ilustres del Consejo, y Chancilleria del mismo Reyno, y demás Jueces, y Justicias, &c. Si para Cataluña, con el Excelentísimo Señor Gobernador, y Capitan General de su Principado, y Presidente de su Real Audiencia, que reside en la Ciudad de Barcelona, y con los Señores Regente, y Oidores de ella, Corregidores, Gobernadores, y demás Jueces, y Justicias, &c. y lo mismo yendo a otra donde haya Gobernador, y Capitan General, y no Virrey, ya sea de esta Peninsula, ó de las Indias. Si al Principado de Asturias, con el Señor Regente, y Oidores de su Real Audiencia. Si a Sevilla, con el Regente, y Oidores de su Real Audiencia, su Lugar Tenientes, y demás Jueces, y Justicias, &c. Si para Francia, ó Inglaterra, con los muy ilustres honrados Gobernadores Mayores, y Jueces de sus Reynos. Si para Nápoles, con los ilustres, espectables, nobles, magnificos, Gran-Camarlengo, Prototonario, Maestro Justiciero, ó su Lugar Teniente, Sacro Consejo de la Campuzana, Presidente, y Racioneros de la Cámara, Regente, Jueces de la Gran Corte de la Vicaria, Servidores de Racion, Tesorero General, Abogados, Fieles, y demás Oficiales, y Ministros de S. M. de qualquier estado, y condicion que sean en dicho Reyno. Si para Sicilia, al Excelentísimo Señor Virrey del Reyno de Sicilia, y a los muy ilustres Preceptores, Jurados, y Jueces, asi de la Ciudad de Palermo, como de otros qua-

lesquiera Pueblos, y Lugares del citado Reyno. Si para *Roma*, al respectable Padre N. Eclesiástico, y Auditor de la Reverenda Cámara Apostolica de la Ciudad de Roma, y otros qualesquier Jueces, y Ministros de Justicia. Si para *Malta*, al Eminentísimo, y Reverendísimo Señor Gran Maestro de la Sacra Religión, y Caballería de San Juan, Príncipe de Malta, y del Gozo, y a los Señores Priores, Baylios, Comendadores, Jueces, Gobernadores, y demás Justicias del mismo Principado, è Isla de Malta, y a cada uno en su distrito, y jurisdicción, &c. Si para *Toscana*, al Serenísimo Gran Duque de Toscana, y al muy ilustre Pretor, y Jueces de la Rota de la Ciudad de Florencia, y demás Jueces, así de ella, como de todos los Pueblos de su Gran Ducado. Si para *Florencia*, y *Amberes*, a los Señores Burgo, Maestros, Esclavines, Consejeros, Alcaldes Mayores, y Ordinarios, Auditores Generales de las hermandades, Alguaciles, Porteros, Baylios, Sargentos, y otros Oficiales, y Ministros, así de la Ciudad de Ambers, (ò lo que sea) como de los estados de Flandes, y a cada uno en su respectivo distrito. Si para *Milan*, al Ilustrísimo Señor Gobernador, y Capitan General de los Estados de Milan, y al Excelentísimo Senado, Magistrado, Jueces ordinarios, y extraordinarios, Capitanes, Justicia, Potestado, y otros Jueces, &c. Si para *Genova*, al Serenísimo Dux, Ilustrísimos Gobernadores de la Republica de Genova, espectables Oidores de la Rota, y Vicaria, y otros qualesquier Jueces, &c. y así respectivamente para los demás Reynos, y Provincias extrangeras, para las quales rara vez se ofrece despacho, y las partes suelen estar instruidas del tratamiento, y clase de gobierno que hay en cada una, y no estandolo, lo comprehende todo la generalidad de Gobernadores, Jueces, y demás Ministros de Justicia, con la qual no se dexará de cumplir el despacho.

Nota tercera.

Si el demandado ocurre por Procurador à mostrarse parte en los autos, ha de presentar poder éste, pues si no,

ni se le ha de estimar por tal en ellos, ni mandar que se le entreguen hasta que lo presente: y así se pone este auto: *Presentando esta parte poder suficiente, se le há por tal en los autos que refiere, los que verificada la presentación, se le entreguen por el término ordinario, y de ellos debe dexar conocimiento, ò recibo en el Oficio para su resguardo, y poderle apremiar à su buelta. Si forma artículo de no contestar dentro del término legal, y se desprecia, (pues pocos se ganan absolutamente) se debe poner este auto: Sin embargo de lo expuesto, alegado, y artículo introducido por E. se le notifique, que dentro de tercero dia conteste, y responda à la demanda puesta por F. en tal, con apercibimiento, que pasado sin haberlo hecho, se declarará por contestada, y se procederá à lo demás que baya lugar: con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.* Si ha espirado el término de contestar, se ha de poner este: *No há lugar al artículo introducido por parte de E. se declara por contestada la demanda, y se reciben estos autos à prueba con término de tantos dias comunes à las partes, hágaseles notorio: con vista de autos lo mandó, &c.* sobre todo lo qual vease lo explicado desde el num. 185. al 196. en donde se trata laramente de la declinatoria, y de otras excepciones dilatorias; y si contesta, dá pedimento en la forma siguiente.

Pedimento de contestacion.

519 F. en nombre de F. y F. hermanos, y en virtud de su poder, que tengo presentado: en los autos con Don N. vecino de tal Villa, sobre la propiedad, y dominio de tales bienes, que dice pertenecer al mayorazgo que posee, y erigió F. y haberse segregado de él indevidamente; usando del traslado que de su demanda se me comunicó, y respondiéndole à ella, digo que sin embargo de quanto expone, y resulta de los documentos con que la acompaña, Vm. se ha de servir en meritos de Justicia no solo desestimarla, y absolver à mis partes, sino imponer perpetuo silencio à la adversa, y condenarla en las costas de este pleito, pues así procede, y debe hacerse por lo que aquí se expone, y documentos que se presentarán, y por lo

demás general, y favorable: y porque, &c. (*aquí se exponen los fundamentos en que se afianza la pretension, y se producen los documentos que haya de pronto, y prosigue el pedimento.*) Por todo lo qual, y por lo demás que á su tiempo se justificará, como lo protesto: á Vm. suplico se sirva haber por presentados dichos testimonios, (*ó lo que sea*) y en su vista proveer, y determinar, como dexo pretendido, y es de justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

520 Por presentados los documentos que se expresan traslado á la otra parte; el Señor Don F. &c.

Nota quarta.

Este auto se notifica al demandante, el qual en su vista toma los autos, y si quiere, puede replicar contra las excepciones perentorias que oponga el demandado, y si no, concluir para los efectos que haya lugar, que es para prueba, segun el estado del pleito; cuya conclusion puede poner á continuacion del mismo auto, como en esta Corte se practica, y si no por pedimento á la similitud del siguiente

Pedimento de conclusion.

521 F. en nombre de Don N. en los autos con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes al mayorazgo que posee, y fundó F. ante Vm. como haya lugar, digo, que de la demanda de mi parte se comunicó traslado á las otras, las quales la contestaron, y se me ha hecho saber su contestacion. Y para que no se retarde el progreso de este pleito, mediante ser por su naturaleza ordinario, y deber recibirse á prueba desde luego negando, y contradiciendo quanto de contrario se expone, y afirmandome en lo dicho por la mia, concluyo para los efectos que haya lugar, cesante qualquiera novedad: en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haber estos autos por conclusos legitimamente, y proveer lo que corresponda en justicia, que pido, y para ello, &c.

Au-

Auto.

522 Se han por conclusos estos autos quanto há lugar en derecho: traiganse citadas las partes para proveer lo conveniente: el Sr. Don F. &c.

Nota quinta.

Este auto se debe hacer saber á las partes, y citarlas con él, á fin de que las conste que el pleito se halla concluso, y que el Juez llamó los autos para proveer segun su estado, y naturaleza lo que corresponda; pero en esta Corte como la conclusion se pone á continuacion del auto de traslado, se omite poner otro auto, habiendo el pleito por concluso, y solo se cita con la conclusion á la otra parte, ó partes; acerca de lo qual vease lo explicado en los numeros 414. y 416. pues en quanto al modo de substanciar se deberá seguir el estilo del Tribunal del juicio, que no sea opuesto á derecho. Dentro de seis dias á lo mas segun la ley despues de la citacion con la conclusion, ó á la primera Audiencia segun quiera el Juez, y se acostumbre en su Juzgado, ha de recibir el pleito á prueba por medio de auto, el qual se debe hacer saber á los litigantes para que hagan la que les convenga. Si el reo no contesta la demanda, ni pide los autos, le ha de acusar el ailor la rebeldia, y pedir que el Juez la haya por acusada, y el pleito por concluso; á lo que ha de deferir, ó mandar se le vuelva á notificar en los terminos explicados en el número 159. Y si no obstante la acusacion los pide, debe mandar que sin embargo de ella, y de su estado, se le entreguen por el término ordinario, y luego á su tiempo recibirlos á prueba; cuyo auto, y probanzas se estienden en la forma siguiente.

Auto de prueba.

523 Recibese este pleito á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, hagaseles notorio: con vista de autos lo mandó el Señor Don F. &c.

Tom. III.

Y 3

Ns-

Nota sexta.

Quando el demandado no compareció, y el demandante le acusa la rebeldía, y pide que los autos se hayan por conclusos, y se substancien en estrados, se pone este auto: *Por acusada la rebeldía; recibese este pleito à prueba con término de tantos dias comunes à las partes, à quienes se haga notorio; y mediante no haber comparecido la de F. demandado; en su ausencia, y rebeldía se notifiquen, y bagan en los estrados de la Audiencia de su mrd. los autos, y diligencias que ocurran: con vista de ellos lo mandó el Señor, &c.* y las notificaciones se estienden así:

Notificaciones.

524 En tal parte, tal día, mes, y año, yo el Escribano notifiqué el auto precedente à F. actor demandante en su persona, y por la ausencia, y rebeldía de F. demandado publiqué el mismo auto en los estrados de la Audiencia del Señor Juez por quien está proveído; doy fé, F.

Interrogatorio.

525 Los testigos que se presentaren por parte de D. N. en el pleito que se sigue con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes à su mayorazgo, serán examinados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleito, y demás generales de la ley; digan, y den razon, &c.

Item: si saben, han visto, ò oido, y tienen entendido que, &c.

Item de público, y notorio, pública voz, y fama, y comun opinion digan, &c.

Pedimento presentando el interrogatorio.

526 F. en nombre de Don N. vecino de tal parte, en los

los autos con F. y F. sobre la propiedad de tales bienes, digo que estos autos se recibieron à prueba por el proveído en tantos de este mes con término de tantos dias comunes à las partes; y para la que intenta hacer la mia, presentó interrogatorio; en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberlo por presentado, y mandar que à su tenor, y con citacion contraria se examinen los testigos que por mi parte sean presentados, à cuyos dichos protesto estar solo en lo favorable, y no de otra suerte; y que à deponer lo que sepa, sean apremiados en caso de escusarse, dando para ello comision à qualquiera Escribano de S. M. pido justicia, y para ello, &c.

Otrosí: mediante que algunos de los testigos de que mi parte intenta valerse, existen en tal Pueblo; à Vm. suplico se sirva expedir requisitoria à sus Justicias, para que por ante Escribano, y en forma los examinen al tenor de dicho interrogatorio que se insertará en ella, dandolas comision à este efecto, y para que procedan con apremio en lo que sea necesario, y mandando que con ella se cite à las otras partes à fin de que presencien à su juramento, si quieren; pido ut supra.

Otrosí: atento à que por las partes contrarias se redarguyó de falsa civilmente la copia de la fundacion del mayorazgo, que posee la mia, y presente con su demanda: à Vm. suplico se sirva mandar que con igual citacion se compruebe con su protocolo que existe en el Oficio de F. Escribano del Número de esta Villa, à fin de que no se dude de su contesto; pido ut supra.

Otrosí: à Vm. suplico se sirva mandar que con la propia citacion se compulsen por dicho Escribano tal, y tal instrumento que paran en sus protocolos, y à este fin librar el correspondiente compulsorio; pido, &c.

Otrosí: respecto estar para espirar el término, por que este pleito se recibió à prueba; à Vm. suplico se sirva prorrogarlo hasta los ochenta dias de la ley, y mandar se haga saber à las partes la prorrogacion; pido, &c.

Auto.

527 A lo principal, y primer otrosí se há por presentado el interrogatorio quanto es pertinente; à su tenor, y con citacion contraria se examinen por el presente Escribano à quien se dá comision, los testigos que por esta parte se produxeren en este Juzgado, y para los existentes en tal Pueblo se libre la requisitoria que se solicita. Al segundo otrosí se compruebe por el mismo con la propia citacion la Escritura de fundacion que se expresa, à cuyo fin se requiera à F. Escribano de este Número ponga de manifiesto el protocolo en que se halla. En quanto al tercero, expidase el compulsorio competente para el efecto que se pretende. Y por lo respectivo al ultimo otrosí se prorrogue el término de prueba hasta los ochenta dias de la ley, hagase notorio. El Señor Don F. &c.

Citacion, y Notificaciones.

528 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité con el auto anterior para los efectos que expresa en lo principal, y tres otrosíes del pedimento à que fue proveido, à F. Procurador de F. y F. y le hice saber, y à F. que lo es de Don N. la prorrogacion del término probatorio que incluye el mismo auto en quanto al ultimo otrosí, y à cada uno en su respectiva persona; y el expreso F. dixo que para conocer, y ver juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, se le señalen dias, y horas, pues quiere hallarse presente; doy fé.

Señalamiento de dias, y horas para presentar testigos.

529 Incontinenti yo el Escribano mediante la respuesta dada à la citacion precedente, señale para juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, las horas desde tal à tal de la mañana, y desde tal à tal de la tarde, en tal parage, desde hoy dia de la fecha, y hice saber este señalamiento al citado F. Procurador de F. y F.

y

y tambien à F. que lo es del expresado Don N. en sus personas, y quedaron enterados; doy fé.

Requerimiento para la presentacion de testigos.

530 En tal dia, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano requerí à F. Procurador de Don F. presente los testigos de que pretenda valerse para la probanza que intenta hacer, en su persona; y enterado, dixo está pronto à su presentacion desde mañana à las horas señaladas; doy fé.

Recepcion del juramento de testigos en presencia de las partes.

531 En tal parte, tal dia, mes, y año F. Procurador de Don N. en consecuencia del requerimiento que precede, y para la probanza que su parte pretende hacer en este pleito, presentó por testigos à F. de tal, de tal exercicio, que expresó vivir en tal parte, à F. de tal oficio, que dixo vivir en tal; y de ambos yo el Escribano en presencia de las partes, usando de la facultad que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz que formaron con sus manos derechas, quienes lo hicieron como se requiere, y baxo de él prometieron decir verdad quando sean examinados, y lo que supieren por ambas partes sobre el hecho, ó hechos litigiosos, aunque sobre ellos no sean preguntados, sin añadir, quitar, ocultar, ni tergiversar cosa alguna, sino lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso segun lo sepan, y entiendan; y lo firmaron ambos junto con F. Procurador de las otras partes; doy fé.

Nota septima.

Si la parte contraria responde al tiempo de la citacion que quiere que el Juez juramente à los testigos, debe dar pedimento, y el Juez ha de hacer el señalamiento por auto, el qual se hace saber à los contendores; y entonces el Escribano en la recepcion del juramento ha de decir que

el

el Juez se lo recibí ante él, y no que él se lo recibe, rubricar la diligencia el mismo Juez, y firmarla tambien la parte, si está presente, para que no alegue que no lo presencié; excepto que no sepa firmar, en cuyo caso se expresará que no sabe.

Requisitoria para hacer probanza.

532 Licenciado Don F. &c. hago saber à los Señores Corregidores, Asistentes, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Ordinarios, y demás Ministros de Justicia, así de la Ciudad de tal, como de todas las demás Ciudades, Villas, Lugares de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada, y de su contesto pedido en cumplimiento, que en mi Juzgado, y por ante el presente Escribano del Número se siguen autos à instancia de D. N. contra F. y F. vecinos de, &c. sobre la reivindicacion, y propiedad de tales bienes, (à lo que sea) los que tuvieron principio en tal día por demanda presentada con varios documentos por parte del citado Don N. en la que haciendo expresion de tal, y tal cosa, concluyó con la pretension de, &c. (se expresará la introducida) de cuya demanda comuniqué traslado à los demandados, quienes la contestaron; y conclusos los autos, por el que proferí en tal día, los recibí à prueba por tantos comunes à las partes; y por la del expresado Don N. se pidió prorrogacion hasta los ochenta de la ley, y al mismo tiempo presentó interrogatorio, solicitando que à su tenor se examinasen los testigos que produxese; y respecto existir en esa Ciudad algunos de que intentaba valerse, que expidiese requisitoria para su examen, à cuya solicitud deferí en auto de tal día; cuyo tenor, el de él de prueba, sus notificaciones, demanda, è interrogatorio es el siguiente.

Aquí se inserta por su orden todo lo relacionado, y luego prosigue la requisitoria.

Y para que tenga efecto mi ultimo proveído, y lo pretendido por el nominado Don F. expidí la presente: por la

la qual de parte de S. M. y del oficio de justicia que en su Real nombre exerzo, exorto, y requiero à los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo que siendoles presentada por qualquiera persona en el del nominado Don N. sin pedirla poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su consecuencia mediante estar citada la parte de los enuniciados F. y F. que por ante Escribano, y en forma reciban juramento de todas las personas que como testigos se presenten por la de dicho Don N. dentro del termino de prueba que cumplirá en tal día, y precedida su solemnidad, las examinen con separacion, preguntandoles al tenor de cada una de las preguntas del interrogatorio inserto, haciendo que den razon de sus dichos, y deposiciones, de modo que no resulte confusion, y procediendo con apremio en lo que fuere necesario; y evacuada, las mandaràn entregar originales con esta mi requisitoria, cerradas, y selladas à la persona que la presente, para que las traiga ante mí, y provea en su vista lo que corresponda en justicia, pues en practicarlo así la administrarán, è yo haré al tanto por mutua correspondencia siempre que las suyas vea. Fecha en tal parte, à tantos de tal mes, y año: Licenciado Don F. por su mandado, F.

Examen de un testigo.

533 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano en virtud de la comision que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho del que dixo llamarse F. ser vecino de tal lugar, y de tal oficio, testigo presentado por parte de Don N. para la probanza que intenta hacer en el pleito que sigue contra F. y F. sobre tal cosa, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir todo lo que sepa, y sea concerniente à los hechos de este pleito por ambas partes aunque sobre ello no sea preguntado, y en todo la verdad lisa, y llanamente. Y habiendole examinado al tenor de las preguntas del interrogatorio producido en estos autos, y de cada una con separacion, dixo lo siguiente,

A la primera dixo, que conoce à las partes litigantes, (*ò solamente à F.*) que tiene noticia de este pleito, (*ò no la tiene*) que de ninguna es pariente, amigo, ni enemigo, ni ha sido intimidado, corrompido, ni sobornado para que oculte la verdad, y diga mentira, (*ò de entrambos litigantes, en tal grado de quien le presenta, ò de entrambos litigantes, pero no por eso dexará de decir la verdad*), y que no tiene interés en este pleito, ni desea que alguno lo gane, y otro lo pierda, sino que Dios dé la justicia al que la tenga, ni le tocan las demás generales de la ley de que le instruí: y que es de tantos años, poco mas, ò menos de edad, y responde.

A la segunda dixo, que sabe tal cosa por tal razon, y responde.

A la tercera dixo, que ignora su contenido, y responde.

A la ultima dixo, que lo que dexa declarado, es público, y notorio, publica voz, y fama, y comun opinion en tal parte, y entre sus moradores, y toda la verdad, baxo, del juramento hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, (*ò no lo firma porque dixo no saber*) de todo lo qual doy fe.

Pedimento para que se nombren Intérpretes, à fin de evacuar declaraciones de testigos extrangeros.

534 F. en nombre de Don F. en los autos con F. y F. sobre tal cosa, digo que este pleito se recibió à prueba: y para la que mi parte intenta hacer, presenté interrogatorio, à cuyo tenor se mandaron examinar los testigos que produxese, de los quales dos, llamados F. y F. son Alemanes, y por no entender su idioma el Escribano comisionado, ni ellos el Castellano, no los ha examinado; y para que mi parte no quede indefensa, ni dexé de aclarar su justicia por esta causa: à Vm. suplico se sirva nombrar dos Intérpretes que entiendan, y hablen ambos idiomas, por medio de los quales, precedida su aceptacion, y juramento, sean examinados ante dicho Escribano los referidos testigos: pido justicia, &c.

Auto.

Auto.

535 Para el efecto que se expresa, se nombran por Intérpretes à F. y F. de nacion Alemana: notifiquesele acepten este nombramiento, y juren evacuar fielmente el encargo que por él se les hace; y hecho, se proceda à examinar à F. y F. segun se pretende. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Aceptacion de los Intérpretes.

536 En tal parte, à tantos, &c. yo el Escribano notifiqué el auto antecedente, y nombramiento que incluye, à F. y F. de nacion Alemanes, en sus personas: y enterados dixeron lo aceptan, y juran por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz que formaron con sus manos derechas, usar bien, y fielmente el cargo de Intérpretes, y que à este fin están prontos à concurrir al examen, y declaraciones que han de hacer F. y F. de la misma nacion; esto respondieron, y lo firman, doy fe.

Examen de un testigo con asistencia de Intérpretes.

537 En tal parte, &c. en consecuencia de lo que está mandado por el precedente auto, y en continuacion de la probanza que en éstos pretende hacer F. presenté por testigo à F. de tal exercicio, y de nacion Aleman, para cuyo examen, por no hablar el idioma Castellano, están nombrados por Intérpretes F. y F. de la propia nacion, quienes baxo del juramento que tienen hecho ante mí, el que reiteran, aseguraron usar bien, y fielmente el cargo, y oficio de tales Intérpretes, y para su evacuacion, estando presente con ellos el citado F. yo el Escribano forné la señal de la cruz con mi mano derecha, y la misma formaron los Intérpretes, è hicieron formar al testigo, y les dixé le preguntasen si juraba por Dios, y por la cruz decir quanto supiese por ambas partes en razon de los hechos del pleito, sobre que era presentado por testigo, aunque

sobre ellos no fuese preguntado, y en toda la verdad lisa, y llana; y habiendole hablado en su idioma, dixeron que se lo habian preguntado, y respondia que así lo juraba, y en vista de esta respuesta se procedió à examinarle al tenor del interrogatorio producido, en la forma siguiente,

A la primera pregunta que lei à los Intérpretes, y éstos dieron à entender al testigo, dixeron respondia que conoce à los litigantes, y tiene noticia de este pleito: que de ninguno de ellos es amigo, ni enemigo, ni le tocan las demás generales de la ley, &c. y que es de tantos años de edad, y responde.

A la segunda que les lei, y dieron à entender en igual forma à dicho testigo, respondieron decia que sabe tal, y tal cosa, por tal, y tal razon, &c.

A la ultima que tambien les lei, y le dieron à entender, dixeron respondia tal, y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabia, y la verdad en que se afirmaba, y ratificaba baxo del referido juramento, y lo firma con los Intérpretes, los quales aseguraron baxo del que tienen hecho, que todo lo que consta en esta declaracion, es lo mismo que ha depuesto el testigo, sin añadir, quitar, ni tergiversar cosa alguna, de todo lo qual doy fe.

Nota octava.

Muchas veces se reciben informaciones de testigos sin citacion de partes, por alguno de los motivos expuestos en el n. 126. al 128. antes de principiar el pleito, ó de contestar la demanda; y para que aprovechen al sugeto, à cuya instancia se recibieron, pretende que en el termino de prueba se ratifiquen con citacion contraria; y su ratificacion se estiende de esta suerte.

Ratificacion de testigos.

538 En tal parte, &c. Yo el Escribano en virtud de la comision que me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, &c. de Pedro de tal, vecino de tal parte, de tal oficio, uno de los testigos que depusieron en la

la informacion presentada en estos autos, y recibida à instancia de F. y habiendo jurado como se requiere, prometió decir verdad, &c. y siendole leída por mí la declaracion que hizo tal dia ante F. Escribano, y consta en tal pieza de los autos à tal folio, enterado de ella, dixo que su contexto es lo que entonces depuso, y todo la verdad, sin que se le ofrezca añadir, quitar ni enmendar cosa alguna, y en ello se afirma, ratifica, y lo firma, y expresa no comprenderle las generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años de edad, de que doy fe: *Si el testigo tuviere que añadir, quitar, ó enmendar alguna cosa, dirá: que el contexto de la citada declaracion es lo mismo que entonces depuso, y declaró, y ahora añade tal cosa (lo que sea) de que entonces no se acordó, y en quanto à tal cosa dice que aunque en dicha declaracion depuso, esto (lo que sea) padeció equivocacion en tal, y tal especie, pues lo que pasó fue tal, y tal cosa, y en lo demás da por subsistente su primera declaracion, en la qual, y en lo que ahora expresa de nuevo, y la corrige, se afirma, ratifica, y lo firma, &c.*

Nota nona.

Como à veces no se pueden ratificar en el termino de prueba todos los testigos que se examinaron antes, à causa de haber muerto, ó estar ausentes algunos en parages remotos, y la parte que los produjo, quiere valerse de sus dichos, porque convienen à su defensa, y por haberse examinado sin citacion de la contraria, no le perjudican: para que por esta causa no dexen de producir el debido efecto, debe pretender que con la referida citacion se le reciba informacion de abono de los testigos muertos, y ausentes, y el juez deferir à su solicitud: y las diligencias se practican en la forma siguiente,

Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo.

539 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa, digo que para la prueba intentada por mi parte, pedí, y se mandó que los testigos que depusieron à su instancia sin citacion contraria en una informacion que se halla en estos autos, se ratificasen con ella, à lo qual se definió en tantos de tal mes; y habiendo pasado al Escribano que entiende en la probanza, à su ratificacion, halló que Pedro de tal uno de ellos ha muerto, (ò se ausentó de este Pueblo, sin saberse su paradero) según se acredita de las diligencias hechas en su busca, ò de la certification de su entierro, que presentó. Mediante lo qual, y para que dicha deposicion no quede ilusoria, ni mi parte indefensa, à Vm. suplico se sirva mandar recibir con dicha citacion informacion que ofrece ò del abono del expresado Pedro, y para ello dar comision à dicho Escribano: pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

540 Por lo que resulta de las diligencias practicadas en busca de Pedro de tal, se reciba à esta parte con citacion de la otra la informacion que ofrece, por el Escribano que entiende en las de estos autos, à quien para ello se da comision en forma: el Señor Don F. &c.

Declaracion de un testigo de abono.

541 En tal parte yo el Escribano en virtud de la comision que por el auto precedente me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en forma de derecho de Francisco de tal, testigo presentado por parte de F. para la informacion de abono que tiene ofrecida, y le está mandada dar, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siendolo por mí al tenor del pedimento que la motiva: dixo que

conoció de vista, trato, y comunicacion à Pedro de tal, à quien tuvo siempre por buen Christiano, temeroso de Dios, y de toda pureza, ingenuidad, y realidad, y por tal ha estado reputado en este Pueblo, sin que jamás haya oído el declarante cosa en contrario; por cuya razon tiene por cierto que en la declaracion que hizo tal dia à instancia de dicho F. habrá depuesto la verdad, por lo que merece, y se le debe dar entera fé, y credito; y le consta que el expresado Pedro falleció tal dia, porque asistió à su entierro, ò lo vió cadaver, (ò que se ausentó de este Pueblo en tal tiempo, y se ignora su paradero, ò lo que sea) y asimismo dixo que todo lo que dexa declarado, es la verdad, baxo del juramento que tiene hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y expresó ser de tantos años de edad, de que doy fé.

Nota decima.

Estos testigos de abono son diferentes de los que se presentan à efecto de abonar, ò afianzar à un sugeto, y sus bienes para alguna Administracion, Tesoreria, ò cosa semejante, los quales son verdaderamente fiadores; y asi en sus deposiciones han de decir que saben, y les consta que F. por quien son presentados, es sugeto de notorio arraigo, y abono en aquel Pueblo; que tiene tales bienes, que valdrán tanta cantidad en venta, y que no están afectos, ni gravados con carga alguna, ò con mas carga que tal (*à que sea*) y en el caso que no la valgan, ò que lo estén, los abonan los testigos con los suyos presentes, y futuros, los que obligan expresamente à la seguridad, fianza, y responsabilidad de tal cosa, y quieren ser compelidos por vía executiva, y todo rigor legal à la satisfaccion de lo que por dicha causa resulte deber el citado F. y para la que no alcancen sus bienes, à cuyo efecto se constituyen sus fiadores, y abonadores simples en legal forma, lo reciben por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, se someten à los Señores Jueces competentes, y lo firman, y expresan ser de tantos años de edad, de que doy fé.

Mandamiento compulsorio.

542 Lic. Don F. Alcalde Mayor de esta Villa de tal, &c. F. Escribano del Número de esta Villa, siendo requerido con este Mandamiento por parte de N. y existiendo en su poder, y Oficio los protocolos de Escrituras, que pasaron ante F. su antecesor, le dará á su continuacion copia integra de una carta de pago, (*ò lo que sea*) que ante él parece otorgó F. en tal día, mes, y año, la qual quiere, y necesita para presentarla en el pleito que con F. sigue ante mí, y el presente Escribano sobre tal cosa; y lo cumpla, mediante estar citada la otra parte, (*ò precediendo citacion con él á la otra parte*) fecho en tal Villa, á tantos, &c. Lic. F. Por su mandado: Fulano.

Nota undecima.

Este Mandamiento se entrega á la parte, á fin de que lo ponga en poder del Escribano con quien habla, el qual á su continuacion hasta concluir el pliego, y luego en el papel sellado correspondiente, segun sea la clase del instrumento, ó cosa que ha de compulsar, ó metiendo dentro del mismo pliego algunos comunes, si en ellos cabe, estenderá el testimonio, ó copia, que se pide, en la siguiente forma.

Forma de estender el testimonio, ò copia que previene el Mandamiento.

543 En virtud de lo que ordena el anterior Mandamiento, yo F. Escribano del Número de esta Villa, sucesor en el Oficio que exerció F. doy fé que al folio tantos del registro de Escrituras, que parece pasaron ante él en tal año, se halla una, cuyo tenor es el siguiente: (*Aquí se inserta á la letra, y se pone el concuerda regular*) si se hubiese de dar testimonio en relacion de algun pleito, diré: doy fé que ante tal juez, y en mi Oficio se siguen, y están pendientes autos, (*ò se han seguido*) á instancia de

F.

F. contra N. de esta vecindad sobre tal cosa, los quales tuvieron principio en tal día, por pedimento que con tales documentos presentó el mismo F. haciendo relacion de tal, y tal cosa y concluyendo con tal pretension; de la qual se comunicó traslado á N. el qual solicitó tal cosa, y puestos los autos en estado, se recibieron á prueba por tanto termino, que se prorrogó hasta los ochenta días de la ley, y dentro de ellos hizo cada litigante la que estimó convenirle con testigos, é instrumentos, y hecha publicacion de probanzas, alegaron de su justicia; y conclusos los autos para definitiva, se dió en ellos sentencia, cuyo literal tenor con el de tal, y tal cosa (*lo que pida la parte*) es el siguiente: (*Aquí se insertará todo, y luego proseguirá.*) Lo relacionado resulta mas difusamente de los autos de que queda hecha mencion, y lo inserto concuerda con lo que existe en ellos, á que me remito, y todo queda en mi poder, y Oficio, y en cumplimiento de lo preceptuado en el compulsorio que precede, lo signo, y firmo en tal parte, &c.

Pedimento presentando una Escritura para su comprobacion.

544 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que por el proveído en tantos de tal mes se recibieron á prueba por tantos días comunes á las partes, y para verificacion de la justicia que á la mia asiste, hago presentacion de un traslado de tal Escritura, que en tal día otorgó P. ante M. Escribano, en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haberlo por presentado, á fin de que no se dude de su legitimidad, y veracidad, mandar que con citacion contraria se compruebe por el Escribano de estas diligencias con su protocolo, que existe en el Oficio que exercé F. al qual se requiera lo exhiba, y ponga de manifesto á esto efecto: pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

545 Compruebase con citacion de la parte contraria la Escritura que por ésta se presenta en la conformidad

Z 2

que

que solicita, à cuyo efecto F. Escribano existiendo en su poder el protocolo de ella, lo exhiba; lo qual se practique por el que entiende en las diligencias de este pleito. El Señor Don F. &c.

Citation.

546 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité con el auto precedente à D. para el efecto que en él se refiere, en su persona, el qual dixo está pronto à concurrir al cotejo, ó comprobacion, señalándosele día, y hora, doy fé: *se le señalará día, y hora, y pondrá el señalamiento, y notificación con él.*

Cotejo, ó comprobacion de la Escritura.

547 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano estando presente D. uno de los litigantes en este pleito, requeri à F. Escribano que me exhibiese el protocolo de la Escritura que se manda comprobar, y con efecto me exhibió uno empergaminado de las que parece pasaron ante F. su antecesor en tal año, comprehensivo de tantas fojas, que à su final está signado, y firmado por él, y à la página tantas se halla la que refiere el pedimento, y habiendo tomado el protocolo yo el Escribano, y el traslado producido el mencionado D. y leído éste por él, è yo atendido por aquel, advertimos estar bien, y fielmente sacado dicho traslado sin defecto alguno: ó que en tal foja, plana primera, ó à su buelta, à tal línea donde dice *tal cosa* (la que sea) debe decir *tal*, segun el contesto del mismo protocolo, con el que está conforme en todo lo demás, y para que conste lo pongo por diligencia, que con dicho D. firmo, y de ello doy fé.

Pedimento presentando papeles, para que una de las partes los reconozca.

548 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa, digo que estos autos se han recibido à prueba por el de

de tantos, y para la que conduce à mi parte, presento dos cartas firmadas por B. padre de la contraria, en tales dias de tal mes, y año: en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberlas por presentadas, y mandar que el citado N. baxo de juramento las reconozca, y declare, si las firmas puestas à su final son de proprio puño, y letra de su padre, y las que acostumbraba hacer, à lo que se le apremie en caso necesario, pues evacuado que sea, protesto pedir lo que al derecho de mi parte convenga en justicia, que es la que solicito, y para ello, &c.

Auto.

549 Por presentadas las cartas que se refieren: N. las reconozca segun se pretende, ante el Escribano que entiende en las diligencias de estos autos, à lo que se le apremie en caso necesario, y hecho, pida esta parte lo que la convenga. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Declaracion acerca del reconocimiento de las cartas.

550 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano usando de la comision que me está conferida por el auto precedente, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de N. en el contenido, el qual lo hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir verdad, y habiéndole manifestado las cartas presentadas por parte de F. sus fechas tal, y tal dia; vistas, y reconocidas, dixo que aunque parece que las firmas que contienen, y dicen B. *de tal*, son semejantes à las que su difunto padre acostumbraba hacer, no puede afirmar si son, ó no de proprio puño de éste, por no haberse las visto hechar; ni menos tiene noticia del contesto de las cartas, en que existen: Que es lo que puede declarar, y todo la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y expresa ser de tantos años de edad, poco mas, ó menos, de que doy fé.

Pedimento nombrando Peritos para hacer cotejo de firmas.

551 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa, digo que para la prueba que mi parte pretende hacer, presenté dos cartas escritas, y firmadas por B. padre de la adversa, y pretendí que ésta las reconociese, y declarase si las firmas que están á sus finales eran hechas por el referido su padre, á lo qual se definió, y habiendoselas manifestado el Escribano de estas diligencias, no contestó positiva ni afirmativa, sino ambiguamente sobre su certeza, y deseando evitar toda duda de que son suyas, desde luego para su cotejo, y comprobacion nombro por mi parte á F. Maestro de primeras letras en esta Villa: en cuya atención, á Vm. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que la otra dentro de un breve, y perentorio termino que se le preña, nombre por la suya, ó se conforme con el nombrado, y pasado, se elija de oficio á su costa, y que ambos Peritos baxo de juramento, y con la citacion correspondiente hagan el cotejo, y comparacion de las citadas firmas, á cuyo fin el presente Escribano les ponga de manifiesto tal, y tal Escritura, otorgadas por el mencionado B. difunto, que existen en su protocolo; pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

552 Para el cotejo, y comprobacion que el pedimento refiere, se há por nombrado por esta parte á F. Maestro de primeras letras, notifíquese á la otra que dentro de tercero dia perentorio nombre por sí, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento que pasado, se nombrará de oficio á su costa; y hecho, evacúen con la citacion correspondiente baxo de juramento ambos Peritos el cotejo que se solicita, ante el presente Escribano, á cuyo fin existiendo en su poder las Escrituras que se enuncian, se las manifieste segun se pretende. El Señor Don F. lo mandó.

Di-

Diligencia del cotejo, y declaracion de los Peritos.

553 En tal parte, tal dia, mes, y año, yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros de primeras letras en esta Villa, quienes, y cada uno de por sí lo hicieron como se requiere, y baxo de él prometieron decir verdad, y habiendoles puesto presentes las dos cartas presentadas en estos autos por F. y asimismo tal, y tal Escritura otorgadas ante mí en tal año por B. difunto: dixeron han visto, y examinado con toda atencion, y cuidado así las firmas de las cartas, como las de las dos Escrituras, y que segun sus caracteres, como las de la letra, fortaleza de pulso, y otras circunstancias que advirtieron en unas, y otras, y en sus rubricas, son hechas todas por un propio puño, en lo que ninguna duda les queda; y que esto es lo que pueden declarar segun su inteligencia, y reglas de su arte, y la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirman, ratifican, y lo firman, y expresan ser el F. de tantos años, y el F. de tantos poco mas, ó menos de edad, de que doy fé.

Nota duodecima.

Si se quisiere poner antes de la declaracion la aceptacion del nombramiento, y tambien el juramento, se podrá reiterarlo en la declaracion, pues esto en nada altera la diligencia: previniendo que á todo Perito se ha de preguntar la edad que tiene, y ponerla, excepto que estén diputados públicamente, pues entonces no es necesario, (aunque no daña) ni tampoco que hagan juramento, si al tiempo de su ingreso, y admision lo hicieron, como es regular.

Requerimiento á las partes para que presenten mas testigos, si los tubieren.

554 En tal parte, á tantos, &c. yo el Escribano mediante estár para espirar el termino porque estos autos

se recibieron à prueba, requerí à F. que si tenia mas testigos con que ampliar su probanza, los presentase ante mí para su examen, y enterado, dixo que por ahora no quiere producir mas, y que si lo tubiere por conveniente, los presentará antes que el termino espire: esto respondió, doy fé.

Pedimento para la publicacion de probanzas.

555 F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa digo que el termino con que se recibieron à prueba, y mucho mas es pasado; por lo que à Vm. suplico se sirva hacer en ellos publicacion de probanzas por el termino de la ley, para que las partes aleguen de su derecho, y justicia, pues así procede de la que pido, &c.

Auto.

556 Traslado à la otra parte. El Señor D. F. &c.

Notificacion.

557 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano lei, y notifiqué el auto precedente à F. Procurador de F. en su persona à nombre de su parte, doy fé.

Pedimento acusando la rebeldia, e insistiendo en que se haga la publicacion.

558 F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa; digo que habiendo espirado el termino de prueba en ellos concedido, pretendí se hiciese publicacion de probanzas, de cuya solicitud se comunicó traslado à la parte adversa, la qual sin embargo de habersele notificado, y ser pasado el termino en que debió responder à él, no lo practicó, por lo que le acuso la rebeldia: en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y deferir à la publicacion pretendida: pido justicia, &c.

Au-

Auto.

559 Por acusada la rebeldia: se hace en este pleito publicacion de probanzas por el termino de la ley, hagase notorio à las partes. El Señor Don F. &c.

Nota decimatercia.

Hecha la publicacion de probanzas, toman las partes los autos, alegan, y concluyen, y si alguna no quiere tomarlos, se practica lo que dexo explicado en el num. 413.

Pedimento de tachas, y abono de testigos.

560 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que de las probanzas hechas en ellos por las partes, se hizo publicacion en tal dia; y mediante à que los testigos de que mi parte se valió, son fidedignos, sin vicio, ni defecto alguno, y los producidos por la contraria, à mas de no hacer prueba, como à su tiempo expondré, padecen algunos de ellos varios defectos, y tachas legales, por las quales deben ser despreciados, y repelidos sus dichos; para acreditarlas conviene al derecho de la mia, que con citacion de la otra se la reciba informacion al tenor de los capitulos siguientes,

Si saben, y les consta que Pedro es enemigo capital del referido N. mi parte por tal, y tal causa, digan, y den razon, &c.

Si saben, y es cierto que Juan se perjuro en tal pleito, que F. siguió contra P. en tal año, ante tal Juez, y Escribano; y que como tal perjuero se le impuso tal pena, digan, &c.

Si saben, &c.

Y para que sus dichos, y deposiciones sean repelidos, y ningun crédito se les dé en juicio, à Vm. suplico se sirva admitir, y estimar por legitimas las tachas, y defectos que contienen las preguntas referidas; recibir esta causa à prueba de ellas por el termino que gradúe competente con arreglo à la ley; y mandar que los testigos que depusieren

acer-

acera de su contesto, y otros de que mi parte se valga, abonen los que ésta produjo en su prueba principal, y declaren con juramento, como son personas timoratas, y fidedignas, y de toda verdad, y que por tales han estado siempre, y están reputadas, y que por tales han estado siempre, que jamás hayan oído cosa en contrario; y juro en forma de derecho no poner de malicia las referidas tachas, ni por infamar á los sujetos en ellas contenidos sino solamente por convenir á la defensa de mi parte, y su justicia, que pido, y para ello, &c.

Auto primero.

561 Traslado á la otra parte. El Señor Don F. Corregidor, &c. lo mandó en tal parte, &c. *Este auto se notifica á la parte contraria.*

Auto de admision, y prueba de tachas, y abono de testigos.

562 Sin embargo de lo expuesto por parte de D. se admite quanto ha lugar en derecho las tachas propuestas á sus testigos por la de N. y recibe á prueba de ellas por tantos dias comunes á entrambos litigantes, á quienes se cite, y haga saber este auto, el qual sea, y se entienda para que en el propio termino abone tambien el citado N. los suyos apremiando si fuere necesario, á los de que intenté valerse, á que depongan lo que sepan acerca de los particulares del pedimento, y para ello se dá comision al Escribano de estas diligencias, y Alguacil de este Juzgado. Con vista de autos lo mandó el Señor Don F. Corregidor, &c.

Nota decimaquarta.

Este auto se debe notificar á entrambas partes, á la una para que pruebe las tachas que opone á los testigos de la contraria, y abone los suyos; y á la otra para que abone tambien los suyos tachados, justificando lo incierto de las tachas propuestas; y si quisiere puede tachar tambien á los de

de la adversa en caso de que tengan algunas, proponiéndolas en forma. Si las tachas se proponen en interrogatorio (como se puede hacer) se habrá por presentado, y de él, y del pedimento se ha de conferir traslado, (lo que es al contrario con el interrogatorio sobre la causa principal, pues no se comunica) y la razon de diferencia consiste, lo primero, en que las tachas deben ser especificadas, y el origen de donde provienen, y no viéndolas la parte contra cuyos testigos se oponen, no podrá impugnar su admision; y lo segundo, porque en el negocio litigioso si se comunicara el interrogatorio, podría la una sobornar á los testigos de su contendor, á fin de que no depusiesen la verdad, ó buscar otros que sobre los mismos artículos depusiesen tal vez falsamente lo que no habia, y perjudicarle de este modo, haciéndole perder su derecho; cuyo riesgo no hay en los de las tachas, pues éstas no miran á los meritos de la causa, y accion ó excepcion propuesta como el interrogatorio principal, sino á debilitar uno de los medios con que se intentó probar, lo qual es muy diverso, y por eso no hay el inconveniente en que se comunique el interrogatorio, ó pedimento en que se proponen, como en el de la causa principal. Los testigos que se presenten, deben ser idóneos, y fidedignos, y se han de examinar, y hacerseles las preguntas generales de la ley, edad, oficio y vecindad, al modo que á los del negocio principal, aunque en el pedimento, ó interrogatorio no se exprese, pues sin embargo de que la ley no lo manda, es conveniente para que hagan plena fé, y no se dude de su idoneidad, ni de la verdad de sus deposiciones.

Pedimento pretendiendo ampliacion del termino de prueba por via de restitution.

563 F. Curador *ad litem* de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que estos autos se recibieron á prueba por el termino de la ley, y habiendo espirado, se hizo en ellos publicacion de probanzas en tal dia; y por no haber tenido noticia de algunos testigos que conducen á su defensa, (á por el motivo que baya) no los presenté, por cuya

razon puede ser enormemente lesa, y damnificado; y mediante à que al referido N. por ser menor, compete el beneficio de la restitucion contra el lapso del termino; por tanto, y para que no sea perjudicado, à Vm. suplico se sirva concedersela, y en su consecuencia ampliar el termino ordinario porque este pleito se recibió à prueba por tantos dias, que son su mitad, à fin de que en ellos pueda justificar lo que por la razon expuesta omitió; pues así es justicia que pido, juro en forma de derecho no pedir de malicia el referido termino, sino por convenir à la defensa de mi menor, imploro el noble oficio de Vm. y para ello, &c.

Auto.

564 Mediante constar en estos autos la menor edad de N. y por ella competirle el beneficio de la restitucion, se amplia el termino por que se recibieron à prueba, por tantos dias perentorios comunes à ambas partes, mitad del probatorio concedido anteriormente con denegacion de otro: hagaseles saber, para que en ellos justifiquen lo que les conenga con la respectiva previa citacion por ante el Escribano de estas diligencias: con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Pedimento recusando al Juez inferior.

565 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que estos autos se hallan conclusos, y en estado de determinarse; y mediante à que hablando con la judicial modestia, tengo à Vm. por sospechoso, desde luego usando de la accion que me compete, le recuso para su determinacion, à Vm. suplico se sirva haberse por recusado, y acompañarse con otro Juez, (si lo hubiere en el Pueblo) ò con Abogado de ciencia, y conciencia, y mandar se me haga saber su nombramiento, pues de lo contrario protesto la nulidad; y juro en forma de derecho no hacer de malicia esta recusacion, sino unicamente por convenir à la defensa de mi parte, y su justicia, que es la que pido, y para ello, &c.

Auto.

Auto de recusacion.

566 Se há por recusado su merd. para la determinacion de esta causa, (ò para lo que sea) y nombra por su acompañado al Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta Villa, al qual, precediendo la notoriedad à las partes para los efectos que haya lugar, se notifique acepte este nombramiento, y jure en la forma ordinaria. (si fuere Juez el nombrado, se omitirá el juramento) para lo qual se dá comision à qualquiera Escribano de S. M. el Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal, lo mandó, &c.

Nota decimaquinta.

Este nombramiento se hace saber ante todas cosas à las partes, por si quieren, ò no recusar (como pueden) al acompañado, y si dentro de tres dias siguientes al de su notoriedad nada dixeren, se procede à notificarlo al acompañado, cuya diligencia se estiende en la forma siguiente.

Notificacion, aceptacion, y juramento del acompañado.

567 En tal Villa, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano hice notorio el auto precedente al Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos, en el contenido en su persona, y enterado de él, dixo que acepta el nombramiento de acompañado que incluye; y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, que evacuara legalmente su encargo, y procederá con rectitud en la determinacion de los autos que se refieren en el pedimento que motivo dicho nombramiento: esto respondió, y lo firma, doy fé.

Nota decimasexta.

En quanto à la recusacion de los Escribanos originarios, y de diligencias, he explicado en los nn. 443 al 449

lo que se debe practicar; y respecto ser cosa muy facil, omito estender las diligencias concernientes à ella.

Sentencia definitiva absolviendo al demandado.

568 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, el señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por parte de D. y de N. sobre tal cosa, dixo: que mediante haber probado bien, y cumplidamente el citado N. las excepciones que propuso, le debía absolver, y absuelve de la demanda que contra él instauró el mencionado D. al qual se impone perpetuo silencio para que pueda subscitarla, ni moverla: y por esta su sentencia definitivamente juzgando, así lo pronuncio, mandó, y lo firma.

Sentencia definitiva condenando al demandado.

569 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, el señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por N. contra D. sobre tal cosa, dixo: que sin embargo de lo expuesto, alegado, y excepcionado por el citado D. le debía condenar, y condena à que dentro de tantos dias primeros siguientes dé, ó pague al referido N. los tantos reales que tiene pretendido en su demanda con apercibimiento de execucion; y por esta sentencia definitivamente juzgando, así lo pronuncio, mandó, y firmó.

Otra sentencia.

570 Dixo debía declarar, y declara que los bienes contenidos en la demanda sobre que se sufrió este pleito, tocan, y pertenecen al mayorazgo que erigió B. y posee el nominado N. al qual manda se ponga incontinenti en posesion de ellos, à cuyo efecto se libre el mandamiento competente; y condena al citado D. à que los dexé libres, y desembarazados, y à la restitucion de todos los frutos producidos, y que debieron producir desde la contestacion de la demanda, los quales, precéda su liquidacion por el presente Escribano, se le notifique pague dentro de nueve dias

dias con apercibimiento de execucion, como tambien las costas procesales causadas, y que se causen hasta el efectivo reintegro, en que igualmente le condena; y para la averiguacion de su importe pasen los autos al Tasador general; y por ésta su sentencia definitivamente juzgando, así lo pronuncio, &c.

Nota decimaseptima.

Estas sentencias van estendidas con arreglo al estilo de esta Corte, y las firma el Juez, y autoriza el Escribano, por lo que no hay pronunciamiento. En otros Juzgados las firma el Juez solo, por cuya razon se pone su pronunciamiento separado à presencia de testigos, el que firma el Escribano, y en seguida se notifica à las partes; pero nada se altera en la substancia, y así se observará el que haya en cada Juzgado.

Pedimento de apelacion.

571 F. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que por la sentencia profexida en ellos se manda à mi parte que pague, ó haga tal cosa; y mediante à que dicha sentencia, hablando con la judicial modestia, le es gravosa, y perjudicial, desde ahora apelo de ella para ante quien con derecho puedo, y debo; en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva admitirme dicha apelacion lisa, y llanamente en ambos efectos; y para el de mejorarla mandar se me entre quen los autos, (ò se me dé el competente testimonio) pues así es justicia, que pido, y para ello, &c.

Auto.

572 Admitese à esta parte la apelacion, que interpone, quanto há lugar en derecho, y para el efecto que expresa, se le entreguen los autos por el término ordinario, (ò se le dé el testimonio que pide) el Sr. Don, &c. lo mandó à tantos de tal mes, y año.

Nota decimaollava.

Admitiéndose la apelacion en ambos efectos; no hay inconveniente en mandar entregar los autos; pero si se admite en el debolutivo solamente, como sucede en la vía executiva; ó el pleito es de los en que la ley 6. tit. 18. libro 4. Recopil. prohibe sin admision; se debe denegar la entrega, porque de hacerse, se priva al que obtuvo en la sentencia, de continuárfelos, y pretender la execucion de ésta, mientras los tiene.

Pedimento para que se declare por desierta la apelacion.

573 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que de la sentencia en ellos proferida por Vm. interpuso apelacion el citado D. la que le fue admitida; y sin embargo de ser pasado el término en que debió mejorarla, no lo ha hecho, ni requerido con el despacho correspondiente; por lo que á Vm. suplico se sirva declarar por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la referida sentencia, mandando se lleve á pura, y debida execucion; pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

574 Notifíquese á la otra parte que dentro de tantos dias haga constar haber mejorado la apelacion que tiene interpuesta, con apercibimiento, el Sr. Don F. &c.

Nota decimanona.

Este auto se notifica al apelante, y si no requiere con la mejora en el término prefinido, se le acusan dos rebeldías insistiendo en la pretension primera, y el Juez las há por acusadas, y le concede segundo, y tercero término, y pasados, dá otro pedimento el que obtuvo, acusandole tercera rebeldía, llama el Juez los autos con citacion de las partes, y citadas con él, pasados tres dias, defiera á

su

su solicitud, como expuse en el num. 479, proveyendo el siguiente

Auto de declaracion.

575 Mediante no haber mejorado la parte de F. la apelacion que interpuso de la sentencia definitiva proferida en estos autos en tal dia, sin embargo de los terminos que para ello se le han concedido, se declara por desierta dicha apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la expresa la sentencia, y en su consecuencia se lleve á pura, y debida execucion: con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

Nota vigesima.

Si la parte condenada no apela de la providencia en el término legal ante el Juez que la proferió, ó no requiere con mejora, ó despacho del de alzadas, ó del Tribunal superior, á quien toca el conocimiento en grado de apelacion, debe dar pedimento la otra, acusandole una rebeldía, relacionando el contesto de la providencia, y el dia en que se le hizo saber, y pretendiendo se declare por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada: á cuyo pedimento debe el Juez providenciar en los terminos que expliqué en el num. 475, y practicarse lo que alli expuse, y el pedimento, y auto se entienden en la forma siguiente.

Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

576 F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa, digo que vistos por Vm. proferió en tal dia sentencia definitiva, por la qual condenó al enunziado D. en tal cosa, la qual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de ser pasado el término de apelar, y mucho mas, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía: en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consecuencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra parte, y por pasada en autoridad de cosa juzgada; y mandar se lleve á debida execucion, y que se dé á mi parte el competente testimonio con los insertos necesarios que

Tom. III.

Aa

le

370 FEBRERO DEL JUICIO ORDINARIO.

le sirva de executoria para resguardo de su derecho, pido justicia, y para ello, &c. A este pedimento se dice: por acusada la rebeldía: autos citadas las partes, &c. y pasados los tres días después de la última citación, se provee el siguiente auto; ó puede el Juez llamarlos solamente, y á la siguiente audiencia hacer la declaración sin citar á las partes, como he sentado en el número 476, porque no tiene para qué citarlas.

Auto declarando una providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

577 Mediante no haberse apelado por parte de D. de la sentencia proferida en tal día, por la qual se le condenó á tal cosa, ni expuesto cosa alguna acerca de ella, y ser pasado el término en que lo debió practicar, y muchas, se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada; y se le condena á que esté, y pase por su tenor, sin contravenirlo en manera alguna, baxo de tal pena aplicada para la Cámara de S. M. Dese á esta parte el testimonio que pide con los insertos necesarios con vista de autos lo mandó el Sr. D. F. &c. Este auto se hace saber á ambos litigantes.

Nota vigesima prima.

Siendo en parte absolutoria, y en parte condenatoria la sentencia, ó auto proferido, si uno de los litigantes pide se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, se deferirá á ello, condenando á entrambos á su observancia. Y si uno de ellos apeló, y luego se arrepiente, y desiste de la apelación interpuesta, (pues puede hacerlo con consentimiento de su adversario) se debe dar traslado á éste del desistimiento, y conformándose con él, se le habrá por conformado, y se declarará la providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, según se expresa en el anterior.

Nota vigesima segunda.

Si el apelante obtiene Real Provision para la remisión de autos por compulsá, y para emplazar á la parte contraria, se pone este auto: *Vista la Real Provision que pre-*

LIB. III. CAP. I. §. FINAL. 371

preceda por el Sr. Don, &c. Corregidor de esta Villa, la tomó en sus manos, bebió, y puso sobre su cabeza: dice que la obedecia con el debido respeto, como carta de su Rey, y Señor natural; y mandó se guarde, cumpla, y execute, como en ella se ordena, y lo firmó en esta Villa de tal, á tantos, &c. y á continuación de este auto se saca, y pone la compulsá, y concluida, se cita, y emplaza al adversario, para que acuda al Tribunal superior, y luego se cierra, y sella la compulsá, y entrega al apelante para que la presente en la Escribanía de Cámara por donde se libró el despacho, á fin de seguir la causa en grado de apelación, y en los autos originales se pone fe, ó nota del día que se entregó la compulsá, y á quien, con relacion del despacho, y Escribano que lo refrendó, ó copia de él.

Nota vigesima tercera sobre el papel sellado que deben estenderse las diligencias de este juicio.

Todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, notificaciones, y otras diligencias que ocurren en el Juicio Ordinario, se han de escribir en papel del sello quarto mayor. Las probanzas, é informaciones judiciales en el del sello segundo, el primero, y último pliego, y los del intermedio común; pero si fueren de nobleza, ó limpieza en qualesquiera Concejos, Chancillerías, y Comunidades de Estatuto, en papel del sello mayor el primero, y último pliego, y en el intermedio común; y los autos de aprobación, ó reprobación de estas pruebas en el del sello segundo. Las requisitorias de emplazamiento, y demás en papel del sello tercero. Las sentencias definitivas en el del segundo; y las compulsas de autos que se remiten en apelación, en el propio sello segundo el primero, y último pliego, y en el intermedio común. Y si las partes fueren pobres mandadas defender por tales, ó gozan del privilegio de que en sus causas, y negocios se actúe en papel de pobres, todo se escribirá en el del sello de éstos.

CAPITULO II

DEL JUICIO EXECUTIVO HASTA
la sentencia de remate, y su
execucion.

SUMARIO.

§. I.

- 1 2 **Q**ué es juicio ejecutivo; á qué fin se introdujo; y qué cosas traen aparejada execucion?
3 **E**n qué la trae la sentencia del Juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada?
4 **Q**uándo es exequible la de los Arbitros juris, y arbitradores?
5 6 **Q**ués sentencias se han de executar sin embargo de apelacion?
7 8 9 **Q**uáles no traen aparejada execucion?
10 **S**i será, ó no executiva la executoria dada por Tribunal superior?
11 **Q**uándo traerá aparejada execucion la confesion del dendor?
12 **C**onfesando el deudor

- haber contraído la deuda, y excepcionando al mismo tiempo que el acreedor se la remitió, ó hizo pacto de no pedir-sela, ¿si se deberá, ó no despachar execucion por su importe?
13 **R**emitiendose el contente en su confesion á otro instrumento, ó papel, ¿por qué cantidad se ha de despachar la execucion?
14 **Q**ués confesiones no la traen aparejada?
15 **C**onfesion hecha por el testador en su ultima disposicion, ¿si será, ó no executiva; ¿en qué casos quedará obligado por ella; ¿y si se deberá estár á la que hace en el articulo de la muerte en perjuicio de tercero?
16 **Q**uándo traerá, ó

- dentro de los diez años de su fecha: reconociendo el deudor su firma, y negando la deuda, ¿si habrá, ó no lugar la execucion?
17 **C**onfesion síla, ó obscura, ¿si la traerá, ó no aparejada?
18 **S**i se podrá, ó no despachar execucion en virtud del juramento decisorio litis, y del necesario, ó supletorio?
19 **V**ales, letras de cambio, escrituras privadas, y demás papeles simples, ¿quándo serán, ó no executivos?
20 **N**egando el deudor la deuda, y firma del vale, y reconociendola los que lo firmaron, ó hicieron de su orden, ó se lo vieron firmar, ¿si habrá lugar, ó no á su execucion?
21 **E**xcepcionando el deudor en el año de su confesion no haber recibido la cantidad que se le pide, y no habiendo pasado dos años desde que contrajo el debito, ¿si se deberá, ó no despachar execucion en su virtud?
22 **H**abiendo pasado los dos años, ó confesando llanamente, y oponiendo la excepcion despues del reconocimiento, ó renunciandola en el vale, ¿si habrá, ó no lugar á executarle por su importe?
23 **P**idiendo el acreedor el reconocimiento del vale Tom. III.
- dentro de los diez años de su fecha: reconociendo el deudor su firma, y negando la deuda, ¿si habrá, ó no lugar la execucion?
24 **C**onfesion hecha por el deudor, y reconocimiento puro de Escritura privada, ¿si perjudicarán, ó no á sus acreedores hipotecarios anteriores al reconocimiento, ó á otro tercero?
25 **A** quiénes no perjudica la confesion hecha por otros?
26 **J**uez incompetente, ¿si podrá, ó no compeler al deudor á que reconozca el vale que hizo?
27 **R**ecognimiento, ó confesion extrajudicial, ¿para qué, y cuándo aprovecha; y si es preciso, ó no que el judicial sea firmado por el que lo hace, para despachar la execucion?
28 29 30 **I**nstrumento público fe habiente, ¿quándo traerá, ó no aparejada execucion en lo expreso, si se dá, ó no executivo el que no está signado; y para que no se dude de su legitimidad, no siendo conocido el Escribano que lo autorizó, ¿cómo ha de ser legalizado, ó comprobado?
31 **S**i será, ó no executivo en lo que tacitamente contiene?

32 ¿Qué espacio de terreno ocupa cada legua, paso, vara, pie, estado, y brazas; y cuántas leguas compone una jornada regular?

33 Testamento solemne, ¿si traerá, ó no aparejada ejecución por el legado, y fideicomiso?

34 Siendo hecho el legado al Confesor del testador en su última enfermedad, ó a su Iglesia, Comunidad, ó deudo, ¿si será, ó no válido?

35 36 Instrumento de obligación in factum, ¿si traerá, ó no aparejada ejecución?

37 ¿P' si la traerán, ó no el que no hace fe, el que no está sacado en el papel sellado correspondiente, el condicional, y el que se novó?

38 Instrumento de locación, y conducción, ¿quándo será, ó no ejecutivo por la tácita reconducción del año sucesivo?

39 ¿P' cuándo lo será, ó no el que se remite á otro?

40 Obligación en que hay intereses; ó lo es de pagarlos por conducir dinero en letra dentro de estos Reynos, ¿si será, ó no executiva?

41 ¿Si traerá, ó no aparejada ejecución la obligación de satisfacer lo que se perdió en el juego, y la de los

novios, hijos de familia, estudiantes, y muger casada; ¿si el Escribano podrá, ó no autorizar escritura de préstamo en mercaderías, y de venta de granos al fiado?

42 Instrumento líquido, y el ilíquido, ¿si serán, ó no executivos?

43 ¿Si por los alimentos, y por intereses de dote retardada, se podrá, ó no despachar ejecución?

44 Pidiéndose ejecución por lo líquido, ó ilíquido, ¿por cuál se debe despachar?

45 46 ¿Qué circunstancias se requieren para que la traiga aparejada el instrumento que no está liquidado, y por qué medios se puede liquidar?

47 Liquidación hecha ante Escribano, ¿quándo será, ó no executiva?

48 49 Cuentas extrajudiciales hechas por las partes, ó por Contadores que eligen; y libros de cuenta que alguno tiene en su casa, ¿si traerán, ó no aparejada ejecución?

50 ¿Quándo se podrá, ó no proceder executivamente contra el obligado á dar cuentas; y una vez dadas, compelerle á reiterarlas?

51 al 52 Rescriptos, Privilegios, Cédulas, y Provisiones

siones Reales, ¿en qué casos traen, ó no aparejada ejecución, y cuáles no son válidos?

54 55 Juros, situaciones, libranzas del Rey, ó de sus Ministros, tributos públicos, y Reales, primitivas, y diezmos de la Iglesia, ¿quándo serán, ó no executivos?

56 ¿Qué requisitos son necesarios para que traigan aparejada ejecución los parreres conformes de los Contadores?

§. II.

57 ¿Qué personas pueden pedir ejecución; y qué requisito es necesario para que se les admita en el juicio, si no están nombradas en el instrumento?

58 Heredero del acreedor, legatario, testamentario, y comprador de la herencia, ¿si podrá, ó no pedir ejecución?

59 60 Fiador, ¿por qué cantidad, y contra quienes puede pedir la?

61 Muger viuda, ¿por qué cosas puede pedir la?

62 Procurador para pleitos, ¿si podrá, ó no pedir la, y cobrar la deuda?

63 Cedente, ¿si podrá, ó no pedir ejecución contra su deudor aun despues de hecha

la cesion en otro?

64 Para pedir la cesionario del acreedor, ¿si deberá, ó no hacer constar la causa justa, con que se hizo la cesion?

65 66 Heredero del deudor, ¿si podrá, ó no ser executado por todo lo que este debía, y compellido á reconocer el vale que hizo?

67 Siendo dos, ó mas los herederos del deudor, ¿cómo deberá pedir contra ellos el acreedor?

68 69 Hijo mejorado en tercio, y quinto, ¿en qué casos, y por qué cantidad puede ser executado?

70 ¿Cuáles se llaman herederos anómalos del deudor; y si podrán, ó no ser executados?

71 Poseedor de la alhaja litigiosa, y el que en instrumento publico se obligó á bacer alguna cosa, y no la hizo, ¿si podrán, ó no serlo?

72 73 ¿En qué bienes, y por qué debitos puede serlo la muger casada?

74 ¿Si lo podrá ser, ó no el socio obligado por las deudas de la compañía?

75 Para poder serlo el deudor, ¿qué circunstancias se requieren?

76 ¿En qué casos es necesario bacer excusion en los

bienes del deudor, para poder reconvenir à su fiador?

77 78 **Fiador**, ¿en qué puede ser executado sin hacer previa excusión en los bienes del principal obligado, y sin nuevo proceso, ni Juicio con él?

79 ¿En qué bienes se puede hacer execucion por las deudas del Concejo?

80 81 ¿Si habrá, ò no lugar la execucion contra el comprador de la herencia, contra el donatario, y contra el usufructuario?

82 83 ¿Quando lo habrá contra el tutor por las deudas de su menor: contra los fiadores del tutor por las de éste: y contra los administradores, factores, y procuradores, por las de sus principales?

84 85 86 ¿En qué casos habrá lugar la execucion contra el tercero poseedor, y qué será preciso para proceder contra él?

87 Poseyendo con buena fé el tercero los bienes acensuados, ¿si podrá, ò no prescribir su hipoteca?

88 el 92. ¿Qué bienes son, y se conceptúan raíces, muebles, y semovientes?

93 ¿Si se podrá hacer execucion en todos los bienes expresados?

94 ¿En qué caso no se

puede trabajar en la albaja emphyteutica?

95 al 97 ¿Si se podrá hacer en la sujeta à servidumbre en los frutos que competen al usufructuario: y en los bienes castrenses, quasi castrenses, y adventicios del hijo en los officios públicos, que son, ò no renunciabiles; y en la jurisdiccion libre?

98 99 Bienes dotales de la muger, y sus frutos, ¿quando pueden, ò no ser executados?

100 ¿Si podrán, ò no ser executadas las cosas sagradas, y religiosas, y las capillas, y sepulturas?

101 ¿En qué caso podrán serlo el derecho de usufructuar, el mero uso, las cosas puestas en los edificios para su adorno, y las servidumbres reales?

102 ¿Y en qué la casa morada, armas, caballos, y mulas de los hijosdalgo?

103 Armas, y caballo de otro qualquiera, yeguas de vientre, sus crías, y caballos de sus criadores, y los libros de Estudiantes, y Abogados, ¿si lo podrán ser, ò no?

104 105 Estipendio del Oficial público, el del Soldado, y Doctor que enseña publicamente, el del Clerigo, y los instrumentos de los Oficia-

cia-

ciales menstrales, ¿si lo podrán ser, ò no?

106 ¿Si se podrá trabajar execucion en el vestido ordinario, cama, y otras cosas necesarias para el uso quotidiano?

107 ¿Quando podrán ser, ò no executados los bienes de mayorazgo, y sus rentas?

108 ¿En qué casos se puede, ò no trabar execucion en el derecho que alguno tiene à que otro le alimente?

109 110 ¿En qué cosas no debe trabarse?

111 Por las deudas del Concejo, ¿qué bienes no deben ser executados?

112 Naves extranjeras que traen mercaderías, y bastimentos à estos Reynos, ¿si podrán, ò no serlo por las deudas de sus dueños, y los buques, mulas, y aperos para cultivar la tierra?

113 114 Acreedor habiendo intentado la vía ordinaria, ¿si podrá, ò no dexarla, y pasar à la executiva?

115 116 Intentando la executiva, y pasando à la ordinaria, ¿si podrá dexar ésta, y continuar aquella: ò quando el deudor le concedió facultad para mudar los juicios; ò hizo protesta de volver à la executiva siempre

que quisiese, al tiempo de incoar la ordinaria, y si la litió pendencia ante un Juez le impedirá executarle ante otro?

117 Acreedor, que tiene accion contra varios deudores fiadores, ò mancomunados, ¿si pendiente el pleito con uno de ellos, podrá, ò no dexarlo, ò intentarlo contra los correos?

§. III.

118 al 120 **¿**Qué circunstancias se requieren para proceder executivamente; y concurriendo, qué ha de hacer el Juez?

121 al 123 ¿Qué requisitos han de intervenir para que no se anule la execucion por defecto, ò vicio en sus diligencias; y cómo, y por qué orden se ha de trabar siendo personal, ò general, ò especial hipotecaria la obligacion, que la trae aparejada?

124 ¿Cómo se ha de trabar, ya nombre, ò no el deudor los bienes?

125 Formando concurso de acreedores el executado, y embargandosele bienes pertenecientes à otro, ¿qué debe hacer éste?

126 Despachandose exe-

cu-

cción contra el fiador, ¿si podrá nombrar bienes del principal deudor en que trabar la, y qué se debe hacer si resultare ser agenos?

127 ¿Qué es traba de ejecución: en qué estado de la causa se puede ampliar, y qué cláusula se ha de poner en la diligencia?

128 Dirigiéndose la ejecución contra tercero poseedor, que no es heredero, ni trae causa del que contrajo la obligación hipotecaria, ¿en qué bienes se ha de trabar?

129 130 ¿Cómo se han de inventariar, y en quién se deben depositar los bienes executados?

131 Manifestando la mujer del deudor su carta de dote, ¿si se la deberá nombrar, ó no depositaria de los bienes executados?

132 Pudiendo, ó no ser habido el deudor, ¿cómo se le ha de notificar el estado de la ejecución?

133 134 No pagando la deuda dentro de las setenta y dos horas siguientes á la de la notificación de estado, ¿en qué pena incurre, y qué debe advertirle el Escribano?

135 136 Bienes executados, ¿cómo deben venderse: en qué dias se han de dar los pregones: y qué ha de pregun-

tar el Escribano al deudor en quanto á darlos, y á su término?

137 Existiendo el executado con sus bienes en otra jurisdicción, ¿qué pregones se han de dar, y en qué término?

138 ¿En quantos, y en qué, si se trabó la ejecución en bienes muebles, y raíces; ó se mejoró en otros que no se pregonaron; ó se trabó en muebles, y mejoró en raíces?

139 Renunciando el deudor, y dando por dados los pregones, ¿si será, ó no preciso que se pase su término?

140 141 ¿Quando es suficiente darlos, y basta fiar edictos, en los parages públicos?

142 143 Notificado el estado de la ejecución, ó antes de notificarlo al deudor, ¿si le deberá requerir, ó no el Alguacil que asfunde de rancamiento, y en su defecto prenderlo; y á qué se ha de obligar el fiador?

144 ¿Qué personas han de ser presas, no dando la fianza de rancamiento?

145 Hijosdalgo, ¿quando no deben ser presos por deuda aunque no den la fianza?

146 ¿De quantas maneras es la nobleza, y cuál se llama de privilegio?

¿Cuán-

147 al 149 ¿Quantas clases hay de privilegios de nobleza?

150 ¿Cuál se llama nobleza de sangre; de quién ha de provenir; y en qué se diferencia de la hidalguía?

151 ¿Cómo se prueba la nobleza concedida, y la que llaman de sangre?

152 ¿A quiénes están comparados los hijosdalgo de executoria?

153 ¿Qué es solar, y solariego; y para ser llamados hijosdalgo de solar conocido, qué es necesario?

154 155 Nobleza de bondad, ó virtud, qué es?

156 ¿Juez que entiende en la causa executiva, ¿si podrá, ó no conocer de la nobleza, y determinarla?

157 Manifestando el executado papcles de su nobleza á los Ministros de la ejecución, ¿qué deben hacer?

158 159 ¿Qué personas, aunque no sean nobles, gozan del privilegio de nobleza para no ser presas por deuda puramente civil, y y cuál es la vicecama?

160 Mujer, ¿si podrá, ó no ser presa por deuda; y si conservándose viuda, gozará, ó no de la nobleza de su marido?

161 Menor, enfermo, pre-

genero, y heredero, que aceptó la herencia con beneficio de inventario, ¿si podrán, ó no ser presos por deuda?

162 Tutor, Factor, Administrador, Procurador de Cortes, muger casada desbonestá, y el que tiene tres años doce yeguas de vientre, ¿si podrán, ó no serlo por ella?

163 ¿Quiénes no deben ser reconvenidos civilmente en mas de su posibilidad?

164 165 Concursantes, ¿si podrá, ó no serlo, y pedir alimentos de sus mismos bienes?

166 Litigando entre sí los privilegiados, ¿si gozarán, ó no unos contra otros del beneficio, y sus fiadores?

167 ¿Qué debe hacer el Alguacil quando el mandamiento executivo se dirige contra las personas de los que gozan del beneficio de la competencia; ó solamente contra los bienes del que ninguna exención tiene?

168 ¿Quando se ha de citar de remate al executado, y qué debe advertirle el Escribano?

169 No dexándose ver el executado, y teniendo dos habitaciones, ó siendo vago, ¿qué diligencias se deben practicar para citarle?

170 Existiendo fuera del ter-

territorio del Juez, que entiende en los autos ejecutivos, ¿qué ha de hacer éstos, y si se deberá, ò no citar de remate, y para los pignones à los deudores del executado?

171 Hallandose los bienes executados en poder de terceros poseedores, ò acreedores ausentes, conocidos, ò inciertos, ¿qué se debe practicar?

172 Compareciendo en el juicio executado antes que se le cite de remate, ò espire el término de los pignones, ¿qué debe hacer el Juez?

173 No siendo suficientes para pagar la deuda los bienes executados, si por esta causa se mejorare en otras la execucion, ò se despachare nuevamente, ò el pleito estuvo suspenso un año, ò mas, ¿qué se ha de practicar?

S. IV.

174 175 **H**echa la citacion de remate, y pasado el término prescrito al executado para oponerse à la execucion, ¿qué ha de hacer el Juez?

176 ¿Quántas clases de excepciones puede oponer el executado en la via executiva?

177 178 ¿Qué es paga;

en qué términos debe probarla el executado: si se podrá ò no probar por presuncion de derecho; y alegando el deudor que pagó por yerro, quién debe justificarlo si lo niega el acreedor?

179 ¿Cómo se entiende el pacto, ò promesa de no poder la deuda?

180 Para que la excepcion de falsedad surta la execucion, ¿quál ha de ser, y en qué término se ha de probar?

181 Quando la engravará la excepcion de usura?

182 ¿Quáles han de ser la fuerza, y miedo para eludir el contrato, y en qué término se han de justificar?

183 al 185 ¿Qué es compensacion, en qué clases se divide, por qué razon se introduxo, ò quiénes pasa, y qué efectos produce?

186 ¿En qué se diferencia de la reconvention, retencion, y solucion, ò pagu?

187 Para que tenga lugar, y se haga realmente, ¿qué cosas se requieren?

188 ¿En qué parte del Juicio, y ante qué Jueces puede hacerse, y cómo?

189 190 ¿Si los herederos podrán, ò no compensar con el acreedor del difunto lo que éste le debía, ò à ellos?

¿Qué

191 ¿Qué pueden compensar los Socios con la Sociedad, ò unos con otros?

192 193 ¿Qué podrá, ò no compensar el fiador con el acreedor del deudor principal, y con lo que el mismo debe à ésta?

194 Padre, ò hijo, ¿qué pueden, ò no compensar con su acreedor uno por otro, ò éste con ellos?

195 196 Procuradores, ¿qué pueden, ò no compensar con el acreedor de su principal, y del cedente?

197 ¿Si el deudor podrá, ò no usar de la compensacion, habiendola renunciado?

198 Deudor, ya sea, ò no mancomunado, ¿si podrá excepcionar la compensacion de lo que su acreedor debe à otro que à él mismo?

199 Prelado, ¿si deberá admitir, ò no la compensacion de su debito con el que el demandado debe à su Iglesia; y el poseedor de mayorazgo el suyo con el que debe à éste?

200 Creditos del Tutor, y Curador, ¿si se deberán, ò no compensar con los de su menor?

201 Vendedor, ¿si estará, ò no obligado à admitir la compensacion de lo que debe al comprador en pago del

precio de lo que le vendió?

202 203 Comprador, ¿si podrá, ò no compensar lo que le debe el vendedor, con el precio de lo que le vendió, y se le quitó por eviccion, ò con el evinciente?

204 Consanguíneo, ¿quándo podrá, ò no compensar su credito con el precio de la finca que retrajo?

205 206 ¿Qué acciones se pueden compensar, y para la admision, ò inadmission de su compensacion, ¿qué cosas debe mirar el Juez?

207 al 209 ¿Si habrá, ò no lugar la compensacion del deposito, y comodato?

210 211 ¿Si se admitirá, ò no compensacion con los creditos del Fisco, y republica, ò Administrador?

212 213 De lo ilíquido con lo líquido; y de los debitos condicionales, à dia cierto, ò incierto, ò alternativo, y con los litigiosos?

214 Por los alimentos que el demandado debe dar, ¿si se le admitirá, ò no compensacion de lo que el alimentario le debe?

215 216 Con el hecho, y con las obras, ò servicios que alguno debe hacer, ¿quándo se admitirá, ò no?

217 ¿Si habrá, ò no lugar la compensacion en los

de-

delitos, y en el dolo, y culpa?

218 ¿Con qué remedios se socorre al que omitió usar de la compensacion, y al que paga dudando si es, ó no deudor?

219 Excepcion de transaccion, ¿si enervará, ó no la execucion?

220 al 224 ¿Qué es novacion de contrato; de quantas maneras; por qué se llama así; qué es necesario para que se entienda que la hay; por qué años no se hace; y en qué casos se induce?

225 al 227 ¿Qué es delegacion; qué requisitos son necesarios para que por ella se haga novacion; y cuándo el deudor, y el delegado, ó el uno solo quedarán obligados?

228 ¿Quiénes no pueden novar contrato de otro?

229 Excepcion de nulidad del contrato, sentencia, ó instrumento, en cuya virtud se instaure la via executiva, ¿si se admitirá, y la elidirá, ó no?

231 al 236 ¿Cuándo impedirá el progreso ejecutivo la simulacion de contrato; de quantos modos se comete; quién puede alegarla; y cómo se ha de probar?

237 238 Excepcion de no contener el instrumento la

causa de deber, ¿si impedirá, ó no la execucion?

239 al 243 ¿Qué es prescripcion, por qué razones fue intraducida; si impedirá, ó no la execucion, y contra qué personas no corre?

244 ¿Desde cuándo se cuenta la prescripcion de sentencia executoria, é instrumento puro, condicional, ó á dia cierto, para que impida la execucion?

245 ¿Y desde cuándo si el instrumento es de censo, ó de pagar legado, ó pension annua?

246 al 250 En los papeles simples, ¿desde qué dia empieza á correr, y contarse el término, y prescripcion para con el acreedor, y fiador?

251 ¿Por qué años se interrumpe la prescripcion en la via executiva?

252 ¿Y por cuáles se perpetúa la accion executiva?

253 ¿Cuánto tiempo tiene para pedir su deuda al acreedor que calla en los diez años despues de contratada; y quanto los criados de servicio, y los Boticarios, Foyeros, Especieros, Abogados, Procuradores, Agentes, y otros?

254 255 Pidiendo execucion el acreedor dentro de los diez años por las pensiones de

de un censo: oponiendose á ella el executado: excepcionando sobre la legitimidad del debito, é instrumento: y convirtiendose en ordinaria la via executiva: declarandose válido el instrumento: y siendo condenado el reo al pago, ¿si en virtud de la sentencia confirmada se podrá despachar execucion no solo por las pensiones de los diez años, sino por las posteriores?

256 Excepcion de no ser público, autentico, ni original el instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, ¿si será, ó no legitima, para impedir su progreso?

257 ¿Y si lo será la de no estar registrada la Escritura hipotecaria en la oficina de hipotecas del partido en que están situadas las fincas gravadas?

258 Excepcion de no estar cumplido el plazo de la paga, ó la condicion puesta en el instrumento, ¿si impedirá, ó no el progreso de la via executiva?

259 Siendo puro el instrumento, y no conteniendo plazo para pagar el debito, ¿dentro de qué termino puede reconvenir el acreedor al deudor?

260 Excepciones, que tienen su tendencia al executante, impiden la execucion.

261 La declinatoria de fuero há lugar en la via executiva.

262 Y la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide: y tambien quando se pretende la execucion en virtud de sentencia arbitraria, sin observar los requisitos legales; pero no la de litis pendiente de otra via executiva.

263 Excepcion de no estar comprendida en el instrumento la cantidad, por que se pidió la execucion, ¿si la impedirá, ó no?

264 El no ser el principal el instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, ¿si será, ó no excepcion obstativa de ella?

265 No es executiva la obligacion con juramento que hace el lego en los casos en que está prohibido interponerlo: ni la en que se somete al Juez Eclesiástico, sin deber someterse.

266 267 ¿En qué casos impedirá, ó no la execucion las excepciones que la moderan, ó al instrumento en cuya virtud se despachó, y las que vienen por la naturaleza del contrato?

268 Excepcion de recon-
vencion, ¿quándo impedirá,
ó no el progreso ejecutivo?

269 270 ¿Si será, ó no
admisible en la via executiva
la excepcion de la non nume-
rata pecunia, y quándo de-
berá oponerla el executado?

271 Excepcion, que de
la execucion puede originarse,
es obstatoria de su curso.

272 273 Son obstativas
de la execucion las excepciones,
que por derecho comun
se pueden oponer, y las que
el reo podia objetar en la Pro-
vincia en que se celebró el
contrato, ó profirió la sen-
tencia.

274 ¿Cuál se llama dolo
bueno, y cuál malo, y quín-
do la excepcion de éste se ad-
mitirá, ó no en la via execu-
tiva?

275 al 277 ¿De quán-
tos modos se comete el dolo;
contra quiénes se puede opo-
ner la excepcion de él; y á
quiénes daña, ó no?

278 ¿Si se podrá, ó no
renunciar el dolo; y si habien-
do intervenido en un contrato,
y confirmádose éste por otro
sin él; usando el actor de el
de confirmacion: podrá, ó no
el reo oponer la excepcion de
dolo?

279 ¿Quándo se admiti-
rá, é impedirá, ó no la via

executiva la excepcion de le-
sion en mas, ó menos de la
mitad del justo precio?

280 al 282 ¿Si serán, ó
no admisibles en ella la ex-
cepcion de error de calculo; y
la de division entre los man-
comunados?

283 284 Excepcion de
restitucion in integrum, que
compete á los menores, ¿si
se admitirá, ó no, y en qué
casos basta que alguien la le-
sion para ser restituidos?

285 ¿Y en cuál se admi-
tirá en la causa de apelacion
la excepcion que desprecia el
Juez inferior?

286 al 290 Oponiendose
el reo á la execucion, ¿qué
termino se le ha de conceder
para probar sus excepciones;
desde quando empieza á cor-
rer: cómo se debe contar: y
si se debe, ó no prorrogar á
su instancia?

291 292 ¿Y si á la de el
acreedor se podrá, ó no pro-
rogar?

293 294 ¿Por qué me-
dios pueden los litigantes ha-
cer sus probanzas en la via
executiva? y haciéndolas el
reo por testigos, en qué ter-
mino han de ser juramenta-
dos, y examinados?

295 Intentando el reo pro-
bar sus excepciones por tes-
tigos, ¿qué debe practicar,
ya

ya existan, ó no en el terri-
torio del juicio? ¿Y si se ad-
miten, ó no tachas de ellas
en el ejecutivo, y demás su-
marios?

296 Si habiendo espira-
do el termino, podrá preten-
der el reo que el actor jure de
calumnia, y posiciones.

297 al 299 ¿Si á ins-
tancia del reo se podrá, ó no
suspender el termino para
probar sus excepciones por
testigos, instrumentos, ó de-
claracion del acreedor; y exa-
minar sus testigos durante la
suspension?

300 Si pasado el termino
piden los autos los litigantes
para instruirse de lo justifi-
cado, y alegar, ¿qué se ha
de hacer?

301 ¿Quándo se pueden
oponer excepciones contra la
sentencia?

302 303 Las que se
oponen contra su execucion, y
la moderan, ó contra la ac-
cion intentada, ¿si se podrán,
ó no alegar despues de la mis-
ma sentencia?

304 al 306 ¿Quáles se
llaman meros executores;
quáles mixtos; y si podrán,
ó no admitir excepciones con-
tra la execucion?

307 308 Juez requerido,
¿si podrá, ó no admitir con-
tra la execucion las excepciones
Tom. III.

que oponga el tercero posee-
dor, y disjunctas?

§. V.

309 310 ¿Istos los au-
tos por el
Juez, ¿qué ha de hacer?

311 Depositando el ex-
cutado parte del debito den-
tro de las setenta y dos ho-
ras siguientes á la de la no-
tificacion de estado, y consin-
tiendo se entregue al acree-
dor; si al mismo tiempo ex-
cepciona tener satisfecho el
resto, y lo prueba en el ter-
mino legal, ¿qué ha de prac-
ticar el Juez?

312 ¿Y qué, si despues
de pasadas, deposita toda la
cantidad por qué se le execu-
tó?

313 ¿Si deberá, ó no pa-
gar decima, ú otro derecho de
execucion, depositando la
deuda dentro de veinte y qua-
tro horas siguientes al requie-
rimiento, ó mostrando con-
tenta de su acreedor?

314 Oponiendo el execu-
tado por accion real excepcion-
es contra la execucion, y
probandolas en el termino le-
gal, ¿si habrá, ó no lugar
á sentenciar la causa de re-
mate?

315 Si el executado por
accion personal no se opone á
la

la execucion, ò aunque se oponga, si no prueba en los diez dias legales las excepciones que alegó; ¿qué ha de hacer el Juez?

316 ¿Puede alegar que los testigos de que intenta valer se existen fuera del Arzobispado, u. Obispado?

317 al 319 ¿Quando han de dar el acreedor solo, y éste, y tambien el deudor fianza de la ley de Toledo; y à qué se han de obligar sus fiadores?

319 al 323 Despachándose la execucion en virtud de transacción, ò de sentencia arbitraria, ò confirmatoria de pareceres conformes de contadores, ¿qué fianzas debe dar el acreedor; y en qué casos no está obligado à darlas, ni constituir obligación de volver lo que percibó?

324. 325. Sentencias de remate, ¿quándo se deben, ò no executar?

326 ¿Si producirá, ò no excepción de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia dada en el ejecutivo, y en otros sumarios?

327 Dadas las fianzas, ¿qué diligencias se deben practicar para hacer pago al acreedor?

328 329 ¿En dónde se ha de celebrar el remate:

cómo se ha de proceder en las posturas: y à quiénes se deben comunicar?

330 ¿En qué postura se ha de efectuar el remate; y si admitida la postura de uno, ¿quedarà, ò no libre el primero?

331 Pariente del deudor, ¿si podrá, ò no retraer los bienes abolenagos de éste rematados en un extraño, y quando lo preferirá el acreedor?

332 333 Celebrado el remate de bienes executados, ò de Rentas Reales, y de Señores, y aceptado por el postor, si se podrá, ò no abrir, y admitir puja?

334 335 ¿A qué personas compete el beneficio de restitucion, para que por lesion, dolo, ò malicia en la venta de sus bienes se admita la puja; y dentro de qué termino lo han de pretender?

336 ¿A quién se ha de hacer saber la puja, que por via de restitucion se admite; y si se podrá, ò no admitir otra?

337 Aceptado el remate por el postor, ¿qué diligencias se han de practicar hasta la venta judicial de los bienes rematados?

338 No alcanzando para pago del principal, y costas el precio de los bienes rema-

tados, ¿contra quién se ha de repetir?

339 al 341 Comprador de los bienes subastados, ¿quándo quedarà, ò no libre de las molestias del deudor, acreedores, y dueño de la alhaja vendida en concepto de ser propia del concursante?

342 ¿Qué personas pueden compeler la Justicia à comprar los bienes que se subastan; y por qué deudas?

343 Para que el acreedor pueda ser compelido à tomar en pago de su credito bienes de su deudor, ¿qué circunstancias se requieren?

344 Si de la venta hecha en pública subasta, y de la adjudicacion in solutum se deberá pagar, ò no alcabala?

345 346 ¿A qué personas está prohibido comprar los bienes que se vendan en almoneda?

347 al 349 Acreedor, si podrá, ò no comprar por sí, ò por interposita persona los bienes que à su instancia se subastan; y pretender se le den in solutum por la tasa, en caso de no haber comprador?

350 Dándose in solutum al fiador los bienes del deudor, ò habiendolos comprado en almoneda, ¿si deberá, ò no volverlos à éste, ò à qualquiera acreedor?

351 ¿En qué casos no quedará obligado el deudor al saneamiento de los bienes que se le subastaran?

352 al 357 ¿Y en cuáles tendrá, ò no accion para recuperar los que se le vendieron judicialmente, ò se adjudicaron à su acreedor?

S. VI.

358 359 ¿Cuál se llama, y ma tercero opositor, y quantas clases hay de ellos?

360 al 363 ¿Ante qué Juez, y en qué estado de la execucion puede oponerse à ella el tercero que basta para que se le admita la oposicion; y quando estará, ò no obligado à proseguir los autos en el estado en que se basen?

364 365 ¿En qué casos la oposicion del tercero suspende el curso de la via executiva, y se le han de entregar, ò no los bienes executados?

366 367 ¿En cuáles la de un acreedor instituido beneficiario del deudor, que como tal beneficiario es executado por otro acreedor, la suspenderá?

368 369 ¿Y en cuáles se suspenderá, ò no la execucion, y venta de bienes, si estando executando al deudor un acreedor

dor hipotecario, ocurre antes de la sentencia, y su ejecución otro también hipotecario, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al ejecutante, y pretendiendo se le pague primero que á éste?

370 Estando executando al deudor un acreedor, si ocurre otro, cuyo crédito, aunque anterior en la obligación, es posterior en el plazo de la paga, ¿qual será preferido?

371 Admitida la oposición del tercero, ¿qué se debe practicar, y como se ha de seguir la causa?

372 ¿Quando se ha de executar, ó no sin embargo de apelación, y nulidad, la sentencia dada en el juicio ejecutivo, en que hubo oposición de uno, ó mas terceros?

373 Bienes de mayorazgo aunque estén gravados con facultad Real, quando han de ser executados?

§. VII.

374 375 ¿Quando ha de ser, ó no condenado en costas el litigante vencido; y si el Procurador como dueño de la instancia deberá pagar los causados por su parte en defenderse, y las de su contendidor, si fue condenada en ellas?

376 Sentenciandose la causa de remate, si deberá, ó no el deudor pagar decima; y por quanto tiempo prescribe la costumbre de exigirla?

377 ¿Hasta quando no puede exigirla el Alguacil; y si dirigiendose el mandamiento ejecutivo contra varios deudores por diversas deudas, podrá ó no llevar decima de cada una?

378 ¿En qué casos no debe pagar decima el executado?

379 Perteneciendo la deuda al Fisco, ó á la Hermandad, ¿qué debe pagar el deudor?

380 Haciendose muchas execuciones por unadecuda, ¿si se deberá mas que una decima; y si exigiendose, se podrán llevar derechos por las diligencias de execucion?

381 Obligandose por el todo in solidum dos, ó mas deudores á la solución de una cantidad, pagando al acreedor el executado, y repitiendo con su lasto contra los correos mancomunados, ¿si se deberá, ó no mas que una decima?

382 Pidiendo execucion el acreedor por mas que lo que se le debe, ¿en qué pena incurre?

383 Entendiendo en la exe-

execucion dos Juces, ó Ministros executores, ¿si deberán, ó no partir la decima; y en caso de dudarse si el executado debe, ó no pagarla, quién lo ha de declarar?

§. final.

384 **P**edimento pidiendo execucion.

385 386 **A**uto, y mandamiento de execucion.

387 **T**rava de execucion.

388 **R**oguerimiento al deudor para que afiance de saneamiento, y su nota.

389 390 **A**uto, y mandamiento para la soltura del deudor, y su nota.

391 **N**otificación de estado.

392 al 394 **P**edimento del acreedor para citar de remate al deudor, auto, y citacion de remate con su nota.

395 396 **P**edimento del deudor oponiendose á la execucion, auto, y su nota.

397 398 **S**entencia de remate, y mandamiento de pago.

399 **A**uto absolviendo al executado.

400 **M**andamiento para desembargar los bienes en que se trabó la execucion.

401 **A**uto declarando no

haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibiendo el pleito á prueba.

402 **R**oguerimiento al deudor con el mandamiento de pago.

403 **P**edimento del acreedor nombrando perito para la tasacion de la casa executada.

404 405 **A**uto, y notificación al deudor con su nota.

406 **N**otificación, y aceptación de los peritos.

407 408 **C**itacion á las partes, y tasacion de la casa.

409 410 **P**regones para la venta, y su nota.

411 412 **C**édula, y fé de fijacion.

413 414 **P**edimento batiendo pastura, auto, y nota.

415 416 **P**edimento pretendiendo se señale día para el remate, auto, y su nota.

417 **R**emate de alhaja raiz perteneciente al deudor.

418 419 **P**edimento para la aprobación del remate, y auto.

420 421 **L**iquidacion de cargas, auto, y su nota.

422 **A**uto de aprobación de la liquidacion con su nota.

423 **M**andamiento para dar posesion de la cosa vendida.

424 **C**esion del remate de la casa comprada, y su nota.

425 Libramiento para hacer pago á un acreedor.

426 Pedimento para que se adjudiquen in solutum al acreedor los bienes ejecutados.

427 Auto de adjudicación in solutum de alhaja raíz.

428 Auto de adjudicación in solutum de bienes muebles.

429 Nota sobre dar posesion prendaria al acreedor, auto, y mandamiento.

431 Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, y notificarle el estado de la execu-

cion, y citarle de remate.

432 Requisitoria de pago para vender bienes existentes en otra jurisdiccion.

433 Otra contra un deudor vecino de Pueblo diverso del del juicio.

434 Suplicatoria para Tribunal superior con su nota, y otra sobre el papel sellado correspondiente, á los pedimentos, autos, y diligencias del juicio executivo.

435 Juez ordinario, qué es juicio, &c. por qué débitos podrá conocer executivamente contra los que gozan del fuero militar ú otro?

§. I.

QUE ES JUICIO EXECUTIVO, Y QUE cosas traen, ó no aparejada execucion.

EN el capítulo primero de este libro expliqué á mi ver con bastante claridad, y extension para instruccion del Escribano principiante el modo de substanciar el juicio civil ordinario; paso á explicar con la misma el de seguir el civil executivo con arreglo á nuestras leyes Castellanas. Es este un Juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores, para que sin que experimentasen los dispendios, y dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias, y vexaciones de sus deudores malos pagadores, cuyo numero es muy copioso, ni fuese preciso observar las solemnidades del orden judicial, consiguiessen brevemente (atendidas solo la verdad, y equidad) el cobro de sus credits, y no se les impidiese el exercicio de sus artes, y cus-

custodia de sus familias, en que tanto interesa el Estado. (1) Y respecto á que aunque tiene tanta eficacia, es tan delicado, que sino se sabe seguir, no solo se convierte facilmente en ordinario, y no se precaven los inconvenientes porque se introdujo, sino que á mas de esto prescribe el derecho de executar que compete al acreedor, quando no acude á usar de él en tiempo, y forma: para perfección, y radical instruccion teórica, y práctica del Escribano principiante, mediante padecerse en su substanciacion mucha ignorancia, especialmente en los Pueblos en que no son Le-trados, ó lo son solo en el nombre por título que tienen, de los que hay abundancia; explicaré metódica, y doctrinalmente los §§. de este capítulo lo que me enseñó el estudio de las leyes, y Autores de la nota mas recomendable, y vi practicar en los Tribunales Reales superiores, é inferiores de esta Corte.

2 Traen aparejada execucion regularmente en estos Reynos de Castilla las diez cosas siguientes: la sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada, en la forma, y por los motivos referidos en el capítulo primero de este libro numero 492. La executoria dada por Tribunal superior competente, ya sea confirmando, ó revocando la sentencia del Juez inferior. (2) La confesion de la deuda hecha en juicio, y el juramento litiis decisorio. (3) Los conocimientos, vales, y papeles simples, después de reconocidos con juramento por el que los hizo, ante Juez competente, ó de su orden por escrito ante Alguacil, y Escribano, ó ante éste solamente, aunque no contengan expresion del dia, mes, y año en que se hicieron. (4) El instrumento público, y auténtico, que hacen fé: (5) bica que el autentico concibo la traerá si se reconoce judicialmente, y no de otra suerte, porque aunque hace prueba

en

(1) Ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Paz. in Praxi tom. 1. part. 4. Summar. al princip. n. 4. y cap. 1. n. 40. al fin. Rodrig. Sear. in leg. Post rem judicat. in declaration. leg. Regu. l. i. tit. 4. n. 7.

(2) Leyes 3. y 6. tit. 17. lib. 4. Recop. y el tit. 27. de la Partid. 3.

(3) Ley 5. tit. 21. lib. 4. Recop. y ley Post rem 56. ff. de Re judicat. Part. lib. 2. e. ult. part. 2. 65. 3. y 4.

(4) Ley 119. tit. 18. Partid. 3. y leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. dicho Parador. lib. 5. 6. y 7. 17. y 20.

(5) Leyes 1. y 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Parador. lib. 5. 11.

425 Libramiento para hacer pago á un acreedor.

426 Pedimento para que se adjudiquen in solutum al acreedor los bienes ejecutados.

427 Auto de adjudicación in solutum de alhaja raíz.

428 Auto de adjudicación in solutum de bienes muebles.

429 Nota sobre dar posesion prendaria al acreedor, auto, y mandamiento.

431 Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, y notificarle el estado de la execu-

cion, y citarle de remate.

432 Requisitoria de pago para vender bienes existentes en otra jurisdiccion.

433 Otra contra un deudor vecino de Pueblo diverso del del juicio.

434 Supplicatoria para Tribunal superior con su nota, y otra sobre el papel sellado correspondiente, á los pedimentos, autos, y diligencias del juicio executivo.

435 Juez ordinario, qué es juicio, &c. por qué débitos podrá conacer executivamente contra los que gozan del fuero militar ú otro?

§. I.

QUE ES JUICIO EXECUTIVO, Y QUE cosas traen, ó no aparejada execucion.

EN el capitulo primero de este libro expliqué á mi ver con bastante claridad, y extension para instruccion del Escribano principiante el modo de substanciar el juicio civil ordinario; paso á explicar con la misma el de seguir el civil executivo con arreglo á nuestras leyes Castellanas. Es este un Juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores, para que sin que experimentasen los dispendios, y dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias, y vexaciones de sus deudores malos pagadores, cuyo numero es muy copioso, ni fuese preciso observar las solemnidades del orden judicial, coniguiesen brevemente (atendidas solo la verdad, y equidad) el cobro de sus credits, y no se les impidiese el exercicio de sus artes, y cus-

custodia de sus familias, en que tanto interesa el Estado. (1) Y respecto á que aunque tiene tanta eficacia, es tan delicado, que sino se sabe seguir, no solo se convierte facilmente en ordinario, y no se precaven los inconvenientes porque se introdujo, sino que á mas de esto prescribe el derecho de executar que compete al acreedor, quando no acude á usar de él en tiempo, y forma: para perfección, y radical instruccion teórica, y práctica del Escribano principiante, mediante padecerse en su substanciacion mucha ignorancia, especialmente en los Pueblos en que no son Letrados, ó lo son solo en el nombre por título que tienen, de los que hay abundancia; explicaré metódica, y doctrinalmente los §§. de este capitulo lo que me enseñó el estudio de las leyes, y Autores de la nota mas recomendable, y vi practicar en los Tribunales Reales superiores, é inferiores de esta Corte.

2 Traen aparejada execucion regularmente en estos Reynos de Castilla las diez cosas siguientes: la sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada, en la forma, y por los motivos referidos en el capitulo primero de este libro numero 492. La executoria dada por Tribunal superior competente, ya sea confirmando, ó revocando la sentencia del Juez inferior. (2) La confesion de la deuda hecha en juicio, y el juramento liti decisorio. (3) Los conocimientos, vales, y papeles simples, despues de reconocidos con juramento por el que los hizo, ante Juez competente, ó de su orden por escrito ante Alguacil, y Escribano, ó ante éste solamente, aunque no contengan expresion del dia, mes, y año en que se hicieron. (4) El instrumento público, y auténtico, que hacen fé: (5) bica que el autentico concibo la traerá si se reconoce judicialmente, y no de otra suerte, porque aunque hace prueba

en

(1) Ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Paz. in Praxi tom. 1. part. 4. Summar. al princip. n. 4. y cap. 1. n. 40. al fin. Rodrig. Sear. in leg. Post rem judicat. in declaration. leg. Regu. l. i. tit. 4. n. 7.

(2) Leyes 3. y 6. tit. 17. lib. 4. Recop. y el tit. 27. de la Partid. 3.

(3) Ley 5. tit. 21. lib. 4. Recop. y ley Post rem 56. ff. de Re judicat. Part. lib. 2. e. ult. part. 2. 65. 3. y 4.

(4) Ley 119. tit. 18. Partid. 3. y leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. dicho Parador. lib. 5. 6. y 7. 17. y 20.

(5) Leyes 1. y 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Parador. lib. 5. 11.

en juicio, ninguna ley lo constituye ejecutivo como al público por ser cosa muy diversa segun en el cap. 1. n. 351. expuse. La liquidacion, ò instrumento simple líquido de cantidad, daños, è intereses, siendo reconocido, y consentida por la parte con la solemnidad expuesta. (1) Los libros, y cuentas extrajudiciales hechas por las partes, ò por los contadores que eligen, si estas las reconocen, y consienten en juicio, segun queda dicho, ò en instrumento público, y no de otra suerte. (2) El Rescrito, Cédula, ò Provision del Rey, ò Principe que no reconoce superior en lo temporal, y los Reales Privilegios. (3) Los juros, libranzas, y situaciones que se dan por el Rey, ò por quien en su nombre tiene potestad, contra sus Tesoreros, Cobradores, Administradores, y Arrendadores de su Real haber. (4) Y los pareceres conformes de los contadores. (5) De cuyas clases de documentos trataré ordinal, y separadamente en los numeros sucesivos, pues padece sus limitaciones, y tiene sus ampliaciones lo que en éste queda sentado.

3 La sentencia del Juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en contradictorio juicio con audiencia de los contendores, y consentida por éstos expresamente, ò con su tácita annuencencia por no haber apelado de ella, y por esta omision, ò habiendo apelado, por no haber mejorado la apelacion, y declaradose por desierta ésta, no solo trae aparejada execucion en lo expreso, sino tambien en lo que tácitamente contiene, aunque despues conste que es injusta; (6) porque de ella se originan nueva accion, que en latin se llama *judicati*, ò *in factum*, (7) y nuevo pleito, y autos para executarla.

La

(1) Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 11. Parlador. lib. 3. tit. 11. limitat. 4. Carle. de Jadic. tit. 3. disp. 5. 8. y 19. Vela disert. 24. Clinac. controv. 214.
 (2) Parlador. lib. part. 1. cap. dichos, §. 6. Escobar de Ratiocin. cap. 10. 11. y 12. Garcia de Expent. cap. 20. n. 22.
 (3) Ley 29. à la 32. tit. 18. Partid. 3.
 (4) Ley 24. tit. 7. ley 9. tit. 16.

lib. 9. Recop.
 (5) Ley 24. y Auto 1. tit. 27. lib. 4. Recop.
 (6) Ley 19. tit. 22. y leyes 1. y 2. tit. 27. Partid. 3. Sr. Salp. de Reg. part. 4. cap. 9. n. 151. Parlador. §. 1. part. 1. cap. ultim.
 (7) Ley in *judicati* ff. de Re judicat. ley Actori Cod. de Jurejurand. Parlador. lib. n. 1. al 3. y n. 6. y 7.

4 La trae igualmente la de los *Arbitros juris*, (que nada mas son que unos Jueces delegados) y la de los arbitadores, y amigables componedores, que es válida, (ya contenga, ò no pena el compromiso, y sean dos, ò mas, ò uno solo el compromisario) siendo dada en el termino prefijido en el, por los Jueces electos sobre lo comprometido, sin exceder, ni faltar; y presentandose con ella signada de Escribano público el compromiso, con tal que no se haya apelado, ni pedido reduccion à alvedrio de buen varon; y lo mismo procede con la del tercero en discordia. (1) Y se debe executar por el Juez ordinario, y no por ellos, porque carecen de jurisdiccion, solamente tienen una mera nocion, ò conocimiento, y no nace accion de lo que han juzgado; (2) y por lo mismo quando están entendiendo en algun negocio, si se ofrece hacer prueba fuera del territorio, han de acudir las partes al Juez ordinario de él, para que à este efecto libre sus despachos; y si dentro de su jurisdiccion, para que ante él se haga, pues los compromisarios carecen de potestad para expedirlos, y para hacerla, por defecto de jurisdiccion, por el qual, aunque los expedidos no serán obedecidos, y se previene que la reduccion se ha de pedir ante el referido Juez, y dentro del termino prefijido para apelar, y no pidiendose, ni apelando, pasa en cosa juzgada. (3) Acerca de lo qual, y de otras especies concernientes à este asunto, vease à Parlador, lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 2. y different. 43. §§. 1. y 2. y el c. 10. de mi primera Parte.

5 Se ha de executar sin embargo de apelacion la sentencia dada sobre dote, y alimentos, en caso de ser pobre la parte, à cuyo favor se proñrió, ò sobre jornales, ò esti-

(1) Ley 4. tit. 31. lib. 4. Recop. y ley ult. tit. 4. Partid. 3. Rodrig. de Execut. cap. y artic. 1. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 2. n. 10. y 16. y different. 43. §. 2. n. 3.
 (2) Ley Privatorum Cod. de Jurisdiction. omnium jud. glos. Bart. & alii in leg. Alt. Prætor ff. de Re judi-

cat. Parlador. dicho §. 2. n. 25. Cur. Phillip. lib. 2. Commer. terr. cap. 15. n. 26.
 (3) Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 12. num. 2. Avend. ff. in cap. Correçtor. part. 1. cap. 1. Villalob. in Etarior. verb. Reductio. Parlador. differ. 43. §. 1. n. 3. y 4.

pendios por paga de trabajo. (1) La que consiste en pena de ordenanza, y no excede de 1000. maravedis. (2) La dada sobre sepultar algún difunto; proveer de tutor à los menores; y recoger frutos, quando de diferir su recolección, puede irrogarse perjuicio; pues en estos casos solo tiene efecto devolutivo, à menos que sea notoriamente injusta, y en este efecto, y no en el suspensivo se debe admitir la apelación. (3) Lo mismo procede para con la de los Arbitros, Arbitradores, dándose previamente las fianzas expresadas en el capítulo 4. de mi primera parte §. 5. num. 138: y aunque se pida reducción à alvedrío de buen varón, ó inponga otro recurso. Y lo propio milita en las transacciones hechas ante Escribano. (4) Previendo que la de los Arbitros si se consiente, ó no se contradice en el termino legal, que son diez dias, se ha de executar sin fianzas. (5)

6. También se ha de executar sin embargo de apelación la que confirma, ó aprueba los pareceres conformes de los contadores, ya se nombren por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna que habiendosele notificado en persona que nombrase por sí, no quiso hacerlo, dándose primero la fianza prevenida en dicho cap. y §. num. 139. por la que obtuvo la confirmación; (6) la qual debe pedir ante todas cosas que se execute, y que en su consecuencia, mediante la fianza, se la posesione, y entreguen los bienes que se la aplican, y que hecho, use la parte àversa de su derecho como la convenga, y sobre ello formar artículo. En los propios terminos se ha de executar el parecer del tercero electo por discordia de los contadores, que esté conforme con uno de ellos, y se apruebe, ó confirme por el Juez, en tres casos: el primero, quando fue nombrado por los mismos interesados segun lo dispone la ley 24. tit. 2. r. lib.

(1) Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 1. y 2. y part. 3. cap. 10. n. 26. Acrr. en la ley 9. tit. 15. lib. 4. Recop. n. 38. Cariev. tit. 1. disp. 6. que tot.

(2) Ley 6. tit. 18. lib. 4. Recop. (3) Ley 6. tit. 18. lib. 4. Recop. y en ella Acrr. n. 11. (4) Ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop.

Sr. Salg. de Regia cap. 13. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 12.

(5) Ley 23. y ley fin. tit. 4. Partid. 3. y en esta el Sr. Greg. Lop. glos. 7. cap. 3. y 4. Ut lite pendente, y cap. 14. de Re juic.

(6) Ley 24. y Auto 1. tit. 21. lib. 4. Recop.

lib. 4. Recop. ibi: Mandamos que en lo que se conformaren los contadores nombrados por las partes, siendo confirmado por sentencia del Juez que de la causa conociere, la tal sentencia se execute sin embargo de apelación: mas no, siendolo por el Juez, ó por los mismos contadores en virtud de facultad para nombrarlo, porque no hay contumacia, y la ley no lo dice, y quando esta prescribe cierta y determinada forma en algun acto, no basta que se execute por otro equivalente. (1) El segundo, quando en la comisión para liquidar se mandó executar el parecer unanime de los dos. Y el tercero, quando la parte que se siente agraviada, no apeló en tiempo, y forma. (2) Pero es de advertir lo primero, que los contadores nombrados judicialmente para formar y liquidar cuentas, y particiones, han de jurar al tiempo de la aceptación de su encargo que antes, ni despues de hacerlas no recibirán dinero, ni otro cosa de las partes, ni de alguna de ellas hasta que les sea tasado su trabajo: y que harán fielmente las cuentas y darán sus pareceres sin afición alguna. (3) Lo segundo, que no deben ser nombrados, ni otro perito alguno para artículo que consista en derecho, ni para otra cosa que les hacen puedan determinar por el proceso, sino solamente para lo que consiste en tasación, cuenta, ó pericia de persona, ó arte; (4) y en los pleitos en que hubiere condenación de frutos; los deben tasar y moderar los Jueces en la sentencia, y no remitirlo à contadores. (5) Lo tercero, que aunque no deben ser compelidos à admitir su encargo, no estando diputados publicamente; pero una vez que lo admitan, puede el Juez à instancia de cualquiera de los interesados apremiarlos por el medio, y en la forma que prefiere la ley 29. tit. 4. Partid. 3. à su evacuación; mas no de oficio, porque le está prohibido interponer su autoridad à la utilidad privada, no procediendo pedimento de par-

10

(1) Bald. in cap. 1. de milite vassallo. & in Authent. offeratur, n. 4. Cod. de lite contestat. Bart. in leg. Non sunt liberi ff. de Statu homin.

(2) Escobar de Ratiocin. cap. 33.

n. 14. al 17.

(3) Ley 67. tit. 5. lib. 2. Recop. y Auto 4. tit. 21. lib. 4. Recop.

(4) Ley 50. tit. 5. lib. 2. cit.

(5) Ley 52. sig.

te (1) Y lo quarto, que pueden ser recusados en los casos que los nombrados para hacer particiones, acerca de lo que vease lo que expliqué en el lib. 1. cap. 2. §. 2. de esta segunda parte, y à Escobar de Ratiocin. cap. 8. n. 13. alao. En la misma forma: Y se ha de executar la sentencia que se profiere à favor del Real Fisco; (2) lo qual se entiende, estando justificada, y convencida, aunque no sea por confesion de la parte.

7 No trae aparejada execucion la sentencia dada contra el Juez, para que restituya las costas, y salarios que llevó; à menos que sea citado, y oido, porque es proferida sin verdadero conocimiento de causa; y así no surte otro efecto que el de simple citacion. (3) Pero por las condenaciones que hubiere recibido, si, porque al modo que las recibió por su sentencia condenatoria, es justo que las restituya por la revocatoria, sin ser citado; y así se practica.

8 Tampoco la trae aparejada el mero precepto del Juez, en que manda à alguno que haga, dé, ó pague à otro cierta cosa, ó cantidad, sin citarle, ni oírle, (à cuyo precepto llaman *de solvendis*) pues no es sentencia, sino preparacion para la execucion, y por defecto de audiencia no cobra vigor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, antes bien se convierte en simple citacion, (4) como expuse en el cap. 1. de este libro, num. 466. Y si contiene causa justificativa, y el negocio es, ó no de consideracion, hay opiniones sobre si se puede, ó no executar; (5) pero en práctica no he visto executar.

9 Asimismo no la trae aparejada la sentencia, contra la qual pide restitucion el que goza de este beneficio; (6) à me-

(1) Ley Djes 4. §. Hoc autem iudicium 8. ff. de damno infect. Escobar de Ratiocin. cap. 8. n. 8. al 12.
(2) Ley 13. tit. 23. Partid. 3. verb. *Eso mismo decimos*: ley Abstinendum, y ley fin. Cod. Quorum appellat. non recipiantur.
(3) Ley 20. tit. 2. lib. 3. Recop. Gorn. en la 76. de Toro, n. 8. vers. *Pro eiusus*: y lib. 3. Var. cap. 1. numer. 43. Sr. Valenz. consil. 6. Sr.

Covar. Pract. cap. 23. n. 6.

(4) Ley 22. tit. 22. Partid. 3. Parlador. lib. 2. cap. ultim. part. 1. §. 4. n. 20.

(5) Parlador. lib. 2. part. 1. cap. ultim. §. 1. n. 22. Sr. Solera. lib. 3. Polit. cap. 3. verb. *Porque*: Gorn. lib. 2. Var. cap. 1. n. 43.

(6) Ley 2. tit. 25. Partid. 3. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 7. n. 38. Sr. Covar. Practic. cap. 25. n. 7.

menos que por congeturas parezca que la pretende con malicia: (1) ni las de que traté en el cap. 1. de este libro, desde el n. 483. al 490. Priviniendo que la sentencia nula por su naturaleza no se debe executar, aunque la execucion provenga de ley. (2)

10 La executoria dada por Tribunal superior, confirmando, ó revocando la sentencia del Juez inferior, trae aparejada execucion, y en ésta ha de actuar el mismo Juez que profirió la sentencia, (3) como senté en dicho cap. 1. num. 501. Lo qual se entiende subsistiendo en el mismo Juzgado, pues si no subsiste, toca al que le suceda en él. En quanto à si se debe, ó no executar quando se opondrá la excepcion de nulidad, veanse los Autores, (4) pues por no importar al Escribano, omito explicarlo.

11 Trae aparejada execucion tambien la confesion clara, y pura, ó simple, hecha por el deudor ante Juez competente, y Escribano, ó ante éste en virtud de su mandato por escrito de que está debiendo en aquel acto lo que se le pide; (5) y la razon es, porque el que confiesa en juicio, se tiene por juzgado, (6) y la cosa juzgada como verdadera las trae aparejada; (7) lo qual milita, y procede en qualquiera tiempo que la haga, porque las leyes hablan indistinta, y absolutamente sin limitacion, y así no debemos distinguir. Y tambien la trae aparejada contra el heredero del testador la confesion que éste hizo; (8) bien que siendo hecha en testamento, la puede revocar, y entonces ningun elec-

(1) Cap. Suseitat. de In integrum restitutione. Gutier. lib. 1. Pract. quast. 134. n. 3. Garcia de Nobiliflos. 6. §. 2. n. 17. al 23.

(2) Sr. Covar. dicho cap. 25. Sr. Saig. de Reg. part. 3. cap. 9. n. 201. Parej. de Edition. tit. 6. Resolut. 7. num. 82.

(3) Ley 6. tit. 17. lib. 4. Recop. Gutier. lib. 1. Pract. quast. 97. Noguerol allegat. 15. n. 5.

(4) Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 3. num. 230. y part. 3. Labriz. cap. 1. n. 121. y 168. Pedro Barbo. en la ley 75. §. Marcellus, ff. de Ju-

dic. Escobar de Furit. part. 2. q. 4. artic. 4. §. 2. n. 32.

(5) Leyes 5. y 6. tit. 21. lib. 4. Recop.

(6) Ley unic. Cod. y ley 1. ff. de Confes. y leyes 2. y 4. tit. 13. Partid. 3. Rodrig. de Execucion. cap. 1. artic. 2. n. 22. y 14.

(7) Ley à Divo Pio 5. ff. de Rejudicat.

(8) Philip. Franz. in cap. Cum Speciali, vers. Tertio quero, de Appcat. Hippolit. in rubr. de Probat. num. 97. Parlador. lib. 2. cap. ultim. part. 1. §. 4. n. 18.

398. FEBRERO DEL JUICIO EXECUTIVO.

efecto surtirá. (1) Y por clara se entiende, no solo quando dice paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino quando expresa: que cree deberlo, pues la confesion de credulidad le perjudica igualmente que la verdad, por ser lo mismo decir que lo crea, que que lo sabe; ó quando dice: que lo debe sobre poco mas ó menos; y así se despachará la execucion por el todo como expreso en el instrumento, y en los diez dias legales justificará la menor quantia, si quisiere, y no debiere mas. (2) Pero si es ambigua, qualificada, ó condicional, y consta de la condicion; ó se limita á cierto dia, ó plazo no cumplido, no la trae aparejada, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se verifique la condicion, ó el plazo se cumpla, porque el acto condicional no obliga hasta entonces; (3) ni por consiguiente se deben embargar bienes al deudor. Previeniendo que de la declaracion que haga el deudor confesando, ó negando, se debe dar traslado al executante, ó acreedor aunque no lo solicite, para que en su vista pida la execucion, ó lo que le convenga, al modo que el Juicio Ordinario sin diferencia, como en el núm. 295. de el dexo expuesto con legal apoyo.

12 Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraido la deuda, excepciones que el acreedor se la remitió, ó pagó, ó hizo pacto de no pedirla, se ha de despachar (no obstante) execucion contra él en virtud de su confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa, y no le aprovecha la excepcion para impedir que se expida el mandamiento executivo, porque como ésta se dirige á enervar, y elidir el pago, que es la intencion del executante, debe probarla el executado en el termino legal, y hasta que llegue el caso de encargarse éste, no se ha de admitir prueba, ni dar ter-

(1) Panorm. in car. lib. de Success. ab intestat. Gatier. de jurament. confirmat. part. 2. cap. 1. n. 20. Parlador. ibi.

(2) Ley Publica Mexia de H. Depositi, & de Hart. Bald. la Roba. Cod. Depositi. quer. 6. Parlador. lib. 2. part. 1. y cap. ultim. sit. §. 4.

mino, ó y ro. Rodrig. dicho artic. 2. n. 28. Escobar de Ratiocin. cap. 33. n. 23. hasta el fin.

(3) Marant. part. 6. tit. de Confesion. n. 27. Lasfranc. la Repetit. cap. Quoniam, de Exception. in §. Sr. Valenz. consil. 126. Parlador. ibi. num. 11.

mino para ella; (1) y así se observa, pues las excepciones no impiden á veces despachar la execucion; y suelen impedir la sentencia de remate, porque en el discurso de la via executiva se prueban, y purifican como se debe para eludirla, y enervarla.

13 Remitiendose el executado en su confesion á algun instrumento, se debe despachar la execucion solamente por lo que conste en éste, como liquido. (2) Lo mismo procede quando se remite á carta, ó á otro papel que no tiene contradicion, en el qual se pide alguna cosa; y la razon es, por ser confesion geminada, que tiene mayor vigor, y eficacia para obligar. (3)

14 La confesion segunda que es contraria á la primera, no produce accion executiva, porque ninguno puede ir contra su propia confesion; (4) ni la hecha extrajudicialmente; (5) ni la que se hace en pedimento presentado judicialmente, pues esta no es la que pide la ley, porque le falta el juramento ante Escribano de orden del Juez, ni por consiguiente se acredita la suya en los terminos que legalmente se requieren para ser executiva; y así debe el confitente ratificarse baxo de él ante aquel; y de faltar éste tan esencial, è indispensable requisito, será nula la execucion que se despache, porque claudica el documento, y no acredita de indubitado el debito; y la confesion servirá solamente para condenarle en su virtud en via ordinaria, si su contendor la acepta, como senté en el cap. 1. de este libro num. 286, pues la execucion debe ser de cosa juzgada, verdadera, y no dudosa, y para despacharla ha de estar tan purificada, y expedida la accion, que no quede la mas leve duda de ella, ni se pueda retractar, ni elidir; y es lo que he visto practicar.

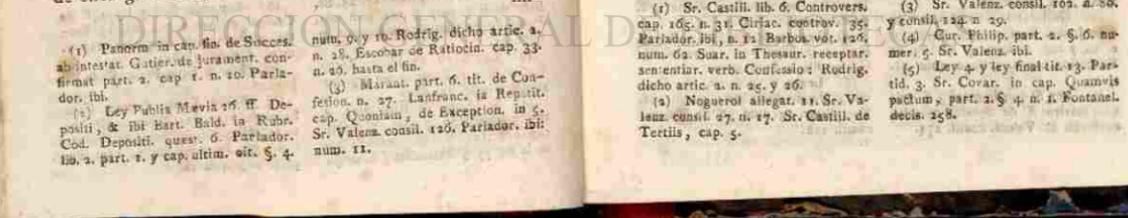
(1) Sr. Castill. lib. 6. Controvers. cap. 105. n. 31. Ciriac. contrav. 35. Parlador. ibi, n. 21. Barbosa. var. 126. num. 62. Suar. in Thessur. receptar. sententiar. verb. Confessio; Rodrig. dicho artic. n. 25. y 26.

(2) Nogueroi allegat. 11. Sr. Valenz. consil. 27. n. 17. Sr. Castill. de Tertili, cap. 5.

(3) Sr. Valenz. consil. 102. n. 86. y consil. 124. n. 29.

(4) Cur. Philip. part. 2. §. 6. numer. 5. Sr. Valenz. ibi.

(5) Ley 4. y ley final. tit. 13. Partid. 3. Sr. Covar. in cap. Quomvis pactum, part. 2. §. 4. n. 1. Fontanal. decis. 158.



15 No produce merito, ni accion executiva la confesion que hace el testador en su ultima disposicion, de que es deudor de alguno, (nombrandolo) pues debe ser demandado en via ordinaria; (1) bien que por ella queda obligado en algunos casos, a saber: siendo jurada; ó estando presente el sujeto, si éste la acepta antes que la revoque; ó quando con ella concurren otros adminiculos, y congeturas, por las que se induce realmente que quiso obligarse, lo qual se dexa al arbitrio del Juez docto, y prudente; ó quando fue hecha por modo de contrato, de suerte que se colige del animo del testador que quiso obligarse incontinenti, y el sujeto la aceptó antes de la revocacion; y fuera de estos quatro casos se conceptúa legado, que puede revocar como el testamento en que la hizo. (2) Ni tampoco se debe estár á la confesion que hace en los ultimos periodos de su vida, y puede perjudicar á tercero, aunque sea con juramento por el estado en que se halla, y para exoneracion de su conciencia, si de otro modo no se aprueba lo que en ella dice. (3) Y lo mismo procede para con la que hace la madre, diciendo que el hijo que ha parido, ó trae en el vientre, no es de su marido, (4) por lo que no perjudica al hijo, excepto que por otros medios se acredite: y así el juramento daña al que lo hace, y sus herederos deben observarlo, como senté en el lib. 2. cap. 6. n. 57. de esta segunda parte.

16 No trae aparejada execucion la confesion que hace el menor que tiene curador, sin que éste intervenga al juramento que debe precederla; pero sí, la que hace, no teniendo: (5) y á hacerla en juicio puede ser compelido qualquiera demandado; (6) y lo mismo parece deberá pro-

(1) Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 81. Veia dissert. 42.

(2) Gutier. lib. 5. Pract. quest. 57. y de Juram. Confirm. part. 2. cap. 1. n. 10. y cap. 2. num. 5. Rodríguez de Execucion. cap. 1. artic. 2. num. 41. n. 43.

(3) Ley Si quis in gravi §. quis quis moriens ff. de Senatus consulto Julianico. Sr. Valenz. consil. 174.

(4) Ley 9. tit. 14. Partid. 3. & ibi glos. y ley penult. §. Matris. ff. de Probation.

(5) Ley 22. tit. 1. lib. 5. Recop. Narbon. in Animalium 25. quest. 83. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 122.

(6) Leyes 2. y 6. tit. 13. Partid. 3. Gutier. dicho lib. 1. quest. 121. Veia disert. 25. num. 36. Sr. Valenz. consil. 112.

ceder para con su heredero, porque como tal es verdadero deudor, y no ha de ser de mejor condicion que su causante, ni acerca de ello admitirse apelacion; (1) pero no obstante esto, vease lo que explicaré en el num. 66.

17 La confesion ficta, que en pena de la contumacia estima la ley por hecha, no trae aparejada execucion; aunque algunos (2) dicen que sí, porque se tiene por confeso el contumáz; con tal que se le cite para que la haga: ni la obscura, pues para que la traiga, ha de ser clara, expresa, y de cantidad cierta, como se prueba de la ley 7. tit. 3. Partid. 3. ibi: *Otorgando de llano lo que le demandan, si es cierto que verdaderamente lo debe.* De la 4. tit. 13. Partid. dicha, ibi: *E otrosí, que sea dicha en cierto sobre cosa, & quanto, & fecho:* Y de la 5. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *O las confesiones claras, fechas ante el Juez competente, traigan aparejada execucion.* Ni la alternativa de la qual no resulta certidumbre de la cantidad, v. g. *si dice que debe á Pedro, & á Juan:* por él, y no de otra suerte. (3)

18 El juramento *litis decisorio judicial*, (que tambien se llama *voluntario* por la razon que expuse en el cap. 1. de este libro §. 2. num. 114.) trae aparejada execucion, porque es confesion verdadera hecha á presencia, y con aprobacion del Juez, por lo que tiene fuerza de transacion, y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; lo qual se entiende, siendo el que lo hace de los que pueden jurar en juicio sin otorgamiento de curador, y no tienen otra prohibicion legal; pero el *necesario*, ó *supletorio* no la trae aparejada, porque se manda hacer en defecto de bastante prueba; por lo que mediante poderse retratar por la invec-

(1) Ley Mortuo reo, ff. de Fidejussorib. y ley Non debet, ff. de Reg. jur.

(2) Boar. decis. 295. num. 19. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 11. Avilés in

cap. 10. Correñor. n. 34.

(3) Rodríguez de Execucion cap. 7. artic. 2. num. 10. 11. 29. y 30. Paz in Praxi part. 4. tomo 1. cap. 1. n. 54.

cion de nuevos instrumentos, (lo qual no sucede con el otro) no tiene fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ni por consiguiente ygor executivo; (1) y así es menester que recaiga sentencia, y que se consienta, ó executorie, y entonces se podrá despachar en virtud de ella la execucion.

19. Los vales, ó papeles de obligacion, ya sean hechos á favor de persona determinada, ó sin expresar al de quien se hacen, v. g. diciendo: *vale que pagaré á quien éste me entregare*, &c. que llaman *vales ciegos*; y las cartas en que alguno confiesa la deuda, ó pide á otro le preste cierta cantidad, diciendole en ellas *que le sirvan de resguardo*; é igualmente las letras de cambio aceptadas, escrituras privadas, libranzas, y demás papeles simples (que la ley llama, y comprende en el nombre de *conocimientos*) si tienen palabras enunciativas, ó dispositivas, y no impersonales, pues éstas no obligan (2) al que los hace, y son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmó, precedido juramento ante su Juez competente, y Escrivano, ó de su mandato por escrito ante éste solamente, ó acompañado de Alguacil, traen aparejada execucion en quanto á lo líquido confesado, ya contengan, ó no fecha. Y lo mismo sucede, aunque no los haya escrito, si los firmó, y confiesa su firma solamente, porque el que suscribe, ó firma un papel, aprueba, y confirma todo su contesto, y se reputa, y estima escrito por él; y aun quando no los haya escrito, ni firmado por no saber, ó no poder, si los reconoce en la forma expuesta, sucederá lo mismo, porque la obligacion es suya, y no del que en su nombre, ó de su orden los escribió, y firmó; (3) pero sino los reconoce, no, porque falta la circunstancia, y solemnidad prescriptas por

(1) Leyes 3. y 15. tit. 21. Partid. 3. ley Juramentum 2. y ley Sed si possessorii ff. §. 3. ff. de Jurjurand. Parador. lib. 2.º part. 1. cap. ultim. §. 3. n. 1. Rodrig. de Execution. cap. 1. art. 3. n. 3. 4. y 5.

(2) Authent. Si quando Cod. de Constitut. pecun. gloss. In princip. Institut. de Literar. obligat. Parador.

lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 4. n. 4. y 5.

(3) Leyes 6. y 6. ff. 21. lib. 4. Recop. Parador. lib. §. 5. n. 1. 2. 6. 7. 17. y 20. Carley. tit. 3. disp. 6. Avendaño de Execucion. mand. part. 2. cap. 20. n. 4. Acev. en dicha ley 5. n. 5. Rodrig. de Execution. cap. 1. y art. 2. dichos numer. 5. ni 16. Garter. lib. 1. Pract. quest. 221.

la ley que los acredite de ciertos, é indubitados, sin la qual se tienen por sospechosos, y no merecen fe en juicio. Todo lo qual se entiende en quanto á los vales y demás papeles simples, con arreglo á lo que explicaré en los numeros desde el 219 al 221 de este capitulo. Pero por lo respectivo á las letras de cambio aceptadas, y reconocidas, para que su giro esté expedito, y libre de dilaciones maliciosas, y se eviten tergiversaciones, y providencias arbitrarias, é inconstantes acerca de su aceptacion, y pago sin distincion de personas, por ser esencial á la buena fe del comercio que la satisfaccion de su importe se haga pronta, y exactamente, (pues cada uno debe considerar antes las que libra, endosa, y acepta) se ha expedido cierta Pragmática en fuerza de ley en el Real Sitio de Aranjuez, á 2 de Junio de 1782, que se publicó en la forma acostumbrada en 5 de él, por la qual, con derogacion de qualesquiera Ordenanzas, estilo, y costumbres contrarias, se prescribe, y manda lo que deben practicar los Jueces superiores, é inferiores; y lo dispositivo de ella á la letra dice: *Por la qual declaro por via de regla, y punto general, que toda letra aceptada sea executiva como instrumento público; y en defecto de pago del aceptante, la pague executivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra; y en falta de éste, el que la hubiere endosado antes hasta el que la haya girado por su orden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones, ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer excursión quando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso, ó cesion de bienes, ó se hallare implicada, y difícil la paga por ocurrencia de acreedores, u otro motivo, pues basta certificación del impedimento para recurrir pronta, y executivamente contra los demás obligados al pago; de modo que una vez aceptada y reconocida judicialmente la letra, aunque el aceptante no tenga fondos, ó caudal del librador, ó endosante, puede ser apremiado á satisfacerla, sin que le sirva ésta excepcion; como antes de dicha Pragmática le servia para eximirse; y así los demás que nomina por su orden; lo qual he tenido por conveniente adicionar aquí para que los Escrivanos lo tengan presente, y lo adviertan á los Jueces legos*

que no hayan visto la Pragmática; pero no estando reconocida, no es executiva.

20. Si el deudor niega la deuda, y tambien su firma, no se debe despachar execucion contra él, aunque los testigos que presentaron la extension de los papeles referidos, y los que los firmaron à su ruego, ó formaron de su orden, los reconozcan; y la razon es, porque ninguna prueba por liquida que sea, la trae aparejada; y porque la ley recopilada citada en el numero 17. exige que sean reconocidos por los mismos deudores, segun consta de sus palabras ibi: *Las reconocimientos reconocidos por las partes ante el Juez que manda executar*; y faltando esta indispensable circunstancia, aunque el deudor pade, y consienta que se estimen por escrituras públicas, y que no sea necesario su reconocimiento, no servirá esta convencion; ni tendrá vigor de instrumento público para decretarse en su virtud la execucion, porque nadie puede inmutar la forma, y solemnidad prescritas por derecho, por lo que se ha de seguir la causa en via ordinaria: ni para proceder executivamente basta el cotejo, ó comparacion de letras con otras indubitadas del deudor, porque éste à lo mas hace semiplena probanza, y aun para la via ordinaria debe arregiarse el Juez à lo que previenen las leyes 114. y 117. à la 119. del tit. 18. Partid. 3. y dexo explicado en el cap. 1. de este libro, num. 345. y 354: y asi como no basta para despachar la execucion tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel, y se coteje en el termino de los diez dias, por lo que se debe sentenciar la causa de remate, y reservar al executado su derecho para que hecho el pago bajo de fianza, use de él en juicio ordinario. Tampoco bastan las deposiciones de los testigos, sin embargo de que contestes digan que se los han visto firmar: reconozcan sus firmas, y la de el deudor, y testifiquen de la certidumbre del debito; ni prueba alguna por liquida que sea, la trae aparejada, (1) como dexo expuesto; porque esto es bueno solamente para que hagan fé en juicio, y que se pueda proce-

(1) Parador, dicho §. 2. num. 14. esp. 10. in glos. verb. Executio, n. 25. y 16. Rodrig. dicho art. 2. Avendañ. lib. 2. §. 3. y sig. mer. 18. y 19. Avilés in esp. Prator.

der ordinariamente à la condenacion, mas no para despachar la execucion; todo lo qual tendrá presente el Escribano, y advertirá el Juez lego, pues acerca de esto se cometen muchos absurdos en los Pueblos. Lo mismo debe observarse quando es contumáz, y no quiere reconocerlos, ó huye, como queda sentado en el num. 17. pues asi lo practican los Jurisperitos.

21. Excepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion, ó reconocimiento (como puede, y se le debe admitir) que no se le entregó la cantidad, ó cosa que se le pide, (pues la ley no se limita al dinero, sino que se estiende à otras cosas, porque versa identidad de razon) cuya excepcion llaman de la *non numerata pecunia*; si no han pasado los dos años que preñe dicha ley (1) para oponerla, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, ó contraída la obligacion, no se debe despachar execucion en virtud de este reconocimiento, porque la qualidad, ó excepcion propuesta es conjunta, individual, é inseparable de él, y por lo propio está imposibilitado de producir merito executivo, aunque el vale se halle autorizado, y robustecido con la solemnidad del juramento.

22. Pero si han transcurrido los dos años, contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la execucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida excepcion, porque sin embargo de ser connexa con éste, es individual, y como tal incapáz de impedir el curso executivo, pues la circunstancia agravante del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la buelta del vale, ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omission, y silencio sin usar del auxilio legal. Lo mismo procede quando confesó llanamente, y despues del acto del reconocimiento la opone, porque es distinta, è inconnexa de éste, y contra la confesion judicial pura no se admite excepcion que impida despachar la execucion; (2) y tambien

(1) Ley 9. tit. 1. Partid. 6.

(2) Vela disert. 32. n. 8. 16. 17.

Var. esp. 6. num. 3. Gutier. de Ju-

ra. cap. 1. §. 5. n. 12. y 13.

de Justit. & jur. disp. 202. Gonn. lib. 2.

Var. esp. 6. num. 3. Gutier. de Ju-

ra. cap. 1. §. 5. n. 12. y 13.

Capon. tom. 4. discept. 251. Mollia.

mer. 175. Parl. dicho §. 5. n. 12. y 13.

quando en el vale la renunció expresamente, aunque lo reconozca antes de los dos años; lo qual he visto declarado por el Consejo, porque ninguna ley, ni texto manda que pueda renunciarse solamente en escritura pública, ni prohibe practicarlo en la privada. Bien que para que la causa no se sientencie de remate, puede probarla dentro de los diez dias legales, y si no pudiese, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probandola en ésta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

23 Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale, pide el acreedor su reconocimiento, (pues hasta pedir que reconozca la firma, sin ser necesario expresar que declare si debe, ó no la cantidad que consta en el vale porque éste lo dice, y en él lo confiesa) y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda, exponiendo que está pagada, ó que no la contrajo, ó opone otra excepcion semejante, se ha de despachar la execucion sin embargo de la excepcion; y la razón es, porque por el mismo hecho de haber firmado el vale, se deduce haber contraido el debito, recibido el dinero, ó cosa que se le pide, y quedado obligado natural, y civilmente á su solucion ó entrega, (pues no se entiende solamente del dinero sino de otra qualquiera cosa) y que por consiguiente es maliciosa la excepcion; y el hallarse en poder del acreedor, acredita que no se lo satisfizo, ni éste se lo remitió, pues de lo contrario lo hubiera recogido, ó algun resguardo en que esto constase; y así debe justificarse la excepcion en el termino legal para enervar la intencion del acreedor. (1) Y lo mismo se debe practicar, aunque excepciones que tiene cuentas pendientes con el acreedor; porque lo liquido no se debe retardar por lo ilíquido, y las cuentas exigen mas prolijo examen que la via executiva; y así deberá pagar, y luego usará de su derecho en la ordinaria.

24 Aunque en virtud de el reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor sin otros adminículos, ni pruebas, se puede despachar execucion contra él, de tal

(1) Guiter lib. 1. Pract. g. 124. num. 30. Refor. tom. 1. Commentar.

tract. de Chirograph. in Praefat. n. 50. Rodrig. dicho artic. a. n. 17.

tal suerte que se retrotrae al dia del contrato; pero no perjudica á los demás acreedores aynos que tengan escrituras públicas hipotecarias, anteriores al reconocimiento de la privada, y así serán preferidos éstos al chirografario; y mucho menos les perjudicará despues de formado el concurso, porque se presume simulado fraudulento, y hecho con animo de privarlos de su derecho. (1) Y lo propio milita para con su confesion hecha en los terminos que el reconocimiento expresado. (2)

25 Lo mismo procede de la confesion hecha por el tutor contra su menor; (3) de la del vasallo contra su señor; (4) de la del Procurador, ó mandatario contra el mandante, á menos que el poder contenga clausula especial para ello; (5) de la del Prelado contra su Iglesia; (6) de la del marido de haber recibido la dote contra sus acreedores, excepto que su muger lo pruebe por otros medios legales, como senté en el cap. 2. de mi primera parte §. 2. n. 54. y en el lib. 1. de esta segunda, §. 1. n. 36. al 38; y de la del padre, que en su testamento dice haber recibido de un hijo ayno el precio de la finca que le vendió, pues no perjudica á los demás hijos; ó quando afirma que debe á un extraño cierta suma; si todos estos no lo justifican en otros terminos. Previendo que en los dos casos del padre se tendrá por legado en quanto al extraño en lo que quepa en el quinto; y por lo respectivo al hijo por mejor de tercio, y quinto hasta en lo que alcance, y quepa. (7)

Qual-

(1) Ley Scripturas, §. ult. Cod. Qui potiores in pignori, y ley 31. tit. 13. Partid. 5. Sr. Covar. Pract. cap. 21. n. 5. y lib. 2. al Varian. c. 11. n. 4. Rodrig. ibi. n. 100.

(2) Ley unico Cod. de Confes. ley Cum 16. Cod. de Transactione. ley Duobus §. 1. ff. de Jurejurand. y capít. 1. y 2. de Confes. Sr. Salg. part. 3. Libro cap. 13. n. 13. al 35. Mascard. de Probatione. concl. 372. Sr. Valenz. consil. 85.

(3) Ley Lucius, §. Tutela, ff. de Administrat. tutor. Sr. Greg. Lopez

la ley 60. tit. 18. Partid. 3. glo. 5. Vela disert. 34. n. 71.

(4) Pinel en la ley 1. Cod. de Bon. matena. parte 3. limitat. 40. no. mer. 50.

(5) Ciriac. controversa. 102. Sr. Gregor. en la ley 61. tit. 18. Partid. 3. ve. n. Por pagado.

(6) Barbosa in cap. 54. de Election. num. 20. y 21. N. querol. allegat. 27.

(7) Sr. Salg. dicho cap. 13. n. 24. al 25.

26 Qualquiera Juez, aunque sea incompetente, puede compeler á la parte á que reconozca el vale, ó conocimiento que hizo; pero este acto no radica el juicio, ni por ello previene el Juez, ni de él se induce prevencion, para que pueda executarse en virtud del primero, (1) y solo aprovecha al acreedor, para que en su virtud pueda pedir se la compela por el suyo propio á que persista en él. (2)

27 El reconocimiento, ó confesion extrajudicial no trae aparejada execucion, pero aprovecha para la via ordinaria, si se prueba por testigos. (3) Y aunque segun una disposicion del derecho civil (4) debe ser firmado el judicial por la parte que lo hace, para que en su virtud se pueda proceder, no obstante, como por el nuestro no se previene esto, basta la fe del Escribano, si la parte no sabe escribir, ó dice que no sabe, para despachar la execucion, lo qual es corriente en la práctica.

28 Sin embargo de que por derecho comun (5) no eran executivos regularmente los instrumentos, ó escrituras públicas; pero segun el Real nuestro trae aparejada execucion el público original otorgado ante Escribano público, Notario Real, ó Numerario que hace fe, y para hacerla contiene todos los requisitos legales que trae *Parlador libro 2. Rer. quotidianar. cap. 20.* y expliqué en el cap. 16. ó final de mi primera parte adicionada, si está claro, y no obscuro, de modo que no se puede entender su contexto. (6) Lo qual milita, y se entiende, no obstante que carezca de la clausula garentigia que estendi en el cap. 4. de dicha mi primera parte n. 88. (bien que algunos sienten lo contrario) y el sugeto á cuyo favor se formalizó, no es

(1) Ley generaliter, Cod. de Non numerata pecunia, cap. Per tuas, de Probation. Sr. Valera, civil, l. 12. n. 11. y 25. Rodrig. lib. 1. n. 31. al fin.

(2) Vela disert. 23. n. 14. Guiter. lib. 1. Pract. inuest. 125. n. fin. Avesdalla dicho. cap. 30. n. 4. vers. Septima requiritur.

(3) Goyter. de Juram. confirm. part. 1. cap. 54. Vela disert. cit. numer. 15. Rodrig. lib. 1. num. 8. Rebuf.

ubi supr. n. 69.

(4) Ley Cum antiquitas 28. §. fin. Cod. de Testam. Cancr. lib. 1. Var. cap. 20. n. 26. vers. Quid tamen fallit: Vela ubi proxime, n. 16.

(5) Ley Minor 25. annis 41. ff. de Minorib. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. num. 1. Paz la Prax. tom. 1. part. 4. cap. 1. n. 6.

(6) Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 2. §. 1. limit. 8. n. 62.

esté presente, ya sea puro, condicional, ó á día cierto el pagamento del debito, verificado el dia, ó la condicion, y no de otra suerte, sin que el deudor necesite reconocerlo, como el papel simple; (1) y la razon es, porque el instrumento hecho en forma pública, y tiene vigor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida; y de la obligacion en él constituida no se puede receder, ni retratar el que la hizo, ni tampoco negarla, por haberla otorgado ante Escribano público, y testigos, y por estar robustecido el instrumento mismo en que consta la deuda, con su signo, que es el Sello que el Rey dió al Escribano, y de que le mandó usar en el titulo que se le expidió; y el caracter real que lo vigoriza, á fin de que el Público le dé credito, y no dude de su veracidad. No obstante lo qual advierto lo primero, que aun quando haga fe por hallarse autorizado por Escribano público, fiel, y de buena fama: si es de aquellos de que éste no debe dar mas copias que la primera, llamada *original*, y la en cuya virtud se pide la execucion, es segundá, ó tercera, sacada del protocolo sin la solemnidad legal, que expliqué en el citado cap. 16. n. 14. no se debe despachar, y si se despacha, es nula, porque el instrumento no la trae preparada, á causa de estar concedida solamente la fuerza, y virtud executiva á la primera, y unica por el mudo hecho de prohibirse al Escribano el dar mas por sí solo de los instrumentos de esta naturaleza; mas siendo dadas con la solemnidad referida, sí, porque se subrogan en el lugar de la primera, y hacen sus veces en el todo; y lo mismo procede con el *traslado*, ó testimonio por *concorda* extraido de la copia original; pues una cosa es que pruebe, y haga fe para la via ordinaria, en la que ha de recaer sentencia que lo corrobore; y otra, y muy diversa el que tenga vigor executivo. (2) Y lo segundo, que sin embargo de que todas las copias

(1) Paz lib. n. 9. al 19.

(2) Ley fin. §. Titius, vers. Sed si steterit conditio, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. y leyes 1. 2. y 19. tit. 24. y 19. tit. 25. lib. 4. Recop. Carlev. de Judio, tit. 3. dispo. 6.

n. 8. y 9. Gom. en la ley 63. de Toro, n. 4. y 7. Parlador. part. 1. lib. 2. cap. fin. §. 11. ampliat. 1. 5. y 7. y §. 12. limit. a. Rodrig. dicho cap. 1. tit. 24. y 19. tit. 25. lib. 4. n. 41. y 42.

pias dadas por el Escribano que autorizó el protocolo; son originales, y hacen plena fe, y prueba para la via ordinaria: y de las de que por sí mismo sin decreto judicial, y citacion de parte no debe dar mas que una, esta sola es la original, y la que trae aparejada la execucion, como en el citado cap. 16. expuse: no obstante, si se halla dada por *concordia* con el protocolo, ó con otra palabra equivalente, aunque sea en el mismo dia de su otorgamiento, y no subscripta por el propio Escribano, como debe hacerlo, segun lo preceptúa la ley 54. tit. 18. Partid. 3. ibi: *En quando esto oviere escrito, debe dexar un poco de espacio en la carta, e dende ayuso fazer y su signo, e escribir y su nome en esta manera: Yo fulano Escribano público de tal lugar estaba delante quando los que son escritos en esta carta ficieron el pleito, ó la postura, ó la vendita, ó el cambio, ó el testamento, ó otra qualquier, asi como dice en ella, e por ruggos, mandado dellos escribi esta carta pública, e puse en ella mio signo, e escribi mi nome: no se tendrá en estos Reynos de Castilla en que rige la ley inserta, ni estimará por la original, y primera, que es la que tiene el vigor executivo, lo primero, porque le falta la subscripcion que por forma pone dicha ley, y en quando dice: *Deber*: cuya palabra supone, y denota precision, necesidad, y obligacion de hacer alguna cosa: (1) y tambien denota su forma, (2) la qual como es individua, se corrompe por la division, (3) y asi no se puede cumplir por modo equipoleante, porque su omision en qualquiera parte, por minima que sea, vicia, y anula el acto; (4) por lo que no escusa ni exime á los rusticos, menores, soldados, mugeres, ni á otros semejantes. (5) Y lo segundo, porque de omitir la subscripcion, dá á entender que ya dió otra copia, y que por eso le poue el *concordia*, aunque le está prohibido dar por sí*

(1) Ley 1. §. 1. ff. Quod quisque juris.

(2) Tiraqueel. de retract. lib. 1. §. 36. n. 29.

(3) Bald. in leg. Si servus in addition. ff. Si quis cauto.

(4) Ley Heredes palam 21. §. ul-

tim. y ley Si is qui 26. ff. Qui testamento facere pos. Bart. in leg. Non sunt liberi ff. de statu homin.

(5) Ley fin. Cod. de Testam. & libi glos. & in leg. Ambiguitates eod. tit. Matienz. en la 1. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 4. n. 1. al 9.

sin la solemnidad explicada mas que una de las de esta clase. Lo que tendrá presente el Escribano para no dexar de subscribirla, ni por esta omision irrogar perjuicios al acreedor, pues por ella he visto excepcionar contra una execucion, darse por nula esta, y estimarse la excepcion; y porque hay muy pocos que lo sepan, aunque sean legistas, á causa de no haberlo explicado los autores, ni visto la ley, tube por indispensable prevenirselo, y á los Jueces para que no despaquen execucion en su virtud, no estando subscriptas.

29. Lo mismo procede en quanto á la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo; pues pasado este, puede ser reconvenido el promitente, porque ya queda obligado: (1) al modo que si promete liberar á otro, se estima hecha la liberacion, le sirve de excepcion contra él la promesa, y puede oponerla, como si estuviera hecha. (2) Pero se ha de tener presente lo primero, que para poderse executar el instrumento hecho ante Escribano, ha de ser Numerario; porque si pasó ante el Real, no se podrá, excepto que no lo haya Numerario en el Pueblo en que se formalizó; ó si lo hay, sea hecho con su consentimiento para su protocolo: ó en la Corte, y Chancillerías en las que segun nuestro derecho pueden actuar los Reales, sin embargo de haberlos Numerarios: (3) ó que sea instrumento concerniente á las comisiones para las que suelen diputarse los Reales: ó en donde haya costumbre de que estos autoricen instrumentos para sus registros, no obstante haber los Numerarios; porque como la prohibicion se impuso por tres razones: la primera, porque los protocolos no se extraviaven, ó perdian, respecto no tener los Reales oficio público en que archivarle: la segunda, porque los Numerarios están ligados, y sujetos á servir al Pueblo en que lo son, como que contratan con él (lo qual no sucede á los Reales; que son libres, y pueden usar, ó no su oficio) y por esta sujecion, y obligacion, y para que el Pueblo esté

(1) Paul. de Castr. consil. 48. lib. 2. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. ampliat. 6. n. 27.

(2) Bald. Salicet. y Carneo en la ley Si creditoris, Cod. de Fideicom-

hien mis. Bart. Angel. y Jason en la Si intra, ff. de Pact. Parlador. lib. 2. Paz lib. 2. tit. 25. lib. 4. Recop.

(3) Ley 1. tit. 25. lib. 4. Recop. Paz lib. 2. tit. 25. lib. 4. Recop.

bien servido, es justo no se les defrauden sus derechos, ni se intrometan los que ninguna tienen, á quitarles en que ganarlos, y la tercera, por las cargas que superan por razon de su oficio, en el Pueblo sin la debida compensacion; cesa la prohibicion por la costumbre, y por su tolerancia, y consentimiento. Y lo segundo, que aunque lo haya hecho, y autorizado el Escribano Numerario: si lo hizo como persona, y en forma privada sin signarlo, ó sellarlo, no trae aparejada execucion, porque sin el signo no hace fé, no solo porque la ley inserta en el número precedente lo prescribe tambien por forma, y manda copulativamente que en él ponga su signo, firma, y subscripcion; y en el título que se expide á los Escribanos, se dice: que siendo puesto en los instrumentos el signo que el Rey les dá, (y en el mismo título se figura) hagan fé, y prueba, (de que se deduce por el contrario, que si falta el signo, no la harán) sino porque dista mucho, y hay notable diferencia de que los firme el Escribano como persona privada, ó los autorice como pública; (1) y de que estén, ó no robustecidos, y afianzados con el signo, que es el carácter Real que les dá fuerza para que sean creídos del Público; y así los que firman sin poner su signo algunos vanos, y necios que tienen honores de Secretarios del Rey, certificando haber pasado ante ellos, no serán executivos lo uno porque para serlo es indispensable que estén subscriptos, signados, y firmados, y no lo uno sin lo otro, y que la copia sea la primera, ó la que se subrogue en su lugar; lo otro, porque los Secretarios del Rey no tienen como tales potestad para autorizar instrumentos públicos, sin que se les expida (como se práctica) Notaría de Reynos, ni por consiguiente para darles fuerza, ni eficacia alguna, por lo que no estando signados, aunque tengan Notaría, se estimarán como hechos por persona privada, y no deberán hacer fé: lo otro porque la ley concede el vigor executivo á los que estan hechos, y autorizados segun la forma que prescribe, la que no debemos inmutar, ni alterar, y no á otros. Y lo otro, porque en los

(1) Ley Nam quod, ff. Ad Trebellian. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. dicho limit. a. n. 23.

títulos que se expiden á los Escribanos se les manda signar los instrumentos con el signo, ó sello que el Rey les dá como potestativo y cabeza del Reyno, para que se tengan por públicos, y sean creídos del Público; por lo que faltandoles el signo, no se debe despachar execucion, y si se despachare, será nula, como dexo expuesto. Lo qual tendrá presente el Escribano para cumplir como debe, con su oficio, y no dañar á los contrayentes con su ignorancia, y necesidad.

30. Lo explicado en el num. 28. milita, y se entiende, ya se haya otorgado en estos Reynos, ó fuera de ellos el instrumento, si se pide aquí su execucion, aunque allá no fuese executivo; (1) y la razon es, porque en todo lo concerniente al orden del juicio, se debe atender, y atender siempre al lugar en que se instaura, y no á el en donde se formalizó el contrato, ó instrumento; pero en lo tocante á la substancia de éste, se debe mirar al en que se celebró. Y para extirpar la duda de si el que lo autorizó, es, ó no Escribano, conviene que se compruebe, ó legalice por dos, ó tres que den fé no solo de que lo es legal, y fidedigno, sino de que el signo, y firma puestos en él, son suyos propios, y los que acostumbra hacer: (2) y este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir que es Escribano fiel, y legal; porque puede serlo, y el instrumento, signo, y firma suplantados, como repetidas veces se ha visto, y expuse en el cap. 1. de este lib. n. 341; y así es menester que tambien den fé de que el signo, y firma son suyos, y los que acostumbra hacer: lo que tendrá presente el Escribano, así para estender las comprobaciones, como para dar, ó no credito á instrumentos autorizados, y legalizados por los que no conozca.

31. Igualmente trae aparejada execucion el instrumento en lo que tacitamente contiene, pues se entiende puesto

im-

(1) Parej. de Ediccion. tit. 1. resol. 3. §. 2. n. 44. Mascard. de Probation. conclus. 1097. Gom. en la ley 64. de Toro n. 8. Rodrig. de Escrut. cap. 1. artic. 4. n. 24.

(2) Paz. tom. 1. part. 4. cap. 3.

n. 28. y 29. Parador. lib. 2. cap. fin. §. 11. ampliat. 3. dicha. n. 23. y 170. Sr. Gregor. Lop. en la plus. fin. de la ley 8. tit. 18. Partid. 3. Rodrig. artic. 4. cit. n. 25. al 27.

implicita, y virtualmente en él, siendo conjunto de lo que trae expreso, porque se há por tal de convencion de las partes; v. g. la obligacion dotal, ò el instrumento de la deuda; en los quales aunque no se mencione su restitution, y paga, se hán por expresas, y se puede proceder executivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion, por que se há por expresa, à mas de ser de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado. (1)

32. Porque en las obligaciones de hacer, dar, ò pagar alguna cosa, ò cantidad, suele pactarse: *que si por morosidad de el deudor fuere preciso embiar executor contra él à la exaccion de la deuda, ha de satisfacerle los salarios que devengue en ida, estada, y buelta, contando por cada dia de camino (ò por cada jornada, ò dieta) à razon de ocho leguas por cuyo importe se ha de hacer la misma execucion, trance, remate de bienes, y pago, que por la cantidad principal &c.* y el Escribano principiante desaxará saber qué espacio de terreno tiene cada legua, paso, vara, pie, estado, y brazas: cuántas leguas se han de regular por cada dia de camino: y si se entiende legales, ò comunes; para que no lo ignore, sin que sea visto desviarme mucho de mi asunto, digo que la legua legal tiene tres mil pasos de hombre regular, ò mesurado: (2) y cada paso cinco pies: (3) y asi la legua legal compone quince mil pies, ò cinco mil pasos, ò varas castellanas, porque esta vara consta de tres pies. (4) Que segun sentir de algunos, (5) cada pie tiene diez y seis dedos de travieso; bien que otros, (6) y la ley (7) le dan quince solamente. Que cada palmo, ò quarta de vara son do-

(1) Ley Cum quid, ff. Si certum petat. ley Asse toto, ff. de Heredib. institued. y ley Inis gentium §. Quod fore, ff. de Pact. Carlew. tit. 3. disp. 3. numer. 35. y 36. y disp. 5. n. 13. Parlador. §. 11. y ampliat. 4. dicha Gom en la ley 64. tit. n. 61. Surá. decik. 224. n. 39.

(2) Ley 3. tit. 16. Partid. 2.

(3) Ley 4. tit. 13. Partid. 1. cap. Sicut 17. quest. 4. y glos. en la ley 3.

ff. de Verbor. significat.

(4) Ley 5. tit. 13. lib. 6. Recop. §. 37. n. 7.

(5) Nebrija in Legic. jur. verb. Dignus. Div. Isidor. lib. 15. Etymol. leg. cap. 19. Alear. in leg. Mille passus, ff. de Verbor. significat.

(6) Glos. in cap. Sicut, tit. Rehd. Angel. Romaa. y Jason in leg. 1. ff. Si quis cautior.

(7) Dicha ley 4. tit. 13. Partid. 1.

doce dedos, y cada dedo ocupa el espacio de quatro granos de cebada. Que estado tiene ciento veinte y cinco pasos, ò seiscientos veinte y cinco pies, (1) y cada brazas, ò brazada dos varas, ò lo que un hombre de estatura regular alcanza con sus brazos estendidos en forma de cruz, (2) Y por quanto nuestras leyes no están conformes en las leguas que en cada dia de camino se deben andar, y llamamos *jornadas*, y los Italianos *dietas*, pues la 18. tit. 7. lib. 1. Recop. §. 2. señala diez por cada dieta, ò jornada, y las 6. tit. 22. lib. 2: 2. y 3. tit. 10. lib. 6: y 6. tit. 11. lib. 9. Recop. prefinen ocho: para evitar disputas, se ponen en las escrituras las mismas ocho, que son las que en el comun concepto se gradúan, y estiman por jornadas regulares. Sobre todo lo qual, y otras especies utiles, y curiosas vease al docto, y erudito *Parlador. lib. 2. cap. 19.* y à los que cita. Previendo que en caso de duda se deben juzgar vulgares, ò comunes, y no legales las leguas, y que el que no se conformare, debe medirlas à su costa, como he sentado en el cap. 4. n. 85. y cap. 16. n. 36. de mi primera parte adiconada.

33. Es asimismo executivo el testamento solemne por la deuda, legado, ò fideicomiso, y mejora, ò prelegado de cosa específica en él dexados, porque es instrumento público, se estima por tal como hecho ante Escribano, (3) y se equipára al contrato, pues vale el argumento de éste à la ultima voluntad, quando milita la misma razon, favor, ò equidad. Pero para evitar la discordia de dictámenes que hay acerca de esto, es muy util mande el testador en su testamento *que se pueda pedir executivamente la cosa que en él lega*, lo que tendrá presente el Escribano para prevenirselo, pues en este caso sacandose la clausula con citacion del heredero, y presentandose testimoniada con cabeza, y pie: ò si el testador no lo manda, haciendo el legatario que el heredero lo reconozca judicialmente baxo de

(1) Plin. lib. 2. Histor. natur. cap. 23. Gellio lib. y cap. 1.

(2) Parlador. lib. 2. cap. 19. n. 14. Ovid. lib. 8. Metamorphosico.

(3) Jul. Capon. tom. 1. discept. 3. Gom. en la ley 45. de Toro, n. 147. Vela disert. 42. n. 8. Sr. Soloz. de Jure Indiar. lib. 2. cap. 24. n. 125.

de juramento, se puede proceder executivamente contra él, (1) y así se práctica.

34. Pero en quanto al legado es preciso que no sea hecho al Confesor del testador en su ultima enfermedad, ni à su Iglesia, Convento, pariente, ò deudo, como expuse en el cap. 1. de mi primera parte §. 15. num. 173. pues si lo fuere, no solo no se podrá proceder executiva, ni ordinariamente por él, sino que será nulo, y el Escribano incurrirá en la pena de privacion de oficio que hoy le está impuesta por la Real Cédula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso à diez y ocho de Agosto de 1771. referendada de Don Josef Ignacio de Goyeneche, Secretario de S. M. cuyo tenor, y el del Auto acordado en ella incorporado, tengo por conveniente insertar, para que teniendola presente, procure inquirir si es, ò no Confesor del testador, y no incurrir en la pena, y la letra dice: *Don Carlos por la gracia de Dios, &c. A los del mi Consejo, Presidentes, Oidores de las mis Audiencias, y Chancillerías, Alcaldes, Alguaciles de la mi Casa, y Corte, y à todos los Corregidores, Asistentes, Gobernadores, Alcaldes mayores, y ordinarios de todas las Ciudades, Villas, y Lugares de estos mis Reynos así de Realengo, como de Señorio, Ordenes, y Abadengo; à los Escribanos públicos, y Reales de los mis Pueblos; y à otras qualesquier personas à quienes lo contenido en esta mi Real Cédula toca, ò tocar puede en qualquier manera: Sabed que por el Auto acordado 3. tit. 10. lib. 5. de la nueva Recop. se dispone lo siguiente: Auto: La ambicion humana ha llegado à corromper aun lo mas sagrado, pues muchos Confesores olvidados de su conciencia, con varias sugeriones inducen à los penitentes, y lo que es mas, à los que están en artículo de muerte, à que les dexen sus herencias con título de fideicomiso, ò con el de distribuirlos en obras pias, ú aplicarlas à las Iglesias, y Conventos de su intuitu, fundar Capellanías, y otras disposiciones pias; de donde proviene que los legitimos herederos, la*

(1) Ley Servum filii, §. Rom. controvers. 426. Parador. lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 9. n. 1. 2. 5. y. 6. en la ley 4. de Toro; n. 8. Ciriac.

jurisdiccion Real, y derechos de la Real Hacienda quedan defraudados; las conciencias de los que esto aconsejan, y executan, bastantemente enredadas; y sobre todo el daño es gravissimo, y mucho mayor el escandalo. Y aun que para ocurrir à todo convalida prohibir absolutamente à los Escribanos hacer Escrituras, en que directa, ò indirectamente resulten interesados los Confesores, ò les quede arbitrio para disponer de los tales bienes en su favor, ò en el de sus Comunidades, ò parientes, castigando con las penas de falsarios à los tales Escribanos, dando por nulos los instrumentos; y que si de hecho contravinieren, queden aplicados los bienes à Hospitales, y Colegios de huérfanos; por ahora teniendo presente haberse propuesto por los Fiscales el remedio de este daño varios veces, particularmente el año de 1622, y haberse estimado la materia por de algunas dificultades, atendida la inmunidad, y libertad eclesiastica, para poner la mano Regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso, ò concordato Pontificio; no obstante contrayendo la duda à lo particular de algun genero de mandas, comprehendiendo el Consejo que las que hacen los Fieles à sus Confesores, parientes, Religiones, y Conventos en la enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son libres, ni con las calidades necesarias, antes bien muy violentas, y dispuestas con persuasiones, y engaños, sin algun consuelo del enfermo, que las dexa, en perjuicio de otros parientes suyos, y obras mas pias: Y así acordó que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere, à su Confesor, sea Clerigo, ò Religioso, ni à deudo de ellos, ni à su Iglesia, ò Religion, para escusar los fraudes referidos; pues con esta moderada providencia no se restringe, ni limita la libertad, porque el que le naclere de ella, ò de devocion, las podrá hacer en todo el discurso de su vida, ò si mejorare de la enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugeriones, y fraudes con que le turban, y truecan la voluntad contra la afeccion dictada por la naturaleza en favor de la propia familia: y para conse-

»guir este bien en universal beneficio de los vasallos con
»seguridad en los medios de verle establecido, y permanen-
»te, ya sea por Concordato, ó asenso Pontificio, ó es-
»tatuyendo ley, se reservará su solicitud al tiempo en que
»S. M. mirare mas bien dispuestas las cosas: y entre tanto
»el Consejo pondrá toda su aplicacion al remedio en los
»casos particulares de que tenga noticia, castigando á los
»Escribanos que contravinieren á lo que por este auto se
»les manda, y zelando siempre sobre las Justicias, para
»que lo hagan guardar por los medios que estén preveni-
»dos en las leyes de estos Reynos.²⁹

Pero habiendo notado el mi Consejo en repetidos expedi-
dientes que se han seguido en él, el olvido, y total abandono
con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este Auto
acordado, dexando correr muchas disposiciones testamenta-
rias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño,
y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda, y de los par-
ticulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, en
consulta de 25. de Septiembre del año proximo pasado me hizo
presente el mi Consejo, habiendo oido antes á mis dos Fiscales;
lo preciso, y conveniente que era tomar providencia, para
que esta saludable ley se guardase en los Tribunales, y se
evitasen los descuidos, y negligencias que pueda haber para
su observancia; y conformandome con su dictamen, por mi
Real Resolucion publicada, y mandada cumplir en mi Con-
sejo pleno en 13. de Julio proximo pasado, entre otras co-
sas se acordó expedir esta mi Cédula. Por lo qual en aten-
cion á los referidos exemplares antiguos, y modernos, que se
han visto en el mi Consejo: disposiciones sugestivas, dolo-
sas, é involuntarias, y para evitar, y precaver descuidos,
y extrañas interpretaciones en la observancia del citado Auto
acordado: Os mando que todos lo cumplais segun su literal
tenor, arreglandos á el en qualquiera determinaciones que
diereis sobre los casos de que trata, baxo las penas en él
contenidas, imponiendo como impongo igual pena de priva-
cion de oficio á los Escribanos que otorgaren qualesquiera
instrumentos en su contravencion, pues desde luego decloro
nulos los que se executaren en contrario, que así es mi volun-
tad, &c. Y por otra Real Cédula expedida en el Pardo

á 13. de Febrero de 1783. se impone la pena de doscientos
ducados, y suspension de oficio por dos años, y por la pri-
mera vez á los Escribanos que autorizan semejantes testa-
mentos, codicilos, ó disposiciones, y asisten á los inven-
tarios que hacen los Párrocos quando sus feligreses mueren
intestados, ó disponen á favor de su alma; y por la se-
gunda vez doble multa, y privacion de oficio; y á los tes-
tigos que intervinieren en los testamentos, codicilos, ó
disposiciones citadas, veinte ducados á cada uno; lo que
tendrá presente el Escribano para no incurrir en la pena.

35. Trae tambien aparejada execucion el instrumento
en que alguno promete, y se obliga á hacer alguna cosa
(que llaman en latin obligacion *in factum*;) Lo qual se
entiende no solo en quanto á esto pudiendo cumplirlo, sino
en la estimacion, ó interés cierto en defecto de cumpli-
miento, con tal que en él se haya pactado, y no de otra
suerte, y en este caso preceda su liquidacion. (1) Y aunque
el obligado tiene arbitrio alternativo, que es de cumplir lo
prometido, ó pagar el interés; no obstante, puede ser
compellido al cumplimiento en siete casos: el primero,
quando lo que ofreció, se debe practicar el juicio para al-
guna cosa que ocurra en él. El segundo, quando la ley le
impone la obligacion de ejecutarlo. El tercero, quando
cede á beneficio de la Republica, v. g. usar de algun oficio,
ó arte. El quarto, quando el testador manda á su heredero
ó legatario que lo hagan á favor de ella. El quinto, quando
es sobre accion Real, v. g. la entrega de alguna alhaja.
El sexto, quando el promitente juró hacerlo. Y el septimo,
quando por instrumento público lo prometió. (2)

36. Pero es de advertir, que si recae sentencia, por
la qual se le condenó á su execucion, no cumple con pagar
el interés, como se prueba de la ley 5. tit. 27. Par-
tid. 3. ibi: *si la sententia fuese dada contra algun deman-
da*

(1) Glusb. decisi. 60. n. 12. Ro-
drig. dicho artic. 4. n. 38. Paridor.
lib. 1. Rer. cap. 6. n. 10. y lib. 2. cap.
60. part. 1. §. 12. limit. 4. n. 34. al
38. Sord. consil. 38. n. 24.

(2) Gom. lib. 2. Var. cap. 30.

dado en razón de alguna cosa que debiese hacer, debelo apremiar que la haga así como fue puesto, ó lo prometió. El que quiera instruirse perfectamente de esta materia, vea los autores citados, al Sr. Gregorio Lopez en la glos. 3. de la ley inserta, y en la 3. tit. 14. Partid. 5. y especialmente á Carlet. de Judic. tit. 3. disput. 3. per tot. que la explica con toda difusión, y claridad, y mejor que otro alguno. En quanto á si el instrumento autentico trae, ó no aparejada execucion, como el público, vease á Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 11. ampliat. 2. que contra Acevedo defiende que sí. Y quando la trae el hecho en juicio, en el §. 10. pues distingue de el que se hizo en fuerza de jurisdiccion voluntaria, ó contenciosa, y afirma que éste la trae, y aquel no.

36 No trae aparejada execucion el instrumento que no hace fe, y de los que la hacen, ó no, traté en el cap. 16. que es el final de mi primera parte, adonde remito al lector. Tampoco la trae el público que no está sacado en el papel sellado correspondiente á la calidad, y cantidad del contrato, del que traté en las notas sobre el papel sellado de los capítulos de dicha mi primera parte cuyo papel se requiere por solemnidad, y forma substancial, sin la qual no hace fe el instrumento judicial ni estrajudicialmente, ni por su virtud adquieren derecho los interesados en él, antes bien pierden el que podian tener segun la ley 45. tit. 25. lib. 4. Recop. y el Escribano incurre en varias penas que dicha ley le impone por autorizarlo en otro; lo que tendrá presente, pues pocos reparan, ni se detienen en esto. Ni el condicional, hasta que se cumpla la condicion expresa; y lo propio milita siendo tácita, v. g. en la promesa dotal, pues hasta que se verifique el matrimonio, y el marido lo haga constar, no puede pedir la dote, porque se entiende puesta esta condicion. Lo qual no procede quando consta notoriamente haberse efectuado, (1) porque lo que es notorio, y por tal se alega en juicio, no es necesario pro-

(1) Leyes 11. y sig. tit. 11. Partid. 4. y ley Sipaulationem, ff. de Jure dot. Señor Covar. lib. 2. Var.

cap. 11. Gom. en dicha ley 64. n. 7. Ciriac. controvers. 424. y 520. Parlador. dicho, §. 12. limit. 5.

probarlo. (1) Ni el que se novó, porque por la novacion perime, y perece la obligacion primera; se constituye otra nueva: se transfiere aquella en ésta: (2) y se desvanece por el segundo contrato el vigor del primero: (3) y por consiguiente el derecho de pedir executivamente en su virtud. (4) En quanto á lo que es la novacion, y la delegacion, y quando se hacen, ó no, vease el §. 4. n. 193. y siguientes de este capitulo.

38 Asimismo no la trae aparejada el instrumento de locacion, y conduccion por la tacita reconduccion del año sucesivo á el en que espiró el expreso, pues sin embargo de que segun la ley (5) por el hecho de retener la heredad el conductor tres dias despues de concluido el tiempo del arrendamiento, es visto que quiere tenerla por un año mas, con identicas calidades, condiciones, hipotecas, precio, y seguridades en quanto á lo que depende de su voluntad, y de la del locador, por ser accesorias al contrato principal, aunque no en lo tocante al fiador, sino renueva la fianza, y obligacion, como senté en el cap. 6. de mi primera parte num. 26: no obstante, no se comprende en aquel para el efecto de ser executivo, excepto que en el se pacte, y preceda liquidacion, y confesion llana del debito; (6) y así en los contratos de locacion conviene (si los contrayentes quisieren) se ponga la condicion: de que por el año, ó años mas que el conductor subsista en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad, y pension que por los pactados expresamente; poder ser executado por la de cada uno en iguales terminos, sin ser necesario hacer previa liquidacion, ni otra diligencia, y entenderse comprendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion, y seguridades, como si todo fuera especificado en él.

(1) Cap. fin. de Cohabitation. Ciceron. Sr. Salg. de Reg. p. 1. c. 2. n. 107.

(2) Ley 1. ff. de Novation. §. 1. Institut. quibus mod. tollitur obligatio.

(3) Ley 2. Cod. de Novation, ley Si causa, Cod. de Transaction. y ley Novation, ff. de Novation.

(4) Ley 4. §. Ex conventione, ff. Tom. III.

de Re judicat. ley 2. Cod. de Executio. ff. de iudicatis y ley Minor 25. ff. de Minorib. Parlador. §. 12. cit. limit. 6 n. 41. y 42.

(5) Ley 20. tit. 8. Partid. 5.

(6) Sr. Crespi observat. 25. Sr. Covar. dicho cap. 11. Gom. lib. 2. Var. cap. 3. n. 15. Vela disert. 11.

él, sin diferencia en cosa alguna. Lo qual tendrá presente el Escribano quando le ocurra Escritura de esta clase, así para efecto de que se pueda executar al conductor, como para que en concurrencia de otros acreedores de éste no sea perjudicado el locador, en el caso que expondré en el cap. 3. de este libro n. 109.

39 Tampoco la trae aparejada, ni hace prueba el instrumento público ó privado que se remite à otro, sin que conste primero de éste, ya sea por estar inserto en él, como debe, ó por manifestarse separado; porque no pareciendo el relato, no prueba el referente; (1) y así deben presentarse ambos, y siendo privados reconocerse por el deudor, y no presentándose, dar traslado liso y llano, à éste el Juez, ó un precepto de solvendo para que dentro de tercero dia exponga lo que le convenga y no despachar la execucion, porque será nula, y deberá ser condenado en las costas, y demás que en el num. 119. explicaré; ó denegarle lo que pretenda mandandole pida conforme à derecho. Lo qual se entiende quando el referente nada dispone, ó es condicional la remision, porque si es casual, ó el referente dispone por sí mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, prueba, y se puede executar en su virtud; (2) como sucede en él en que el fiador se obliga à pagar la deuda que consta en otro, aunque éste no se exhiba: en la sentencia, pues la proferida en otro juicio, daña al fiador, para que se proceda contra él executivamente sin nuevo proceso: (3) en la obligacion que se constituye por la alhaja vendida, remitiéndose à la venta: (4) en el reconocimiento de censo ya sea enfiteutico, consignati-

(1) Authent. Si quis in aliquo documento, Cod. de fidei. Leyes 3. y fin. Cod. de sentent. que sine causa quantitate, y ley Aut. prator, § Si iudex, ff. de Re iudicat. Parlador. dicho §. 12. limit. 3. n. 24. y 25.

(2) Barbosa. vot. 86. Guzm. de Eviction. quest. 11. n. 92. Parej. de Ediction. lit. 4. Resolut. unic. §. 1. n. 95.

(3) Carlew. tit. 1. disp. 3. quest. 5. n. 318. Parlador. dicha limit. 3. n. 25. Sr. Castill. lib. 4. controvers. cap. 14. n. 29. Sr. Olea de Cesion. tit. 5. quest. 5. num. 43. Noguerol allegat. 12.

(4) Añicá. decis. 273. Covall. Common. quest. 129. Parlador. lib. 2. 26. Sr. Olea tit. 4. quest. 4. n. 119. n. 95.

tivo, ó reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion, (1) especialmente si en ésta se pactó así: y en otros casos semejantes en los que no toma el vigor del relato, por tenerlo en sí mismo sin necesidad de su auxilio. Previendo que si la alhaja vendida pereció por culpa del deudor, se puede proceder executivamente contra él por su importe, ó estimacion, en virtud de instrumento garantigio. (2)

40 No es executiva la Escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramentó de quanto importan, que deban hacer acreedor, y deudor, como lo declara expresamente el cap. 16 de la Pragmática de 14. de Noviembre de 1652. que es el Auto acordado 16. tit. 21. lib. 5. Recop. cuyo literal tenor es el siguiente: *Por quanto al paso que se han desconcertado las monedas, y los contratos que se han hecho con ellas, se han desordenado los intereses del dinero anticipado, tomado à daño, ó retardado, y es justo que moderandose el precio de todas las cosas, se reforme al mismo tiempo este exceso: Ordenamos, y mandamos que todos los intereses causados hasta hoy, que estubieren por pagar, y los que de aqui adelante corrieren por qualquiera contratos, obligaciones, ó negocios en que conforme à derecho se puedan pedir, ó llevar intereses, aunque sean tocantes à mi Real Hacienda, ó por mí aprobados, no puedan pasar, ni excedan de cinco por ciento al año, ni haya obligacion de pagarlos mas que à este respecto, sin embargo de qualquiera pactos, ó contratos que haya hechos, ó se hicieren, los quales anulamos, y prohibimos como injustos, y usurarios, y só las penas impuestas por derecho contra ellos; sin que se puedan sustentar, ni defender con ninguna causa, ni color de daño emergente, ó lucro cesante, ni con otro algun pretexto, aunque sea en nombre de cambio: y revocamos la ley 9. tit. 18. lib. 5. de la Recopilacion, y las demás Leyes, Órdenes, y Cédulas nuestras, y qualquiera usos, ó costumbres que hubiere habido en contrario, ó hubiere de aqui adelante. Y para excluir las obligaciones simuladas que se pueden hacer en fraude de esta ley,*

(1) Vela disert. 33. n. 70. y 71. n. 12. y 13.

(2) Parlador. lib. 1. cap. 6. §. 2.

incluyendo en ellas los intereses como suerte principal: Mandamos que el deudor al tiempo que otorgare qualquier Escritura, ó Cédula, en que se obligue á pagar alguna cantidad; declare en ella con juramento si hay intereses, y lo que montan, y el Escribano dé fé del tal juramento; y el acreedor para usar de la Escritura, ó Cédula hecha en su favor: haga el mismo juramento, y sin lo uno, y lo otro no se pueda executar ningun Instrumento, ó Cédula aunque esté reconocida, ni admitirle las Justicias en ningun Tribunal, ni Juicio, ó fuera de él, ni haga fé, ni probanza para ningun caso, ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma substancial de qualesquiera obligaciones, ó contratos que se hicieren, ó celebraren por escrito: y faltando en ellos la dicha forma, los declaramos por nulos, como si no se hubiesen hecho, ni otorgado, y no obstante el dicho juramento de entrambas partes, siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos como usurarios, y logrerros conforme á derecho. Lo propio milita para con la Escritura de obligacion á pagar intereses, por conducir en letra el dinero de un Pueblo á otro dentro de estos Reynos, segun lo ordena el capitulo 17. de la misma Prágmatica que no está derogada, ni corregida, y la he visto practica en lo concerniente al capitulo inserto por el Consejo, como en el quarto de mi primera parte num. 22. he sentado; y porque muchos lo ignoran, y por no haberla visto, no lo practican, he tenido por conveniente insertarlo, á fin de que no contravenagan su precepto; pues no sirve alegar que las leyes no están en uso para no observarlas, como lo mandan la primera de Toro, y el Auto 2. tit. 1. lib. 2. Recop. es menester que estén derogadas expresamente.

41 No lo es tampoco la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos: ni la de pagar las mercaderías que los Mercaderes, Plateros, y otros negociantes fian á los novios para casarse: ni la que constituyen los hijos de familia á pagar quando se casen, heredén á sus padres, ó sucedan en algun mayorazgo ó á otros tiempos inciertos, á menos que intervenga la licencia de sus padres: ni la hecha por estudiante sin consentimiento del que lo tiene en el estudio: ni la que contrae la mu-

ger

ger casada sin licencia de su marido: de todo lo qual traté latamente con legales apoyos en el cap. 4. de mi primera parte §. 2. num. 12. y 13. y §. 4. num. 89. y 109. y de la inteligencia de la ley 63. de Toro, y dentro de qué termino se ha de pedir la execucion por obligacion personal, y réditos de censo, en el mismo cap. y §. 4. num. 72. hasta el 76. inclusive, y adonde remito al Lector por evitar repetición. Advertiendo á los Escribanos estarles prohibido autorizar Escrituras de obligacion de préstamo en mercaderías, y á los mercaderes, y á otros dar cantidad alguna prestada en ellas de qualquiera especie que sean, baxo de las penas que á unos y otros impone respectivamente la Real Cédula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso á 16. de Septiembre de 1784. y lo dispositivo, ó preceptivo de ella dice: Don Carlos &c. Por lo qual mando subsista en su vigor, y rigurosa observancia la ley del Reyno quarta, titulo once, libro quinto de la Recopilacion, que previene que en los contratos en que las partes se obligan por razon de mercaderías, se ponga, y declare la mercadería que se vende, por menudo, y extenso, de manera que se entienda que es lo que se vende, y el precio que se dá por ello; y que para evitar fraudes, todos los Escribanos ante quien pasaren los tales contratos, lo bagan, y cumplan asi. Y prohibo absolutamente que ninguna persona comerciante, mercader, ó de otra clase pueda dar, ni dé á préstamo cantidad alguna en mercaderías de qualquier especie que sean, ni los Escribanos otorguen Escritura alguna sobre tales contratos só pena de suspension de oficio por dos años al Escribano que los otorgare, y de perder la cantidad dada asi á préstamo, aplicada por terceras partes á Juez, Cámara, y denunciador, bastando la prueba privilegiada de derecho que es competente en todo contrato usurario, y de difícil prueba, teniendo el Juez ó Jueces ordinarios que conocieren de tales contratos, particular atencion á que si la persona que buviere tomado á préstamo en mercaderías solas, ó junto con dinero, acostumbrare á executar tales contratos, malversando sus bienes, y patrimonio, con justificacion correspondiente se le ponga la conveniente intervencion para evitar su desarregio, con expresa derogacion de todo fuero privilegiado en qual-

quie-

quiera de los contrayentes en la forma que se expresa en otra Cédula que se expide con esta fecha respecto al pago de los créditos de artesanos, menestralos, jornaleros, criados, acreedores alimentarios, y alquileres de casas; entendiéndose todo sin perjuicio de que se observen en lo que fueren justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías que suelen practicarse en los puertos de comercio con el fin de habilitarse los dueños de bajeles para la navegación mercantil, y especialmente para la de Indias. Y por los artículos 4. y 5. de la Real Cédula prohibitiva de la reventa, estanco, y monopolio de granos, expedida en esta Corte à 16 de Julio del presente año de 1790, se manda lo siguiente: Artículo 4. *El Sr. D. Felipe quarto mi glorioso progenitor, por su Real Pragmática que forma la ley 14. tit. 25. lib. 5. de la Recopilación, estableció que no se pueda dar trigo ni cebada al fiado ni vendido, reservando el vendedor, ò el que lo prestó en sí la elección de cobrarlo en la misma especie, ò en dinero, prescribiendo en ella con grande acierto lo que en esto se debe observar; pero como aquella disposición es limitada à los Adelantamientos de Burgos, Campos, y Leon, y militan las mismas razones para lo restante del Reyno: deseando mi paternal amor lograr de aquel beneficio todos mis vassallos, no solo renuevo para los referidos Adelantamientos la observancia de lo dispuesto en dicha ley, sino que quiero y ordeno se estienda con generalidad à todas las Provincias de estos Reynos, y Señorios, y el tenor de la citada ley es como se sigue.*

«Ordenamos, y mandamos que agora, y de aqui adelante en todas las Ciudades, Villas y Lugares de los Adelantamientos de Burgos, Campos, y Leon, las personas que vendieren trigo, cebada, centeno, y otras semillas fiado, no puedan reservar en sí la elección de cobrarlo en dinero, ò en pan, sino que si el contrato fuere emprestado, la restitucion haya de ser, y sea en el mismo genero; y si fuere venta, la paga haya de ser en dinero, sin que el comprador quede obligado à darlo en otra especie, y habiendo de haber elección, ésta haya de ser del comprador; y que no se pueda vender fiado ningun trigo, cebada, centeno, ni otras semillas à pagarlos à mayores va-

lias de los mercados, probadas por testimonio sacado por el vendedor, ò por otra persona sin citacion del comprador, sino que el precio haya de ser ni el mayor, ni el menor, sino el mediano que valiere en los quatro mercados continuos del mes, ò meses que se señalaren por las partes; y para que se sepa el dicho precio y valias, mandamos que las Justicias de las dichas Ciudades, Villas, y lugares donde se hicieren los mercados, de su oficio ante el Escribano de Ayuntamiento habiendo precedido informacion necesaria de ello, dexen declarado las dichas valias, y el Escribano lo tenga de manifesto para dar certificacion de ello, por las quales se ha de estar, y esté; y el precio mediano que resultare de los dichos quatro mercados, sea al que los compradores tengan obligacion, y no mas; y las obligaciones y contratos que de otra manera se hicieren, no valgan, y se reduzcan à lo que por esta nuestra se ordena, y manda, so pena que el vendedor que contraviniere à lo susodicho, tenga perdido el pan que revendiere, ò su valor aplicado por tercias partes Cámara, Juez, y denunciador, y los Escribanos no reciban las obligaciones ni las otorguen contra lo que aqui se dispone so pena de quatro años de suspension de oficio, y de cinquenta mil maravedis aplicados en la dicha forma.

Articulo 5. *Consequente à la referida disposición, y deseando proveer de remedio oportuno à beneficio de los Labradores, y cosecheros que entre año toman dinero, ò generos apreciados de mercaderes, ò otras personas, para sostener su labranza, y se ven precisados à la cosecha à cederles sus frutos à los precios que quieren los mercaderes, ò prestadores: Declaro deber quedar reducida la accion de éstos à percibir sus creditos en dinero con la prorrata del interés al seis por ciento al año, si fuere comerciante el prestador, segun la prorrata de los meses que hubieren corrido, baxo la pena de nulidad de lo que se biciere en contrario, y la prohibicion de renunciar los Labradores, aunque sea en contratos, ò convenciones privadas lo prevenido en esta disposición, y de que Escribano alguno pueda, pena de suspension de oficio, extender escritura opuesta à esta ley, y disposición, haciendolo asi observar los Jueces en los pleytos, è instancias que vi-*

nieren ante ellos, y aun procediendo de oficio contra los mercaderes, ó prestadores que usaren estos medios reprobados. Todo lo qual tendrá presente el Escribano quando le ocutra para no incurrir en las penas que se le imponen por la contravencion.

42 El instrumento líquido, ó la liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion, y reconocimiento judicial de la parte, hecho en forma legal, ya sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños, ó de otra qualquiera clase de deuda, trae aparejada execucion; mas no, si está ilíquido; por lo que no se debe proceder executivamente en su virtud hasta que se liquide. Bien entendido, que si comprehende cantidad cierta de trigo, vino, aceyte, ò otra especie semejante, puede despacharse execucion por la quota de la especie antes que se liquide el valor de ésta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el crédito. Si es de tutela, luego que el tutor dé la cuenta de ella, y no antes; y si ofreciendo darla con pago, se le executáre primero que la dé, será nula la execucion, y podrá impedir su progreso esta excepcion, si la o pone; y si es de compañía, liquidadas que sean las de ésta, à menos que en la Escritura esté pactado que por el capital se pueda executar antes de liquidarse, luego que se disuelva, (1) pues entones habrá lugar por él la execucion, porque es líquido.

43 Por alimentos, ó intereses de dote retardada se puede proceder executivamente, sin ser necesario hacer liquidacion; y la razon es, porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho, (2) como que se permite llevarlos, y se dan para ayuda à superar las cargas matrimoniales, sin que por ello se cometa usura, segun he sentado en el cap. 4. n. 39. de mi primera parte. Y en quanto à si se podrá, ò no execu-

(1) Alex. consil. 192. lib. 7. Baez. de Decima tutori cap. 2. n. 168. Paz tom. 1. part. 4. cap. 2. num. 34. Rodriv. de Execucion. dicho artic. 4. n. 35. y 36. Carlev. tit. 3. disp. 7. n. 10. Sr. Valenz. consil. 136. Cancier. part. 3. Var. cap. 7. n. 324. Par-

lador. dicho §. 12. limit. 4. num. 27. al 31.

(2) Gratian. discepti. 447. n. 20. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 10. n. 5. Sorl. de Alim. tit. 1. questio. 42. n. 14. al 22.

cutar el instrumento de obligacion por el interés líquido tasado al principio del contrato: vease à Carlev. tit. 3. disp. 8. pues en las siete secciones de ella explica quanto se puede apeteecer, y por ser materia muy difusa, y solo precisa para los Jueces, y Letrados, omito molestar al Escribano con su exposicion.

44 Pidiendose execucion en virtud de instrumento por lo líquido, è ilíquido, debe despacharse por aquello, y no suspenderse, aunque el dendor lo ofrezca, ò deposite, ò dé fianza por todo el débito; porque la execucion de lo líquido no se debe retardar por lo ilíquido, ni se impide sino con la paga, con la qual se extingue la obligacion; y el deposito, y fianza no son paga. Lo qual se entiende, excepto que lo líquido, è ilíquido se junten de tal suerte que por la parte no líquida se convierta ilíquida toda la suma, pues en este caso se ha de hacer primero la liquidacion de todo para proceder executivamente; (1) v. g. quando el dendor recibe prestada cierta suma de dinero, a cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella, le cede las rentas de varios bienes, dandole poder para administrarlos, y las está cobrando algunos años; pues en este caso aunque en la escritura consta cantidad líquida: como lo ilíquido percibido de las rentas del dendor la constituye ilíquida por ignorarse quanto es lo cobrado à cuenta, no se debe despachar execucion por el todo ni parte de ella, hasta que se liquide, y consienta lo que el acreedor percibió en pago de su crédito. Pero si lo líquido se puede separar de lo que no lo está; para evitar el dendor que se continúe por ello la execucion, lo que debe hacer, es; consignarlo, y consenrir se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo que se liquidáre de lo que está ilíquido, luego que se liquide, con lo qual cesa la execucion. (2)

45 Para que el instrumento que no está liquidado, la traiga aparejada, ha de contener una de dos cautelas, ò circunstancias, que son: ó estimacion cierta de la cantidad,

(1) Vela disert. 24. n. 26. Ciriaco. controvers. 424. Carlev. tit. 3. disp. 15.

(2) Acob. en la ley 1. tit. 1. lib. 4.

Recop. n. 45. Rodrig. cap. 1. y artic. 4. dichos n. 27. Robol. In Comentar. artic. 1. glos. 9. n. 12.

dad, daños, expensas, ó intereses, según la costumbre indubitada del Pueblo, y que en ella convengan las partes, si en el mismo instrumento no se expresó su importe: ó que el obligado la defiera en el juramento, y declaración del actor: con cuyos requisitos se puede despachar; porque estas cauteles son permitidas; pero en el ultimo caso si la regulación del que jura, fuere excesiva, y lo expusiere así el reo, se ha de reducir por el Juez á lo justo en la forma explicada en el cap. 1. de este lib. n. 121. y por esto executarse. (1)

46 Se puede hacer la liquidación del instrumento ilíquido por Escrituras, probanzas de testigos, contadores, y juramento *decisorio*; ó *in litem*, siendo pedido (según lo exija la cosa que se controvierte) con audiencia previa de las partes, y conocimiento sumario; y por lo que el Juez declararé, y seliquidaré, y consistiere por ellas, se ha de despachar la execucion. (2) Previendo que si se hace por testigos, ó árbitros, y discordan en la suma, ha de regular el Juez á su arbitrio la que le parezca mas justa, y moderada; y por su importe executarse sin embargo de apelacion. (3)

47 Aunque la liquidación se haga á presencia de Escribano, y de las partes; preceda para ella auto dado á instancia de la una; y ambas la firmen: debe reconocerla, consentirla y confesarla despues, ó ratificarse en ella baxo de juramento la que resulte alcanzada; y sin esta previa diligencia no despachase execucion por el alcance, á causa de faltarle el requisito legal, que es el reconocimiento jurado ante el Juez, y Escribano, ó ante éste de su orden, que la consti-

(1) Herpoñil, en la ley 10. tit. 1. Partid. c. 2.º de 4.º nom. 244. al 246. Sober. Covar. dicho cap. 41. Gaxin. do Bvillalón quest. 74. Parlador. lib. 2.º part. 1.º §. 12. limit. 4.º cit. n. 26. y 27.

(2) Ley de qua re, 74 ff. de Judic. Rald. in leg. 2. n. 7. in fin. Cod. de Execution. rel. judicat. & in leg. Item qñia conventioes, n. 3. ff. de Pact. Ables in cap. 10. Prætor. verb. Executio, n. 52. Sr. Covar. ibi. Car-

lev. tit. 3. disp. 3. n. 44. Parlador. dicha limit. 4.º n. 35. y 37.

(3) Gutier. in Repet. leg. Nemo potest. n. 447. Barb. vol. 126. numer. 173. Parlador. §. 12. y limit. 4.º cit. nom. 32. y 33. Scacia de Appelation quest. 17. limit. 27. membr. 1.º n. 191. Vela disert. 24. n. 26. Causæ. part. 1.º Var. cap. 17. n. 23. Sr. Saig. de Reg. part. 4.º cap. 9.º n. 47. y cap. 11. n. 20.

tuye verídica, é irrefractable; y así se estimará por instrumento privado, y servirá unicamente para la vía ordinaria, como en quanto á la confesion hecha en pedimento senté en el num. 14; pero precediendo el reconocimiento jurado en la forma expuesta, la trae aparejada, pues como la ley no permite que sin él sea exequible: ni el Escribano la presta toda la autoridad que al instrumento que ante él se otorga: ni para hacerla concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de éste: ni la vigoriza con el signo, ó carácter Real, á fin de que no se pueda dudar de su contexto: no se eleva á la esfera de cosa juzgada, como el instrumento, ni se realiza, ni constituye cierta, é indubitada la cantidad liquidada, aun quando sobre ella se haya dado sentecia si se apeló de ella, ó no se executó; ni por consiguiente produce merito ejecutivo, lo qual como arreglado, y conforme al espíritu, y mente de las leyes, he visto observar á los Jueces literatos, y el practicar lo contrario es error clasico, *quidquid dicant*; (1) por lo que si alguno pide execucion en virtud de esta liquidación, no se debe despachar sin el previo reconocimiento, y ratificación en ella: y lo que debe proveer el Juez, es: *No há lugar por ahora á la execucion que esta parte pretende; pida conforme á derecho*: que es decir que pretenda el reconocimiento, y ratificación primero, y luego que se haga llenamente, que pida la execucion, y la despachará.

48 En quanto á las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes, ó alguna de ellas, ó por los contadores que eligen, ya sean de Administraciones, gastos de pleitos, ó de otras cosas, y negocios) es preciso distinguir: Si un Administrador ó encargado de negocios las dá sin justificar los pagos que exigen documentos para su abono, (pues hay ciertos negocios en que se hacen gastos secretos, y de los que no se puede sacar, ni se debe pedir recibo, sino está á la asercion, y buena fé del comisionado, ó no haberse confiado de él: y hay otros tambien, v. g. gastos en pleitos, y otras menudencias de que no se estila dar recibo, por lo que se ha de pasar por la puntual relacion jurada

(1) Escobar de Ratiocin. cap. 31. n. 1. al 9.

del que dá la cuenta hasta que se pruebe lo contrario) se ha de pretender para abreviar, que las reconozca éste, y presente los documentos calificativos de la data, y en virtud del reconocimiento, ya los produzca, ò no en el término que se le preña, que el Escribano liquide con citacion suya ante todas cosas las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion, y pase en autoridad de cosa juzgada, aprobada debe pedir que por lo que no resulte documentado, se expida mandamiento de execucion contra él como alcance líquido, ya en la cuenta saque, ò no alguno contra sí. Y la razon es, porque el cargo es confesion de lo recibido con obligacion de responder de ello, y cierto indubitado y efectivo como corroborado con juramento, que es segunda confesion: y à la data ò partidas que debiendo estar documentadas, no lo están, no se debe dar crédito, à causa de faltarles la justificacion que las debe acompañar, y así queda líquido en su importe el encargo, por ser lo mismo que sino las datára. Y respecto no dudarse de éste, mediante la confesion, ò reconocimiento jurado, y liquidacion previa: no está justificada la data como debe: y haber sido contumáz el reo en no haber querido producir los documentos, no obstante haberselo mandado; se ha de despachar la execucion, no solo por el alcance que saque contra sí, sino tambien por lo que carezca de justificacion en la data, porque esto se presume figurado, voluntario, y puesto con el unico objeto de cubrir el cargo, por lo que no merece aprecio. Sin que sirva alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta es conjunto con cargo y data; pues el de ésta, como hecho à su favor, no le aprovecha, y no es conjunto, individuo, ò inseparable, aunque hecho juntamente ò à un propio tiempo, lo qual es muy diverso, y así no constituye líquido el cargo la parte de la data no justificada, porque puede haber lo uno sin la otra, ò ésta sin aquél quando todo se suplió, y nada se percibió, y el decir que el cargo, y la data, y su reconocimiento son conjuntos, individuos, ò inseparables, es alucinamiento, y la data no justificada quando debe estarlo, no es data legitima sino suposicion, y figuracion de partidas para cubrir el

el cargo. Pero si el administrador documenta su cuenta, y la jura, no se debe despachar la execucion aun quando la reconozca, à pretexto de que pueden ser suplantados los recados de justificacion; y la razon es, porque éstos, y el juramento inducen à su favor la presuncion de ser legitimos y verídicos, y excluyen la de suplantacion, y falsedad mientras no se acredite, y sobre sí lo son ò no, como que exige discusion, y exámen mas prolixo, debe ser oído en via ordinaria. Si las cuentas se aprueban, y reconocen en juicio con la solemnidad legal, y el que resulta alcanzado, consiente el alcance, traen aparejada execucion; pero si falta este requisito, no son exequibles, aun en el caso de que el que las formó por orden de los interesados, sea intelgenté, timorato, y fidedigno, y de que jure que son verídicas; por lo que se han de liquidar, examinar, y deshacer primero los agravios, ò reparos que contengan, hasta que queden purificadas. (1) Lo qual parece debe militar, y entenderse, aunque el dueño se haya obligado en instrumento público à pasar por la cuenta jurada que le diere su Administrador, ò Apoderado, y à satisfacerle el alcance que en ella saque à su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion, y delacion en su juramento, sue- ne que aprueba la cuenta: que confiesa por líquido el alcance: y que en caso de contener agravios, le remite, y condona su importe; no obstante, como pueden ser erroneas, excesivas, ò dolosas algunas de sus partidas: el error quita el consentimiento: lo excesivo se debe reducir à lo justo: el dolo de futuro no se puede remitir, ni renunciar por pacto: la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada, y no sobre la futura, que no tiene existencia: la confesion ha de ser de lo que no admite duda: la execucion de lo que no se puede debilitar por medio alguno: el juramento no es *decisorio litis*, por no concurrir para hacerlo las circunstancias que prescribe el derecho: y de la obligacion solo se induce una mera confianza del dueño, mas no excluye el dolo, ni error que el Administrador abusando de ella,

(1) Escobar. de Ratiocin. cap. 10. de Expens. cap. 20. n. 22. Bobadilla. Vela disert. 27. n. 15. y 75. Garcia lib. 5. Polit. cap. 4. n. 24.

ella, puede cometer; por eso no se debe despachar la execucion hasta que se liquide, y purifique: y lo que concebido debe hacerse en este caso, es: dar precepto de *solvendo* contra el dueño, cominuandole en la tercera providencia con la execucion; y si no obstante esta conminacion es contumáz, y no acude à pedir los autos, despacharla; mas acudiendo, se le deben entregar, y oírle en via ordinaria sobre los agravios que oponga à la cuenta. Però si el dueño se obligó baxo de juramento à pagar à su Administrador el alcance referido; y en el instrumento le dió facultad para que por su importe procediése executivamente contra él sin otro previo requisito, diligencia, ni liquidacion, se podrá despachar la execucion, porque el juramento debe ser observado siempre que se pueda; y hecho el pago baxo de fianza, usará de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta, porque por el juramento no es visto haber perdonado, condonado, ni aprobado el dolo, y error ignorados, y mientras no lo exprese clara, y especificamente. Así lo siento, salvo, &c. pues no he hallado tocado terminantemente estos casos en los Autores. Advertiendo que si v. gr. un administrador tiene sus cuentas aprobadas hasta cierto tiempo en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin aprobar, y éste pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su administracion, debe resistirlo, porque de allanarse, se perjudica en la accion executiva que en virtud de la aprobacion siendo reconocida, puede intentar por el alcance líquido, y así las dará solamente del tiempo anterior; pedirá reconocimiento de la aprobacion de las precedentes, y en su virtud la execucion; y el deudor justificará sus excepciones en los diez dias, y sino las justifica, pagará, y se le reservará su derecho para la via ordinaria, en la que hará cada uno su probanza como le converga sobre todas las cuentas, hecho previamente el pago de lo líquido aprobado y reconocido.

49 Los libros de cuenta que alguno tiene en su casa, en los que sienta lo que dice le están debiendo varias personas, no deben ser creídos en esta parte, aunque jure que las partidas en ellos contenidas son verdaderas, si por confesion de los deudores, ò otro medio legal no se acredita el de-

debito que expresas; si lo disponen la ley final tit. 18. Partid. 3. ibi: *Por ende decimos, que si fallaren en algun quadero de algun homo finado que le debe dar, ò facer, otro alguna alguna cosa: que tal Escritura como esta non debe ser cretlla, nin face prueba, maguer pareciese buen home, aquei que lo fiesiese escribir, ò dubiexe jurado que era verdadero: y la 6. Cod. de Probationib. porque la confesion que en los libros hace es contra tercero, y ésta no vale, como he sentado en el num. 15. Y si las cuentas son de bienes del Rey, Iglesia, ò Concejo, y sus repartimientos, y se dán en juicio, se ha de executar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta, y aprobandola el Juez, y no en otros términos. (1)*

50 No se debe proceder executivamente contra el obligado à dar cuentas antes que las dé, aunque se conozca, y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay castidad líquida, y cierta; pero por los bienes que constan inventariados, y por el capital puesto en la compañía, bien se puede despachar la execucion, pactandose así en instrumento público; porque como indubitados no se les puede poner el reparo de líquidos, y erroneos. (2) Y se previene lo primero, que una vez dadas las cuentas, no se deben bolver à pedir al que las dió, excepto que de su parte se verifique lesion, dolo, ò error en ellas, en cuyo caso, especificandolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro à reiterarlas. (3) Y lo segundo, que el que pide por todo lo que contiene el libro, debe estar no solo por las partidas que constan recibidas por el executado, sino tambien por las que éste tenga adatadas, como entregadas al executante, porque mas se juzgan conjuntas que separadas, y la confesion del executado no se puede dividir. (4)

Los

(1) Añhent. de Sanctis Episcopo. §. Responsum; y ley 21. tit. 6. lib. 2. Recop. y en ella Acav. Gauder. lib. 1. Prad. quest. 37. num. 22. Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 11. n. 37. y 39. y part. 4. cap. 9. n. 140.

(2) Cariev. tit. 3. disp. 7. Sr. Salg. part. 1. Labie. cap. 4. n. 20. Sr. Valenz. consil. 147. n. 34.

(3) Concejo part. 3. Var. cap. 15. num. 375. Guller. de Juram. confirm. part. 1. cap. 40. num. 7. Miscard. de Probat. consil. 1256. verb. Rationis redditio, n. 27.

(4) Ley Si quis ex argentiis, §. Si iustitiam ff. de Etand. glis. fin. in leg. Publica §. fin. ff. de posit. Partid. lib. 2. cap. ultim. part. 1. §. 5. n. 20.

51 Los Rescriptos, Privilegios, Cédulas, y Provisiones Reales, que no cedan en perjuicio de tercero, ni del Público, ni han sido obtenidos con vicios de *obrepcion*, y *subrepcion*, (que son, ocultar la verdad, ó decir mentira para impetrarlos) ni se oponen al derecho divino, natural, ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos, y traen aparejada execucion; (1) pero si cedan en detrimento de tercero, se han de executar solamente después que se le oiga, y provea sobre ello, y no de otra suerte, aunque contengan cláusulas derogatorias. (2) Y si son contra derecho positivo, contienen (3) cláusulas especialmente derogatorias de éste, y se expidieron con las de *motu proprio*, *cierta ciencia*, y *poderío Real absoluto*, se deben executar; mas no, careciendo de ellas.

52 No vale el rescripto dado contra otro, á menos que en él se haga mencion específica de éste, derogandolo ó que no se le oponga la excepcion de no mencionarse en él el primero. (4) Y si el primero contiene cláusulas derogatorias para los subseqüentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que por él se le concedió, es ineficaz el segundo, careciendo de ellas, pues para derogar el primero se requiere necesariamente que las contenga, (5) porque el Principe á nadie quiere privar sin causa del derecho que adquirió, antes sí dexar indenne el de la primera concesion. (6)

53 Tampoco vale, ni hace fé el expedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se expidió, porque se presume falso; (7) ni el obtenido por el excomulgado; (8) ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia. (9) No me detengo mas en

(1) Leyes 2.ª, 9.ª, 20.ª, 29.ª, 30.ª, 31.ª y 36.ª á la 39.ª tit. 18. Partid. 3.ª y leyes 1.ª, 2.ª, 4.ª y 7.ª tit. 14.ª y 2.ª y 7.ª tit. 23. lib. 4. Recop.

(2) Dichas leyes 20.ª tit. 18.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª tit. 14.ª y 2.ª y 7.ª tit. 23. lib. 4. Recop.

(3) Leyes del tit. 14. lib. 4. citado, y cap. 1. de Constitución in 6.

(4) Cap. Casteram, de Rescript. y Clementia. Dindon, de Senalit. y ley 36.ª tit. 18.ª Partid. 3.ª Sr. Larrea

alleg. 56. n. 12.

(5) Car. Philipp. illustr. part. 2.ª §. 2.º num. 3.

(6) Ley Titulus puerum 3.ª ff. de Osequiis parentis Cur. Philipp. lib.

(7) Ley 4.ª tit. 20. Partid. 3.ª Sr. Greg. Lop. en ella glos. 2.

(8) Cap. 1. de Rescript. in 6.ª y ley 36.ª tit. 18.ª Partid. 3.ª

(9) Ley 30.ª tit. 18.ª Partid. 3.ª Sr. Greg. Lop. en ella, glos. 4.

en tratar de Rescriptos, Privilegios, ó Gracias, ó por no ser preciso que el Escribano lo sepa y poderse tinturar lo bastante con lo explicado aquí, y en el cap. 1. de este libro num. 355. al 365: el Letrado que quiera instruirse, vea el Sr. Valenzuel. consil. 77. á Barbós. de Rescript. al Sr. Larrea allegat. 91. á Salced. en la ley 4.ª tit. 14. lib. 3. Recop. cap. 24. 27. y 28. y á los que éstos citan: las leyes 34.ª á la 53.ª tit. 18. Partid. 3.ª y la 11.ª tit. 4. lib. 2. Recop. pues con arreglo á ésta se procede en la Sala de Justicia del Consejo; á donde toca el conocimiento sobre retencion de Rescriptos de la Cámara, ya estén, ó no executados.

54 Los juros, situaciones, y libranzas dadas por el Rey, ó por los Ministros á quienes concede esta facultad, contra los Tesoreros, Cobradores y Administradores de su Real Haber, traen aparejada execucion: (1) como tambien las dadas contra los Arrendadores de sus Rentas, si las aceptan, y reconocen judicialmente, y no en otra forma; (2) y si no las pagan dentro de tercero día siguiente al requerimiento que á este efecto se les haga, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen, y devenguen. (3)

55 Tambien la traen aparejada los tributos públicos, y Reales, (4) y los diezmos, y primicias de la Iglesia, quando por instrumento executivo consta estarse debiendo, pues no constando, se ha de proceder contra los deudores breve, y sumariamente, atendida solamente la verdad. (5)

56 Y ultimamente traen aparejada execucion los pareceres conformes de los Contadores, ya sean nombrados por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna de ellas, con tal que los confirme, y apruebe el Juez, condenandolas á estar, y pasar por ellos, y no de otra suerte como dexo sentado en el num. 6.ª y en este caso se han de executar sin embargo de apelacion, dando el interesado, á cuyo favor determinaren, la fianza de la ley de Madrid, que

(1) Ley 14.ª tit. 14. lib. 9. Recop.

(2) Ley 9.ª tit. y lib. dichos.

(3) Ley 23.ª tit. 14. lib. 9. Recop.

(4) El tit. 14. lib. 6. el 6. lib. 7.

(5) Ley 7.ª lib. 9. Recop.

(6) Ley 5.ª tit. 7. lib. 9. Recop.

(7) Sr. Salg. de Reg. part. 2.ª cap. 11. Girond. de Gavel. part. 4. cap. 27. lib.

explíquese en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 140. y estendi en el 184. §. final, á donde puede verla el Lector.

§. II.

QUIEN PUEDE PEDIR EXECUCION, y ser executado: quantas clases hay de bienes, y en quales se puede, ó no trabar: y si el acreedor que intentó la vía ordinaria, podrá

dexarla, y pasar á la executiva.

EN virtud de qualquiera de los documentos expresados en el §. anterior que traen aperejada executacion, puede pedirla toda persona, á quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté, ó no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interés, y le competa accion por el instrumento: y que al tiempo de pedirla, legitime su persona, pues de no hacerlo, puede el Juez repelerle de oficio, y no debe despacharla: (1) y así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder, ni cesion de sus consocios: (2) porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él, dando la fianza prevenida en el cap. 170. de mi primera parte num. 75; y porque quando la ley hace division de los bienes entre algunos, no es necesaria la cesion del hombre; y el marido por la dote que se le prometió, y no entregó, y á sea constante matrimonio, ó después de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad, y restitucion á que se obliga.

(1) Cap. Causam de Judic. Vendi. tit. 27. n. 4. Sr. Olea de Causam. tit. 3. quest. 22. y 23. y 24. y 25. y 26. Castillan de la ley 6. de Testam. verb. De los herederos. Carlov. tit. 2. disp. 4. n. 20. y 21. Pacheco.

lib. 4. cap. fin. part. 3. §. 1. n. 1.

(2) Ley 2. tit. 21. Partida 3. y en ella el Sr. Greg. Lopez lib. 8. y ley 6. tit. 10. Partida 6. Pacheco. ibi. n. 5.

gó; (1) y tambien por los bienes parafernales, como conjunto, y á nombre de su muger; (2) mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales; (3) por lo que no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

58 El heredero del acreedor justificando serlo á lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir executacion contra el deudor de éste; y si hay dos, ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á menos que tenga poder, ó cesion de los coherederos antes de la litis, ó que se lo dé pendiente ésta, ratificando lo que actuó; (4) pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. (5) Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ésta: (6) el testamentario universal, á quien dió potestad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le transfieren las acciones utiles, y directas que el testador tenía; (7) y tambien el legatario, y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero. (8)

59 Puede pedir executacion el fiador contra el principal deudor, y obligado, por lo que pagó por él voluntariamente, ó apremiado, despues de cumplido el pla-

(1) Ley 1. pro te. Cod. de Dotis promissio. ley De dote ancilla. Cod. de Restitutio. ley Si Soror.

(2) Ley 1. §. 1. de Solut. matrimon. y leyes 1. y 2. tit. 21. Partida 2.

(3) Ley Maritus. Cod. de Procurator. Gom. en la go. de Toro, numer. 20. Sr. Castill. lib. 4. Contratos. cap. 49. n. 2. Sr. Olea. de Cestio. tit. 4. quest. 6. n. 24.

(4) Ley Causam. Cod. de Solutio. Bart. in leg. Maritus. Cod. de Procurator. Rodrig. de Execution. cap. 3. n. 12.

(5) Ley Pro hereditate. Cod. de Hereditat. action. Rodrig. ibi. numer. 13. al 17.

(6) Carlov. tit. 2. disp. 4. cit. Ro-

drig. ibi. n. 15. y 16. Sr. Olea. tit. 6. quest. 9. n. 22. al 35.

(7) Ley Emptor. Cod. de Hereditat. vel action. vendit. Sr. Olea. tit. 3. quest. 8. n. 16. Rodrig. ibi. numer. 13.

(8) Leyes 2. y 4. tit. 10. Partida 2. Sr. Rodrig. dicho cap. 3. n. 10. Sr. Covarr. in cap. 1. de Testam. n. 5. Spenlator; in tit. de Instrument. editio. §. Nunc. vero. n. 27. y sig.

(9) Ley Legato. Cod. de Legat. Sr. Olea. tit. 4. quest. 5. num. 37. y tit. 7. quest. 1. n. 4. Rodrig. ibi. numer. 20. Parador. lib. 4. cap. fin. part. 3. §. 3. n. 9. y 10.

explíquese en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 140. y estendi en el 184. §. final, á donde puede verla el Lector.

§. II.

QUIEN PUEDE PEDIR EXECUCION, y ser executado: quantas clases hay de bienes, y en quales se puede, ó no trabar: y si el acreedor que intentó la vía ordinaria, podrá

dexarla, y pasar á la executiva.

EN virtud de qualquiera de los documentos expresados en el §. anterior que traen aparejada executacion, puede pedirla toda persona, á quien por derecho se permite comparecer en juicio, ya esté, ó no nombrada en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interés, y le cometa accion por el instrumento: y que al tiempo de pedirla, legitime su persona, pues de no hacerlo, puede el Juez repelerle de oficio, y no debe despacharla: (1) y así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder, ni cesion de sus consocios: (2) porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él, dando la fianza prevenida en el cap. 170. de mi primera parte num. 75; y porque quando la ley hace division de los bienes entre algunos, no es necesaria la cesion del hombre; y el marido por la dote que se le prometió, y no entregó, y á sea constante matrimonio, ó después de disuelto, porque la hace suya en virtud de la responsabilidad, y restitucion á que se obliga.

(1) Cap. Causam de Judic. V. de la direct. 27. n. 4. Sr. Olea de C. d. d. tit. 3. quest. 22. y 23. q. 2. y 3. y 4. Castill. en la ley 6. de Test. verb. De los herederos. Carv. tit. 2. disp. 7. n. 20. y 21. Pacheco.

lib. 4. cap. fin. part. 3. §. 1. n. 1.

(2) Ley 2. tit. 21. Partida 3. y en ella el Sr. Greg. López lib. 8. y ley 6. tit. 10. Partida 5. Pacheco. ibi. n. 5.

gó; (1) y tambien por los bienes parafernales, como conjunto, y á nombre de su muger; (2) mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales; (3) por lo que no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

58 El heredero del acreedor justificando serlo á lo menos al tiempo de la oposicion, puede pedir executacion contra el deudor de éste; y si hay dos, ó mas herederos, cada uno por sola su parte, á menos que tenga poder, ó cesion de los coherederos antes de la litis, ó que se lo déa pendiente ésta, ratificando lo que actuó; (4) pero para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. (5) Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ésta: (6) el testamentario universal, á quien dió potestad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene en lugar de heredero, y se le transfieren las acciones utiles, y directas que el testador tenía; (7) y tambien el legatario, y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero. (8)

59 Puede pedir executacion el fiador contra el principal deudor, y obligado, por lo que pagó por él voluntariamente, ó apremiado, despues de cumplido el pla-

(1) Ley 1. pro te. Cod. de Dot. de promissio. ley De dote ancilla. Cod. de Restitutio. ley Si Soror.

(2) Ley 1. §. 1. de Solut. matrim. y leyes 1. y 2. tit. 11. Partida 4.

(3) Ley Maritus. Cod. de Procurator. Gom. en la go. de Toro, numer. 20. Sr. Castill. lib. 4. Contr. cap. 49. n. 2. Sr. Olea de Cestio. tit. 4. quest. 6. n. 24.

(4) Ley Causam. Cod. de Solutio. Bart. in leg. Maritus. Cod. de Procurator. Rodrig. de Execution. cap. 3. n. 12.

(5) Ley Pro hereditate. Cod. de Hereditat. action. Rodrig. ibi. numer. 13. al 17.

(6) Carlov. tit. 2. disp. 4. cit. Ro-

drig. ibi. n. 15. y 16. Sr. Olea tit. 6. quest. 9. n. 22. al 35.

(7) Ley Emptor. Cod. de Hereditat. vel action. vendit. Sr. Olea tit. 3. quest. 8. n. 16. Rodrig. ibi. numer. 13.

(8) Leyes 2. y 4. tit. 10. Partida 3. Rodrig. de dote. cap. 3. n. 10. Sr. Covar. in cap. 1. de Testam. n. 5. Spennator; in tit. de Instrument. editio. §. Nunc. vero. n. 27. y sig.

(9) Ley Legato. Cod. de Legat. Sr. Olea tit. 4. quest. 5. num. 37. y tit. 7. quest. 1. n. 4. Rodrig. ibi. numer. 20. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 3. n. 9. y 10.

zo, presentando la escritura de obligación que aquel constituyó, y la cesion, ó lasto del acreedor, ya tenga, ó no otorgado á su favor el deudor escritura de indemnidad; (1) pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiere escritura de indemnidad, deberá por la acción *Mandati* dirigir las suyas contra él, pues por haber hecho su negocio, le competen según derecho. (2) para reintegrarse de su desembolso; lo qual se entienda en via ordinaria, porque por no estar obligado á su favor executivamente, y faltar la cesion, y la indemnidad que traen aparejada la execucion, debe proceder ordinariamente á la exaccion de su dinero; (3) bien que lo mejor es, que se las ceda en el acto de la paga, con lo qual cesa toda disputa.

60. Igualmente puede pedirla contra los demás fiadores por lo que pagó por ellos á prorrata de la obligación que cada uno constituyó, baxada su parte, presentando el lasto del acreedor, pues sin él no se dá acción al fiador contra los confideyusores, (4) ni á los mancomunados contra los demás corteos de deber; (5) Lo qual se entiende, ya se formalice con fe de entrega, y numeracion del dinero, ó con confesion de su anterior recibo, y renunciacion de la excepcion de la *non numerata pecunia*, pues basta que en él confiese el acreedor que el fiador le pagó su credito por sí, y por los confideyusores, (6) porque ninguna ley manda que intervenga la numeracion, y fe de entrega, ni por no intervenir, lo invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones; y para que los fiadores, y mancomunados no sean perjudicados, ha-

(1) Parlat. lib. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. n. 21. Sr. Olea de Cesion jur. tit. 4. quest. 5. n. 45. 53. y 58. Rodrig. ibi n. 20 y 27.

(2) Leyes 11. 16. y 21. tit. 12. Partid. 5.

(3) Ley 2. & per tot. tit. ff. Mandati Parlatid. dicho §. 4. y part. 3. num. 3.

(4) Ley Ut fidejussor. ff. de Fidejussorib. Parlatid. lib. 2. cap. fin.

dis-
part. 4. §. 6. n. 1.

(5) Ley 1.ª Cod. de Duobus reis stipuland.

(6) Leyes Per diversas, y Ab Amastasio Cod. Mandati. Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 13. Parlatid. dicha part. 4. y §. 6. n. 7. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 63. n. 12. Rodrig. ibi n. 29. y 30. Daenias regul. 337. n. 4.

dispuesto el derecho (1) que reusando el acreedor darles el lasto, no tenga acción á exigir de ellos su debito, y que esta excepcion le obste su tocaba hasta que se lo dé. Se previene que si el negocio toca principalmente en todo, ó parte al fiador, ó mancomunado, no le compete acción alguna contra los demás, porque hizo el suyo; y no el de éstos. (2) Que si renunciacion la excepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á todos á prorrata, ó por el todo á uno solo, y pagandole éste, librar á los consocios. (3) Y que si constituyeron fianza, ó obligación respectiva por ciertas, y determinadas sumas, v. g. el uno por 20, y el otro por 40. &c. y alguno de ellos se constituye insolvente, ó fallido, no están obligados sus consocios á pagar la parte de éste; (4) pero si fue constituida simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos, (5) porque es visto haberse obligado así, y tomado á su respectivo cargo la insolvencia del consocio.

61. Disuelto el matrimonio, puede pedir execucion la muger por la dote que su marido recibió, y arras que la prometió, contra sus herederos; y asimismo por la que se la ofreció, y no entregó á su marido, contra el oferente, porque por la oferta la hizo suya, y el promitente quedó obligado á darla. Y lo mismo procede por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, (6) sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division, y adjudicacion, porque por derecho le toca, y la hace suya; aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor, sino al de su marido.

62. El Procurador, ó Apoderado, ya tenga poder especial para executar, ó general para pleitos, puede pedir

(1) Ley Fidejussoribus, y ley Stichum, acc. Pamphilum §. penult. ff. de Solucionib. Parlatid. §. 6. cit. num. 3.

(2) Bart. Paul. y otros en la ley Modestinus ff. de Solucionib. Parlatid. lib. 2. 4.

(3) Afflic. decis. 182. n. 10.

(4) Bald. in leg. fin. §. ultim. Cod.

de Uxorib. rei judicate. (5) Sr. Greg. Lop. en la ley 1.ª tit. 12. Partid. 5. glo. 5. Parlatid. dicho §. 6. n. 5.

(6) Parlatid. lib. 2. part. 3. cap. fin. §. 1. n. 3. y 4. Sr. Olea tit. 4. quest. 8. n. 35. Gom. en la 50. de Toro n. 51. Rodrig. ibi, n. 5. al 11.

Falca. Rubr. §. 66. n. 7.

dir execucion en su virtud; (1) mas no cobrar la deuda, sino que en el pò en otro conste de esta facultad, y si solo pretender se asegure, hasta que su dueño ocurra à su cobro. (2) Tampoco puede pedir la execucion de cosa juzgada, si no tiene poder especial para ello, (3) o el general carece de esta especialidad; por lo que en los poderes para plieitos conviene poner la cláusula: *De que defienda al poder dante, basta conseguir executoria con execucion de ella, sin que para seguir la execucion necesite nuevo, y especial poder, pues se ha de tener, por tal para ello, y para todo lo demás que ocurra hasta la integra conclusion del negocio, y que no quede resuelta alguna; y quanto intente en su utilidad, con la qual se le estimará parte legítima, como si el poder fuera especial; lo que tendrá presente el Escribano para no omitirla, ni causar gastos superfluos à las partes.*

63. La cesion de derechos, y acciones puede ser de dos maneras, una *translativa*, y otra *extintiva*, o *abdicativa*. (4) La translativa es aquella, por la qual el cedente se abdicca, y priva del derecho, y accion que tiene, y lo transfiere en beneficio del sugeto, à cuyo favor constituye la cesion. (5) Y la extintiva, o abdicativa es la que extingue el derecho que tiene el que la hace, y no lo transfiere en otro, pues por ella solo se induce, y sigue una nuda privacion, y exclusion de el, sin que intervenga transacion en otra persona determinada; y esta mas es renunciaion que cesion. (6) de lo qual tratamos jutamente en los cap. 17, y 14. de mi primera parte, ultimamente adicionada, à donde remito al lector. Puede constituirse por comodidad del cedente, y del cesionario, y se conocerá à la de qual de

(1) Ley 7. tit. 14. Partida 5. Rod. leg. lib. 2. §. 1.º. *Si quis in alio nomine aliquid obligatus fuerit, non potest aliquid in seipsum obligare, nisi expressum fuerit in instrumento.* (2) Ley 6. tit. 2. Partida 7. No-guero alhaguer. 36. de leg. de Reg. part. 4. cap. 3. a. 126. (3) Ley Procurador §. 1. ff. de Procurator. si. Ceteri lib. 4. V. R. cap. 5. num. 1. *Quibus in Rab.* de Testam. part. 2. n. 42. (4) Bastien de Success. cap. 2. titorem. 42. Molleson cons. Neopoliatis de Remitt. cap. 6. n. 2. (5) Ley Cum oportet, §. penult. vers. Sed nisi, Cod. de Bon. que liber. y ley 4. Cod. de Repud. heredit. (6) Sent. tom. 3. decis. 286. n. 7. Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 1. quest. 2. tit. 13. al. 23. *de q. al. 23.*

los dos se hace, atendiendo à qual toca el peligro del credito cedido, pues à la de éste pertenece principalmente; (1) bien que à veces suele efectuarse por comodidad del cedente, y en peligro del cesionario, y al contrario. Supuesto lo referido, digo que si la cesion se constituyó *solutionis causa*, ó de otra suerte en comodidad del cedente, puede éste, aunque sea despues de constituida, transigir el debito, contestar su paga, liberar de el al deudor, ó parecer en juicio, y exigirlo de el excentiva, u ordinariamente, exercitando, y usando de las acciones directas que le competen contra el, y son incesibles, segun senté en el cap. 4. num. 71. de mi primera parte adicionada. (2) Lo qual se limita en los quatro casos que trae la ley 3.ª *Cod. de Negotiis*, y al principio dice: *Si delegatio non est interposita debitoris tui, de propria datione apud te remanserunt, quamvis creditor tuo diversis cum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non poteris*; & *eodem modo tui creditoris exactorem contra eum inbibere*. Fuera de cuyos casos podrá revocar la cesion, y al cesionario, ó Procurador en causa propia la facultad de exigir, y cobrar el credito cedido, (3) à menos que en ella se obligue à no practicarlo; pero en ellos no, como diré en el número 109. de éste capitulo. Y si la cesion se hizo por comodidad del cesionario, se distinguen tres casos: el primero, quando despues de hecha ningun derecho quedó al cedente; en cuyo caso nada de lo expuesto podrá practicar, y si lo practicare, se le podrá repeler por la excepcion de cesion de acciones, y carencia de estas, que es legítima (y como tal admisible). (4) El segundo, quando en el cedente

(1) Arg. leg. Secundum naturam, ff. de Regulis jur. Sr. Olea tit. 8. quest. 2. n. 10. (2) Glos. in leg. y. ff. Pro solutio, & in leg. 1. Cod. de Action. & obligation. *Extrad. fin. 2. cap. fin. part. 3. §. 4. n. 15.* Sr. Olea dicho tit. 8. y quest. 2. n. 12. 13. 16. y 24. (3) Glos. in leg. Sicut, §. Procurator, ff. Quibus modis pignus, vel hypotheca solvit, ff. in leg. Qui turis, §. Plane, ff. de Procurator. *Ex lib. Bala. & Paul. Decio consil. 528. n. 9. vol. 4.* (4) Sr. Olea dicho quest. 2. y tit. 8. n. 27. y 28. y otros que cita.

queda la accion directa, pero inutil, è ineficáz, v. g. *Sz subroga al cesionario en su lugar, y le transfiere toda la esperanza, y exercicio de la accion, è le constituye dueño, y Procurador añor en su propio negocio, è jurá no contravenir la cesion; y entonces, aunque ninguno de los casos de la ley inserta concurrán, nada podrá hacer tampoco.* (1) Y el tercero, quando despues de la cesion permanece en el cedente la accion directa no inutil, ni ineficáz; y en este caso, aunque no falta quien diga que nada puede hacer, está mas recibida la opinion contraria, excepto en los casos de dicha ley inserta. Acerca de lo qual, y de otras especies utiles, vease al *Sr. Olea en el tit. 8. quest. 2.* que lo explica con la energia, y claridad propias de su profundo talento, y literatura.

64. Al modo que el cedente puede pedir execucion por lo que se le debe, en los terminos explicados en el número precedente, aun despues de hecha la cesion; del mismo modo el cesionario, ó Procurador en su misma causa por el importe de lo que le ha cedido, ya sea graciosamente con título de donacion, ó con el de venta, si interviene precio; bien que interviniendo éste, no podrá pedir por mas que por lo que dió al cedente. (2) Pero se advierte lo primero, que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe del debito, pues mediando intervalo, de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder; (3) y así quando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho antes del pago, sino que se hará. (4) Y lo segundo, que para pedir execucion el cesionario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla quando la pide, con el documento del debito; y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale, ú otro papel simple, y so-

(1) *Sr. Olea ibi*, n. 29.

(2) *Bald. in leg. Per diversas Cod. Mandati*, quest. 10. *Alex. & Paul. in leg. Postulante*, ff. ad Trebellian. *Roman. consil. 192.* *Rodrig. Suar. in extensio. 7. ad leg. Tolet. Mon-*

talv. in repertor. verb. obligacion; Parlador. dicho §. 4. n. 1. 7. y 8.

(3) *Ley Modestinus, ff. de Solutio. lib. 11. tit. 12. Partid. 5. y glos. in leg. Papiianus, ff. Mandati.*

(4) *Parlador. dicho §. 4. n. fin.*

solo debe pedir, y hacer que lo reconozca el deudor que lo hizo, sino tambien que el endosante, ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este previo requisito no acredita ser dueño, y verdadero cesionario, porque puede haber substraído otro el papel, tomado el nombre del endosante, y hacer el endoso; ni por consiguiente parte legitima para repetir contra el deudor; y si se le opone esta excepcion, se enervará la execucion que sin la confesion, ó reconocimiento del endosante se haya expedido, como lo he visto. En quanto á si es, ó no preciso que el cesionario haga constar previamente la causa justa con que la cesion se le hizo, hay variedad de opiniones. Lo cierto es en mi concepto, que no tiene obligacion de liquidar antes su credito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de ésta sea, ó no justa, y gratuita, ú onerosa, ni el que la haya, ó no para hacerla, sino de pagar quando se le demande en su virtud, pasado el plazo, que es la obligacion que constituyó, y á cuyo cumplimiento puede ser compelido por el cedente, ó legitimo cesionario, y que le competirá solamente la excepcion de si es, ó no reprobada por derecho, y si fue hecha á persona cabilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente; en lo que se le puede arguir cometiéndolo, como expuse en el cap. 11. de mi primera parte, número 32. al fin. El Abogado que quiera instruirse, vea los Autores, (1) pues al Escribano, como que no lo ha de defender, ni juzgar, no le incumbe, ni le precisa saberlo.

65. Puede ser executado, no solo el que contrajo la obligacion, sino su heredero, acreditando serlo realmente, y no de otra suerte; (2) pero si éste aceptó la herencia *con beneficio de inventario*, lo hizo con la pureza, y escrupulosidad legal; y acredita haberlo formalizado así, como debe (pues no le basta protestar que lo hará, sino hacerlo realmente).

(1) *Sr. Olea tit. 1. osercion 3.* *Per tot. Facultad. lib. 2. cap. fin. part. 3.* *§. 4.* *Rodrig. dicho art. 4. n. 12.* *n. 26.* *Cancer. part. 1. Var. cap. 17. n. 40. y part. 2. cap. 9.*

(2) *Ley Ex. contracta, ff. de Re*

judicat. Avenas. tit. De las excepciones, n. 24. *Rodrig. de Execucion. cap. 4. n. 12.* *Casex. tit. 3. disp. 1.* *Parlador. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 1. n. 1. al 9.*

re. lmente) se le ha de executar solamente por su importe; y si la acepto sin esta qualidad, puede ser executado *ultra vires hereditarias*, aunque diga que no alcanza para la satisfacion del debito. (1) Acerca de lo qual veaslo explicado en el cap. 14. de mi primera parte num. 3. al 5. y en el cap. 1. num. 44. del libro primero de ésta.

66 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por éste, se puede despachar exencion contra él por su importe; pero no puede ser compelido à hacer el reconocimiento sino quiere, porque es iniquo obligar al sucesor à que jure de hecho, y lo que no ha visto escribir, ni firmar, ni tal vez tiene noticia de ello, como lo dice el §. 2. de la ley *Marcellus 11. ff. de Rerum amatorum actio- ne*, ibi: *Jurare autem tam vir, quam uxor cogetur: Pater autem jurare non cogitur; cum iniquum sit de alieno facto alium jurare; is ergo cogitur jurare, qui amovisse dicitur, & idcirco neque heres ejus, qui, quod amovisse dicitur, jurare cogetur.* (2) pues puede ser suplantado, para lo que no faltan perfectos imitadores de letras, que debian ser severamente castigados. Por lo que no reconociendolo en la forma expuesta, deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su credito, pues no debe despacharse execucion contra el heredero, hasta que se executorie el plecto, por no ser executivo el vale no reconocido.

67 Habiendo dos, ó mas herederos del deudor, ha de ser executado cada uno à prorrata de su haber, y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos; de modo que aunque éste los hubiese obligado, ó alguno no tenga de que pagar su quota, no se debe exigir de los coherederos, à excepcion de que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entonces, como la obligacion sigue la hipoteca, y es individa, è inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder *in solidum* contra el que la posea, ya sea heredero, ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion, ni division, que dan-

(1) Leyes 10. 11. y 12. tit. 6. y Ley 7. tit. 19. Partida 6. Casiv. disp. 9. dicha, n. 13. y n. fin.

(2) Rodrig. de Execution. cap. 1.

artic. 2. n. 14. Accev. en la ley 6. tit. 11. lib. 4. Recop. n. 16. Partida. lib. 2. part. 1. cap. ultima. §. 5. num. 9.

dandole el regreso, ó repeticion contra los demás partícipes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el *emphiteusi*, y censo consignativo por los réditos vencidos; sobre lo qual (que es corriente en la práctica) veanse los Autores. (1)

68 Tambien puede ser executado el hijo mejorado en tercio, y quinto, por las deudas de la herencia paterna, materna, ó abolenga à prorrata de la parte que conste haberle tocado en ella. Lo qual procede, ya parezcan al tiempo de la particion, ó despues, y la mejora sea hecha en cosa cierta, ó incierta de los bienes del mejorante, pues está obligado à su proporcional solucion, (2) como con legal apoyo he sentado en el cap. 1. §. 5. num. 77. de mi primera parte, sobre cuya inteligencia vease à *Rodrig. de Execut. cap. 4. ex num. 19. al 22.* y à los Autores que cita.

69 Se puede practicar lo expuesto en el número inmediato en cinco casos: el primero, quando acepta la herencia, y se le adjudican ésta, y la mejora; el segundo, quando repudia la herencia, y acepta la mejora, y los acreedores tratan de executarle, pues entonces se conceptúa como heredero, y puede ser reconocido à prorrata, sin que preceda excusion en los herederos; cuyos dos casos son los de la ley 21. de Toro; el tercero, quando se pide simultaneamente la execucion contra los herederos, y el mejorado; el quarto, quando se trata de conventir al sucesor del mayorazgo por el debito à que sus bienes están obligados, ya provenga éste desde su institucion, ó se haya impuesto el censo, ó gravamen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido; pues aunque el poseedor no haya heredado al instituyente, puede ser executado por los réditos; ó pensiones del censo, à cuya responsabilidad por la especial hipoteca están ligados, y sujetos; y el quinto, quando se intenta solamente la accion contra el sucesor en el mayorazgo, y no proporcionalmente contra él, y los herederos del fundador à un

(1) Perilador. lib. 2. cap. fin. drig. dicho cap. 4. n. 13. y 14. al 18. part. 4. §. 1. n. 11. hasta el fin. Ro-

(2) Ley 5. tit. 6. lib. 5. Recop.

un propio tiempo. (que es lo que se debe hacer , como mas seguro) en cuyo caso se ha de continuar sin embargo la via executiva , para evitar el circulo dilatatorio , y perjudicial de demandar primero à éstos , pues se debe proceder , atendida la verdad del hecho , lo qual basta para compelerle à pagar. Cuyos cinco casos trae *Noguerol*, allegar. 4. num. 57. al 71. en donde los podrá ver con mas extension el aplicado , porque son prácticos , y acaecen con frecuencia.

70. No solo pueden ser executados los herederos expresamente instituidos , sino los que en su lugar poseen la herencia del deudor ; (que llaman herederos *Anomalos*) y son el fideicomisario universal , el legatario de todos los bienes , el Fisco , que sucedió en los del delincente , ò del que falleció sin dexar parientes , el Monasterio , ò Convento por los que obtuvo en representacion del Religioso , y los testamentarios universales , à quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ; ò en otros fines ; (1) pues estos hacen veces de herederos , y están obligados à satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen , porque es responsable à ellas.

71. Se puede proceder executivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa , ya estuviere el pleito pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion Real , ò dominio , ò sobre la personal. Y aun quando se hubiese enagenado à Clerigo despues de incoado el pleito , puede el Juez secular proceder contra él , y executar en ella la sentencia , hasta que sea efectivo el pago , porque à qualquiera parte , ò persona à donde vaya , lleva el gravamen con que está ligada , mientras no se liberte. (2) Y del mismo modo se puede proceder contra el que en instrumento público se obligó à hacer alguna cosa , y no la executó , pues pasado el tiempo prefinido , se le puede executar por la verdadera estimacion del hecho , (3) porque sucede la obligacion à ésta

(1) Ley Regulariter , ff. y ley fin. Cod. de Hereditat. petition. *Rodrig.* de Execut. cap. 4. dicho n. 23. y 24. *Parlador.* lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 2. n. 1. al 3.

(2) Sr. Saig. de Reg. part. 4.

cap. 8. n. 110. y 168. Sr. Valenz. consil. 19. num. 41. *Carley.* tit. 3. disp. 11. n. 2. *Noguerol* alleg. 29. n. 239.

(3) *Parlador.* lib. 1. cap. 6. §. 2. per tot.

despues de la mora en la execucion de lo prometido ; de lo qual trata con distincion de casos *Correjal de Judic.* tit. 3. disp. 3. à quien puede ver el Legista para su mayor instruccion.

72. La muger casada puede ser executada por la mitad de las deudas , que durante su matrimonio contrajo juntamente con su marido , ò éste solo , en quanto alcance su mitad de gananciales , y no mas : y si ambos se obligaron por el todo *in solidum* , se la puede pedir toda la deuda hasta en su importe ; mas no , si los renunció al tiempo , ò antes de casarse , ò despues de casada. (1) Pero esto se limita quando el marido se constituyó fiador de otro , y por la insolvencia de éste pagó por él ; pues respecto no estar obligada à la fianza segun derecho , tampoco lo estará la mitad de sus gananciales ; (2) bien que esto no lo tengo por tan corriente como sienta *Rodriguez* , porque la muger no adquiere dominio perfecto en los gananciales , hasta que su marido muere , y solo podrá repetir contra la parte de éste por la mitad de los exigidos à consecuencia de la fianza , disuelto que sea el matrimonio ; pero no contra el que lo compró.

73. Habiendose despachado executoria contra ella antes de contraer matrimonio , se puede hacer execucion despues de contraido , en sus bienes , aunque sean dotales , si carece de otros , citando previamente à su marido ; (3) porque el importe de lo que debia no era suyo , ni pudo haberlo entregado à éste por dote. Igualmente debe ser executada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos , habidos en su anterior matrimonio , pues por legal ministerio están obligados à su solucion , y tambien los de su actual marido. (4)

Del

(1) Ley 14 tit. 20. lib. 3. del Fuero Real , y ley 6. tit. 9. lib. 5. Recop. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 3. *Parlador* dicho §. 2. y part. 4. n. 4. *Rodrig.* dicho cap. 4. n. 29.

(2) Ley 7. tit. 3. lib. 5. Recop. y en ella *Mateuz.* glos. 1. n. 2. y en la 3. glos. 7. n. 3. tit. 9. *Rodrig.* libi vers. *Fuente tamen.*

(3) *Menoch.* de Arbitr. lib. 2. cas. 123. y 125. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 231. *Giurb.* ad *Consuetudin.* cap. 1. glos. 9. n. 7.

(4) Ley Si mater , Cod. In quibus causis pignus , vel hypotheca , leyes 23. y 25. tit. 13. *Partid.* 5. y ley 5. al fin. tit. 16. *Partid.* 6.

74. Del mismo modo se puede proceder executivamente contra el socio obligado por las deudas de la sociedad, el qual tiene facultad de pagarlas de los bienes de ésta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los socios; más no el importe de las que contrajo en su privativa utilidad, porque á estas son responsables únicamente los suyos propios. (1)

75. El deudor del principal deudor puede ser executado por el acreedor privado personal, con tal que para ello concurren copalativamente tres circunstancias: La primera, que aquel confiese el débito, ó por otro medio legal conste que es deudor del deudor principal. La segunda, que éste sea condenado á su solución. Y la tercera, que á consecuencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga, ó no alcancen para el total pago, y no en otros terminos. (2) Pero si el Fisco es el acreedor, puede executarle en tres casos, que explicará en el cap. 3. de este libro, num. 82, sin que concurrán todas las referidas circunstancias.

76. Sucien muchas veces los deudores para mayor seguridad de lo que reciben al fiado, dar fiadores que los ahomeu: y porque el Escribano deseará saber si los acreedores padrán pedir á estos sus creditos, sin hacer excusion en los bienes de aquellos; para que se instruya de lo que es excusion, y en que casos es necesario que preceda, digo que la excusion es un juicio en el qual se averiguan exaéta, y diligentemente las facultades del principal deudor, á fin de que si está insolvente en todo, ó parte, pida el acreedor repetir por lo que no pague, contra los fiadores, é secundariamente obligados. (3) Es necesaria la excusion en los siguientes casos: el primero, quando el principal deudor está presente, (4) excepto que renuncie como pue-

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

(2) S. Saig ubi proxime, n. 147. y de Ruzic part. 2. cap. 29. Sr. Oña de Casion, tit. 4. quest. 4. n. 9. Gutier. de Gabeli. quest. 104. n. 18. Noguea. allegat. 4. n. 76. y alleg. 35. num. 17.

(3) Ley Decem. ff. de Verbor. obligat. ley Moschis, ff. de Jure liti, y ley 1. Cod. de His que in fraud. creditor.

(4) Authent. Presente tamen, Cod. de Fidejussorib. y ley 9. tit. 29. Partid. 5.

de, este beneficio; (4) pero es de advertir lo uno, que al fiador de indemnidad no perjudica su renunciacion, (2) porque este fiador es el que se obliga á pagar el debito quando el deudor no tenga con que satisfacerlo. (3) por lo que el que constituye obligacion de pagar á cierto día, en caso de no practicarlo el principal obligado, no es fiador de indemnidad. (4) Y lo otro que los fiadores de los Jueces, Tutores, y demás á quienes la ley obliga á afianzar, no deben ser compelidos á renunciar el beneficio de la excusion, porque al modo que á nadie está prohibido renunciar lo que le es propicio: (5) del mismo modo no se le debe compeler á renunciarlo contra su voluntad. (6) El caso segundo es, quando la finca hipotecada está en poder de tercero poseedor; pues entonces no puede ser reconvenido este regularmente, sin que se haga la excusion en el principal. (7) aunque sea por dote; (8) bien que acerca de esto vease lo que diré en el num. 84. al 86. El tercero, quando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. (9) El quarto quando, el padre enagenó los bienes que tocaban á sus hijos por su madre, pues éstos han de hacer previa excusion en los paternos, para reconvenir al que postea los maternos enagenados. (10) El quinto, quando el heredero gravado á restituir el sobrante de la herencia, está obligado á reservar para el fideicomisario á lo menos la quarta parte, pues aunque no se la

(1) Glos. in Authent. de Fidejussorib. §. Si quis igitur, & ibi DD. Doñ. regul. 235. limit. 6. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 7. num. 5. al 7.

(2) Bart. in leg. 1. Cod. de Conven. fact. debitor. lib. 10. Bald. in dist. Authent. Presente. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. exp. 23. Carlew. in Apologia ad decisio. 79. num. 9.

(3) Parador. lib. 2. h. 10.

(4) Ley Fidejussor. obligari, §. fin. ff. de Fidejussorib. & ibi glos.

(5) Ley Si quis in conscribendo 19. Cod. de Pact.

(6) Ley Invitum, Cod. de Con-

trahend. emptio. y ley Nec emere Cod. de Jure delictorand.

(7) Authent. Hoc si debitor, Cod. de Pignori. y ley 14. tit. 23. Partid. 5.

(8) Glos. in leg. Ubi ahen. Cod. de Jur. dot. Palac. Rub. in cap. Per vestras, §. 24. Sr. Greg. Lop. en la ley 15. tit. 13. Partid. 5.

(9) Los tit. Cod. y ff. de His que in fraudem creditor. y §. Item Si quis in fraudem, Institut. de Actio. n. 67.

(10) Ley 24. tit. 13. Partid. 5. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 5. Garcia de Espens. cap. 13. n. 45.

la reserve, no puede repetir éste contra los compradores de los bienes de ella, à menos que haga excusion en los del gravado. (1) Y el sexto, quando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo. (2) En quanto à los medios, y modos de hacer la excusion, y acreditarla en Juicio, vease à *Parador. lib. 2. cap. fin. parti. 4. §. 7. n. 18. y 19.* pues por incumbir al Juez, y no al Escribano, omito explicarlo; advirtiendo que en un mismo libelo, y juicio se puede intentar, y seguir la causa hipotecaria, y la de excusion. (3)

77 En los casos explicados con legales apoyos en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 127. al 129. *inclusive*: en el de que el deudor verdadero no pueda ser convenido con facilidad por razon de su persona, ò del lugar, ò privilegio; y en el de que el fiador se haya obligado con juramento à satisfacer la deuda, consintiendo ser reconvenido antes que el principal obligado, se puede dirigir la accion executiva contra el mismo fiador, sin hacer excusion en los bienes del deudor. (4)

78 Lo mismo puede practicarse quando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad pública, y buena fé que éstos deben tener, y observar para con el Público: Y quando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion, y perjuicio del acreedor; en cuyo caso se le reputa insolvente, y éste no tiene obligacion de esperar, ni de recibir sus bienes *in solutum* por la tasa, antes bien puede repetir contra su fiador. (5) Y se previene que la sentencia dada contra el deudor principal,

(1) Authent. *Contra eum rogatus*, Cod. ad Trebellian. Jason in §. Si quis in fraudem, etc.

(2) Bart. in tractat. de Excusionibus, in fin.

(3) *Idem* in leg. *Com testamento*, Cod. de Testamento, insummissio. Alex. consil. 15. vol. 6. Public. Rub. in leg. 83. Tauri, n. 47. Sr. Greg. Lop. in leg. 14. lit. 13. Partid. 5. Pa-

ris consil. 30. n. 46. lib. 1. Parador. lib. 2. n. 22.

(4) Gom. lib. 2. Var. cap. 13. n. 12. *vera. Quinto limita*; Rodrig. de Execution. dicho cap. 4. num. 30. al 44. Parador dicho lib. 2. cap. fin. parti. 4. y §. 7.

(5) Gom. *lib. 2. var. Quarto limita*, y *vera. Octavo limita*.

pal, se puede executar sin que intervenga citacion, nuevo juicio, ni proceso, contra su fiador; (1) pero esto se entiende contra el fiador *de judicatum solvendo*, mas no contra el de contrato, ni el de *judicio sissi*, como afirman los Autores, (2) porque aquella fianza se dirige à pagar lo que se juzgare, y sentenciare contra el principal deudor, y éstas no. Advirtiendo que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor à que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, y à prorrata à los confideyosores, y hasta que se lo dé no debe ser compelido à pagarle, aunque está condenado à ello por executoria, y si admitirse esta excepcion en la execucion de la sentencia. En quanto à si el fiador, ò correo, ò mancomunado que pagó toda la deuda, podrá con el lasto de el acreedor repetir contra cada uno de los demás confideyosores, ò mancomunados por el todo de ella, ò à prorrata, baxada su parte; vease à *Parador. lib. 2. cap. fin. parti. 4. §. 6. y al Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 5. quest. 5.* que lo traen bien, y yo lo toqué de paso en el cap. 4. de mi primera parte adicionada n. 154.

79 Por las deudas del Concejo se debe hacer execucion en sus Propios. Lo qual parece se debe entender, quando se convirtieron en su utilidad, y el Ayuntamiento las contrato en su nombre; mas no si los individuos de él se obligaron en el suyo, ò no se convirtieron en utilidad de aquél. (3) Sobre lo qual vease à *Rodrig. de Execut. cap. 4. num. 31. al 35.* que controvirtiendo este punto, afirma con varios Autores, que ya se conviertan, ò no en utilidad del Concejo, se ha de dirigir la accion contra sus Propios, y no contra los de los que lo representan, porque no se obligan como personas privadas, sino como individuos de él, y en su nombre; y que si los individuos del Ayuntamiento obligan los bienes del Pueblo, y de sus vecinos, y éstos lo consenten, ò hay costumbre de que puedan obligarlos en defec-

(1) Ley Si quis pro eo, §. Si numeros ff. de Fidejussorib. Gom. lib. 2.

Var. cap. 13. n. 1. & ibi Aillon n. 2.

(2) *Cartes. de Judic. c. 1. disp. n. 318.* Aillon ad Gom. lib. 2. Var.

cap. 13. num. 2. y otros muchos que cita.

(3) Ley Civitas 27. ff. de Rebus credit. ley Si is, qui 1. ff. de Fignor.

fecto de Propios del Pueblo, quedarán obligados á prorrateo, y podrán ser executados; y así se observa.

80 No há lugar la execucion contra el comprador de la herencia, á menos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor: ni contra el donatario, excepto que el donante ningún otro heredero haya dexado, pues entonces se reputa universal, porque en él se refundea todos los bienes. Acerca de lo qual vease al *Sr. Salg. part. 2. Labir. cap. 26. per tot.* en donde trata del donante, y vendedor de sus bienes con condicion de pagar á sus acreedores, ó sin ella; y de quando se ha de convalidar al comprador, y donatario; y al *Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 3. quest. 9. num. 26.* y á los que cita.

81 Contra el usufructuario singular no há lugar tampoco, pero sí contra el universal: bien entendido, que la execucion se ha de pedir contra los bienes, y heredero propietario, con él qual, y con el usufructuario se debe seguir, y substanciar, porque se trata del perjuicio de ambos; (1) aunque el *Sr. Salg.* en su *Labir. part. 1. cap. 2. §. unico. n. 5.* dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario, sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente á éste todas las acciones activas, y pasivas del instituyente, y sucede en ellas.

82 Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no há lugar execucion contra él, ni sus bienes, á menos que no manifieste los de éste; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se pone en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye, è impide el uso de la executiva, hasta que se verifique el alcance líquido: excepto que se obligue en su propio nombre. (2) Y si el menor no tiene curador, se le debe proveer de él, para seguir el pleito, nombrandolo él en caso de haber entra-

(1) Parador. lib. 2. part. 4. cap. fin. §. 3. n. 6. *Sr. Covar.* lib. 2. Var. cap. 2. num. 4. *Rodrig.* dicho cap. 4. n. 25. y 26.

(2) *Ley 17. tit. 16. Partid. 6. ley 3. non scriptis.* *Cod. y ley 3. ff. de Administrat. tutor.* *ley Si se non ob-*

tulit. §. Tutor quoque, ff. de Re iudicat. y *ley 1. al princip.* *Cod. Quando ex facto tutor.* *Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 23. Baez. de Decim. tutor. cap. 2. n. 108.* *Rodrig.* ibi, n. 30. *Parador.* ibi, §. 3. n. 1. y 2.

trado en la pubertad, ó el Juez, si se resistiere á nombrarlo, ó el que elija no admitiere el encargo, (1) por escusa legitima que le exima. Pero acabada la tutela, no habrá lugar la execucion contra los fiadores del tutor por las cosas que éste de su espontanea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio, y obligacion nueva, á que aquellos no se constituyeron responsables, por no estar obligados fuera del tiempo de la tutela; lo que será al contrario antes de espirar ésta. (2)

83 Lo propio milita para con los Administradores, Factores, y Procuradores, que como tales se obligan por sus principales: pues se puede proceder contra ellos, durante su encargo, y no despues, porque en el instante que cesaron en él, espiró su obligacion, aunque no la de éstos. (3) Y se previene, que si el tutor fuere condenado por sí, y como tal, y quisiere parecer despues en juicio, puede ser repellido, y oponersele la excepcion de cosa juzgada, como dice el *Sr. Salg. de Reg. protect. part. 4. cap. 8. num. 283.*

84 En quanto á si habrá, ó no lugar la execucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados: (no llamo aqui tercero poseedor, ni trato del que es heredero, ó sucesor del deudor, contra el qual compete principalmente el derecho executivo por el todo, ó parte, aunque intermedien muchos poseedores, y sucesores, sino del que hubo sus bienes por titulo de venta, donacion, ú otro singular,) digo que no, regularmente hablando, ya se pretenda por cosa juzgada, ú otro instrumento que la traiga aparejada, y sea anterior al de el tercero; y ya se proceda por accion Real, ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal, y sus fiadores, hacerse excusion en sus bienes, y luego seguirse con el tercero en via ordinaria, hasta que por

(1) *Ley Non Ideo.* *Cod. de Procurator.* *ley Clarum.* *Cod. de Auctoritat. prestand.* *ley 1. Cod. Qui petant tutores.* y *ley 3. ff. eod. tit.* *Parador.* ibi, §. 4. n. 1. 214.

(2) *Ley Lucius 47. §. Paulus.* ff. de Administr. tutor. *ley Si postea.* ff.

Rem pupilli Saivam fore. y *ley fin. Cod. de Pericul. tutor.* *Parador.* dicho lib. 2. y §. 22. *limit. 7. n. 98.* y 99. *cap. fin. part. 2.*

(3) *Ley fin. ff. de Institor. action.* *ley Procurator qui.* ff. de Procurator. *Parador.* dicho §. 3. n. 3. y 4.

por executoria se anule el título con que posee, y revoque la enagenacion en él hecha: (1) y le basta probar su posesion, sin necesidad de presentar el título con que posee, porque de la posesion se presume, y así es suficiente que lo alegue; y en otros términos no debe ser demandado.

85 Dixe regularmente hablando, porque así como toda regla general tiene su excepcion que constituye regla en contrario segun derecho: (2) así tambien de ésta se exceptúan trece casos en los quales se puede proceder executivamente contra el tercero poseedor, citandole precisamente para todas las diligencias executivas, porque se trata de su interés, y no de otra suerte, sin ser necesario hacer excusion en los bienes del principal, ni citarlo aunque haya algo que liquide, pues basta hacer la liquidacion con el tercero; (3) de cuyos casos el primero, es, quando la alhaja que posee se halla hipotecada especialmente a la deuda, pues la obligacion es madre de la accion, ò inseparable de la hipoteca, hasta que se extingue la deuda a que está afectada. (4) El segundo, quando la posee con título evidentemente nulo; y en cuyo caso, y no en otro se admite la excepcion de nulidad, como notoria, para poder seguir la execucion. (5) El tercero, quando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo *ipso jure*: mas no siendo fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe rescindir, ò suplir su justo precio, por el engaño que en él hubo, y esto ha de ser en via ordinaria. (6) El quarto,

(1) Leyes 1. y 3. tit. 17. Partid. 3. leyes 7. 14. y 28. tit. 12. Partid. 5. y ley 1. y todo el tit. Cod. Quibus res iudicata non nocet; ley 2. de p. ff. de Re iudicat. ley Nam postea 9. §. fin. ff. de Jurejurandi. ley 1. §. 1. ff. de Litigios. Parador. dicha part. 4. §. 5. n. 1. al 3. y n. 20. y fin. Rodrig. dicho cap. 4. num. 45. y 46. Carlew. tit. 3. disp. 11. n. 1.

(2) Ley Nam, quod liquide 4. §. ult. ff. de Peno legat. ley Quisition 12. §. Item responsal: vers. Denique, Nerauius, ff. de Fundo instruct.

(3) Parador. dicho §. 5. n. 18. y

19. y otros que citó.

(4) Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 7. n. 7. Gaspar Rodrig. de Reditib. lib. 2. quest. 9. n. 62. Cencio de Censib. part. 2. quest. 5. artic. 9. n. 20. Sr. Saig. part. 1. Labir cap. 17. n. 44.

(5) Giurb. observat. 80. Nogueuel allegat. 3. num. 19. Hermosill. en la ley 46. tit. 5. Partid. 5. glos. 7. n. 7. Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 8. Parador. lib. 2. part. 4. y §. 5. dichos, num. 4.

(6) Parador. ibi n. 10. y 11. Giurb. observat. cit. Señor Olea de Cesion. tit. 4. quest. 3. n. 10.

to, quando el deudor se obligó a no enagenarla, sino con el gravamen del débito, hipotecandola tambien a la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió, ò enagenó sin aquel; pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, segun he sentado en el capitulo 4. de mi primea parte, §. 4. num. 89. y cap. 5. num. 31. mas no si faltó el pacto, pues entonces debe preceder la excusion en los bienes del principal obligado, y despues seguirse via ordinaria contra el tercero. (1) El quinto, quando el deudor enagenó los bienes, pues antes de su tradicion, ò posesion real verdadera, ò ficta, se puede trabar en ellos la execucion, porque hasta que se entregan al tercero no se constituye dueño, ni verdadero poseedor; (2) excepto en las deudas, y acciones, en que con solo el título, y enagenacion, y sin necesidad de cesion se le transfere su dominio. (3) El sexto, quando el tercero tiene en mutuo, comodato, ò deposito la alhaja hipotecada, porque la posee en nombre del deudor, y no en el suyo; y así la sentencia en que se condena a éste, se ha de executar con su citacion en la alhaja contra el que la posee; (4) y lo mismo se entiende quando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado a pasar por el arrendamiento, (5) ni la accion personal del conductor impide el uso real de la enagenacion de la cosa locada; bien que los frutos pendientes son suyos. (6) Pero si en la Escritura de locacion anterior a la obligacion hipotecaria se

(1) Ley Si creditor, §. fin. ff. de Distraccion. pignor. y ley fin. tit. 5. Partid. 5. Rodrig. dicho cap. 4. n. 47. al 51. Gutier. in leg. Nemo potest, ff. de legat. 1. n. 35. y 38. Parador. ibi n. 10. al 19. Sr. Olea tit. 1. quest. 1. num. 76. vers. Sed circa; Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 12. n. 62.

(2) Ley 14. tit. 13. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en las dos limitaciones de su glos. 5. Cancor. part. 1. Var. cap. 13. n. 23. y cap. 17. n. 41. Barbosa. in leg. Maritum, ff. Solut. matrimon. n. 85.

(3) Autores ultimam; nte cit. Gom.

pac. lib. 2. Var. cap. 2. n. 6. Scacia de Commerc. §. 2. glos. 5. n. 28.

(4) Ley Licet, §. Rei deposita, ff. Depositi, ley A Divo Pio, ff. de Re iudicat. glos. in Authent. de Fideiussarib. §. Sed neque debitorem, col. lic. 1. Rodrig. dicho cap. 4. n. 55. Parador dicho §. 5. n. 10.

(5) Ley Officium, ff. de Reivindicacion. ley Certa, ff. de Precar. y ley Empor; Cod. de Locato. Parador. ibi n. 13.

(6) Cur. Philipp. part. 2. §. 11. num. 4.

pacífate que durante el tiempo de ella no se ha de poder gravar, ni enagenar la alhaja, y la hipotecáre à la observancia de este pacto, habrá lugar la execucion en la alhaja, y en sus pensiones, y hasta que espire el arrendamiento no podrá ser despojado el conductor, como senté en el cap. 6. de mi primera parte num. 29. al fin. El septimo, quando la muger contrajo la deuda antes de casarse; pues se puede proceder subsidiariamente por su importe contra sus bienes dotales, y contra su marido, que los posee en su nombre, en defecto de los parafernales, y de otros extradotales, por no ser justo que por haberse casado defraude à sus acreedores; (1) pero por el débito legitimamente contraido mientras están casados, no se puede proceder contra sus frutos, porque pertenecen al marido para ayuda à superar las cargas matrimoniales; (2) ni tampoco en los bienes dotales, ni en sus frutos por la deuda contraida durante matrimonio, aunque sí en los parafernales. (3) El octavo, quando el deudor enagenó la finca despues de executada, pues se puede continuar en ella la execucion, por haber sido dolosa su enagenacion. (4) El noveno, quando el tercero adquirió la alhaja litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio, ó quasi dominio, ó por accion personal despues de la contestacion, por ser fraudulenta, y hecha con dolo su enagenacion. (5) Lo qual se presume quando se hizo à conjunta persona; ó no se recibió el dinero; ó no consta de su paga sino por confesion del enagenante; ó el deudor enagenó todos, ó la mayor parte de sus bienes, pendiente el pleito, de modo que no dexó con que pagar. (6) El decimo, quando el acreedor tiene accion

(1) Sr. Cast. de Alim. cap. 66. Lara de Vitz homia. cap. 22. Carlev. tit. 3. disp. 19. n. 9. Ciriac. controvers. 37.

(2) Ley Dotis fructus, ff. y ley Pro oneribus, Cod. de jure dot.

(3) Carlev. disp. 19. dicha, n. 12. y sig. Amat. Var. tom. 1. resolut. 45. n. 24.

(4) Nogueroi allegat. 29. n. 208. Parlador, ibi n. 13. y 14.

(5) Sr. Valdez. consil. 19. n. 41. Sr. Saiz. de Reg. part. 4. cap. 8.

num. Carlev. disp. 11. dicha num. 2. Parlador, dicho §. 5. n. 6. al 9. Rodrigo, dicho cap. 4. n. 52.

(6) Surd. consil. 533. num. 5. Sr. Covar. Pract. cap. 15. num. 7. Giurb. de re 62. n. 5. Cancr. lib. 3. Va. cap. 17. n. 461. 462. y 466. Guiteri. de juram. contram. part. 1. cap. 23. n. penult. y fin.

real, y el deudor hizo cesion de bienes; ó él, ó estos están ausentes de aquella jurisdiccion; ó aunque presentes, no pueden ser convenidos; ó es notorio que no puede pagari en cuyos casos basta acreditar la excusion en el principal, para repetir contra el tercero, aunque no intervenga dolo, ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es menester no solo hacer la excusion en sus bienes, sino probar haber sido dolosa la enagenacion. (1) El undecimo, quando el deudor entregó al acreedor la prenda, ó hipoteca, ó le dió su posesion real, ó ficta, constituyendose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó. (2) El duodécimo, quando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer excusion en los demás bienes de éste para executar à el suyo. (3) Y el decimotercio por débitos reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal, ó heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion, ó otro los bienes de éste, puede el fisco usar contra él como su poseedor de la via executiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento, ó contrato de conduccion, y locacion con el Rey: y esto se entiende, ya estén especial, ó generalmente obligados, respecto no distinguir la ley; lo qual se prueba del cap. 11. de la 27. tit. 11. lib. 9. Recop. que dice: *El derecho de la via executiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucedieren en los bienes obligados por compra, donacion, ó herencia, ó por otro qualquier título.* Pero no se amplia su disposicion à otros casos fuera del de conduccion de Rentas Reales, como afirma Nogueroi alleg. 33. n. 69. y sig. sobre cuya inteligencia, vease à Carlev. y Boler. (4) Y

(1) Ciriac. controvers. 5. 120. y 388. Señor Olea de Calion. tit. 6. quest. 11. Sr. Castill. lib. 5. Controvers. cap. 89. n. 124. Sr. Molina de Primogen. lib. 4. cap. 1. n. 39. Veia dissert. 20. num. 4. y 16. Rodrig. de Realditib. lib. 2. quest. 9. n. 51.

(2) Ley 14. tit. 13. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en ella glos. 5. liam. 1.

(3) Rodrig. de Execucion. c. 4. n. 55. 388. Señor Olea de Calion. tit. 6. y glos. 5. vers. *Tertio limita*: Alex. consil. 15. vol. 6. Neguano de Pignorib. memb. 1. part. 8. num. 19. Rodrig. cap. 4. dicho, n. 54.

(4) Carlev. tit. 3. disp. 11. cit. num. 6. Boler. de Decofition. tit. 5. quest. 28. n. 14. y 15.

Y acerca de los casos referidos, y otros, al Sr. *Greg. Lop. en la glos. 5. de la ley 14. tit. 13. Part. 5.* que trae diez y ocho.

86 Para que el acreedor pueda proceder executivamente contra el tercero poseedor, es preciso que éste tenga título, ó causa del deudor, contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de executar. Y se dice, y entendiéndose tener título suyo, no solo quando hubo la alhaja de él mismo, sino de otro, ò otros que de él la hubieron: por lo que justificándose que el deudor la poseía al tiempo que contrajo la obligación, se presume que el tercero tiene título, ó causa suya, y se puede proceder contra él, aunque se hayan pasado muchos años, y mediado diversos poseedores, (1) y reconvenirle en el lugar, y fuero que al deudor principal, porque *ipso jure* se le transfirió la hipoteca con este gravamen. (2) Y se previene lo primero, que quando há lugar la execucion contra el tercero poseedor, no debe oponer como tal otras excepciones que las que competían al deudor principal en cuyo lugar se subrogó, porque el que sucede en él de alguno, debe usar de el mismo derecho que éste, el qual no puede transferirle mas que el que tiene; (3) pero podrá usar de las que por su propia persona, ó por otra le sufraganen. Y lo segundo, que si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es Clérigo; basta citar solamente al deudor. (4)

87 Fundados algunos Autores en dos textos civiles, (5) afirman que el tercero que posee con justo título, y buena fé los bienes hipotecados á la seguridad del censo, puede prescribir su hipoteca por tiempo de diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes, contandose la prescripción desde el en que se dexaron de pagar los réditos.

Yo

(1) Barbosa. vot. 97. n. 40. Señor Olea tit. 1. quest. 1. n. 76. Sr. Larrea alleg. 43. n. 21. Rodríguez. cap. 4. cit. n. fin. Paríador. dicho §. 5. n. penult. y fin. Cariev. disput. 11. dicha.

(2) Nogueroal alleg. 14. n. 4. Cancr. lib. 2. Var. cap. 2. n. 189.

(3) Ley Qui in jus, y ley Allud,

§. fin. ff. de Reg. jur. regla Qui in jus, mod. tit. lib. 6. y ley Nemo potest, ff. mod. tit. Paríador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 59.

(4) Sr. Valenzuel. consil. 116. Nogueroal alleg. 3. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 14. n. 59.

(5) Leyes 1. y 2. Cod. Si adversus prescriptionem.

Yo vedero su dictamen; pero no me adhiero á él por las razones expuestas en el c. 4. n. 76. y en el 5. n. 43. de mi primera parte, en donde refiero la executoria del Consejo, por la qual se declaró lo contrario en el pleito del Marqués de Santo Floro con la Villa de Estremera, y para el pago de principal, y réditos se vendió un molino harinero, que era una de las hipotecas, y lo poseía Don Josef Genaro de Salazar menor, á quien se dió lasto contra la Villa; y lo he visto practicar otras veces: sobre lo qual vease á *Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 15. y 16.* que lo trata con mas diffusion.

88 En el cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 54. traté (bien que laconicamente) de las clases, ó especies de bienes que hay, y ofrecí tratar de ellas en este con extension; pero antes de proceder á explicar en cuáles se pueden trabar, ó no la execucion, debo sentar para radical instrucción del Escribano principiante, que los bienes se dividen en muebles, y semovientes; en raices, y en derechos, y acciones. Muebles, y semovientes son los que segun su naturaleza, y sin deshacer su forma, se mueven por sí mismos, y pueden ser movidos; y raices, los que ni se mueven, ni pueden ser movidos. (1)

89 Son tambien raices los alfolies, graneros, y horreos, de que usan en Asturias; y las cubas, tinajas, y otras cosas semejantes, que por ser grandes no se pueden mover, ó aunque se pueda, están metidas en la tierra; mas no, sino lo están, y se pueden mover sin deshacer su forma. (2) Lo mismo sucede con las tejas, ladrillos, piedra, maderas, puertas, ventanas, llaves, cerrojos, y demás cosas metidas en la fábrica de la casa, ó edificio, ó quitadas para bolverlas á meter; y con el molino, sus rodezños, muelas, y demás aperos tocantes á su edificio, hallandose puestos en él, ó quitados para bolverlos á poner, porque todas estas cosas como son de la casa, y molino, y se contemplan parte precisa de ellos, siguen su natu-

(1) Ley Moventium, ff. de Verb. part. 5. cap. fin. §. 3. n. 7 y 8. significat. ley 2. tit. 17. Partida. 5. (2) Ley 29. tit. 5. Partida. 5. Hervey 4. tit. 29. Partida. 3. y ley 10. moñá en ella glos. 1. Paríador. ubi tit. 33. Partida. 7. Paríador. lib. 1. proxima, n. 9. y 10.

turaliza; pero si no se hallan puestas, aunque estén preparadas para este efecto; o si se quitaron con ánimo de no ponerse, se gradúan por muebles. (1)

90. Se estiman igualmente por bienes raíces los colmenares de abejas, palomares, y estanques de pescados, estando incorporados, ó metidos en la tierra; y por muebles, si se hallan separados, y son movibles; o quando se mencionan solamente las abejas, palomas, y pescado. (2) El hato de ganado, si se considera con el sitio en que esta, se tiene por alhaja raíz; y si separado de éste, por semoviente. (3) Lo propio milita para con los frutos, los quales estando pendientes en los arboles, viñas, olivos, y heredades que los producen, son parte del fundo, por lo que se reputan por raíces; y si están cogidos, y separados de ellas, por muebles. (4)

91. Los derechos, y acciones de mero derecho constituyen tercera especie de bienes, y por no hallarse declarados en él se graduarán por muebles, ó raíces, segun la clase á que competan, y sea preciso computarlos; (5) y asi las deudas se contemplan muebles, porque miran principalmente á la persona, siempre la siguen, (6) y en ellas se puede hacer execucion en defecto de otros bienes, con tal que el deudor confiese el débito, ó conste por instrumento garantido, y no de otra suerte. (7)

92. Los censos, y oficios públicos aunque sean vitalicios, y los derechos perpetuos, que pueden constituir hipoteca,

(1) Ley Ganaria, §. Tegula, y ley Fundi, §. Quæ pñcia, vers. Item quod insula, f. de Actio. empti, y ley 28. tit. 5. Partida 5. Hermosill. en esta glos. 4. y en la 29. cit. Parlador. lib. 1. n. 11.

(2) Ley 6. tit. 20. Partida 2. Hermosill. en la 50. tit. 5. Partida 5. glos. 1. n. 1. y §. Partida, dicho §. 3. n. 12. y 13.

(3) Ley 3. tit. 2. Partida 2. Hermosill. en la 15. tit. 5. Partida 5. glos. 1. n. 18.

(4) Gom. en la ley 70. de Toro, n. 29. Parlador. dicho n. 13. Sr. Co-

var. lib. 1. Var. cap. 3. y cap. 15. num. 1.

(5) Thuse. litter. B. conclus. 62. Parlador. dicho part. 5. y §. 3. n. 15. Sese. de re. 123. n. 7. Giurb. ad Consuetudinam, cap. 12. glos. 5. num. 6. y 7.

(6) Peregrin. consil. 50. num. 29. Thuse. litter. B. cit. conclus. 103. n. 25. n. 27. Giurb. ibi, n. 16.

(7) Ley A. Divo Pio 12 §. Sic quoque iudices 8. y sig. ff. de Re iudicat. & ibi Incol. Paul. Alex. y Jason. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 3. num. 43.

poteca, y admitir gravamen, son raíces, como he sentado en el citado cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 54. y en quanto á los réditos de censos, distinguen los Autores: si se trata de los anuales, y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raíces, y si de los corridos, entre los muebles; y lo mismo si lo son de censo redimible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles; (1) pero yo siempre los graduaré á todos por muebles.

93. Supuesto lo referido: para que el Escribano entienda la clausula: *hacceda conforme á derecho*: que se pone en los mandamientos executivos, digo que esta clausula tiene su tendencia á que el Alguacil no trabre la execucion en bienes que no deben ser executados. Y porque dudará quáles son, ó no exceptados, y querrá no errar, ni quedar en descubierto, digo asimismo que (regularmente hablando) se puede hacer, ó trabar execucion en todas, y en qualquiera de las tres clases de bienes expresadas, con tal que no haya legal prohibicion por especial esencion, ó privilegio que esté concedido á algunos; y de los que lo gozan, trataré con individualidad en los numeros desde el 100. al 112.

94. Se puede hacer, ó trabar la execucion en la alhaja dada á enfiteusí, dexando salvo para el Señor del dominio directo su annual pensión; pero si se concedió no para los herederos, sino para los hijos, y nietos como tales, no puede embargarse, ni venderse, ni el dominio útil, para satisfacer á los acreedores del enfiteuta, porque éste no es dueño absoluto de él sino por su vida, y de venderse, se perjudica á sus sucesores, bien que se podrán sequestrar los frutos para hacerles pago mientras viva, y despues pasará libremente al sucesor. (2)

95. Tambien se puede hacer en la sujeta á servidumbre, y venderse con ésta; y en los frutos, y comodidad que com-

(1) Felician. de Censib. lib. 2. cap. 3. n. 32. Sese. ubi supr. n. 27. Rodrig. de Reditib. lib. 1. quest. 3. n. 8. 10. y 11.

(2) Sr. Salg. Labir. part. 3. cap. 3. n. 32. Nogerol. alleg. 37. num. 60. Parlador. ibi, n. 23.

competen al usufructuario contra finca raíz de alguno; (1) y por contrato, ó delito. en los bienes castrenses y quasi castrenses del hijo que está baxo de la patria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no pertenece á su padre; mas no en la propiedad de ellos, quando le pertenece, ni tampoco en su usufructo, excepto que sea por deuda privativa de éste. (2)

95 Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciabiles, y vendibles, y compeler al deudor á que manifieste su titulo, y precedida licencia del Principe, los renuncie á favor del comprador; y no queriendo hacer la renuncia, darla el juez por hecha; porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, dan en pago á los acreedores, y aplican á los herederos del dueño en la particion de sus bienes, como diariamente se vé. Pero si no son renunciabiles, y espiran con la muerte del concesionario, no se puede hacer execucion en ellos, á menos que sea unicamente por la vida de éste; pues entonces se puede trabar en su comodidad, y frutos. (3)

97 En la jurisdiccion libre, que el deudor tiene en algun Pueblo, ó sitio, se puede hacer, y trabar la execucion igualmente que en otra qualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar, y dar *in solutum* al acreedor por el total del su débito, ó en parte de pago de él, si su precio no alcanzare á cubrirlo, porque en estos Reynos se conceptúa, y estima como alhaja patrimonial, por ser hereditaria, pero no, si está anexa á algun Principado, ó Magnate, v. gr. Duque, Conde, ó Marqués. (4)

98 Del propio modo puede trabarse en los bienes dotales de la muger, y en sus frutos por la deuda que contrato antes de casarse, porque pasan al marido con sus cargas,

(1) Leyes 8. 20. y 21. tit. 31. Partid. 3. Carlew. tit. 3. disp. 1. n. 20. y disp. 20. num. 60. Sr. Salg. ubi proxime, cap. 15. n. 31. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 70. n. 9.

(2) Carlew. tit. 3. disp. 20. num. 6. Parlador. lib. 1. n. 24. Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 8. n. 243. Gom. lib. 2.

Var. esp. 16. n. 11.

(3) Rodrig. dicho cap. 5. n. 69. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 19. n. 6. Arredañ. Respon. 38. Sr. Castill. de Usufruct. cap. 61.

(4) Señor Salg. part. 3. Libin. cap. 4. n. 68. Noguerol allegat. 36. Parlador. dicho § 3. n. 60.

gas, las quales se deben satisfacer de los del verdadero deudor; (1) pero esto se entiendo, no habiendo otros que la pertenezcan, pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la execucion, porque es justo no se irroque detrimen-to al marido que creyó tener alivio en los dotales, para superar las cargas matrimoniales. (2)

99 Lo mismo que queda sentado en orden á los frutos dotales, quando la muger contrajo el débito antes de casarse, milita, y procede despues de casada por el de su marido; ó por el que ella misma por su hecho propio, y con su licencia ha contraído, si en ésta puso la cautela y clausula expresada en el cap. 4. de mi primera parte adicionada, num. 110. cerca del fin; excepto que excedan de lo necesario para la manutencion de ambos, y de sus hijos; ó que ella no haya administrado bien los bienes de su hijo, de quien era tutora, ni tampoco su marido segundo; ó que el débito se hubiese contraído precisamente para mantener á la muger, é hijos, pues en estos tres casos se podrán executar los frutos referidos. (3)

100 Gozan de exencion, y privilegio para no ser executadas las cosas Sagradas, y Religiosas dedicadas al Culto Divino. (4) En quanto á si se puede, ó no hacer execucion en las Capillas, y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones: unos dicen absolutamente que no, á menos que se comprendan en la universidad de bienes; y otros distinguen de este modo: si al tiempo de la ereccion de la Iglesia reservó en sí el Patrono el derecho del sepulcro, se puede hacer execucion en él, porque es mere temporal, y profano, y quando hizo la reserva no estaba consagrada la Iglesia; y si lo adquirió despues de la ereccion, tambien, (y lo propio milita en la Capilla) porque por razon de esta preeminencia es igualmente ten- po-

(1) Ley Muller. 73. ff. de Jure dot. Ley A Divo Pio, ff. de Re judic. et l. 1. y 3. Cod. de execution. Rei judic.

(2) Authen. Hoc si debitor, Cod. de Nignor.

(3) Ley Satis 4. Cod. Ex quibus

causis pignus, vel hypotheca tacite Rodrig. dicho cap. 5. num. 70. Cur. Philip. illustr. tom. 1. §. 16. num. 4. part. 2. Carlew. tit. 3. disput. 19.

(4) Ley 3. tit. 13. Partid. 5. y ley 7. tit. 2. lib. 1. Recop.

poral, y como tal puede venderse, y transferirse, al modo que quando queda profano. Y lo mismo afirman del derecho de Patronato, especialmente si está anexo á herencia ó mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con la universalidad de bienes. (1)

101. Está exceptuado de ser executado el derecho de usufructuar, porque es personal, y no se transmite á otro y lo propio milita quando el deudor tiene el mero uso, por la misma razon. (2) Lo están tambien los marmoles, columnas, y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, excepto que se haga igualmente en éstos la execucion, porque son parte suya, y de quitarse se causa deformidad; (3) y las servidumbres Reales, (que son las que unas fincas, ya sean rústicas, ó urbanas, deben á otras) á menos que se haga juntamente en las propias alhajas, porque no se pueden separar de ellas. (4)

102. No debe tratarse execucion sino por débitos Reales en la casa morada, armas, caballos, y mulas que tubieren, y en que andubieren los Caballeros, é Hijosdalgo; (5) lo qual se observa, excepto en la casa morada, bien que si carecen de otros bienes, se trata en ella, porque no es justo que el acreedor se quede sin su credito, que de justicia, y en conciencia se le debe; y mas quando el deudor puede buscar, y alquilar otra para vivir; pues su privilegio no se estiende á poder defraudar á su acreedor; pero si estubiere hipotecada especialmente con otros bienes á la seguridad de algun censo, ú otro credito, y el deudor vendiere éstos ocultando el gravamen, y se quedáre solamente con la casa, aconsejaria yo que en todos se tratase, porque la obligacion sigue la hipoteca, y el com-

(1) Ley 51. monentio, Cod. Qui tenent obligari pos. cap. Ex licentia, de iure Patronat. & ibi Barboza de Ofic. Parroch. cap. 26. n. 17. y 18. Garcia de Benefic. part. 2. cap. 9. n. 37. Parlad. dicho §. 3. n. 55. al 57.

(2) Leyes 20. y 23. tit. 21. Partid. 3. Sr. Castill. de Usurafr. dicho cap. 70. n. 9.

(3) Hermodiz. en la ley 38. tit. 2. Partid. 3. glo. 4. num. 4. Sr. Castill. lib. 6. Controv. cap. 62. n. 13. Parlad. dicho §. 2. n. 35.

(4) Ley 12. tit. 31. Partid. 3. Parlad. ibi n. 47. y 48.

(5) Leyes 6. tit. 17. lib. 5. y 6. tit. 1. y 3. 4. 5. 13. y 14. tit. 2. lib. 6. Recop. y ley 23. tit. 21. Part. 3.

prador debe mirar con quien contrata; y aun quando en este caso se trate en la casa sola, no se anulará, por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravamen.

103. Tampoco debe tratarse en las armas, y caballo, aunque sea por deuda Real, ú otra privilegiada, y carezca de otros bienes; (1) Ni en las yeguas de vientre, sus crías, y caballos que tubieren los criadores de todos; pues no se deben contar en la valuacion, y aprecio de sus haciendas para este efecto; (2) ni en los libros de estudiantes, y Abogados, no obstante que carezcan de otros bienes; porque se equiparan á las armas. (3)

104. No deben ser executados el estipendio, sueldo, salario del oficial público, soldado, y tozal, sino en defecto de otros bienes; ni el de los Doctores que enseñan públicamente, como tampoco el de los Clerigos; (4) y la razon es, porque no se distraigan del ministerio público, regio, ó eclesiastico, si les faltan los alimentos, en cuyo concepto se les da el sueldo; ni tengan que mendigar en desdoro, y oprobio del estado, officio, y empleo; y por la reverencia debida á la Iglesia, al Rey, y á la República; pues sería iniquo fuesen de peor condiccion que los operarios, y artesanos mecánicos; (5) por cuyas razones se les ha de dexar congrua sustentacion á arbitrio del Juez segun su clase, estipendio, y familia precisa, que en ésta Corte por lo general se les embarga la tercera parte del sueldo; excepto que sea tan crecido, que con la mitad se pueda mantener el deudor; ó que éste la ceda al acreedor. Bien entendido, que de las dos partes que se les dexa para alimentarse, han de pagar alquiler de casa, criados, y demás cosas semejantes, porque todas son partes de ali-

(1) Ley 27. tit. 21. lib. 4. y 9. al fin. tit. 1. lib. 6. Recop.

(2) Leyes 2. y 3. cap. 6. tit. 17. lib. 6. Recop.

(3) Ley Advocati 14. Cod. de Advocat. diversor. judic. Acc. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Rec. n. 47. y 43. Parlad. dicho §. 3. num. 18. 22. y 23.

(4) Ley Sacerdot. Cod. de Exco. canon. rei judic. ley Miles. ley Si miles, y Ley Conuocad. ff. de Re iudicat. y ley 3. tit. 27. Partid. 3. verb. Ni en soldado; y cap. Ochoard. de Solutionib.

(5) Carlew. tit. 3. disput. 18. n. 30. y 4. Parlad. ibi n. 19.

mentos, pues la tercera es para acreedores de otra clase, à menos que sufraque para todos; lo qual he visto executado por el Consejo en pleito sobre alquiler de casa contra un inquilino.

105. En los instrumentos con que los oficiales menestrales, ó artesanos exercen sus oficios, no debe trabarse execucion, porque son precisos para adquirir el diario alimento, y se estiman privilegiados como las armas, y libros. (1) Previendo, que si fueren presos por deuda, debe el acreedor mantenerlos en la carcel nueve dias, y en defecto de bienes, y fianza han de ser sueltos, y entregarseles, de suerte que puedan usar sus oficios; y de lo que ganaren se ha de reintegrar, descontando primero su razonable alimento; y no teniendo oficio, servirse de ellos; (2) pero esto ultimo no se observa; previniendo que por Real Pragmática de 27. de Mayo de 1706. se prohibe venderlos y embargarlos los instrumentos de sus artes y oficios, y arrestarlos en las Cárcels por deudas civiles y causas livianas, cuya Pragmática insertaré en el cap. 3. de este libro num. 9.

106. No debe hacerse execucion en el vestido diario, cama y otras cosas indispensables al uso cotidiano de qualquiera persona, (las quales expresé en el cap. 4. de mi primera parte §. 4. num. 65.) porque no están comprendidas segun derecho en la obligacion general del deudor, y por dictarlo asi la humanidad, se les deben dexar. (3) Lo qual se entiende, excepto que sea por débitos Reales: bien que si el deudor tiene, v. g. quatro colchones, y otras cosas duplicadas, y superfluas en quanto no son precisas para su uso diario, se le pueden sequestrar, v. gr. dos colchones, &c. dexandole las indispensables, aunque el débito toque al Rey, como lo he visto practicar, practiqué, y se aprobó en juicio.

107. En los bienes de mayorazgo, ó sujetos à restitution, no se debe trabar execucion; pero en sus rentas si,

(1) Dichas leyes Suspendia, y Commodis. Cor. Philip. part. 2. §. 16. n. 10. Parador. dicho n. 19.

(2) Ley 4. tit. 16. lib. 5. Recop.

(3) Ley 5. tit. 13. Partid. 5. Parador. dicho §. 3. n. 24. Rodrig. dicho cap. 5. n. 75.

como pertenecientes al deudor, dexandole lo necesario para su decente manutencion en caso que el mayorazgo sea qualificado, ó que à él esté anexa alguna dignidad, ó la tenga su poseedor, y no de otra suerte, como mas latamente expondré en el cap. siguiente num. 28. Lo qual se entiende, excepto que el fundador los haya gravado, pues entonces se pueden embargar, y vender, porque no es justo haya mayorazgo en perjuicio de los acreedores de justicia: al modo que no hay herencia, sino *deducto ere alieno*; pero esto procede quando el fundador no dexó bienes libres, pues si los dexó, se ha de hacer previa excusion en ellos, porque es conveniente que el mayorazgo no se aniquile, y antes bien se procure su conservacion por el beneficio que de esta resulta al Estado, y familia: (1) y es lo que se observa. Lo mismo se practica quando el poseedor los gravó con facultad Real, porque aunque en virtud de ella quedan libres, y separados de él hasta en la cantidad del gravamen; esto se entiende subsidiariamente, no habiendo dexado bienes libres, ó no alcanzando éstos à su solution; sino intervino la facultad, tendrá derecho solamente el acreedor à cobrar los réditos durante la vida del constituyente; y si éste carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, lo perderá. Pero se advierte que como de la naturaleza de los extremos es el que sean conexos; (2) y el que concedido uno, v. g. el conocimiento de la causa, venga el otro, que es la definicion de ella: (2) se sigue de aqui el que concedida facultad para obligar genericamente por cierta cantidad los bienes de mayorazgo, si esta no se paga, se pueden vender aunque no se especificuen, sin nueva facultad: (4) al modo que concedida licencia al tutor por el Juez con conocimiento de causa para obligar los del menor, puede el acreedor en virtud de ella,

(1) Parador. ibi, num. 31. y 32. Rodrig. ibi: n. 74. Peregrin. de Fideicommiss. art. 39. n. 3. Sr. Molin. de Primogen. lib. 3. cap. 10. n. 2.

(2) Ley 1. ff. Si quis ius iudicem non obtinuerit, y ley 3. §. Si minor

ff. de Minorib.

(3) Glos. in leg. Ubi adhuc, Cod. de Fals. Mores de Maporat. part. 4. cap. 3. n. 12.

(4) Mores ibi. n. 1. y 14.

y sin otra, ni nueva solemnidad venderlos tambien; (1) y asi los acreedores a quienes con real licencia están obligados los del mayorazgo, no solo pueden pedir execucion contra los frutos, ò rentas de éste, sino igualmente que se vendan para el pago hasta la concurriente cantidad, (2) como libres, porque lo quedan.

108 En el derecho que alguno tiene à que otro le alimente, no debe hacerse execucion, porque es personal, y no transmitivo, por lo que no se puede renunciar, ni transferir. Lo qual se limita en dos casos: el primero, quando se hace solamente en la comodidad, ò frutos que debe gozar el alimentario, pues los puede ceder, y traspasar por su vida, y no mas: y el segundo, quando se hace en los alimentos que el hijo tiene devengados, pues puede hacer lo propio. (3)

109 Tampoco debe hacerse execucion en el pan, ò trigo del Posito por las deudas del Pueblo, (4) ni en cuerpo muerto, el qual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor impedir que se le sepulte: (5) ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le legan, ò renuncian à su favor con la precisa condicion de que los distribuya entre sus hijas, porque no son suyos, sino de éstos que los adquirieron del testador, ò renunciante. (6)

110 En los bienes propios de la muger casada, ni en sus vestidos no debe trabarse execucion por las deudas, y fianza que su marido contrajo, y constituyó por sí solo antes, ò despues de contraer matrimonio, porque no está obligada, ni por consiguiente es responsable à su satisfacion. (7) Sobre lo qual, y lo explicado en los n. 98. y 99. vease à *Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 19.* que lo toca con la

(1) Ley Tutor rerum 26. ff. de Administrat. tutor. ley Si pupillarum 7. §. 1. ff. de Reb. eorum qui sub tutela. Meres ibi n. 2

(2) Meres dicho c. 3. n. 16. part. 4.
(3) Ley Ubi frui §. fin. ff. Si usufructus patet, y ley Fructus §. Hac ratione al fin. ff. de Relivindicacion. Sard. de Alim. tit. 8. privileg. 55. num. 10. vers. *Nostra usum conclusio*: Carlev. tit. 3. disput. 20.

(4) Ley 16. tit. 21. lib. 4. Recop.
(5) Ley fin. tit. 19. Partid. 1. y leyes 12. y 13. tit. 9. Partid. 7.

(6) Gutier. in cap. Quamvis pacrum, n. 6. y 11. Meres de Majorat. part. 4. quest. 19. n. 69. Sr. Castill. lib. 5. Centrovers. cap. 68.

(7) Ley 61. de Toro, y ley 1. Cod. ad Leg. Juliam de vi public. Rodrig. ibi n. 70. Parlador. ibi n. 42.

la energia, y solidez propias de su consumada literatura, y sublime talento.

111 Por las deudas del Concejo no deben ser executados los bienes de sus vecinos, ni las casas de Cabildo, Positos, ò Alondigas, teatros, ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los Propios, y demás bienes que tenga; y careciendo de ellos, deben contribuir los vecinos del Pueblo por repartimiento proporcional segun el caudal de cada uno. (1) Y para mayor instruccion vease à *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 3.* que explica latamente en qué cosas se puede hacer, ò no la execucion.

112 Las naves extranjeras que traen à estos Reynos mercaderías, ò bastimentos, tampoco deben ser executadas por las deudas de sus dueños, à menos que éstos las consignen para su pago, (2) pues puede renunciar su derecho. (3) Por lo tocante à los bueyes, mulas, siervos, y aperos para cultivar la tierra, y privilegios de los Labradores: vease el cap. 4. de mi primera parte adicionada num. 103. y 104. en donde explico latamente si pueden, ò no ser executados, por quién, en qué bienes, y en qué tiempo; pues por evitar duplicacion lo omito aquí.

113 En quanto à si el acreedor habiendo intentado previamente la via ordinaria, podrá dimitirla, y pasar à la executiva, es question en que varian los Autores por falta de legal decision, y los menos dicen que sí, con tal que pague al reo las expensas que hizo en la ordinaria. Pero *Carlev. de Judic. tit. 3. disp. 14.* presupone dos cosas: el primero, quando el acreedor que la eligió, pudiendo usar de su derecho en la executiva, se recede de aquella, y pide por ésta; en cuyo caso resuelve con mas de treinta Autores, y algunos textos que cita, que no puede, y que le obsta la excepcion de *litia pòndencia*, à menos que el deudor se conforme: lo uno, porque por la eleccion de la ordinaria, estando en su mano la executiva, es visto haber

re.

(1) Ley 16. tit. 21. lib. 4. y ley 7. tit. 17. lib. 5. Recop. Parlador. dicho §. 3. num. 35. al 40. Cur. Philipp.

(2) Ley 12. tit. 17. lib. 4. Recop. Ley Si quis in conscribendo §. 2. num. 35. al 40. Cur. Philipp. 29. Cod. de Pact.

(3) Part. 2. §. 16. n. 4.

renunciado ésta: lo otro, porque carece de potestad para eludir el juicio que incoó, y está trabado con el deudor, sin que éste lo consienta, pues una vez contestado, pasó á casi contrato; y lo otro, porque lo que solemnemente se principia, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia; y me adhiero á su dictamen.

114 El segundo caso es, quando el reo temiendo ser convenido por el actor, previene á éste en via ordinaria con demanda (que llaman de *institancia*) exponiendo competirle excepcion contra el instrumento, ó sentencia que trae aparejada execucion, y pretendiendo que el Juez lo declare así: en cuyo caso resuelve que la via ordinaria no impide la executiva, y que así se ha de proseguir ésta, sin que lo obste la excepcion de la *litis pendencia*, porque ningun derecho autoriza, ni dá potestad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio executivo, que por virtud del instrumento, ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en el otorgamiento de éste su voluntad, y consentimiento. Lo qual amplia, aun quando la via ordinaria se haya principiado ante un Juez Eclesiástico, prestando ser ilícito, y usurario el contrato, ó ante un secular, y la executiva ante otro; y lo llama en caso que la excepcion resulte manifestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entonces habrá lugar su admision, y será obstativa para pedir la execucion; y la razon es, porque así como la accion que de él aparece es garantigia, lo es tambien la excepcion que incluye, y como tiene igual vigor, se debe proseguir, y concluir el juicio del reo como preventivo, antes que el pretendido por el actor; y tambien me conformo con su dictamen.

115 Y si el acreedor intenta primero la via executiva, y luego pasa á la ordinaria, (cuyo caso es distinto de los dos precedentes, y de él no trata *Carletal*) podrá dexar ésta, y continuar aquella, pagando al deudor las costas causadas hasta allí en la ordinaria; y la razon es, porque aunque estas dos vias son diversas, pero no contrarias; á mas de que la execucion está introducida en su favor; por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, ex-

cep-

cepto que lo exprese; y al reo no se irroga perjuicio, mediante que le paga las costas. (1)

116 Lo mismo procede quando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mular los juicios; y quando éste intentó la ordinaria con protesta de bolver á la executiva siempre que quisiere. (2) Y se previene que si el acreedor hubiere executado al deudor ante un Juez, no le impide la *litis pendencia* bolverle á executar ante otro, y dexar la execucion incoada sobre la misma suma; pues la via executiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y solo se mira á la exaccion del credito; y á i en ningun caso obsta la excepcion de estar pendiente. (3)

117 Teniendo accion el acreedor contra varios correos, fiadores, ó mancomunados, no puede (pendiente el pleito con uno de ellos) dexarlo, é intentarlo contra alguno de los otros, despues de contestado; y así primero debe hacer excusion en los bienes de aquel, que dirigir su accion contra los demás, como se prueba de las leyes 16. y 23. *Cod. de Fidejussoribus*: que por su orden dicen: *Liberum fuit antequam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo ceteros minus idoneos existimaret. At nunc post litem contestationem petitionem divisam redintegrari juris ratio non patitur.* ley 23. *Reos principales, vel mandatores simpliciter acceptos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente, contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti (cum nullus de his electione liberetur,) licet.*

(1) Paz tom. 1. part. 4. cap. 1. n. 1. y cap. 3. num. 1. *Gruter lib. 3. Pract. quest. 39. n. 7. Cevall. Comm. quest. 112. n. 22. Marant. par. 6. tit. de Instrum. n. 13.*
(2) Barbosa. vol. 126. n. 10. *Cur. Philipp. Illustr. tom. 1. part. 2. §. 1.*

num. 1.

(3) Nogueroal alleg. 4. n. 26. *S. Salg. de Reten. part. 2. cap. 10. n. 10. Parej. de Edition. tit. 4. Resol. Jur. unic. §. 6. n. 121. Carlet. tit. 2. disp. 2. num. 16.*

§. III.

COMO SE HA DE PEDIR,
despachar, y trabar la execucion: con qué orden, y en qué dias puede, ó no hacerse. Qué personas pueden, ó no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento. Por cuánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes executados. Y cuándo, y cómo se ha de citar de remate al reo executado.

118 **Q**ueda explicado difusamente en los dos §§. precedentes qué cosas traen aparejada execucion; qué personas pueden pedirla, y ser, ó no executadas: y en qué bienes se ha de hacer, ó trabar: de lo qual me parece se puede instruir radicalmente aun el mas ignorante; paso á explicar cómo se ha de pedir, despachar, y hacer, y en qué bienes: qué diligencias se deben practicar hasta la citacion de remate: y otras cosas utiles que el principiante notará en los números de éste.

119 Para que se pueda proceder executivamente, han de concurrir, y tener presentes el Juez seis circunstancias: la primera, que el executante sea parte legítima para pedir la execucion, y sin legal prohibicion de comparecer en juicio, v. g. por menor edad, excomunion, &c.: que al mismo tiempo que la pide, lo haga constar como requisito esencial, ya la pida por sí propio, ó en nombre de otro, pues de lo contrario no se debe despachar; (1) y que si es

(1) Bald. in leg. 2. Cod. de Edict. Divi Adriani Paz part. 4. tomo 1. cap. 2. n. 18. y 22. Avendañ. in De-

claration. leg. 4. ff. g. tit. 8. lib. 3. Ordenam. n. 2. vers. *Primo debet.*

cesionario por escritura, la presente, y si por endoso de algun vale, letra, ó libranza, reconozca su firma el endosante, ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anulará la execucion, oponiendola éste la excepcion de ilegitimidad de persona por no acreditar ser cierta la cesion, y hecha por quien podia hacerla, como lo he visto declarado. La segunda, que si constituyó obligacion de practicar antes por sí alguna cosa, la practique, pues conteniendola el instrumento, no se ha de expedir el mandamiento hasta que la cumpla, porque debe preceder siempre el cumplimiento de parte del actor. (1) La tercera, que si se pide en virtud de confesion, sea clara, y de cantidad líquida, porque si hay duda, por leve que sea no se debe despachar; y si la pide en fuerza de instrumento público que la traiga aparejada, y no sea falso, ni esté roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, de modo que resulte excepcion legitimamente obstativa; ni prescripto el tiempo preñido por la ley 63. de Toro, para pedir executivamente: ni contenga vicio, ó defecto esencial, v. g. ser traslado sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no estar subscripta ésta como debe, por el que lo hizo, sino dada por *concuenda* con el protocolo: no estará registrado el de especial hipoteca en la oficina de éstas, como está mandado, ó aunque sea la copia original, no estará sacada en el papel sellado correspondiente á la calidad, y cantidad del contrato, pues no hace fé, como en el num. 37. expuse, &c.: en cuyos casos hasta que se purifique, y subsane el vicio, ó defecto, no se debe despachar, y si se despacha, es nula. (2) La quarta, que si el instrumento incluye plazo, ó condicion, estén cumplidos; pues si antes de cumplirse la pide el acreedor, á mas de que no ha de ser

(1) Ley Julianus, §. Offerri, ff. de Action. empt. Parlador. lib. 2. part. 5. §. 1. n. 22. Capic. decisi. 17. Rodrig. de Execucion. cap. 5. n. 13. y 17.

(2) Ley 2. ff. de Fide instrum. ley fin. ff. Quemadmodum testamenta

aperiat, y cap. 1. de Fide instrum. Avendañ. en las leyes 4. y 5. tit. 8. lib. 3. Ordenam. n. 24. Rodrig. dicho cap. 5. n. 16. Acerv. en la ley 19. tit. 2. lib. 4. Recop. n. 10. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. linit. 8. §. 12.

ser oído, debe el Juez condenarle en costas, y prorrogar, ó alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba; porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavía, que no ser deudor; (1) para lo qual debe reconocer las Escrituras, por si son, ó no executivas, y no fiarse de Escribanos ignorantes; pues si por haber despachado indebidamente la execucion sea por el motivo que fuere, se diere por nula, debe satisfacer, y restituir en pena los derechos que llevare con el quatro tanto, y las costas à las partes. (2) y no condenar en estas al executante, como algunos lo hacen, imputandole la culpa que ellos tienen en no examinar como deben las escrituras, ó por no saber su oficio; pues el Juez legista debe estar instruido en las leyes, y mirar bien lo que manda, y sino es para ello, dexar el oficio, y no vivir del que ignora ni por su impericia perjudicar à los vasallos del Rey, condenandolos, debiendo serlo él segun las citadas leyes, y las 12. tit. 4.º 24.º y 25.º tit. 22. Partid. 3.º y 4.º tit. 15. Partid. 7.º que no están derogadas; y así lo que debe hacer, es: *declarar no haber lugar à despachar la execucion, y mandar al actor que pida conformes à derecho; ó comunicar traslado liso, y llano al reo, ó deudor; ó dar contra éste el precepto de solvendo dentro de tercero dia: con el adictamento de que si tubiere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio termino, sin imponerle apercibimiento alguno, con lo qual se seguirá el pleito ordinariamente como en dichos casos se debe.* Pero si el deudor viene à inopia, ó se presume que haga fuga, tiene la alternativa el acreedor, que es pedir la execucion antes del plazo, expresando, y justificando su insolvencia, ó el recelo, (pues en este caso se tiene por cumplido), ó que para quando espire, le asegure la deuda con persona lega, llana, y abonada; (3) previniendo que si se pide contra los herederos del deudor, ha de ser despues que

(1) Ley 25. tit. 2. Partid. 3. ley 2.

tit. 21. lib. 4. Recop. ley Folicinias, ff. Quo in diem, ff. Ex quibus causis in possessionem eatur, y ley Condicionalis, ff. de Verbor. significatio.

(2) Leyes 34. y 35. tit. 4. lib. 3.

Recop. Rodrig. ibi, n.º 10.

(3) Ley 17. tit. 13. Partid. 5. Rodrig. ibi, n.º 11. Rodrig. Sum. in leg. Post rem judicatum, l. iiii. 7. n.º 2. y 4.º vers. *Ex practica.*

que pasen los nueve dias de su muerte, porque en su intermedio no deben ser reconvenidos; y si los legatarios pretenden sus legados, no sea mientras se formaliza el inventario, como por derecho (1) se ordena, segun explicó en el cap. 1.º n.º 40. lib. 1.º de esta segunda parte. La quinta, que el Juez antes de entregar el mandamiento al acreedor, le reciba juramento de quanto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide maliciosamente la execucion, segun lo manda la ley; (2) ó que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practica, y surte el propio efecto; lo qual se entiene no siendo heredero del acreedor el que pide, porque si lo fuere, no está obligado à ello por la razon expuesta en el num. 66. pues discrepa mucho el juramento hereditario del principal: (3) bien que por omitir el juramento no se vicia la execucion, porque la ley no lo pone por forma, sino por solemnidad, como dicen algunos autores, aunque otros sientan lo contrario. Pero el juramento que deben hacer acreedor, y deudor de si hay, ó no intereses, y en caso de haberlos, de quanto importan, se requiere por forma substancial, sin el qual es nulo el instrumento, y no se debe admitir en juicio, segun lo previene el cap. de la Pragmatica inserto en el num. 40. que no está derogado. Y para no incurrir en la pena de la demasia, y de otro tanto como ésta importe, que la ley 9.º tit. 21. lib. 4.º Recop. impone al acreedor, por pedir mas que lo que legítimamente se le debe, ha de poner en el pedimento esta cláusula: *y protesto admitir en quenta legitimas, y justas pagas, con la qual se liberta de ella en el caso que explicare en el número 374. porque se restringe, y limita à la cantidad, à que real, y verdaderamente asciende el debito;* (4) pues mu-

(1) Ley fin. tit. 13. Partid. 1. ley 7. tit. 6. Partid. 6.º y ley 12. tit. 9. Partid. 7.º Parador dicho lib. 2.º cap. fin. part. 5.º y §. 1.º n.º 28.

(2) Ley 9.º tit. 21. lib. 4.º Recop. Rodrig. ibi, nom. 14. Paz ubi supra, n.º 21.

(3) Ley Generaliter al principi.

Cod. de Reb. cred. Partid. part. 4.º lib. 2.º cap. fin. §. 1.º n.º 27.

(4) Ding. Per. en la ley 21. tit. 14. lib. 2.º Ordenam. plos. 1.º vers. *Quod autem*; Gutier. lib. 4.º Penf. quest. 129. n.º 3.º Paz ibi, n.º 18.º y 19.º Rodrig. ibi, n.º 15.

muchos acreedores habiendo percibido algo á cuenta de sus créditos, piden por el todo con malicia, ó por no haber sentado lo que han tomado, y no acordarse. Y la sexta, que respecto está prohibido al acreedor hacerse justicia de propia autoridad, pena de perder la deuda: (1) acida al Juez para que se la haga, y que éste lo sea competente del reo executado, por alguna de las causas expresadas en el cap. 1.º de este libro, lib. 3.º; pues así en las executivas como en las demás, debe seguir el actor el fuero del reo, y de lo contrario es nulo el mandamiento, por obstarle la excepción de incompetencia; (2) y lo mismo procede quando se pide en días en que está prohibido hacer juicio. (3) En quanto á como han de proceder los Jueces por virtud de sumisión á su jurisdicción de las personas existentes, ó no dentro de ella, vease la ley 20. tit. 21. lib. 4.º Recop. inserta en el cap. 4.º de mi primera parte, n.º 37. á donde remito al lector. Y por lo tocante á que Jueces deben conocer de las execuciones, por los créditos de artesanos, jornaleros acreedores alimentarios, y criados contra los deudores privilegiados, veanse las Reales Cédulas que adjuntaré al fin de este capítulo.

120 Concurriendo las circunstancias expresadas, aunque muchos Jueces inferiores indolgentes porque el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero, y pagar, y no se le irroque extorsion, suelen dar contra él un precepto de solvendo, que es: *Que se le notifiq. a pague dentro de tercero día con apercibimiento de execucion*, y otros comunicarle traslado sin perjuicio, con termino breve, y perentorio que le prefieren para responder á él, con lo qual no se destruye la qualidad, acción, ni naturaleza del juicio ejecutivo, ni el derecho del acreedor, pues lo que se quiere, no se quita: lo cierto es, que siguiendo, (según están obligados) el rigor de la ley, deben despachar mandamientos exe-

(1) Ley 2. tit. 13. lib. 8.º y ley penult. tit. 21. lib. 4.º Recop.

(2) Sr. Saiz de Boteni, parte 2.º cap. 17. y parte 3.º de Recop. cap. 3.º n.º 54. Acre. en dicha ley 19.º Avendañ. en el tit. de las excepciones, nu-

mer. 25. Parlador. lib. 2.º cap. fin. parte 2.º § 2.º

(3) Acrev. ibi. n.º 27. Avendañ. dicho n.º 25. Parlador. lib. 2.º cap. fin. parte 5.º § 4.º per tot.

ecutivo *in scriptis* contra sus bienes, y especialmente contra los que estén así obligados, y tambien contra su persona, á menos que goce de exención, ó se intente la hipotecaria contra tercero poseedor) por la cantidad pretendida, su decima, y costas, sin pedir fianza al acreedor, ni citar al deudor; excepto que sea heredero del que constituyó el debito cedido por el acreedor, pues entonces debe ser citado, porque éste no podia incoar la execucion contra él, sin haver constar antes ser tal heredero; y si hizo inventario con la pureza legal, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos, sin estar obligado á mas, por lo que no se puede proceder contra su persona. (1) Y el mandamiento de execucion se ha de entregar al mismo acreedor, y no al Alguacil, pena de nulidad de ella, como lo manda la ley; (2) y lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte. (3) La práctica es entregarlo al Escribano, y Alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la execucion, pues con su consentimiento cesa la razon de la prohibicion legal, y la misma ley prohibitiva.

121 Tres requisitos deben intervenir para que no se anule la execucion por defecto, ó vicio en las diligencias: El primero, que no se haga en días festivos, ó colendos, por estar prohibido; á menos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entonces la necesidad lo dispensa; ni tampoco en los feriados, excepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio, que en estos le concede el derecho, como antiguamente se hacia en las Escrituras: bien que muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden exceptuados los días feriados, y que por consiguiente se puede hacer en ellos la execucion, sobre lo qual vease á Parlador. lib. 2.º cap. fin. parte 5.º §. 4.º pero no se práctica, excepto que preceda habilitacion de unos, y otros días con causa, ni el Escribano debe hacerlo sin este requisito. El segundo, que pudiendo ser habido el deudor, se le

(1) Ley 29. tit. 21. lib. 4.º Recop. Bald. in l. 8.º Per diversas, Cod. Mandati, Parlador. dicha parte 5.º §. 2.º nuu. 25. Carlez. tit. 3.º disp. 9.º

per tot.

(2) Ley 17. tit. 21. lib. 4.º Recop. Mandati, Parlador. dicha parte 5.º

(3) Auto 7.º tit. 6.º lib. 2.º Recop.

requiera con el mandamiento ejecutivo, para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagandola, que señale bienes en que trabar la execucion, y se traben en ciertos, determinados, y suficientes à cubrir la deuda, su décima, y costas, y no general, è indistintamente en todos los del deudor, sin especificar los que son. (1)

122. Y el tercero, que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los quales se comprehenden los semovientes segun derecho, (2) aunque la ley recopilada no hace mencion de estos; no habiendolos, en los raices; y à falta de todos, en las deudas, derechos, y acciones del deudor, no estando pactado lo contrario en el contrato; cuyo orden se requiere por forma segun la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. que dice: *Porque por no estar declarado por leyes de estos Reynos la forma que se ha de tener en las execuciones: si se especificando el orden referido, y mas abajo dice: Y por esta forma se haga la execucion: &c.* de modo, que si se invierte esta legal forma como substancial, se vicia el acto, y puede apelarse el executado, pues no se debe exceder, ni pasar de una cosa à otra diversa; mas no apelando, queda firme, y no se anula, (3) Tampoco se anula quando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado, ó existente en poder de otro; ó en réditos, ó pensiones annuas. (4) Pero si el fisco executa por sus rentas, no se observa el orden expuesto, como en el número 127. del cap. 3. de este libro diré.

123. Este orden legal de hacer la traba (que algunos dicen no es de los substanciales, sino de los que miran à la solemnidad, y que por lo mismo, aunque se invierta, no se vicia el acto, porque se debe atender à la verdad del hecho)

(1) Ley 1. Cod. de Jure domini impetrand. Bald. in leg. ult. in fin. Cod. de Bonis authoritat. judic. posulend. glo. in leg. Proprietarium, §. Sin autem reus, Cod. de Jure. Paz tom. 1. part. 4. cap. 2. n. 28. Parador. lib. part. y cap. cit. §. 3. número. 60. y fin.

(2) Ley Moventium, ff. de Verbor. significacion. y ley 10. tit. 33.

Parid. 7.

(3) Ley Cum II, §. Si pretor, ff. de Transactio. y ley 1. §. Si quis res, ff. de Verbor. obligatio. y cap. Cum dilecta 25. de Rescript. Rodrig. dicho cap. 5. n. 29. Parador. §. 3. cit. n. 4. y 5. Cor. Philip. Ilustr. part. 2. §. 19. num. 66.

(4) Castor. tit. 3. disp. 2. n. 6. Parador. lib. 1. n. 44. y 45.

se entiende, quando la obligacion es meramente personal, ó general hipotecaria; pues si fuere hipotecaria especial solamente sin embargo de que el acreedor pida la execucion contra todos, y qualesquiera bienes de su deudor, y se despache así, se debe trabar en los especialmente ligados, y afectos à su responsabilidad; y la razon es, lo primero, porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda. Lo segundo, porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que en ellos se trabase. Y lo tercero, porque no obstante que por derecho antiquísimo (1) el acreedor que tenia hipoteca especial, y general en los bienes de su deudor, podia trabarla en los que mas bien le pareciesen, sin hacer execucion en los especialmente gravados; pero segun disposicion posterior se ha temperado aquella, y así se debe hacer la traba en las hipotecas especiales, por las dos razones expuestas, y porque de lo contrario se puede irrogar perjuicio à otro de inferior grado, à quien no estén sujetas que de equidad se le debe evitar: ó al tercero que los posea, y además se debe observar el orden de la obligacion. (2) Así se prueba de la ley 2. Cod. de Pignori. que dice *Quamvis constet specialiter quendam, & universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse, & equalis plus in omnibus habere jurisdictionem tamen temperanda est. Ideoque si certum est possessum ex his, que nominatim ei pignori obligata sunt, universum reddigere debuit, ea que postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri Præses Provincie jubebit.* Y si luego apareciese que no son suficientes, se puede ampliar la execucion, y embargo à otros bienes à instancia del acreedor; y así se practica en esta Corte; pero si la escritura contiene tambien la obligacion general, y la execucion se despacha contra el que la otorgó, se deberá trabar en sus bienes muebles, y demás con arreglo à la ley, è igualmente en los especialmente afectos à la responsabilidad del

(1) Ley Creditoris arbitrio 8. ff. de Distraction. pignori.

(2) Rodrig. lib. 30. Sr. Molin. de Primogen. lib. 4. cap. 7. n. 2. y

sig. Negusanc. de Pignori. membr. 2. part. 5. n. 51. Sr. Covas lib. 3. Var. cap. 18. Ras. tom. 1. part. 4. cap. 4. num. 51.

debito. Lo mismo procede quando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas en ella contenidas; y no en otras, sin exceder, ni pasar de una, à otra, (1) como queda sentado, porque versa identidad de razon: bien que en uno, y otro caso si la execucion se despacha contra todos, y especial, y señaladamente contra los especialmente hipotecados, aunque se trabe en todos, no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley Real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohíbe que se practique de esta suerte, en el de que el mandamiento ejecutivo esté expedido en los términos propuestos.

124 Puede hacerse la traba de execucion en muchas alhajas, ó bienes del deudor, nombrandolos individualmente en la diligencia, lo qual es lo seguro: ó en una sola en voz, y nombre de los demás que aparezcan pertenecerle al tiempo del reinato, segun en esta Corte, y en otras partes se practica, porque no hay legal prohibicion: bien que esto es peligroso por lo que en el num. 127 diré; y aunque lo regular es, que el deudor, si está presente, nombre, y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, se le ha de compeler à ello, y prenderle, pudiendo ser preso por deuda civil: (2) no obstante, si no se dexa ver, tiene facultad el Alguacil, ó Executor de trabarla en cualesquiera que halle en su casa, porque segun derecho (3) se presumen suyos, mientras su dueño no haga ver al Juez que no lo son por cuya razon, y porque ni la ley habla de este caso, ni por consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la execucion por no haberlos manifestado el deudor. Y en este ultimo caso, y en el de que el acreedor los nombre, como puede, y no en otro se debe hacer la traba

por

(1) Ley 47. tit. 18. y ley 3. n.º fin. tit. 27. Partid. 3.º Sr. Saig. de Reg. part. 4. cap. 9. n.º 3. y cap. 10. n.º 33.

(2) Paris de Puteo de Syndic. verb. *Executio*: per gloss. in leg. penult. ff. de Cession. honor. Felin. in cap. Quod. consultationem, de Re judicat. Paz tom. 1. part. 4. cap. 7. a. 5.

(3) Ley Bonorum appellatio, ff. de Verbor. significat. ley Actor. Cod. de Probation. ley Extat. 25. ff. de Jure fisci; ley fin. Cod. de Reivindicacion. ley Qui accusare, Cod. de Etendo. ley 1. Cod. de Alienatione judicii mutante, y §. Retinende, Institut. de Interdict.

por cuenta, y riesgo de éste, y expresarlo así en la diligencia, para que si tocan à otro, como lo ignoran los Ministros, no se les impute à culpa su invencible ignorancia, pues así lo observan los cautos; y de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas por declararse nula la execucion por este vicio; pero si el deudor los señala, se omitirá dicha expresion, para que no sea gravado el acreedor. Previendo lo primero, que el Alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba, y embargo quando se oculta, ó no parece, una vez que le abran la puerta espontaneamente, pero no allanarla con violencia sin expresa orden judicial, pues así se practica en esta Corte, porque la ley no lo prohíbe. Y lo segundo, que aunque el executado le manifieste recibo simple de haber pagado al executante el todo, ó parte de la deuda, no debe admitirselo, ni dexar de hacer el embargo, y demás diligencias; porque carece de facultad para ello, y así que lo presente à su tiempo al Juez, que es el que conoce, y debe conocer de si es, ó no legitimo con audiéncia del executante.

125 Formando concurso de acreedores el executado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes existentes en su poder por via de depósito, ó en otra forma semejante, y pertenecientes à otro; ó se trabó en ellos la execucion, debe acreditarlo éste ante el mismo Juez del concurso, y como uno de los acreedores seguir con los demás su derecho sobre la prelación por razon de dominio en los que ignorantemente se le sequestraron en inteligencia de ser propios del concursante, (1) ó este dimitió en manos del Juez, y puso en su memorial.

126 Despachandose la execucion contra el fiador, puede nombrar, ó señalar bienes que tenga en su casa, ó fuera de ella el principal deudor, en que se trabe; (2) y resultando ser agenos debe el Juez oír breve, y sumariamente à su due-

(1) Ley Si ventri 2. §. In bonis, ff. de Privileg. creditor. ley Si hominum, §. Quoties, ff. Depositum, y ley Si pater, Cod. de Cession. bonor. Sr. Saig. part. 1. Libr. cap. 11. n.º 106. y sig.

(2) Sr. Olea de Cession. jur. tit. 5.º quest. 5.º n.º 43. Sr. Castañ. lib. 4.º Controver. cap. 14. n.º 29. Nogueroi alleg. 21. Parlador. dicha part. 5.º y §. 3.º n.º 59.

debito. Lo mismo procede quando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas en ella contenidas; y no en otras, sin exceder, ni pasar de una, à otra, (1) como queda sentado, porque versa identidad de razon: bien que en uno, y otro caso si la execucion se despacha contra todos, y especial, y señaladamente contra los especialmente hipotecados, aunque se trabe en todos; no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley Real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practique de esta suerte, en el de que el mandamiento executivo esté expedido en los terminos propuestos.

124 Puede hacerse la traba de execucion en muchas alhajas, ó bienes del deudor, nombrandolos individualmente en la diligencia, lo qual es lo seguro: ó en una sola en voz, y nombre de los demás que aparezcan pertenecerle al tiempo del remate, segun en esta Corte, y en otras partes se practica, porque no hay legal prohibicion: bien que esto es pel-groso por lo que en el num. 127 diré; y aunque lo regular es, que el deudor, si está presente, nombre, y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, se le ha de compeler à ello, y prenderle, pudiendo ser preso por deuda civil: (2) no obstante, si no se dexa ver, tiene facultad el Alguacil, ó Executor de trabarla en qualquiera que halle en su casa, porque segun derecho (3) se presumen suyos, mientras su dueño no haga ver al Juez que no lo son por cuya razon, y porque ni la ley habla de este caso, ni por consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la execucion por no haberlos manifestado el deudor. Y en este ultimo caso, y en el de que el acreedor los nombre, como puede, y no en otro se debe hacer la traba

por

(1) Ley 27. tit. 18. y ley 3.ª al fin. tit. 27. Partid. 3.ª Sr. Saig. de Reg. part. 4.ª cap. 9.ª n. 3.ª y cap. 10.ª n. 33.

(2) Paris de Puteo de Syndic. verb. Executio: per glos. in leg. penult. ff. de Cesion. bonor. Felin. in cap. Quod. consultatorum. de Re judicat. Paz tom. 1.ª part. 4.ª cap. 7.ª n. 5

(3) Ley Honorum appellatio, ff. de Verbor. significat. ley Actor. Cod. de Probation. ley Extat. 25. ff. de Jure fisci, ley fin. Cod. de Reivindicacion. ley Qui accusare, Cod. de Edendo. ley 1.ª Cod. de Alienatione judicii mutante, y §. Retinenda, institut. de Ineredit.

por cuenta, y riesgo de éste, y expresarlo así en la diligencia, para que si tocan à otro, como lo ignoran los Ministros, no se les impute à culpa su invencible ignorancia, pues así lo observan los cautos; y de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas por declararse nula la execucion por este vicio; pero si el deudor los señala, se omitirá dicha expresion, para que no sea gravado el acreedor. Previendo lo primero, que el Alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba, y embargo quando se oculta, ó no parece, una vez que le abran la puerta espontaneamente, pero no allanarla con violencia sin expresa orden judicial, pues así se practica en esta Corte, porque la ley no lo prohibe. Y lo segundo, que aunque el executado le manifieste recibo simple de haber pagado al executante el todo, ó parte de la deuda, no debe admitirselo, ni dexar de hacer el embargo, y demás diligencias; porque carece de facultad para ello, y así que lo presente à su tiempo al Juez, que es el que conoce, y debe conocer de si es, ó no legitimo con audiencia del executante.

125 Formando concurso de acreedores el executado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes existentes en su poder por via de depósito, ó en otra forma semejante, y pertenecientes à otro; ó se trabó en ellos la execucion, debe acreditarlo éste ante el mismo Juez del concurso, y como uno de los acreedores seguir con los demás su derecho sobre la prelación por razon de dominio en los que ignorantemente se le sequestraron en inteligencia de ser propios del concursante, (1) ó este dimitió en manos del Juez, y puso en su memorial.

126 Despachandose la execucion contra el fiador, puede nombrar, ó señalar bienes que tenga en su casa, ó fuera de ella el principal deudor, en que se trabe; (2) y resultando ser agenos debe el Juez oír breve, y sumariamente à su due-

(1) Ley Si ventri §. In bonis, ff. de Privileg. creditor. ley Si hominem, §. Quoties, ff. Depositum, y ley Si pater, Cod. de Cesion. bonor. Sr. Sig. part. 1.ª Labir. cap. 11.ª n. 106. y sig.

(2) Sr. Olea de Cesion jur. tit. 5.ª quest. 5.ª n. 43. Sr. Castill. lib. 4.ª Controver. cap. 14.ª n. 29. Noguerol alleg. 21. Parlador. dicha part. 5.ª §. 3.ª n. 59.

dueño, entregárselos, precedida justificación de su pertenencia, y hacer nuevamente la execucion en otros del deudor como se prueba de la ley 3. tit. 27. Partid. 3. que dice: *Es si por aventura en cumpliendo el juicio, acaeciese contienda sobre las cosas que tomaban para hacer la entrega, diciendo algunos que eran suyas, ó que habian derecho en ellas, è non de aquel contra quien fue dada la sentencia: estonce debe el juzgador llanamente saber verdad, si es como dicen; è si fallare que es así, debe dexar las cosas, è cumplir el juicio en las otras del vencido que fallare que son sin contienda.* Pero el Alguacil no debe dexar de embargarlos, y depositarlos, aunque el mismo deudor, y el que se titula dueño, digan ser de éste, porque como mero executor carece de potestad para declarar à quien tocan, y entregárselos; y así se han de inventariar con separacion, y especificacion, poniendo la en diligencia lo que ocurra, y se exprese por su dueño, ò por el executado.

127. La traba de execucion es propiamente embargo que se hace de los bienes del deudor, para asegurar la deuda, mediante no haberla satisfecho al tiempo que se le requirió con el mandamiento executivo, (como pudiendo ser habido, debe hacerse) pues pagando, se acaba el juicio. Si se hace en una alhaja en voz, y nombre de las demás, (lo qual no apruebo, porque se dá lugar à que el deudor oculte bienes mientras se substancia el juicio, y que la sentencia de remate no se pueda dar, ó sea ilusoria, porque no hay que rematar, respecto no haber bienes sequestrados todavía entonces, ni tener por consiguiente sobre que recaer el remate que por ella se manda hacer, por lo que se debe abolir este abuso, y corruptela introducida en algunos Pueblos por la ignorancia) ò en algunas, se puede mejorar ò ampliar en qualquier estado de la causa à instancia del acreedor, como queda expuesto, ya sea porque no le parezcan suficientes, ò porque presume que las embargadas toquen à tercero: à cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de mejorar la execucion, ò ampliarla en qualquier estado del pleito siempre que convenga, y lo pida el acreedor, pues así lo practican los inteligentes.

Di-

128. Dirigiendose la execucion contra tercero poseedor, que no es heredero, ni trae causa del que contrajo la obligacion hipotecaria, v. g. el del mayorazgo afecto à un censo que otro de diversa linea impuso: se ha de trabar en la alhaja gravada, y no en los bienes libres privativos del tercero, ni en los de otro mayorazgo que posea, y no estén obligados, ni en sus rentas; y no haciendose en esta forma, es nula la execucion por el vicio con que se trabó; y opuesto éste, se volverá al estado primitivo que tenia antes de trabarse. Pero si se trabare en ellos, y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo útil no se vicia por lo inutil, y así quedará sequestrada ésta, y los demás bienes se desembargarán al instante que se pida. Lo qual obtuve; y executorie en pleito que seguí, y prevengo al Escribano para que no cometa semejante absurdo, porque este poseedor ni constituyó obligación personal, ni la tiene de responder con otros bienes que con los especialmente hipotecados por no ser heredero, ni traer causa del que contrajo la hipotecaria.

129. Pero ya se haga la traba en la forma prescrita en el num. 127. ó en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad, è individualidad; depositar à presencia de tres testigos en persona lega, llana, y abonada del Pueblo; y no llevarlos à su poder el Alguacil, ni dexarlos en el de el deudor, porque lo prohibe la ley; (1) y el Alguacil puede apremiar à la que tenga las qualidades referidas, à que los reciba en depósito entregandoselos sin perjuicio de su derecho; si por custodiarlos se le irroga alguno, porque el ser depositario judicial es carga que à todos comprende, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarían los acreedores sin poder cobrar sus créditos, y los deudores consumirían los bienes embargados. Y si son rúicos, ò jurés, censos, ò otros efectos rúditables, no hay que hacer depósito formal, excepto que sea de los frutos que tengan pendientes, y rúditos: y lo que se debe practicar, es: *Requirir à los arrendatarios, y demás que*

(1) Ley 7. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. dicho cap. 5. a. 31.
Tom. III. Hb 3

deban contribuir con sus rentas al deudor, las retengan à ley de depósito à orden del Juez que conoce de la causa, u otro competente, y no las entreguen à persona alguna sin su mandato, baxa la pena de boberlas à pagar de su caudal no lo cumpliendo; cuyo requerimiento han de firmar los requeridos, si saben acreditar con recibos lo que pagan, y están debiendo, y el Escribano expresararlo en él; de modo que se trabá la execucion en la alhaja, y se mejora en sus alquileres, réditos, y pensiones; y así à estos como al depositario de los muebles, debe dar testimonio expresivo, è individual del embargo, si se lo piden, para su resguardo sin necesidad de auto judicial.

130 Tambien puede el Alguacil entregarlos al acreedor, no en concepto de tal, sino en calidad de depósito, otorgandolo à orden, y disposicion del Juez que conoce de la causa, sino halla depositario de las qualidades referidas, pues no hay prohibicion legal: ò si no, hacer que aquel por su cuenta, y riesgo busque quien lo sea, lo qual expresará el Escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que se sepa que lo eligió: y en ello se portará de suerte, que ni él, ni el Alguacil queden descubiertos, pues en estas diligencias, y otras semejantes ambos están expuestos.

131 Manifestando la muger del deudor su carta de dote si es legitima, por concurrir en ella las circunstancias expresadas en el cap. 2. de mi primera parte §. 2. num. 50, iguala, ò excede al débito: y debe ser preferida à este por los motivos allí expuestos, y que expondré en el cap. 3. de este libro num. 88. se la ha de nombrar depositaria de los bienes executados; con obligacion de responder de ellos, y tenerlos à disposicion del Juez de la causa, y no hacerle la estorsion de sacarlos de su poder, respecto de que en contradictorio juicio ha de ser pagada en ellos antes que el executante. Lo qual se entiende, ya esté, ò no amparada, como en esta Corte se practica, porque el amparo ningun vigor, ni prelación la dá, y solo sirve para que los executores no toquen à los conocidos de la muger, que consten en el instrumento dotal, y existan. Pero no siendo legitima la dote, ò aunque lo sea, si la muger está obligada con su marido en el contrato executivo, ò éste debe ser preferido al

al dotal, no se la ha de constituir depositaria de ellos; ni tampoco quando manifiesta instrumento; v. g. una hijuela, ò adjudicacion en que constan los bienes parafnales: que adquirió despues de casada, porque estos no son tan priviligados como los dotales, y el acreedor tal vez será preferido à ella por su credito.

132 Hecha la traba, se ha de notificar al deudor en persona pudiendo ser habido el estado de la execucion, ya esté, ò no preso, y haya dado, ò no la fianza de saneamiento, sin que el acreedor necesite dar pedimento: pues es visto contener virtualmente el precepto de hacersela sin nueva providencia, el mandamiento executivo en aquellas palabras: *baxcedla conforme à derecho*. Y además de no prohibirlo la ley, es diligencia subsidiaria, y consiguiente à la traba, y util al acreedor, porque le escusa de gastos en nuevo pedimento, y de mas dilacion; bien que lo mejor es que en el mismo mandamiento se ordene, para evitar dudas, al modo que se hace en las requisitorias de execucion, que son para lo mismo. Y si no parece, se debe hacer saber à su muger, hijos, criados, ò vecinos mas cercanos; (1) para lo qual, precedidas tres diligencias en su busca, como en el juicio ordinario para la citacion, ha de acudir el executante al Juez, haciendoselo presente, y pretendiendo se le dexé memoria por escrito con expresion de los efectos de la notificacion; à lo que debe deferir: y el Escribano se la ha de dexar, expresando en lo que estienda en los autos, el nombre, y apellido que dixo tener la persona à quien la entregó, quien era, y à qué hora se la dió para que desde ésta le pare el perjuicio que haya lugar, cuya hora pondrá tambien en la memoria.

133 No pagando el deudor la cantidad, por que se le executó, dentro de setenta y dos horas siguientes à la en que se le notificó el estado de la execucion, (que son tres dias naturales) incurre en la pena de satisfacer la decima parte mas; (2) en donde hay estilo de exigirla, y no de otra suerte; y si mostrare contenta del executante dentro

(1) Leyes 21. cerca del fin, y 30. num. 32.

tit. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. ibi, (2) Ley 30. tit. y lib. dichos.

de veinte y quatro horas, ò depositare llanamente dentro de ellas la deuda en persona lega, llana, y abonada ante un Alcalde, y por su ausencia ante un Regidor, y no ante otra persona, y hacerse saber, à su costa el deposito al executante dentro de tercero dia, despues está libre de pagar decima, y otro derecho de execucion, no habiendo obligacion de hacer la paga en algun lugar particular, mas no, si la hay. (1) Pero por esta contenta, ò recibo de haber pagado que manifieste à los Ministros executores, no han de suspender la traba ni demás diligencias, porque no les toca conocer si es, ò no legitimo, y así que lo produzca à su tiempo en juicio, y si se verificase ser legitimo, y que el acreedor pidió indebida, y maliciosamente le condenará el Juez en las costas, y decima. La paga del débito ha de ser real, efectiva, lisa, y llana, para no incurrir en la pena de la decima, pues aunque consigne, y deposite dentro del termino referido su importe, si contradice su entrega, y pide los autos, prestando tiene que excepcionar, y probar no se exime de su satisfaccion, à menos que pruebe excepcion que elida la execucion; y la razon es, porque la consignacion con esta qualidad no es la paga que se solicita, sino solamente seguridad de ella, y así se le habrá por opuesto por el mismo hecho, y encargarán à ambos contendores los diez dias de la ley, sin que haya necesidad de citarle de remate, como à mi instancia se executorio en pleito que segui, pues con la consignacion qualificada se quedan el deudor, y el débito en el mismo estado que tenían antes de hacerla, y los autos en su fuerza, y vigor para su prosecucion, hasta que por la sentencia se terminen; lo que es al contrario haciendose llanamente, pues en este caso se comunica al acreedor, y éste en su vista pide se le entregue el dinero consignado baxo de resguardo, y se acaba la via executiva, y el motivo de continuarla con el reintegro de su deuda. Y lo mismo procede quando al tiempo de requerirle con el mandamiento de execucion los ministros, les paga la cantidad porque se despachó, y contradice su entrega al acreedor, pues no se han de suspender las

(1) Leyes 22. y 23. tit. 27. lib. 4. Recop.

las diligencias, antes si proseguirse del mismo modo que si no la entregara, lo que tendrá presente el Escribano.

134 Para que el executado mayor de 25. años no alegue ignorancia, tiene obligacion el Escribano de hacerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiendole con ella, y con las costas, si no paga la deuda en el mencionado; y asimismo la tiene de expresar en la notificacion la hora en que se la hace, y no practicandolo así, debe pagar al acreedor el daño que se le irrogué, y es nula la execucion. (1) Y lo propio debe hacer en la memoria, ò cedula que le dexé quando no pudo ser habido, como queda advertido al fin del num. 132. Pero si en el Pueblo no hay estilo de exigir la decima, no ha de mencionarla en la notificacion.

135 Le ha de preguntar al mismo tiempo: *Si da, ò no los pregonos de la ley por dados, y quiere gozar de su termino, ò que se den, ò si los renuncia con su termino tambien*, y poner la respuesta que dé: bien entendido, que si responde que los renuncia, y tambien su termino, debe hacer que firme la diligencia, y si no quiere, ò no sabe escribir, decirle que haga la renuncia del termino por pedimento ante el Juez, y de esta suerte queda à cubierto el Escribano, y no puede alegar el executado que es supuesta la renuncia del termino; pero en quanto à la de los pregonos, protestando gozar de éste, bien puede admitirsela el Escribano, aunque no firme, porque de ello no se le sigue perjuicio, antes si beneficio en evitar los gastos de darlos, si dentro de él paga. Advirtiendole que el menor, y los que gozan del privilegio de menor edad, no pueden renunciarnos, por estarles prohibido renunciar los beneficios que les concede el derecho: (2) y así interviniendo estas personas, no se deben omitir los pregonos, para evitar la nulidad que por su defecto puedan alegar.

136 Los bienes executados se deben vender en pública subasta, ò almoneda por pregonos, segun la ley: estos han de darse luego que se hace la traba, y notifica el estado de la execucion, no habiendolos renunciado el deudor,

(1) Ley 22. tit. 27. lib. 4. Recop. (2) Ley 5. tit. 19. Partid. 6.

como puede, pues à ninguno está prohibido renunciar lo que está establecido en su privativa utilidad, (1) y deben ser tres en esta forma: si son raíces, en cada nueve dias uno, de modo que se pasen treinta dias, los veinte y siete que han de mediar en tres nueves de pregon à pregon, y los tres en que estos se han de dar: y si son muebles, en nueve dias, cada tres uno, (2) con los quales componen doce; pues la práctica ha introducido que los dias en que se dan, no se cuenten, y en los pregones se han de especificar los bienes que se venden, y las posturas que se hacen à ellos, como tambien en los carteles, ò edictos que se fixen. Si la execucion se despacha contra derechos, y acciones, se han de dar de tres en tres dias, en caso de que éstas pertenezcan à bienes muebles; y si à raíces, de nueve en nueve, porque las acciones siguen la naturaleza de los à que competen, y se juzgan por las propias reglas; (3) y todos los en que se dén, han de ser utiles, y no feriados, ni colendos, pues dandose en estos, son nulos, por estar prohibido en ellos todo juicio civil sin causa urgente, como tengo expuesto en el cap. 1. de este libro num. 12. Lo mismo digo de los en que se fijen edictos, ò cédulas para la venta, ò para emplazar, ò llamar judicialmente en causa civil à parientes, acreedores, ù otros, y de ello se debe poner fé expresiva, è individual en los autos. Pero si la deuda es fiscal, ò de casos de hermandad, se han de pregonar los bienes raíces por solos nueve dias tambien utiles, en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo. (4) Y aunque de lo expuesto se deduce que los bienes se deben valuar primero que se pregonen, è inmediatamente que se notifica el estado de la execucion, pues ignorandose su valor, nadie se moverá à hacer postura; no se ob-

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pactis.

(2) Ley 19. dicho tit. y lib.

(3) Ley Qui actionum, ff. de Reg. jur. ley Si legatum, §. Si quis bona, y ley Sciendum, §. Diversa, ff. ad Senat. Consult. Trebellian. ley 14 apud 143. ff. de Verbor. significat. y ley

Rem in bonis 52. ff. de Acquir. Rer. domin. Parlador. lib. 2. Rer. cap. fin. part. 5. §. 3. n. 15. Sr. Orea de Cession. jur. tit. a. quest. 1. n. 30.

(4) Ley 43. cerca del fin. tit. 13. lib. 8. y leyes 17. y 18. tit. 7. lib. 9. Recop.

observa en esta Corte, porque durante el termino de los pregones, y el de los diez dias, podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda, ò acreditar no serlo, y no es justo gravarle con expensas de tasacion, y pregones inútiles; y asi hasta que la causa se sentencie de remate, ni se tasan, ni pregonan, sin embargo de lo que dispone la ley, cuya práctica como mas equitativa, y arreglada, es la que observaré en la extension de las diligencias de este juicio. Previendo, que los pregones se deben dar à las puertas del Oficio del Escribano originario, ò de la Audiencia, ò en los parages públicos que haya costumbre en el Pueblo; para que llegue à noticia de sus vecinos, pues la ley ninguno señala, y aunque el Pregonero es persona pública, y por esta razon parece bastaria su certificacion jurada, y expresiva de quantos dió, y en qué dias, y parages; mejor es que los presencie el Escribano para que pueda dar fé de ello, los estienda en los autos con separacion de cada uno, y no se dude de que se dieron, pues asi se practica en esta Corte, porque en el Pregonero ninguna autoridad reside como en el Escribano, y por consiguiente no hace la fé que éste.

127. Existiendo el executado con sus bienes en otra jurisdiccion, ò en Pueblo diverso de el del juicio, aunque sea de la misma, se han de dar quatro pregones, el primero en el lugar en que habita, y los demás en el del juicio. (1) Previendo que si se dan en menor tiempo que el mencionado, es preciso que se buelvan à dar de nuevo, no obstante que para ello intervenga consentimiento del executado, pues queda circunscrita, y es nula la execucion; mas no, dandose en mayor. (2)

138. Quando se trabó la execucion en bienes muebles, y raíces, se deben dar los pregones en los treinta dias prefijidos para estos, sin ser necesario darlos tambien en los nueve de aquellos porque en el término mayor se incluye, y comprehende el menor. Si se mejoró, ò hizo de nuevo en otros,

(1) Ley 36. tit. 4. lib. 3. Recop. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 8. aum. 6.

(2) Sr. Covar. lib. 2. Var. c. 11. n. 3. Parlador. §. 8. cit. n. 7. y 8. Rodrig. dicho cap. §. n. 81.

otros, que no se pregonaron, es indispensable hacer con ellos lo que con los primeros, según sean. (1) Y si se trabó en muebles, y amplió, ó mejoró en raíces, se han de dar en los treinta días, porque esta mejora es continuación de la traba, ó embargo, y es lo mismo que si se principiara por ellos, pues lo mas digno atrae á sí lo menos digno; por lo que en ninguno de los casos en que hay bienes raíces, basta pregonarlos solamente en los nueve días. Todo lo qual se entiende aunque se haya trabado en una alhaja en voz, y nombre de las demás que se embargaren, y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate; porque como los pregones se dirigen á que llegue á noticia pública la venta, y á llamar á los compradores para que hagan postura, y mejora en los bienes executados; sino consta nominatim cuáles son, y sus tasas, mal podrán moverse á comprarlos, ponerles precio, ni pujarlos.

139 No obstante que el executado renuncie como puede, y dé por dados los pregones, es preciso que se pase su término, sino lo renunció también, (2) porque la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. lo pone por forma, según se prueba de sus palabras, ibi: *Y dados los pregones: Lo qual procede, aunque se omita la protesta referida en el num. 135. porque ésta se pone por estilo, y para dirimir qualquier escrúpulo que pueda ofrecerse, y todo motivo de cabalacion maliciosa, y dilatoria; y así por carecer de ella, no dexará de pasar el término, ni la execucion se anulará. Previendo, que los dias de término se deben contar, como si se dieran los pregones, y por consiguiente han de ser utiles todos los treinta, respecto querer gozar de ellos el executado; y es lo que se practica en esta Corte.*

140 Es superfluo darlos quando la execucion se trabó en dinero existente en poder del deudor, ó depositado en el de un tercero; porque como no se ha de vender, antes bien con él se ha de hacer pago al acreedor que lo pretende, cesa la razon de la ley, y por consiguiente su precepto, que se dirige á los bienes venales; y así se le ha de citar

(1) Car. Philip. part. 2. §. 18. num. 39. Rodrig. cap. 5. y num. 81. num. 5. y 6. dichos. Sr. Covar. ibi.

(2) Paz part. 5. Prax. cap. 2.

tar de remate incontinenti que se le notifique el estado de la execucion, sin preguntarle si los dá, ó no por dados, para que se oponga á ella, excepcione, y pruebe en el término legal lo que le convenga, y seguirse la via executiva en igual forma, á excepcion de la subasta y pregones. Lo mismo debe practicarse por idéntica razon, quando la obligacion del executado es de pagar en especie determinada, v. g. trigo, aceyte, &c. y la execucion se trabó en ella; porque en la propia especie se ha de hacer el pago; (1) y así no hay que dar pregones, respecto de que no ha de haber venta, ni en la sentencia se debe mandar que se haga trance, y remate de los bienes executados, sino que se vaya por la execucion adelante, y con los bienes executados se haga pago al acreedor, porque lo contrario seria un error.

141 Si no hay Pregonero en el Pueblo, como en muchos sucede, basta fixar edictos, ó cédulas en los parages públicos de el del juicio, y de el en donde están sitios los bienes executados, en los dias utiles expresados, poniendo el Escribano, ó Escribanos respectivos fé de su fijacion en los autos con insercion literal de la cédula, y especificacion de los sitios en que se fijaron, y celebrandose publicamente á su tiempo con la solemnidad legal, y sin fraude la venta, y remate ante el Juez del Pueblo del juicio, si alli existen, (2) y si no, en virtud de su especial comision, y no de otra suerte, ante el del territorio en que están; y así lo observan los inteligentes.

142 No sólo se ha de hacer la traba, y notificar al deudor el estado de la execucion, sino que antes, ó después de notificarselo debe requerirle el Alguacil que afiance de saneamiento de los bienes executados, aunque sean raíces; y que no lo haciendo le pondrá preso. (3) Y aunque parece muy duro, y figuroso que al que tiene bienes para

(1) Ley A. Divio Flo 15. §. Sed enj pecunia 11. y §. Preterea pecuniam 12. ff. de Re judicat. Carley eo Jedic. tit. 3. disp. 2. n. 1. Cur. Philip. ibi n. 8.

(2) Avendaño de Excequed. man-

dat. part. 2. cap. 12. num. 2. vers. Et advertit: Parlador. dicho §. n. 5. Rodrig. ibi n. 80. vers. Nec etiam. (3) Baez de Inope debitoris, c. 1. n. 27. Parlador. lib. 2. cap. ún. part. 5. §. 5. n. 1. Rodrig. cap. 5. cit. n. 33.

pagar, se le prive de su natural libertad; no se debe dispensar al que no sea privilegiado, porque lo preceptúa la ley, á fin de evitar el daño del acreedor si los bienes no son tal vez de el deudor, ó aun quando lo sean, si se hallan gravados con otras deudas anteriores, por cuyo recelo manda su prision, y así no la omitirá el Alguacil, porque se expone á ser condenado, ó multado; advirtiendole que no basta que dé caucion, porque ésta es una nuda promesa sin prendas, ni fianza, (1) y si se le manda darla plena, y suficientemente, debe asegurar con bienes, ó fiadores abonados. (2) Esta fianza es de substancia del juicio, segun se prueba de la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. que dice: *Mandando por él (habla del mandamiento de execucion) que se haga la execucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raíces, con fianzas de saneamiento, y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor*: y debe ser dada por sugeto lego, llano, y abonado, que no goce de fuero, y sea facil de ser reconvenido, y por consiguiente que existá en el Pueblo del juicio, ó al menos dentro de la Provincia, y no en otra; y así ha de tener bienes conocidos, y no ser Clerigo, Noble, Soldado, Muger, Menor, ni otro privilegiado. (3) ni tampoco Labrador, sino por otro Labrador; (4) y asegurar que los bienes executados son libres, y propios del deudor, y serán suficientes al tiempo del remate para la satisfaccion del principal, decima, y costas; y en su defecto obligarse á satisfacerlo todo, ó lo que falte con los suyos, hecha previa excusion en los del deudor; y no lo haciendo, que le apremie á ello por todo rigor de derecho, y via executiva el Juez de la causa. De cuya fianza, sus efectos, quien debe, ó no recibirla, y cómo se ha de entender, traté con bastante diffusion, y claridad en el cap. 4. de mi primera parte, §. 5. num. 136. y §. fin. num. 182. en donde podrá ins-

(1) Ley Sancimus, Cod. de Verb. signification.

(2) Ley Si mandato Titul. 37. ff. mandati.

(3) Ley Fidejussor 2. ley Si Fidejussor 7. §. Si necessaria: ley De die 8. §. Qui mullerem: §. Tutor: y

§. Jubet, ff. Qui satisfacere cogant. ley Miites, Cod. de Locato, y ley 2. tit. 22. Partid. 5. Rodrig. tit. Jul. Clar. Pract. crimin. §. fin. quest. 46. n. 13. Arrill. decis. 137. Parlador, dicho §. 5. n. 4. al 7.

(4) Ley 28. tit. 21. lib. 4. Rotop.

instruirse el principiante; previniendo que de ella se ha de hacer protocolo, y poner copia en los autos, y no estenderse *apud acta* con ellos, porque la ley manda que de todos los instrumentos se haga. Y que el fiador idóneo no ha de estar preso durante la execucion del principal.

143 Sin embargo de que esta fianza es de substancia del juicio executivo para que no quede ilusorio, y no dandola el executado, ha de ser preso, aun quando presente testigos que aseguren que los bienes son suyos, ó constituya la de la *Haz*, ó de estar á derecho, (1) de que tambien traté en dicho capitulo, y §§. y el Alguacil no debe remitirla, ni en su defecto dexar de prenderle, ya sean muebles, ó raíces sus bienes, por las razones expuestas en el num. anterior, excepto en el caso que expresaré en el 167, porque de no hacerlo se expone á ser condenado al pago si luego salen fallidos en todo, ó parte, como lo ví executado en esta Corte, reservándole, y al Escribano la repeticion contra el deudor: no obstante, (aunque el Escribano no es para otra cosa que para autorizar qualquiera acto que presencie, como testigo de excepcion con autoridad pública, y real, á fin de que no se dude de él) para que le aconseje lo que ha de practicar, y ninguno de los dos quede en descubierta: debo prevenirles que hay personas, que sino dan la citada fianza, han de ser presas: hay otras, que absolutamente hablando, ni deben darla, ni por consiguiente ser encareeladas por deuda puramente civil; y hay otras, que tampoco deben darla, ni ser presas, ni reconvenidas por mas de lo que puedan pagar, porque gozan del beneficio que llaman de la competencia.

144 Las que deben darla, y de lo contrario ser presas, son todas las que no gozan del privilegio de nobleza, ni otro que de ello las exima, ya sean mozas, ó ancianas, porque la ley 19. citada habla indistinta, y absolutamente, y á ninguna edad exceptiva; pero esta prision no se debe entender rigurosamente como suena; quiero decir, que no se ha de afligir, ni molestar al deudor con prisio-

(1) Parlador. part. 5. dicha, §. 6. num. 7. Cur. Phillip. part. 2. §. 27. num. 2.

nes, sino solamente detenerle en la cárcel sin ellas hasta que pague, ó se le mande soltar; y lo contrario, á mas de ser impio, è iniquo, porque la cárcel no fue establecida para castigar, sino para custodiar á los presos mientras se substancian, y determinan sus causas, está prohibido por la ley 34. tit. 4. lib. 3. Recop. bien que acerca de lo que sobre esto pasa en los Pueblos, especialmente si interviene resentimientos, hay mucho que decir, y mucho mas que corregir, pues llega el tiempo de la venganza, y se presenta la ocasión para usar de ella á medida del deseo.

145 No deben ser presas por deuda puramente civil ni por consiguiente están obligadas á dar fianza de saneamiento las que gozan del citado privilegio, pues están exceptuadas por la referida ley 19. que dice: *Mandando por él (habla del mandamiento) que se haga la execucion en bienes muebles, y á falta de ellos en bienes raíces con fianzas de saneamiento; y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor, no siendo tal que conforme á las leyes de estos Reynos no pueda ser preso por deuda*: y son los hijosdalgo, y nobles, constandingo serlo, y están recibidos por tales en el Pueblo del juicio, ó en el en que habitan. Pero lo podrán ser, si la deuda procede de delito, ó quasi delito: ó por ocultacion probada de sus bienes, y alzarse con ellos: ó por pechos, y derechos pertenecientes al Rey, y no á otro: ó por rescate suyo, y de sus consanguíneos cautivos: (1) ó por haber negado ser nobles al tiempo del contrato, pues por el engaño no les sufraga el privilegio para aquel caso, antes bien quebrantan su libertad, y el que niega la qualidad, ó privilegio concedido á su persona, lo pierde: (2) ó por dimanar el debito de mala, y fraudulenta administracion de tutela, si se prueba, porque es delito: (3) ó por cometer hurto, ó exercer algun oficio vil,

(1) Ley 4. tit. 19. lib. 5. y leyes 4. y 6. tit. 2. lib. 6. Recop. Cur. Philip. part. 2. §. 17. n. 7. al 10. y otros que cita.

(2) Ley 1. Cod. ad Micedonian. Ley Qui cum se, ff. de Re iudicat. y leyes 1. y 2. Cod. Si minor se ma-

jorem dixerit. & libi DD. Gom. en la 79. de Toro, n. 4. y lib. 2. Var. cap. 11. o. 54.

(3) Bald. in leg. 1. §. 1. vers. Tutores, ff. de Falsit. ley 3. §. Tutores, ff. de Suspect. tutor. Cur. Philip. libi 12.

vil, pues mientras lo usan, se conceptúan viles: (1) ó por ser hijos espurios, á los quales, aunque su padre sea noble, no compete el privilegio de nobleza, antes bien son reputados por infames; (2) pero los nacidos de legitimo matrimonio, y los naturales reconocidos por su padre gozan de él: (3) ó por cometer infamia, pues el que se hace infame pierde todos los honores que obtenia, y no puede obtener otros, si se le prueba la infamia: (4) ó por fiar á alguna en causa criminal por la condenacion aplicada al fisco, y no á la parte: bien que sobre esto hay variedad de opiniones y la negativa es la mas segura en mi concepto, porque aunque este debito dimanar de delito, no lo ha cometido el fiador, que es del que habla la ley, y así debe ser personal. Y aunque algunos interpretando á su arbitrio la citada ley, dicen que esta exime al noble de la prision por la deuda mas no por dar la fianza; debe seguirse esta voluntaria interpretacion por ser contraria á la misma ley. Á mas de que se verificaria que no debiendo ser preso por lo principal, que es la deuda, lo era por lo accesorio, que es la fianza ó seguridad de ella, y que se constituia en este caso igual al plebeyo que debe ser preso, sino la dá, y de nada le servia su privilegio, lo qual es absurdo.

146 La nobleza, execucion ó hidalguia de estos Reynos de Castilla es de dos clases, á saber: de privilegio, y de sangre: la de privilegio es la que los Señores Reyes, como fuente de toda honra civil por la potestad que tienen, (5) conceden á algunos en remuneracion de los méritos, y servicios hechos á su Real Persona, ó á su Corona, para que la gocen en los términos contenidos en los titulos, ó cartas que se les expiden, como lo dice la ley 7. tit. 2. lib. 6. Recop. ibi: *Es nuestra merced, y voluntad que gocen de ellos, y de las dichas hidalguas, y execuciones, segun se contiene en nuestras cartas que sobre ello les dimos*: y De

(1) Leyes 12. y final tit. 21. Partid. 2.

(2) Leyes 1. y 3. tit. 15. Partid. 2.

(3) Ley 1. tit. 11. Partid. 2.

(4) Ley 7. tit. 6. Partid. 2. ley

Tom. III.

unic. Cod. de Infam. ley Infamia, Cod. de Decurion. ley 2. Cod. de Dignitat. y regul. infamibus, de Regul. jur. in 6.

(5) Ley 6. tit. 27. Partid. 2.

modo que no basta hacer los servicios, pues de esta suerte hubiera infinitos nobles: es menester que el Principe los estime, y declare por tales para gozar la franqueza y privilegio.

147 Estos títulos, ó cartas se llaman *Privilegios de nobleza*, y se dividen en tres clases: (1) La primera es una concesion de exencion de determinados tributos, y cargas personales, y de las franquezas, y libertades que gozan los hijosdalgo con ciertas condiciones, y restricciones; (2) y los que obtienen estos títulos, sus hijos, y descendientes no son, ni se deben llamar *hidalgos*, sino *propia*, y ad-equadamente *exentos*. (3) La segunda clase es la en que los señores excedentes dicen que los *concesionarios sean tenidos por hijosdalgo*, y así gozan sus personas de todas las honras concedidas á éstos. (4) Y la tercera es, quando dicen expresamente que los *hacen hijosdalgo, y á sus descendientes, y que sean habidos, y tenidos por tales, &c.* con las demás firmezas que se acostumbran poner en semejantes rescriptos: y los que obtuvieren este privilegio, y su posteridad legitima, y natural, gozarán de las inmunidades, distincion, y franquezas que los hijosdalgo llamados de sangre, (5) y se les debe sentar entre los hijosdalgo del Pueblo en que habitan, y copiar en los libros de Padrones el privilegio para que jamás se dude de su concesion, y aunque éstos son hidalgos de privilegio, sus descendientes lo serán necesariamente de sangre, porque en ellos es hidalguia heredada, y no adquirida, como adelante dire.

148 Hay otra clase de privilegios de nobleza, que rigorosamente no lo son, sino una declaracion de hidalguia, en que el Rey dispensando en uso de su potestad soberana las escrupulosas formalidades que la ley de Cordova prescribe para probarla, expresa *hallarse certificado de que el*

(1) Moren. de Vargas de Nobilitat. discurs. 7. n. 4. Garcia de Nobilitat. plos. 1. §. 1. n. 5.

(2) Ley 10. tit. 11. Partid. 3. y ley 7. tit. 2. lib. 6. Recop. Guiter. lib. 2. Pract. quest. 1. n. 11. Garcia, ibi num. 1.

(3) Moren. ibi n. g. al fin.

(4) Ramir. de leg. Reg. §. 33. num. 14. Manchac. de Succes. lib. 3. part. 3. §. 30. n. 291. Moren. ibi num. 6.

(5) Alex. in leg. 1. ff. de Volgar. n. o. Garcia ibi num. 50. y glos. 35. n. 3. Moren. ibi p. 7. tit. 11. n. 11.

padre, abuelo, y demás ascendientes del pretendiente son hijosdalgo de sangre de solar conocido, y que por tener entera noticia de sus personas, y nobleza, los declara por tales, y manda se los guarden las esenciones que les corresponden, &c. cuya declaracion no les concede nueva nobleza, y solo aclara la que tenían, para que no esté encubierta, obscura, ni confundida, como hasta entonces (segun á muchísimos sucede por su pobreza, y otros acasos) antes bien conste en adelante que son nobles de solar conocido por tal; (1) y para conseguir esta declaracion (lo qual es bastante arduo, y difícil) debe el pretendiente presentar á S. M. en derecho por la Via reservada de Gracia y Justicia, y no á la Cámara, no solo informacion judicial de testigos que declaren á lo menos por fama pública, y oídas á sus mayores, y éstos á los suyos, que desciende de aquella casa, y familia por linea varonil legitima, sino las partidas, testamentos, y demás documentos que acrediten su derivacion, y testimonios de los empadronamientos de nobleza de la familia, y sugeto con quien quieren entroncar, sacado, y hecho todo con la respectiva citacion de Procuradores Sindicos, del mismo modo que si litigára en la Chancillería sin encontrar provision para sacarlos; y si se le admite, hacer el competente servicio, al modo que si solicitára privilegio de nobleza, por no tenerla, cuyo servicio segun el Arancel actual es de 400. rs. por cada interesado, los que atendiendo á la mas ó menos justificacion, è inmedicacion del entronque, puede reducir la Cámara (á quien S. M. lo remite todo para que le consulte) á 300. ó á 250. y además de este servicio hay que hacer otros gastos crecidos.

149 La nobleza, evencion, ò hidalguia de sangre, (que se llama así, no porque se conozca ni distinga en ésta, ni corra por las venas, como algunos idiotas creen neciamente, sino porque por voluntad, ò permission del Soberano se deriva de los ascendientes á sus descendientes, y así

(1) Ley Adeo, §. Cum quis ex aliena. ff. de Acquirend. rerum dom. tit. 1. n. 15. y ley Duo sunt, ff. de Testam. Mo-min, ley Heredes patam, §§. 1. y 2.

asi se queda en la esfera de esencion puramente civil, y positiva, porque de otro modo no podria quitarla el Principe, ni hacer infame al que cometiese delitos por los que debiese perderla, y los nobles no necesitarian probar su esencion, porque en todas partes serian conocidos por tales, como que se vea su nobleza, es la que se hereda de aquellos á quienes se concedió, y en quienes tuvo principio, como se prueba de la ley 3. tit. 21. Partid. 2. que dice: *Fidalguia es nobleza que viene á los omes por linage: è por ende deben mucho guardar los que han derecho en ella, que no la dañen, ni la menguen; cá pues que el linage face que la hayan los omes así como herencia, non debe querer el fidalgo que el haya de ser de tan mala ventura, que lo que en los otros se comenzó, è heredaron, mengue, ò se acabe en él.* De modo, que la nobleza contenida en el día, y la heredada de mil años há, como proveniente de una fuente, y concedida con iguales prerrogativas es la misma en la esencia, y solo se diferencia en la antigüedad, y en que para el sugeto á quien se concede, es de privilegio, porque no precediendo éste, no puede haberla, y para sus hijos, y descendientes es de sangre, por haberla heredado: y en que ni sus hijos, ni el concesionario podrán cruzarse, si el estatuto la pide de padres, y abuelos; pero tan nobles son en el efecto distintivo de la plebe los unos como los otros, respecto gozar de iguales franquezas. Esta nobleza ha de provenir precisamente del padre, por lo que si éste la goza, aunque la madre no la tenga, serán hidalgos sus hijos legítimos, y naturales; pero no al contrario, porque la muger es el fin de la familia, y á nadie ennoblece por sí sola; y si la madre la tiene tambien, serán nobles, como expresa la misma ley, ibi: *Pero la mayor parte de la fidalguia ganán los omes por honra de los padres: cá muger la madre sea villana, è el padre fidalgo, fidalgo es el fijo que dellos nasetere, è por fijosdalgo se puede contar, mas non por noble. Mas si nasciere de fija fijosdalgo, è de villano, non tobieron por derecho que fuese contado por fijosdalgo: y la 1. tit. 11. Partid. 7. que desde el medio dice: *È fijosdalgo es aquel que es nascido de padre que es fijosdalgo, quier lo sea la madre, quier non; solo que sea su muger velada, ò ami-**

amiga, que tenga conocidamente por suya. Esto es, porque antiguamente la nobleza oyo començó en los varones, è por ende la heredaron los fijosdalgo, è non ser empecos, maguer la madre non sea fijosdalgo. Bien que el hidalgo, y el noble no se diferencian en el goce de esenciones.

150 Como no puede haber nobleza, esencion, ò franqueza civil sin que el Principe la conceda y afirmar lo contrario es suponer que Dios crió dos clases de hombres, una de nobles, y otra de plebeyos; quando la Escritura nos enseña que no hubo mas que un Adán, de donde todos provenimos (por lo que natural, intrinseca, y esencialmente todos somos iguales, como de una misma masa, materia, y especie; y así ninguno es de mejor calidad que otro, segun algunos fanaticos blasonan, y creea graduando de calidad substancial lo que es puramente esencion accidental, y externa; cuya esencia consiste en un papel, ò pergamino; ò que qualquiera Pueblo, ò persona puede ennoblecerse civilmente á sí mismo, ò concederla á otros, lo qual es falso, porque carecen de autoridad, y potestad para ello: tampoco se presume, sino se prueba, y así debe justificarla el que alega tenerla. (1) La prueba Real de la concedida se califica por el título, ò privilegio de su concesion, y de ésta no se debe dudar, porque el mismo título la acredita; y aunque el concesionario es hidalgo de privilegio, lo serán necesariamente de sangre sus hijos, y descendientes, porque la heredaron y sucedieron en su goce por permission del Soberano, como dexo expuesto, y lo insinúa la ley 1. inserta en el número anterior: y el discurrir de otro modo es enfermedad gravissima del entendimiento, y un patente fanatismo, y niemo alucinamiento con que estuvieron infatuados, y preocupados en los siglos de la obscuridad nuestros progenitores, y aun lo están hoy muchísimos necios, y vanos (de los quales, y no de los buenos hablo pues á estos los amo como merezca) cuya preocupacion, y otras les sugieren

(1) Ley 8. tit. 11. lib. 2. Recop. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 16. n. 10. Guiller. lib. 3. Præc. quest. 14. num. 11.

met. 4. García de Nobilitat. glos. 12. n. 5. y glos. 13. n. 1. Escobar, de Purit. part. 1. quest. 8. §. 1. n. 22.

la falta de lección, buena educación, y algo mas y la sobra de necesidad, insolencia, orgullo, y soberbia á los que se debía degradar, y privar de su goce, porqué en vez de estimularlos á ser buenos, y dar buen exemplo, como los que la adquirieron, les sirve de pábulo para arrojarse á cometer excesos que á no gozarla no cometerian, y persuadidos neciamente á que los autoriza para todo, ya que no están sujetos á las leyes, y á que son de otra masa, y especie que los demás hombres. La prueba de la que llaman de sangre, cuya concesion no consta, por lo que se duda de ella (bien que tuvo su principio de la voluntad del Soberano, ó de intrusion por amaño, y negociacion con los Pueblos, de lo que hay muchísimo, pues el dinero lo allana todo) se concibe baxo de tres especies, que son *Posecion local: posecion general: y propiedad posesoria.* Para la posesion local es suficiente probar que el pretendiente, y su padre han estado en posesion de hijodalgo por espacio de veinte años; (1) y al que lo justifica, se manda guardar la posesion vel quasi de hijodalgo en el lugar donde vive solamente, por lo que se llama vulgarmente *hidalgo de canales adentro ó local,* dando á entender, que en saliendo de él, ya no lo es. Para la posesion general es necesario probar de tres personas, á saber: del pretendiente, su padre, y abuelo por igual tiempo de veinte años continuos, y cumplidos; y al que así probare, se manda amparar en la posesion vel quasi de hidalguia, y que generalmente le sea guardada; bien que no queda declarado hijodalgo en el ser, y propiedad, porqué este litigio se reserva al Procurador Fiscal, y al Concejo colitigante para que sigan su derecho; y si obtienen despues, se manda despojar de la posesion al pretendiente, (como lo he visto) pero entretanto goza de todos los honores, é inmundidades que los hijodalgo en propiedad posesoria en virtud de la sententia primera de amparo. (2) Y para la

(1) Ley 8. cit. Otalor. part. 2. cap. 5. n. 9. Garcia glos. 7. num. 20. glos. 12. n. 11. y glos. 40. num. 1. y sig. Moren. discurs. 6. n. 5.

(2) Dicha ley 8. Garcia glos. 11.

pro-
y 12. num. 10. y glos. 28. Otalor. part. 2. cap. 10. n. 1. Faria ad Cozar. lib. 1. Var. cap. 16. n. 16. y 61. Mesén. discurs. 6. cit. num. 4. Sotés t. 1. decis. 2. n. 12. y decis. 3. n. 1.

propiedad posesoria, aunque en lo antiguo era preciso justificar la posesion de quatro personas, que son: el pretendiente, su padre, abuelo, y visabuelo: (1) hoy es suficiente probarla de sí, su padre, y abuelo, con tal que además se pruebe la inmemorial; (2) y probando en estos términos, se expide executoria, por la qual se declara hijodalgo al pretendiente; y causa tanta notoriedad, que no se debe dudar ya de la posesion de su hidalguia, y nobleza de sangre, porque induce perpetuo silencio, y civil seguridad; y como cosa juzgada se tiene por verdadera; y sus viudas mientras conserven castidad, y no se casen, gozan de la misma hidalguia. (3) Esta es la mayor parte de la nobleza que hay, y viene á ser nada mas que posesion declarada de ella, pero no propiedad; porque para esta es menester, ó acreditarla por medio del privilegio expedido al primero que empezó á gozarla, el qual es el verdadero título de ella; y sin él no puede haberla, sino solamente posesion de su goce: ó justificar descendencia de casa, y solar conocido por noble; y en todas estas clases de nobleza, ó esencion civil son las verdaderas, y no la de mera posesion; porque para adquirir ésta en los Pueblos, hay muchos amaños que la facilitan: el dinero hace valer todas las pretensiones del que lo tiene; y si se hiciera presentar á cada uno el privilegio concedido á su persona, ó ascendencia varonil no quedaria la tercera parte de los que indebidamente la gozan, ni por consiguiente causarían tantos daños en los Pueblos como causan; pues no hay valor para sufrir á un hidalgo nocio de mala crianza, lleno de orgullo, vanidad y soberbia, y como dixo nuestro Seneca en el lib. 21. epist. 116. y la experiencia nos lo enseña: tanto es, y tanto vale cada uno, quanto tiene; y así la nobleza es una continuada riqueza, y esta suerte varios y admirables efectos que explica *Hermasill. en ley 44. tit. 5. Partid. 5. glos. 6.* á quien podrá ver el que quiera saberlos,

(1) Ley 2. cerca del fin, verb. E. son vnde: tit. 21. Partid. 2.

(2) Leyes 7. y 8. tit. 12. lib. 2. Recop. Garcia glos. 7. n. 16. y 27. glos. 12. n. 1. y glos. 18. n. 7. Ota-

lor. part. 3. cap. 6. n. 1.

(3) Ley 9. tit. 11. lib. 2. Recop. Otalor. part. 2. cap. 9. n. 6. y 12. Garcia glos. 8. §. 1. n. 16. Acer. in Rubr. tit. 2. lib. 9. Recop.

los, pues con ella todo se consigue, y se vencen las dificultades por árduas, è insuperables que se presenten.

151 Están comparados los hijosdalgo de executoria en quanto al goce de esenciones a los de *solar conocido*, *Infanzones*, ò *Gentiles*, que son aquellos cuya nobleza, è hidalguia es notoria à todos los de la Provincia en que habitan: y la notoriedad se causa por ser descendientes de casa, y solar, que de todos es conocida por noble, y no existe en tierra llana, que poblaron los Sarracenos, sino en la Montaña, ò en Galicia, Asturias, Guipúzcoa, Vizcaya, y Navarra, en donde se refugiaron, y reunieron las reliquias de los Catolicos, para defenderse de los Mahometanos quando hicieron su irrupcion en estos dominios, y exterminar los de las Castillas, y demás Provincias de que se apoderaron; y aunque la concesion de su nobleza, no conste, ni se pueda probar por el gran transcurso del tiempo, y calamidad que se padeció, hasta que se consiguió la total expulsion de éstos, se presumé haberse concedido al que edificó el solar, por los servicios hechos à la Corona, y à la patria, y como digno por ellos de remuneracion se le distinguió, y permitió edificarlo, poniendo en él sus armas, y distintivo; lo que de lo contrario no se le permitiría; (1) y así los que de él descienden, pueden llegar à la suprema dignidad, y soberania de Emperador, ò Rey, (2) porque esta hidalguia por su antiguedad es mas excelente, segun lo dice al fin la ley 2. tit. 21. Partid. 2. Pero quanto dende en adelante (viene hablando, y haciendo referencia à los visabuelos) mas de lucie vienen de buen linage, tanto mas crecen en su honra, è en su fidalguia. Bien que el nombre de *solariego*, ò *hidalgo*, es mas antiguo que los de *Infanzon*, ò *Gentil*, aunque se entienden en una misma cosa. (3)

152 Esta palabra *solar* (de donde se deriva el nombre de

(1) Garcia glos. 18. n. 3. 4. 33. y 34. Or. or. petri. 2. esp. 4. n. 6. Acerv. in Rubr. tit. 7. lib. 6. Recop. n. 168. Moren. discurs. 5. n. 1. y discurs. 6. n. 2. al fin.

(2) Ley 23. al fin tit. 21. Partid. 2.

y ley 1. en las de los Godos, cap. de la Eleccion de los Principes.

(3) Salazar de Mendoza Origen de las Dignidades Seculares, cap. 7. y dicha ley 1. de los Godos. Moren. discurs. 4. n. 1. al 30.

de *solariego*) aunque no consta de su origen, no obstante no haber cosa mas comun en esta materia, se supone, y la entienden por el suelo en que está edificada la casa del que ganó, y sacrificandose, obtuvo la nobleza, y por la misma casa, ò edificio primitivo, cuyos dueños se denominaron *Señores Solariegos*, que quiere decir *Señores de Vasallos*, y sus descendientes por linea masculina *Hijosdalgo de solar conocido*; para denotar la nobleza de sus progenitores que en los edificios propios que, habitaron, dexaron signos demostrativos de ella, perpetuando su memoria en cosas permanentes; (1) pero han de ser poseídos por herencia, y varonil, y sin particion; por lo que sin embargo de que los compre el que no goza de la nobleza, no se titulará noble, al modo que el que comprare la casa del Decurion, no se denominará Decurion; (2) de todo lo qual trata con mucha mas extension Garcia de Nobilitat. glos. 18. à quien puede ver el aplicado.

153 Aunque la nobleza civil como derivada del Principe temporal es buena para los concesionarios, y sus descendientes tengan distintivo externo, y accidental, y gocen de algunas esenciones y franquezas, mas que los que carecen de ella: hay otra que como substancial, inherente al alma, y concedida por el Soberano Criador de Cielos, y Tierra, la supera, y excede en sumo grado: esta es la de bondad, y virtud, segun lo significa la ley 6. tit. 9. Partid. 2. por estas palabras: *El noble son llamados, en dos maneras, ò por linage, ò por bondad: è como quier que el linage es noble casa, la bondad pasa, è vence; mas quien las hà amas, este puede ser dicho en verdad rico, ome pues que es rico por linage, è ome cumplido por bondad.* Y lo dicen varias plumas (3) doctas. Pues el verdadero noble, debe ser virtuoso, y cumplido, ò cabal, de donde viene

(1) Garcia glos. 18. dicha, n. 10. al 24. Moren. discurs. 5. u. 4. y 5.

(2) Ley 3. Cod. de Predit. & omni. his reb. navicularior. Lucas de Penn. in leg. Cum neque al fin. Cod. de Incol. Garcia glos. 18. cit. n. 25. al 29.

(3) Sr. Greg. Nacianz. lib. 1.

Orat. 18. Ovid. Epist. ad Nass. Cassiodor. lib. 3. Variar. Epist. 23. Platon apud Brison. lib. 7. Aristot. lib. 4. Politic. Abb. Joann. Alexand. apud Baron. tit. 8. annual. ann. 650. Eriophiles Iudic. Socrates apud Sibth. Serim. 84. y otros muchos.

la palabra *Caballero*, y no solamente de andar à caballo, (bien que hoy muchos fundan su nobleza en el empleo, ó goce de ella, no en sus meritos ni proceder, porque son muy agenos y contrarios à la verdadera. Y como si el empleo ó profesion imprimieran caracter indeleble, y no se extinguiera con la persona como meramente personal) y por ser cabales aquellos heroes dignos de eterna memoria, y alabanza; que à esmeros de su virtud, y servicios, y de sacrificarse por la Religion, por el Rey, y por su Patria, obtuvieron, y se les concedió justamente la nobleza, y distincion civil, no solo se les llamó hidalgos, ó nobles, sino que se les escogió, y colocó entre los Cavalleros, entresacando de mil uno, para condecorarle con la insignia de Cavallero; de lo qual instruye perfectamente el tit. 27. de la Partida. 2. y por no ser prolijo, omito explicarlo. Y así habiendo pedido un plebeyo al Emperador Segismundo que le hiciese noble, le respondió: *Tú te puedo hacer franco, pero no noble*, porque la nobleza propia es la virtud, y la civil es esencia, ó franqueza, y no otra cosa.

154 La nobleza de bondad es la real, y verdadera, la celebrada en divinas, y humanas letras, y la estimada, y amada de Dios, y de los buenos; (1) y el que la tiene, el que es, y se debe llamar con propiedad noble, porque está adornado de la qualidad mas preciosa que hay; y à la verdad solo éste debia gozar de ambas. La civil puesta en paralelo con ella, y haciendo juicio comparativo entre las dos, no es mas (hablando con pureza, è ingenuidad imparcial) que humo, y un ente imaginario, cuya esencia consiste unicamente en un papel, ó pergamino; que no tiene eficacia para sacar al hombre de su misera esfera, y condición en cosa alguna, ni libertarle de las calamidades de hijo y descendiente de Adán despues de haber pecado; ni distingue al que la goza, del que carece de ella; y creer lo contrario es sanidad, preocupación, y falta de instrucion, y reflexion, y aun no sé si diga de Religion; y como di-

(1) Sapient. cap. 4. Eccles. c. 70. ad Corinth. cap. 15. Tiraquel. de Aristot. 1. Ethicor. cap. 5. S. Pablo. Nobilitat. cap. 91. n. 31.

dixeron Solón, y las plumas mas doctas, y juiciosas: mas noble es el que por sus méritos se hace, que el que nasce con el aéreo, y accidental distintivo de nobleza, pues à muchos que indigna, è injustamente la gozan, se alaban de la heredada, y publican la agena por no tenerla propia, en lo que se infaman à si mismos, y nada serán en el Mundo à no haberla heredado, se podia responder lo que Ciceron à Verres que le arguia de menos illustre: *Tu casa acabó en tí, porque perdiste el honor con la conjuración: mas la mia empieza en mí, que la acredité con las letras, y con la lealtad*, y lo mismo respondió Socrates al baldon de que era hijo de un Zapatero. Y así ni mas honra, ni nobleza verdadera que la que se adquiere por la virtud, y buen proceder, ni mas clases de hombres que dos, una de buenos, y otra de malos; y si fuera personal, y solo à los buenos se concediera, y permitiera gozarla, todos se esmerarian en serlo, y en imitar à los illustres Heroes que la adquirieron, sería felicissima la República como compuesta de individuos llenos de bondad, y virtud, que es la propia, y verdadera nobleza, segun queda expuesto: y no habria tanta maldad en el Mundo, ni los que están destituidos de méritos propios, ni son capaces de adquirirlos, harian en oprobio y para confusion suya como hijos espurios de los que la ganaron, y merecieron justamente, alarde de los agenos, para mancharlos, y borrarlos con sus indecorosas acciones, pues como dixo Seneca, las personas à quienes le falta la virtud, aunque se conozcan por los escudos y hazañas de sus mayores, son mas notadas que nobles. No me detengo mas en esta materia que es propiamente de ayre, humo, y vanidad odiosa; el que quiera instruirse de ella, lea los Autores citados, y otros y la obra que en el año de 788. dió à luz en Valencia Don Mariano Madramany y Calatayud, titulada: *Tratado de la Nobleza de la Corona de Aragon, comparada con la de Castilla*, pues me he separado demasiado de mi instituto, y así vuelvo à tomar el hilo de él, que es lo que importa al Escribano principiante.

155 De la nobleza del executado puede conocer sumaria, è incidentalmente el Juez que entiendé en la execucion,

ción, y determinarla, oyendo al executante, cuya determinación a nadie mas perjudica que a éste; y durante el litigio ha de ser suelto el executado baxo la fianza de la *Haz.*, sin ser necesario remitir la causa sobre este artículo a los Alcaldes de Hijosdalgo de la Chancillería; y no dandi esta fianza, ha de subsistir en la carcel; pero si la nobleza del executado es notoria, y por tal la alega, en este caso recibida informacion de su notoriedad, y posesion, debe ser suelto sin fianza alguna, (1) y por consiguiente queda libre de dar la de saneamiento.

156 Sin embargo de que el executado manifiesta al Escriptano, y Alguacil que van a ejecutarle, papeles que acrediten haber gozado nobleza sus ascendientes en otro Pueblo, ó les conste por otro medio que lo es, no deben por eso dexar de ponerle preso, si carece de bienes, ó teniendo los, no a fianza de saneamiento, á menos que exhiba mandamiento de amparo de algun Juez de aquel Pueblo; (como en esta Corte lo solian dar los Alcaldes de ella, lo qual ya les está prohibido) ó executoria que haya obtenido; ó que conste publicamente estar admitido por tal en el mismo Pueblo; pues en los dos casos primeros ha de poner testimonio de lo que resulte del mandamiento, ó executoria, deboliendoselos, y dar cuenta al Juez, suspendiendo la prision hasta nueva providencia; y en el tercero poner diligencia de estar recibido por noble, y no haberle requerido por esta razón que diese la fianza.

157 Entre los fueros, y leyes que para su gobierno hicieron antiguamente los Vizcainos, es uno el de que todos los vecinos, y domiciliados en su territorio, y sus descendientes han de gozar del privilegio de hidalguia, no solo dentro de él, sino en qualquiera partes, lugares, y Provincias de estos Reynos, con tal que los domiciliados fuera de Vizcaya prueben que su padre, ó abuelo paterno nacieron en él: y por fama pública que sus anteriores progenitores por linea paterna fueron naturales Vizcainos, y todos

(1) Anex. en la ley 4. n. 30. y en cap. 16. n. 6. Rodrig. de Execucion. la 19. tit. 21. lib. 4. Recop. non. 64. dicho cap. 5. n. 45. Gutier. de Juram. conbrun. part. 1.

ellos tenidos, y reputados por tales; y aunque no prueben mas, basta para que les sea guardado el privilegio: (1) por lo que no deben ser atormentados, sino por los delitos de lesa Magestad, heregia, falsa moneda, ó pecado nefando; (2) ni ser presos, ni executadas las casas de sus moradas, armas, ni caballo por deuda que no dimana de delito, *vel quasi*, aunque hayan renunciado su hidalguia. (3) Estas esenciones, y privilegios (que ellos se concedieron, por lo que se ennoblecieron a si mismos) y otras que contienen sus fueros, están confirmadas por los Señores Reyes de estos dominios, porque con motivo de haberse extinguido la descendencia de su Conde Don Lope Diaz de Haro, decimo octavo Señor de Vizcaya, se entregaron al Señor Rey Don Juan el primero de Castilla con el pacto expreso de que se les habian de guardar sus fueros nativos, como hasta entonces, y confirmarlos los Señores Reyes sus sucesores, a lo que asintió por justos motivos que á ello le impelieron, por cuya razon se les guardan; y así es privilegio de Vizcainia concedido al País, y á los que nacen, y descienden de él, y no otra cosa excepto que acrediten ser nobles, y descender por linea legitima varonil de casas solariegas, ó infanzonas, (de los que son la menor parte) como los de las demás Provincias, segun ya oy se les precisa justamente para recibirse por tales fuera de Vizcaya, y Encartaciones; pues á la verdad mirando las cosas como en si son, es fanatismo, y demasiada preocupacion el querer que el País, que es incapaz físicamente de contraer merito, ni privilegiar al que nació, y no vive en él para que goce por solo su nacimiento del privilegio en otro ageno, porque se daría efecto sin causa, lo qual repugna á lo natural, y verdadero.

158 Gozan del privilegio de nobleza, aunque no la tengan, para no ser presos por deuda puramente civil, los Jueces durante su oficio; los graduados de Doctores, ó Licen-

(1) Ley 16. tit. 1. de los Fueros fueros. de Vizcaya.

(2) Ley 9. tit. 9. de los mismos

(3) Ley 3. y 4. tit. 16. de años.

enciados en qualquiera facultad por Universidad aprobada, y los Abogados, aunque tengan solamente el grado de Bachiller, por lo que tampoco están obligados à afanzar de saucamiento. (1) Pero esta no es nobleza, sino esenconcedida al oficio, grado, y facultad, por lo que no transciende à la posteridad del que la exerce, y lo propio milita para con los Oficiales Militares, si no han nacido con ella; (2) bien que en quanto à estos me parece (aunque no he visto declaración Real) deberá limitarse à los subalternos, y no à los Coronales, y demás de grados superiores.

159. Los Maestros de primeras letras aprobados en esta Corte para dentro, ò fuera de ella, que obtuvieren título del Consejo, y tampoco pueden ser presos por deuda puramente civil, y gozan de las esenciones personales que los que exercen artes liberales de la carrera literaria, así en quintas, levas, y sorteos, como en las demás cargas congegiles, y oficios públicos, de que se eximen los que profesan facultad mayor, según Real Cédula expedida en el Real Sitio de San Ildefonso à primero de Septiembre de 1743. referendada de Don Francisco Xavier de Morales y Velasco. Y lo propio debe militar para con los que exercen las Artes de Arquitectura, Escultura, y Pintura, porque están declaradas por nobles.

160. La muger no puede ser presa por deuda, à menos que dimané de delito, ò quasi delito, ò que se prosituya, siendo conocidamente mala de su persona. (3) Si es casada, goza de la nobleza de su marido, aunque ella no la tenga; y conservandose viuda del noble, ò del Oficial de Casa Real; y viviendo castamente, la competea los privilegios de su marido, al modo que quando casada. (4) En quanto à las esenciones de los Caballeros de las

(1) Ley 3. tit. 10. y ley 8. tit. 36. Partid. 2. leyes 8. y 9. tit. 7. lib. 1. Recop. ley Advocati, y ley Laudabile, Cod. de Advocato. diversor. judic. Rodrig. de Execucion. dicho cap. 5. n. 48. al 52. y otros que cita.
(2) Ley Miles, ff. de Re judicat. Garcia de Nobilit. glos. 48. §. 4. n. 9.

Cur. Phillip. part. 2. dicho §. 17. n. 17. al 19.

(3) Ley 62. de Toro, que es la 10. tit. 3. lib. 2. Recop. ley 3. tit. 7. Partid. 3. ley 1. y Authent. Hodie novo jure, Cod. de Custodia Reor.
(4) Ley 9. tit. 11. lib. 2. y ley 18. tit. 14. lib. 6. Recop.

las Ordenes Militares; criados, y Secretarios del Rey, Labradores, y otros, vease lo que expliqué en el cap. 4. §. 4. n. 94. al 103. de mi primera parte, pues por evitar repetición omito explicarlo aquí.

161. El menor de veinte y cinco años no debe ser preso por deuda civil; sino que tenga la libre administracion de sus bienes; y la razon es, porque así como no puede tratar, ni comparecer en juicio, tampoco puede causar contumacia que motive la prision, ni se debe hacer execucion en su persona: (1) ni el enfermo hasta que sane; (2) ni el Pregonero mientras vá pregouando; (3) ni el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, lo hizo en el término, y con la pureza legal sin ocultacion, y manifiesta todos los bienes de que se compone, pues solo está obligado hasta en su importe, y cumple con su entrega, pero si al contrario. (4) Previendo, que quando los legatarios, y acreedores del difunto no presenciaron la confeccion del inventario, y dudan, ò sospechan si el heredero ocultó algunos bienes, le pueden hacer que jure si lo hizo, ò no fielmente, y sin engaño; y lo mismo pueden inquirir por los testigos preseñales, y siervos del testador en dicho caso. (5)

162. Tampoco deben ser presos el tutor, factor, ò administrador por la deuda de su tutela, y administracion, excepto que no manifesten los bienes de éstas: (6) ni los Procuradores de Cortes durante el tiempo de su encargo, à menos que sea por contrato, ò delito hechos en la Corte, ò por debitos reales; y lo propio milita para con los de los Pueblos que ván à ella à negocios de éstos; (7) ni el que tuviere tres años continuos doce, ò mas yeguas de vien-

(1) Rodrig. dicho cap. 5. n. 53. Parlad. lib. 2. part. 2. §. 6. n. 15. Bobadill. lib. 3. Polit. cap. 15. n. 29.

(2) Señor Saig. de Reg. part. 2. cap. 4. n. 213. Farinac. tom. 1. tit. 4. de Carcerib. quest. 27. n. 27.

(3) Bart. y Jason. en la ley 2. ff. de In jus vocand. Tallad. de Carcer. cap. 11. §. 4. al fin.

(4) Leyes 5. 6. 7. y 10. tit. 6. Par-

tid. 6. Carlev. tit. 3. disp. 9. Rodrig. de Execucion. cap. 4. n. 5. y 6. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 4. §. 1.

(5) Ley 6. tit. 10. Partid. 6. cit. y ley fin. §. Donec, Cod. de Jure delib. and.

(6) Parlad. dicha part. 4. §. 3. n. 1. al 4.

(7) Ley 4. tit. 3. Partid. 3. y leyes 10. y 11. tit. 7. lib. 6. Recop.

viente, por deuda contraída despues de tenerlas, excepto que toque al Rey; y goza de otras exenciones que le franquean las tres leyes del tit. 17. lib. 6. Recop. ni tampoco los Labradores, operarios de fábricas de estos Reynos, ni demás artesanos, según la Real Pragmatica de 17. de Mayo de 1786. inserta en el cap. 3. n. 9. de este libro.

163. Y los que no han de ser convenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil, que no pertenezca al Rey, y antes bien se les ha de dexar congrua sustentacion según su condicion, y familia, tampoco deben ser presos por ella, ni por consiguiente están obligados á afianzar de saneamiento; (1) y son el Clerigo ordenado *in sacris*, ya sea por lo que debe á otro Clerigo, ó á lego; el de menores órdenes, si obtiene beneficio Eclesiastico, y no de otra suerte; (2) el socio por la de su compañía singular, ó universal, á menos que renuncie este beneficio, (3) como puede: el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido, y muger, por la de unos contra otros respectivamente; (4) bica, entendido, que aunque la madre, y abuela sean alcanzadas en la tutela de sus hijos, y nietos, y renuncien el auxilio concedido á las mugeres, y el de no poder ser reconvenidas sino en quanto puedan, no deben ser presas por el alcance, porque esta exencion se les concede por la reverencia que aquellos las deben, y por su renunciacion no se quita; (5) el marido por la dote de su muger, ó por otra deuda de esta, aunque renuncie este beneficio, y pacte que pueda ser convenido por su total, (6) de cuyo

(1) Ley Sont qui 16. hasta la 22 ff. de Re judic. regla la condemnatione ne 173. ff. de Regul. jur.
(2) Cap. Odoardus, tit. de Solutioib. y ley 23. tit. 6. Partid. 1. & ibi gloss.
(3) Ley 15. tit. 10. y ley 1. tit. 15. Partid. 5. Sr. Greg. Lop. en la primera, glos. 4. y 5.
(4) Dicha ley 1. tit. 15. Partid. 5. Rax. de Inope debitor cap. 17. Sr.

Salp. part. 1. Labir. cap. 24.
(5) Menoch. de Arbit. lib. 1. quest. 88. n. 12. Mitlenz en la ley 10. tit. 3. lib. 5. Recop. glos. 1. n. 3. & ibi Acev. Rodrig. dicho cap. n. 56. y 57.
(6) Ley últim. tit. 11. Partid. 4. dicha ley 1. tit. 15. y ley Julia cap. 14. §. Eligenter, ff. Solut. matrim. mon.

privilegio gozan igualmente sus hijos, y padre, ó suegro de la muger, pues no se extingue con la muerte del marido; (1) pero no sufraga á los herederos estraños de este: (2) ni al suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagarsela, pues por su dolo, y malicia pierde el privilegio; (3) el que por accidental, é inculpable infortunio, v. g. guerra, naufragio, incendio, &c. perdió sus bienes: (4) el Juez residenciado: (5) el señor por la deuda de su liberto, ni éste por la de aquel; el donante por la donacion que hizo, (6) pues de lo contrario le seria demasiado gravosa su liberalidad; y el Soldado que sirve al Rey. (7)

164. Tampoco debe ser convenido en mas de su posibilidad, ni está obligado á responder en juicio el que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes, ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de éstos, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenia, pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dexar congrua sustentacion de los que despues de la cesion adquiriera, (8) porque éste, y los expresados en el número precedente gozan del beneficio que llaman *de la competencia*, y así se les debe dar, y pueda pedir alimentos de sus propios bienes; excepto que tengan arte, oficio, ú otro modo con que alimentarse; ó que el acreedor por ser pobre, carezca de lo preciso para su vital conservacion, en cuyos dos casos se ha de pagar toda la deuda. (9)

Lo

(1) Leyes Rei judicatis 15. Quia parentis 16. Etiam filios 18. y Sicut autem 21. ff. de Re judic.
(2) Leyes Maritum, 12. Quia tale 13. y Sciendum 25. ff. cod. tit.
(3) Ley penult. ff. de Juro dot. Bax. dicho cap. 17. n. 57.
(4) Señor Olea de Cesation. tit. 6. quoad 11. n. 45. Señor Salp. dicho cap. 24. n. 1. Bax. de Inope debitor. cap. fin. part. 5. §. 6. n. 19.
(5) Abiles in cap. Prator. n. 20. Sr. Salp. de Reg. part. 3. cap. 4. n. 93. Parador. dicho §. 6. n. 18.

Cur. Philip. part. 3. §. 17. n. 28.
(6) Ley 4. tit. 4. y ley 4. tit. 15. Partid. 5. y ley Inter eos, ff. de Re judic.
(7) Ley Miles 6. y ley Item miles 18. ff. de Re judic.
(8) Ley Qui bonis 6. ff. de Cession. honor. y ley 3. tit. 15. Partid. 5.
(9) Ley 15. al fin tit. 10. Partid. 5. & ibi glos. 8. glos. in leg. Si maritus in id, ff. Solut. matrimon. & in leg. Si quis argenteum, §. 1. Cod. de Donat. Cur. Philip. dicho §. 17. n. 24.

165 Lo propio milita para con los Duques, Condes, Marqueses, y otros Magnates, y Señores jurisdiccionales si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos Reynos se les deben subministra'r alimentos de las rentas de sus estados concursados, con preferencia à sus acreedores, para evitar que se vean precisados à mendigar, ò à exercer ocupaciones indignas, è indecorosas, que cedan en oprobio, y desdoro de su dignidad; pero no para con los poseedores de mayorazgo simple, à que ninguna dignidad pública de título, varonía, ò jurisdiccion está anexa, pues estos aunque sean nobles, no tienen derecho à ser alimentados en el caso que los Señores jurisdiccionales porque la nobleza sola no es dignidad, sino mera exención, privilegio, ò franqueza para ciertas cosas concedida, ò permitido su goce al que la tiene. (1) Ni tampoco se deben de justicia à los inmediatos sucesores, y si se les conceden, es por gracia, equidad, y en reconocimiento de la mediación, con tal que teagan conocida indigencia, y el mayorazgo pueda sufrirlos, sin privar de los indispensables, y decentes al poseedor, y su familia, y no en otra forma; excepto que el fundador lo mande expresamente.

166 Litigando los referidos privilegiados unos contra otros, si el uno pretende evitar su daño, y el otro adquirir utilidad, no gozará éste del privilegio de no ser conuenido en mas de lo que pueda; ni quando el uno lo tiene generico, y el otro específico; ò en habito, y potencia, y el otro en acto; (2) ni tampoco gozan de él sus fiadores, porque como personal está concedido solamente à los principales deudores. (3)

167 No incurrirá en pena el Alguacil por exercer con los contenidos en los numeros 163, y 164, el rigor de la ley, porque ninguna se la impone, si el mandamiento exe-

(1) Sr. Saig. part. 1. Labir. cap. 24. Rodrig. dicho cap. 5. n. 73. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. y §. 3. cit. n. 22.

(2) Ley Verum, §. fin. ff. de Miscrib. Cariev. tit. 1. dispat. 2. quest. 6.

señ. 7. n. 646. Parlad. lib. 1. Re. cap. 17. n. 28.

(3) Ley Etsi fidejussor, 24. ff. de Re. judicat. & ibi Bart. y Alex. Sr. Saig. part. 2. Labir. cap. 39. n. 35.

ecutivo se dirige contra sus personas, y bienes, pues quien debe mirarlo, es el Juez al tiempo de expedirlos y si no gozan del privilegio expresado, ni de otro los deudores, y se expide unicamente contra sus bienes, no debe ponerlos presos, aunque carezcan de ellos, ò teniendolos no afiancen de saneamiento, hasta que se le mande por nueva providencia; pero si dar cuenta inmediatamente al Juez de lo que ocurra, para que la tome, pues por el hecho de no dirigirse contra sus personas, es visto no querer que se proceda contra ellas, y el Alguacil como mero executor carece de potestad, y facultades para alterar, y exceder de lo que expresa, y literalmente le manda, ò prohíbe el Juez.

168 Pasado el término de los pregones, y no antes, (pues mientras dura nada se debe hacer por ser preciso que pase, por la razon en el número 139. expuesta excepto que se renuncie expresamente, ò antes que espire se oponga el executado à la execucion, como adelante diré) y de mandato expreso por escrito del Juez à instancia del acreedor, y no de otra suerte, habitando el executado en el Pueblo del juicio, se le ha de citar en persona, (pudiendo ser hallado en su casa, ò en el mismo Pueblo) para dos fines, el uno para que se oponga à la execucion, y excepcione contra ella si quisiere, y el otro para en su defecto proceder à la sentencia, venta, y remate de los bienes executados, y pregonados; y quando el Escribano le haga la citacion, debe apercibirle con arreglo à derecho (1) que si dentro de tres dias primeros siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio à mostrar pago, quita, ò razon legitima que impida el remate, se procederá al de los bienes executados sin mas citacion, y para ello à sentenciar la causa por el importe del débito, su décima, y costas causadas, y que se causen hasta el real, y efectivo pago de todo; y dar fé en la citacion de haberle hecho este apercibimiento, expresándolo; y aunque no falta quien diga que no es necesario nuevo auto para citar-

(1) Ley 36. tit. 4. lib. 3. y ley 19. cap. fin. y part. 5. §. 9. n. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlad. dicho

tarle, no me conformo con este dictamen; lo primero, porque la ley 3. tit. 3. lib. 4. Recop. dice: *T. mandamos que de aqui adelante ningu Escrivano, ni Portero, Pregonero, ni emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar, ni emplazar a persona alguna, sin que primeramente le sea expresamente mandado por nuestras Justicias.* Lo segundo, por no ser esta citacion consiguiente a la trabá. Lo tercero, porque el deudor puede estar convenido con el acreedor, y así se ha de hacer a instancia de éste, y en virtud de precepto judicial nuevo, ó puesto en el mandamiento. Y lo quarto, porque la ley 36. tit. 4. lib. 3. Recop. dice: *T. que despues un dia antes que se haga el tal remate, se dé otro mandamiento para emplazar a las partes para el dicho remate,* por lo que no se debe citar sin nueva providencia que lo mande. Lo qual se entiende, excepto que la cosa en que se trabó la execucion, sea dinero, ó no necesite venderse, porque es la que se pide, y con ella se ha de hacer el pago, pues entonces puede ser citado luego que se le notifica el estado de ésta, como senté en el n. 140. y no es necesario observar la forma de la execucion, porque cesando la venta, cesa la subasta, y cesando el fin, cesan los medios concernientes a conseguirlo. (1) Y lo propio millta quando renunció expresamente por escrito (como puede) no solo los pregones, sino tambien su término, pues renunciandolo todo, se le puede citar inmediatamente, y no es necesario dexarlo pasar como quando renuncia solamente los pregones.

169 No dexandose ver el executado, se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para notificarle el estado de la execucion, expresando en ellas no poder ser habido, y dexandole cédula, ó memoria por escrito con la relacion competente, y expresion de los efectos de la citacion, sin ser necesario bucarlo por la Ciudad, ni Provincia, en cuyo caso le perjudicará la

(1) Dicha ley. A Divo Pio 16. §. Sed. & si pecunia 11. y §. Pretoria pecuniam 12. E. de Re judici. Car-

lev. tit. 3. disp. 2. n. 1. Cur. Philip. part. 2. §. 18. n. 8.

citacion como si fuese hecha en su persona; bien que si acreditare que la citacion hecha en su casa no llegó a su noticia, no le perjudicará. Teniendo dos casas, se le ha de citar en la que habita. Siendo vagamundo, en el lugar en que asiste con mas frecuencia. Y constando por informacion previn en el juicio su ausencia de la Provincia, ó ignorancia de su paradero, y pronto regreso, se le citará por edictos, y nombrará defensor con quien se entientan las diligencias de venta, y remate, y tambien se le nombrará, quando el difunto no dejó heredero, por cuya razon está yacente la herencia, sin conocerse a quica taca. (1)

170 Existiendo fuera del territorio, ó jurisdiccion del Juez que entiende en los autos executivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio. Esta requisitoria debe ir documentada con insercion de la declaracion, y sentencia, ó executoria que trae aparejada la execucion, y si se pide en virtud de escritura, ha de ir inserta ésta con la nota, ó toma de razon de la Oficina de hipotecas para que no se le deaiegue el cumplimiento, porque la escritura hipotecaria sin la nota no tiene vigor executivo, si es especial, como dié en el num. 257. y ha de ser no solo para trabar, y mejorar la execucion, notificarle su estado, prenderle en defecto de bienes equivalentes, ó de fianza de saneamiento, y hacer deposito de éstos a disposicion del requirente por cuenta, y riesgo del requerido, sino tambien para citarle de remate a su tiempo, (que es despues de haber espirado el término de los pregones, y no antes, porque de lo contrario habrá que bolverle a citar como lo he visto, por no haberse observado el orden, y forma de la ley, y será tenido por idiota el Escrivano) preñiendole en ella el competente segun la distancia, a fin de que comparezca a excepcionar, y probar lo que le conenga, baxo el apercibimiento insinuado, como en el juicio ordinario; (2)

(1) Rodrig. dicho cap. 5. n. 86. al 89. Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. num. 43. y 44. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 133. Acov. en la ley 19. tit. 21.

lib. 4. cit. n. 120. y 121. Parlador. dicho §. 9. n. 6. al 14.

(2) Ley 7. tit. 3. lib. 4. Recop.

para todo lo qual basta una requisitoria, pues de lo contrario se causan dilaciones, y gastos superfluos; y así se practica en esta Corte. Previendo que si la execucion se trabó en reditos de censos, ó en deudas, derechos, y acciones tocantes al executado, convendrá sean citados los deudores, como si estuvieran executados, para que dentro del propio término aleguen lo que les convenga en exclusion de lo que debían satisfacer al executado, y no haya que hacer con ellos nuevos autos. Y lo mismo procede para los pregones, apercibiendoles que corren tambien para con ellos, pues de esta suerte quedan expeditas las diligencias, y ciertas las deudas, y se puede proceder contra los deudores con apremio, si el executado no paga.

171 Quando los bienes en que se trabó la execucion están poseidos por terceros, ó acreedores conocidos, se les debe citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados; pero si se ignora su paradero, ó son inciertos, acreditandolo el executante por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos, ó proclamas, y nombrar defensor, con quien se practiquen las diligencias referidas, para evitar su nulidad, y la de la venta. (1) Y si el reo executado es Ciudad, ó Universidad, se ha de citar al Procurador sindico, y á un Regidor de ella. (2)

172 Compareciendo por sí en el juicio el executado, ú oponiendose antes que se le cite de remate, (ya esté, ó no pasado el término de los pregones de que dixo queria aprovecharse, quando se le notificó el estado) es ociosa la citacion, y no se debe dar auto, ni mandamiento para hacerla, como lo ordena la ley 36. tit. 4. lib. 3. Recop. ibi al fin: *y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate*; y la razon es, porque por su comparecencia en él, es visto no solo que sabe se le ha de citar, sino que renuncia tacitamente como puede,

(1) Bart. Angel. Paul. y Alex. en la ley Si eo tempore, Cod. de Remission. pignor. Parlador. §. 9. cit. n. 15. y 16. Rodrig. ibi n. 90.

(2) Parlador. dicho §. 9. n. 17. Montalvo en la ley 4. tit. 17. lib. 3. del fuero Real.

el término de los pregones, que falta que correr; y así se le ha de haber por puesto, encargar á ambos contendores el de la ley, á fin de que aleguen, y justifiquen lo que les convenga, y entregar los autos al executado, como que este término está establecido para evitar su indefension, aunque es comun á los dos; (1) y es lo que se observa en esta Corte.

173 No siendo suficientes los bienes executados para la satisfacion de la deuda, su decima, y costas, si por esta razon se hiciere nueva execucion, ó la despachada se ampliare, ó mejorare en otros, debe ser citado segunda vez el deudor para el remate de éstos, aunque la traba se hubiese hecho en voz, y nombre de los demás, que pareciese pertenecerle. (2) Y se previene que si el pleito quedó suspenso en estado de citacion, ú otro, y ha intermediado un año, ó mas, sin continuarse, se le ha de bolver á citar, ó hacer saber por retardado el que tenga, y de ningun modo proseguir las demás diligencias sin este previo requisito, (3) que es el efecto que produce la omision del actor; y lo mismo se debe practicar, y practica en el juicio ordinario por la propia razon.

(1) Avend. in Dictionar. verb. *Almoneda*: Parlador. dicho §. 9. n. 2. y 3. Rodrig. ibi n. 93.

(2) Rebut. in Commentar. tit. de Litter. obligator. artic. 5. §. 3. n. 2. y 3. Rodrig. ibi n. 85. Acov. en di-

cha ley 19. n. 95. al fin.

(3) Menoch. de Arbitr. cas. 208. num. 14. Lancelot. de Atenrat. in praxi. cap. 4. num. 276. Cancor. part. 2. Var. cap. 15. n. 197.

§. IV.

DE LA OPOSICION DEL EXECUTADO;
*excepciones que se le deben, ò no admitir en la via
 executiva; y término en que las ha de probar, pa-
 ra elidir la execucion; y si el Juez requerido
 podrá, ò no conocer de ellas, y
 definir las.*

174 **H**Echa la citacion de remate, y pasado el térmi-
 no en ella prefinido al deudor, puede oponerse
 à la execucion por sí, ò por medio de Procurador con po-
 der bastante, pues no está obligado à comparecer perso-
 nalmente como senté en el cap. 1. de este libro num. 132.
 (cuya oposicion sirve de contestacion) ò omitir su com-
 parecencia en el juicio. Si no ocurre à producir sus defensas,
 puede el Juez sin más citacion llamar los autos, y senten-
 ciar la causa à la primera rebeldía que el executante le
 acuse, y no de otra suerte, pues aunque la ley 19. tit. 21.
 lib. 4. Recop. dice: *T no haciendo la oposicion dentro de los
 dichos tres dias, mande el Juez hacer remate, y pago à la
 parte*: Esto se entiende pidiéndolo ésta, y no en otros tér-
 minos, porque no debe interponer de oficio su autoridad à
 la utilidad privada; pero sí ocurre, entonces como que su
 opinion surte el efecto de que se suspenda la sentencia, y
 venta de los bienes executados por diez dias hasta que el
 Juez declare que debe llevarse adelante la execucion. (1)
 se te ha de haber por opuesto, y entregar los autos: lo
 qual procede, aunque haya espirado el término de la cita-
 cion, y mucho mas en caso de no estar proferida la sen-
 tencia, à fin de que se aclare la verdad, y no se condene
 al

(1) Ley A Divo Pio, cit. §. Si tit. 21. Rodrig. ibi n. 91. y 92.
 reram, & ibi Doctor. y dicha ley 19.

al inocente; (1) porque quando se prefine día para hacer
 alguna cosa, ninguno se constituye en mora hasta que eva-
 qua el acto, (2) Y si antes que espire el de los pregones, se
 opone por medio de Procurador, no se le ha de haber por
 opuesto, entregar los autos, ni tener por parte, excepto
 que el poder contenga esta especialidad, y la renuncia del
 término; lo que no sucederá si comparece por sí mismo en
 el Juicio, como en el num. 172. dexo expuesto, pues así se
 practica en esta Corte.

175 Sin embargo de que algunos afirman que el exe-
 cutado al tiempo que se opone à la execucion, y pide los
 autos, debe especificar la excepcion que tiene para ener-
 varla, à fin de que se le admita la oposicion, se observa
 en la práctica lo contrario, por no haber ley que tal man-
 de; y así basta que alegue genericamente que tiene que
 excepcionar, y justificar, y pide los autos, pues se le man-
 dan entregar, y há por opuesto à ella, encargando à am-
 bos contendores el término de la ley como comun, del
 qual trataré en el num. 259. y siguientes.

176 Tres clases de excepciones puede oponer el exe-
 cutado en la via executiva para desvanecerla, eludirla,
 è impedir la sentencia de remate: la primera, es de las
 que llaman *directas*, por hallarse expresadas en la ley 1.
 tit. 21. lib. 4. Recop. y son seis, à saber: *paga, pago, ò
 promesa de no pedir la deuda; falsedad, usura, fuerza, y
 miedo*. La segunda es de las *utiles*, cuya nombre se las dá,
 porque aunque no hace mencion específica de ellas, se co-
 ligen de su contesto, y de otras leyes, y por derecho,
 pueden admitirse en Juicio, segun se prueba de las pala-
 bras de la citada ley, ibi: *y tai que de derecho se deba re-
 cibir*: de la 2. del propio tit. y lib. ibi: *Salvo si dentro
 de diez dias mostrare la tal paga, ò legitima excepcion*:
 de la 3. siguiente ibi: *Alegasen paga, ò otra excepcion que
 sea de recibir*: de la 19. del mismo tit. y lib. ibi: *T becha
 la*

(1) Parlador. libro 2. esp. fin. de Accusation. esp. Si tibi absentis de
 parte 5. y §. 9. cit. n. 4 y 5. Rodrig. Prebend. in 6. glos. & Doctor. in
 dicho cap. 5. n. 95. Acov. en la cap. fin. de Election. in 6. Bart. in
 ley 19. cit. n. 127.

(2) Ley Titia, & ibi Doctor. ff. Parlador. ibi.

la dicha citacion, si dentro de tres dias se opusiere, y alegare excepcion legitima conforme a la ley primera, y segunda de este título: y de la 27. al fin. tit. 6. lib. 3. que dice: *T' aunque en algunos casos procedan sumariamente, no dexen por eso de recibir las excepciones legitimas, y probanzas necesarias*: y estas dos clases de excepciones se admiten en la via executiva, y probandolas el executado en tiempo, y forma, eluden la intencion del executante. Y la tercera clase es de las que por su naturaleza exigen mas pleno, y escrupuloso examen, y conocimiento, y no se coligen de las leyes citadas, por lo que en este juicio, ni en los demás sumarios no se deben admitir, excepto que se prueben, y liquiden incontinenti, que es en el término legal, (1) y de todas trataré ordinalmente en este §. para instruccion del principiante.

177 No es otra cosa la paga, que satisfaccion de la deuda; y probandola el executado, enerva la execucion; pero es menester saber en qué forma la ha de probar; y la solucion está en la ley 19. citada que dice: *Salvo si dentro de diez dias mostráre la tal paga, ó legitima excepcion sin alongamiento de malicia por otra tal escritura como fue el contrato de deuda, ó por albalá que haga fé, ó por confesion de la parte, ó por testigos*: de que se deduce que si por uno de estos quatro medios no la prueba plenamente, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque quando la ley prescribe cierto genero de prueba, no se deñere en él la que falta. (2) Pero es de advertir que si se pacta expresamente que el deudor ha de pagar en el mismo genero de moneda que recibe prestada, debe cumplirlo así, no obstante que se acostumbre pagar en qualquiera, pues se debe seguir mas lo que se capitula, que lo que es costumbre, como dice el derecho. (3)

(1) Ley 3. §. Ibidem, ff. Ad exhibend. ley fin. Cod. de Ordin. cognit. ley penul. & lbi Bart. Cod. Depositi. Parador. lib. y cap. cit. part. 5. §. 11. n. 40. 61. y 62.

(2) Bart. in leg. Alt. Prator §. Si iudex, ff. de Re iudicat. Bald. in leg. Bone fidei, Cod. de Iureiurand.

Pue- & in cap. Cum contingat, eod. tit. Socin. regul. 204. fallentia r. 3. y 5. Parad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 11. n. 35.

(3) Ley Semper in stipulationibus, ff. de Verbor. obligat. Parador. dicha part. 5. §. 17. n. 21.

178 Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se estipria por prueba completa: (1) y así el que manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres ultimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de los precedentes. (2) E igualmente quando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el débito, porque se presume su pago, ó al menos haberle remitido el acreedor no solo la accion de pedir executivamente contra él, si no la misma deuda, (3) no justificando éste la subtracion del instrumento. Y porque á veces suelen algunos hacer las pagas, y despues prestando haberlas hecho indebidamente por yerro, intentan revocar, y repetir lo pagado, y su adversario lo niega para saber qual debe probarlo, vease la ley 29. tit. 14. Partid. 5. que dice: *Duda podria avenir sobre la demanda que alguno ficiere á otro diciendole que pagaria por yerro lo que non debia, si el otro dixese que non era así; qual de las partes debe probarlo que dice el demandador, ó el demandado. E por ende decimos que si aquel á quien facen la demanda, conoce la paga, diciendo quel fue hecha verdaderamente, é non por yerro; que estonce el demandador debe probar el yerro, é si lo probare, debelo ser tornado lo que pagó. Mas si el demandado negare la paga, é el demandador probare tan solamente que la habia fecho, maguer non probare el yerro, tenuto es el demandado de tornarle aquello quel pagó; fueras ende si quisiese luego probar que la paga le fuera fecha verdaderamente. E este departimiento que facemos en esta ley tá lugar entre todos ones, fueras ende en el menor de veinte cinco años, é en la muger, é en el labrador simple, é en el caballero que vive con caballo, é armas en servicio del Rey, ó de la tierra: cá qualquier destos que demandase á otro en juicio, que habia fecho*

(1) Authent. Et si necesse, Cod. de Donation. ante nupt. ley Imperator 70. ff. de Legat. 2. y cap. Is, qui sidem, de Sponsalib.

(2) Ley Quicumque, Cod. de Apochis publicis. Jason en la 2. Cod. de Jure emphiteut. n. 75. Decio con-

sil. 650. vol. 5. Parlad. dicho §. 11. n. 33.

(3) Ley Labeo, ff. de Pact. ley Si chirographum, ff. de Probation. ley Creditricem, Cod. de Remission. piggor. y ley 21. tit. 13. y 9. tit. 14. Partid. 5. Parlad. lib. n. 34.

cho paga como non debía, è el otro otorgate la paga: esto no es tenuto seria el que la paga rescibiere, de probar que fue verdadera, è que la debe haber por derecho. E si esto non probase, tenuto seria de tornar lo que asi oviese rescibido Y con esta ley concuerda la 6. tit. 14. Partid. 3. Sobre otras especies utiles vease el tit. 14. de la Partid. 5. pues por no necesitar saberlas el Escribano omito explicarlas.

179 El pacto, ò promesa de no pedir la deuda, se entiende no solo en quanto à su remision íntegra, sino tambien à la dilacion de pedirla el acreedor al deudor hasta cierto tiempo: (1) y asi es excepcion legitima, que probada en legal forma, impide el curso de la via executiva; y lo propio milita con la aceptacion, pues se entiende incluida en el mismo pacto. (2) Y es de advertir que este pacto pasa à los herederos aunque de ellos ninguna mencion se haga, excepto que se pruebe que fue personal, porque en duda se presume real. (3)

180 Para admitirse en la via executiva la excepcion de falsedad, ha de ser contra la substancia del instrumento, porque si es contra alguna cosa accesoria de él, v. g. la hipoteca, ò pena, no es admisible. (4) Lo propio milita si se opone contra el instrumento, en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y antes de ésta nada se tocó de aquella, pues no obsta à la execucion, porque requiere mayor examen, è indagacion; à menos que se pruebe en el termino legal; en cuyo caso impedirá que se execute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. (5)

181 La excepcion de usura, ò de que el contrato fue usurario, impide tambien la execucion, probandose en los diez

(1) §. Appellatur §. Institut. de Exception.

(2) Ley Si unus, §. Pañus no potest, ff. de Pact. y §. Si scriptum, Institut. de Instib. scđpulation. Bald. in leg. Si non sortem, §. Indebitum, ff. de Condition. indebiti, Parlador. dicho §. 11. n. 36. y 37.

(3) Ley 11. tit. 14. Partid. 3. leyes Idem in duobus 25. y Tale pactum 40. ff. de Pact.

(4) Ley Invenus, Cod. de Probation. ley Ubi, Cod. Ad leg. Cornel. de fals. ley 111. tit. 18. Partid. 3. y cap. Inter dicitos, de fide instrum.

(5) Ley Satis aperte, ff. ibi glos. verbo. Objicitur; Cod. Ad leg. Cornel. ley ultim. Cod. de Fide instrum. y ley final, Cod. de Ordin. cognition. Par tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 1.

diez dias de la ley; y respecto à que expliqué lo bastante acerca de ella en el cap. 4. de mi primera parte §. 2. n. 15. al 40. para instruccion del Escribano, y tratarlo mas bien Parlador. lib. 2. cap. 2. à quien podrá ver, si es latino: omito molestarle aqui con su repeticion.

182 Anulan el contrato, y eliden la execucion la fuerza, y miedo, que intimidan, y acobardan à los hombres constantes, no à los niños, v. g. si para que el deudor otorgase el instrumento, le amenazó de muerte, mutilacion de miembro, ò cosa semejante el acreedor: ò si injustamente hizo que le prendiesen, y lo otorgó en la carcel; (1) y en otros casos semejantes, en los quales probando la fuerza, ò miedo dentro de los diez dias legales, impedirán el progreso executivo; pero no de otra suerte, porque requiera mas escrupuloso examen, y especulacion.

183 Las excepciones de segunda clase llamadas utiles, (bien que todas las que enervan la via executiva, y la accion de el demandante, lo son) tienen diversos nombres: la una se denomina *compensacion*, la qual es materia tan util, sutil, y difícil, como frequente en la práctica de los Tribunales, segun exponen varios autores; (2) y respecto no hallarse explicada de intento por los nuestros en latin, ni en castellano: para que el Escribano principiante, y aplicado tome alguna nocion, y tintura de ella, y à que se toca en este capitulo como coherente à él, procedo à tratar de lo que es, y de sus clases: de los motivos porque se introdujo, efectos que causa, y à quiénes pasa: de las cosas en que se diferencia de la *reconocion*, *retencion*, y *solucion*: de las que son necesarias para que se haga rectamente: en qué parte del juicio, y ante qué Jueces se puede oponer: qué personas podrán, ò no usar de ella, y contra quáles: y de qué creditos, y debitos se debe, ò no admitir. Y en exposicion ordinal de estos particulares indispensable-

53-

(1) Ley Qui in carcerem, ff. de Eo quod metus causa. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 57. Parlador. dicho lib. 2. cap. fin. part. 5. y §. 11. n. 39.

(2) Moctan. in pract. lib. 5. c. 5.

Tind. de compensacion. in fine hujus tractat. Torre de camb. lib. 1. disp. 2. quest. y n. 8. Sr. Castell. lib. 4. conrovers. cap. 40. n. 68. al fin. Borsari. de compensacion. cap. y quest. n. 2. al 5.

sables para su instruccion, digo que la compensacion es *mutua contribucion del credito, y debito entre si*. O un descuento, y modo de satisfacion con que el executado, y demandado pretende enervar, y desvanecer la execucion, ó demanda que el actor le puso. (1)

184. Se divide en varias clases, y la dan diversos nombres los autores: la una se llama *relativa* entre el deudor, y acreedor. Otra de delitos. (2) Otra *propia*, que es la que se hace entre los dos referidos, ó *ipso jure*, ó mediando oposicion. Otra *impropia*, la qual tiene lugar en las ultimas voluntades, v. g. quando el testador instituye heredero, ó legatario á su acreedor. (3) Otra *necesaria*, y es la que hace el Juez en los casos permitidos contra la voluntad de una de las partes, de la qual trataré. Otra *voluntaria*, y es la que hacen espontaneamente los interesados, la qual se admite aun en los casos no permitidos en derecho. (4) Otra *directa*, que es la verdadera; y otra *indirecta*, que se titula asi la de que usa aquel á quien se niega la directa, y la dan el nombre de *retencion*. (5) Otra *oculta*, la qual toca al fuero interno, y no á este tratado; y para que sea licita, deben intervenir los ocho requisitos que especifica Ferraris en su biblioteca, verb. *compensatio*. Otra *extrinseca*, que se deduce de causa separada del credito del actor. Otra *intrinseca*, porque proviene de la misma fuente, hecho, y causa de donde se toma la peticion del actor, que mejor se puede llamar calculo, ó cuenta de lo recibido, y pagado, ó cargo, y data, que compensacion. Y la otra *legal*, la qual se hace por la ley sin que intervenga ministerio del hombre. (6)

La

(1) Ley *Compensatio* 1. y ley *Quod in diem*, §. *Etiam*, ff. de *Compensat. ley Qui invicem*, ff. de *Condit. indebti* y ley 20. tit. 14. Partid. 5. Borsan. de *compensat. cap. 1. quest. 1. n. 6. al 8. y cap. 3. quest. 1. Ferraris biblioth. verb. *compensat. n. 1.**

(2) Bald. in *leg. fin. n. 15. Cod. compensatio*. Medices de *compensat. part. 1. n. 3.*

(3) Bruneman in *leg. Verum*, ff. de *Compensatio*.

(4) Bald. in *leg. Si constat* n. 13. Cod. de *compensatio*. Medices de *Compensat. part. 2. quest. 17. n. 3.*

(5) Medices dicha part. 2. question 16. n. 15. Bruneman in *dict. leg. Verum*: Molinat. de *Retencion. quest. 5.*

(6) Borsan. dicho cap. 1. n. 19. al 25.

185. La compensacion (que no es propia, y simple, ó para excepcion, sino mixta de accion, y excepcion, (1) porque el que compensa, es en algun modo actor, y asi debe responder su adversario á su oposicion, como peticion) trae su origen de la equidad natural, pues mas nos interesa el no pagar lo que realmente no debemos, que el tener que repetir lo indebidamente pagado. (2) Se introduxo con el fin, y objeto de rescindir los pleitos, y de evitar círculos superflúos, y viciosos, para que no se haga con muchas cosas lo que facilmente se puede hacer con pocas. (3) Pasa activa, y pasivamente con excepcion real preemtoria inherente á la cosa, á los herederos, y singulares sucesores de el deudor á prorrata de lo que debía, y asi aunque este no la haya opuesto, pueden oponerla por ello, mas no por su privativa denda; y también pasa contra los que simultaneamente son acreedores, por lo que es reciproca entre todos. (4) Perimé, y extingue no sólo la primera obligacion, sino las accesorias una vez hecha la oposicion judicial. (5) Se numera entre las especies de la paga, y tiene el vigor, y efecto de verdadera. (6) Impide *ipso jure* el curso de las usuras, ó intereses, ya se deban por una parte, ó por ambas. (7) Liberta al deudor de moroso, y disuelve la obligacion pignoraticia. (8) Produce accion pignoraticia contraria para reivindicar la prenda, que existe en poder de el acreedor. (9) Infringe el derecho de éste, y

ab-

(1) Ley *Amplius*, ff. *Rem ratam haberi*. Ley *Compensatio* Cod. *Rem amittat*, y ley *Neque scriptura* Cod. de *compensatio*. Borsan. cap. 1. quest. 3.

(2) Ley *Ideo* 3. ff. de *Compensat. ley 1.* ff. *Quod quisque juris ley Etiam*, y ley *Neque scriptura* Cod. de *compensat.*

(3) Ley *Dominus*, ff. de *Condit. indebti* *Moxe* de *compensat. question 1. n. 1. y 2.*

(4) Ley *Si pater*. Cod. de *contrario iudicio tutel.* Borsan. dicho cap. 1. quest. 19. Bruneman in *leg. Si cum militi*, ff. de *Compensatio*.

(5) *Streyck* in *usu mod. Pand. lib. 14. tit. 2. §. 2.* Borsan. cap. 1. dicho quest. 20. n. 5.

(6) Ley *Si debitor*, ff. *Qui pignora pignora*, hab. ley *Deusis*, ff. de *Verb. obligat. ley Vei permutavit*, ff. de *Liberat. caus. y ley Si constat* Cod. de *compensatio*.

(7) Dicha ley *Si constat*, y ley *Cum alter alteri*, ff. de *Compensat.*

(8) Ley *Invicem debiti* Cod. de *compensat. Merila* de *pignora*, lib. 5. tit. 1. quest. 6. n. 1.

(9) Barbo. in *dict. leg. Invicem*, Marc. *decis. 145. part. 2. n. 3.*

absuelve al deudor de lo pedido contra él hasta la concurrente cantidad. (1) Tiene fuerza de transacion, si se opone judicialmente. (2) Obliga al acreedor à recibir la solucion de su credito, aunque sea en parte minima. (3) Y produce otros efectos hasta el número de veinte y quatro que epítolga *Bartholomæ Bersano* en su tratado de *compensationibus* cap. 1. *quest.* 20. à quien, y à los que cita puede ver el aplicado legista. Y respecto ocupar el lugar de la paga, pues aunque en el acto no se hace, antes bien se finge, pero en el efecto es real, y verdadera, porque ya está hecha, y produce plena liberacion; (4) y ser esta una de las excepciones expresadas en la ley, se debe estimar como tal, è impedirá la execucion de sentencia, instrumento, ò otra cosa que la traiga aparexada, si lo que se pretende compensar, está líquido, ò se líquida en los diez días legales, y no de otra suerte. (5) Previnido que al deudor que niega su debito, y despues se le convence de mendáz, no se le admite por derecho la compensacion de su credito, (6) y si solo de equidad, (7) porque la mentira deroga los privilegios, y la compensacion se tiene en lugar de paga.

186 Se diferencia la compensacion de la reconvention en lo que dexo explicado en el cap. 1. n. 226. de este libro. Asimismo se diferencia de la *retencion*, (que es *reservacion de el derecho antiguo que alguno tiene, sin concederle cosa nueva*), (8) y tambien se llama compensacion) lo primero, en

(1) *Scntia de Re iudicat. glo. 7. quest. 4. Spec. 3. n. 7.*

(2) *Ret. part. 1. tom. p. decis. 125. n. 4.*

(3) *Ley Si constat. Cod. de compensat. y ley Eius quantitatis. Cod. de solutioib.*

(4) *Rub. decis. 334. n. 14. tom. 1. Bersan. de Papillis cap. 2. quest. 25. Cónsul. allegat. 23. n. 48.*

(5) *Ley Si debitor al fin. ff. Qui postor. in pignor. ley Desiste, ff. de Verbor. significat. ley Ex causa Cod. de compensacion. ley Permutavit, ff.*

de Liberal. caus. y ley 20. tit. 14. Partid. 4. Rodrig. de execucion. c. 6. n. 8. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. n. 3.

(6) *Ley ultim. Cod. de compensacion. glo. in leg. Nemo es illi, lib. E. in fin. ff. de Reg. jur. Bersan. c. 3. de compensacion. quest. 18.*

(7) *Calvin. de Equitat. lib. 3. c. 222. n. 7. Cosa de Ratione rata quest. 61. n. 11.*

(8) *Molignat. de Retencion. questio. 1.*

en que por esta se disuelve, y extringe el debito; mas por la retencion no, pues solo se trata de su extincion, y dissolution, y mientras se declara, retiene el acreedor en su poder la prenda que tiene de su deudor; por cuya razon, y porque nace de la prenda, ò otra cosa de éste posehida por aquel, no se da sino al poseedor. (1) Lo segundo, en que la compensacion se hace *ipso jure* en algunos casos, y la retencion à pedimento, por excepcion de parte solamente. (2) Lo tercero, en que la compensacion se limita à ciertos casos, y cosas permitidas por derecho, y solo en ellas tiene lugar; pero la retencion en qualquiera se admite; y así en donde está exclusa la compensacion directa, entra la indirecta, qual es la retencion, hasta contra la execucion de la sentencia, si el credito está ilíquido; (3) y aunque de el dinero al hecho no se admite compensacion, porque quando se elige à alguno para que execute cierta cosa, es visto elegir su industria, y así la obligacion no recibe la funcion como la solucion, excepto que se trate de el interes por falta de cumplimiento absoluto, ò por no haberla executado en el lugar, ò modo debido; (4) pero si la retencion; (5) por lo que esta es mas preciosa al acreedor, que aquella, (6) y es indubitado que todo el que compensa, retiene, mas no que todo el que retiene, compensa. (7) Y lo quarto, en que la compensacion tiene naturaleza de accion, como en el número anterior queda dicho; pero la retencion es al contrario, porque se funda en la cosa posehida, sin la mas leve participacion de accion; y así mejor es poseer la cosa, que tener accion à pedirla; y mas seguridad hay en

(1) *Federic. Scot. lib. 4. resp. 30. n. 18. vol. 2. Ognat. de Contractib. tom. 1. disp. 8. n. 120. Capic. decis. 130. n. 1. Molignat. lib. quest. 2. Gracian. discep. cap. 356. n. 30.*

(2) *Sr. Larrea decis. 87. n. 4.*

(3) *Mench. consil. 110. n. 13. Cencio de censib. part. 2. cap. 2. artic. 2. n. 42. in addition. Medicus Exam. 15. n. 6. Federic. Scot. lib. n. 9. capic. Galeot. contror. 41. n.*

mer. 22. lib. 1.

(4) *Bersan. de Compensation. cap. 2. quest. 38. y otros.*

(5) *Gracian. lib. n. 29.*

(6) *Ley Per retentionem. Cod. de usur. ley 2. ff. lib. Bald. Cod. de fideicomis. Medicus de Compensat. part. 2. quest. 28. n. 4.*

(7) *Annotat. ad Fab. in C. lib. 4. tit. 23. defina. 14. n. 5.*

en ella, que en la persona del deudor. (1) De muchos casos en que se permite la retencion, tratan *Niger de re judic. cat. cap. 24. §. 2. Medicos de compensat. part. 2. quest. 16. Mollignat. de retent. quest. 417.* y otros à quienes puede ver el jurista, pues por no ser materia concerniente à este capitulo, ni precisa al Escribano su pericia, omito explicarlos. Igualmente se diferencia de la solucion en que en esta qualquiera tercero se admite à pagar por otro, y el acreedor puede ser compelido à recibir de él lo que le satisfice por el deudor; (2) però à compensar no es admitido, como adelante dire, y convienen en otras cosas.

187 Asi como quando se paga una cosa por otra, no tiene lugar la verdadera solucion, asi tampoco la tiene (regularmente hablando) la fingida, ò imaginaria, qual es la compensacion; (3) porque la palabra *paga* puesta en la ley comprende toda satisfaccion; (4) por lo que para que la compensacion lo tenga, y se pueda hacer rectamente, lo primero que se requiere, es que las cosas que se piden, y pretenden compensar, consistan en número, peso, ò medida, y sean liquidas ambos, v. g. dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino &c. (5) pues de el dinero con la especie no se admite, (6) à menos que perezca esta, y se venga à su estimacion, en cuyo caso no se juzga de la especie como tal, sino como cantidad; (7) ni quando ambas partes deben dinero, la una como cantidad, y la otra como especie, v. g. si en un bolsillo cerrado, y sellado existe alguna sin contar: pues no recibe la función con la numerada, y mas será permuta, que paga: (8) ni de especie con especie, ni

(1) Regla Plus cautiois 125 ff. de Reg. jur. Urse. concias 37. n. 27. Bersan. cap. 1. quest. 12. de compensation.

(2) Ley Solvere 53 ff. de Solutio. & ibi glos. & DD. y ley 3. tit. 12. Partid. 5.

(3) Mynsinger. in §. In bonae fidei n. 21. Institut. de action.

(4) Ley Solutiois verbo 176. ff. de Verbor. significat.

(5) Ley 2. §. Morlus; ff. Si cert. petat. & ibi DD. ley 21. tit. 14. Partid. 5. Barbo. in leg. Si constat, n. 4. Cod. de compensat.

(6) Ley Si convenerit. ff. de Pignoratit. actio. Bersan. cap. 1. quest. 4. n. 3.

(7) Ley Neque Cod. de compensation. Medicos part. 2. esd. tit. quest. 28. n. 2.

(8) Ley Si convenerit, cit. Bersan.

ni de genero con especie: (1) ni tampoco de genero con genero siendo diversos; pero si es uno mismo v. g. trigo con trigo, y ambos tienen igual bondad, es admisible. (2) Lo segundo, que la cosa que se intenta compensar, tenga la propia estimacion, y bondad que la que se pide; por lo que si uno debe cierta porcion v. g. de trigo à otro, y este à el otra tanta, pero de mejor calidad, no se admitirá la compensacion por defecto de identica bondad; (3) por cuya razon, y porque es incierto su valor, y no se puede liquidar brevemente su estimacion, y à mas de esto se consideran la aficion à la cosa, y otras circunstancias precio estimables, que constituyen à la una mas cara que à la otra, no se debe compensar la especie con la especie, ni el genero con otro genero, v. g. la casa con el fundo, un caballo con una mula, trigo con vino, &c. (4) pues las cosas que se eliden por la excepcion, no son compensables. (5) Lo tercero, que el credito, y el debito concurren en una misma persona, de suerte que ambos litigantes sean acreedores, y deudores, actores, y reos, pues con el credito de un tercero no se admite la compensacion por favor del deudor: (6) ni se puede obligar à este à que contra su voluntad compense lo que debe à otro que à su deudor. (7) Lo quarto, que el credito, y el debito se pidan en nombre propio, y no en el de un tercero; por lo que el tutor que es acreedor de alguao, no puede compensar con él lo que debe en nombre de su Pupilo, ni con

530. cap. 1. quest. 4. n. 2. y 3. Medicos de compensat. part. y quest. 1. n. 3. Reguend. biblioth. verb. compensation, n. 7.

(1) Ley 21. tit. 14. Partid. 5. y en ella el Sr. Greg. Lop. glos. 1. 2. fin. ley fin. Cod. de compensation. ley Si non sortem §. Si certum, ff. de condit. indebiti y ley Si ex pecunia, Cod. de reivindicacion. Bersan. cap. 1. quest. 4. y cap. 2. quest. 1. n. 17. 18. y 21. de compensation.

(2) Tyndor. de compensatio. artic. 6. n. 8. Reguend. ibi n. 29. Bersan. cap. 1. y quest. 4. cit.

(3) Jason in §. In bonae fidei, numer. 62.

(4) Dicha ley 21. ley fin. Cod. de compensat. & ibi Cia. & Bald. Barbo. in leg. Si constat. Cod. de compensat. n. 9. Mynsinger. ibi n. 32.

(5) Ley Quicumque per exceptionem, ff. de compensation.

(6) Ley Ejus Cod. de compensat. ley 2. y ley la rem suam, ff. cod. tit.

(7) Sr. Salg. Labir. part. 3. c. 6. §. unic. n. 18. Bersan. dicho cap. 1. y quest. 4. n. 10. y 11.

(3) Jason in §. In bonae fidei, numer. 62.

(4) Dicha ley 21. ley fin. Cod. de compensat. & ibi Cia. & Bald. Barbo. in leg. Si constat. Cod. de compensat. n. 9. Mynsinger. ibi n. 32.

(5) Ley Quicumque per exceptionem, ff. de compensation.

(6) Ley Ejus Cod. de compensat. ley 2. y ley la rem suam, ff. cod. tit.

(7) Sr. Salg. Labir. part. 3. c. 6. §. unic. n. 18. Bersan. dicho cap. 1. y quest. 4. n. 10. y 11.

el acreedor de éste lo que el mismo debe por sí. (1) Lo quinto, que aparezca de la substancia del credito, y conite liquido, ó se pueda liquidar brevemente (que según nuestro derecho es en el termino de diez dias) por confesion de la parte adversa, ó por otro medio legal, pues en otros terminos no se admite compensacion de lo liquido con lo ilíquido. (2) Lo sexto, que el debito provenga de causa justa, y titulo legitimo, y no de mera, ó pura gratitud. (3) Lo septimo, que intervenga la voluntad del deudor en querer la compensacion, pues en su eleccion está el pretenderla, ó satisfacer á su acreedor lo que le debe. (4) Y lo octavo, que el debito sea puro, y no alternativo, si no hecha primero la eleccion: (5) ni condicional, ni á dia cierto, porque hasta que este se verifique, y la condicion se cumpla, no se le considera, ni tiene por deudor. (6) Concurriendo estos requisitos, al modo que el que tiene á su favor muchas prendas, ó bienes obligados, puede elegir el que quiera, para que se venda, y se le haga pago: (7) y el fiador reconvenido compensar el debito con su credito, ó con el del principal deudor, (8) como en el n. 192. diré: del mismo modo el acreedor (aunque lo sea por muchas causas) que es deudor de su deudor por una sola, puede elegir el credito que mas bien le parezca, y compensarlo con su propio debito; (9) y esto en qualquiera parte no obstante que hubiese prometido pagarlo en lugar determinado porque no le está prohibido, y porque en este caso mayor efec-

(1) Ley Id., quod., ff. de Compensacion. Bald. in leg. Ejus Cod. eod. tit.

(2) Dicha ley 21. tit. 14. Partid. 5. y ley ult. Cod. de Compensacion. & ibi glos. & DD. Begnueli ibi num. 6. Medicus de Compensat. part. 1. questio 13. n. 1. al 4.

(3) Moron resp. 53. n. 66. Berran dicha quest. 4. n. 14.

(4) Surd. de dia. 191. n. 18.

(5) Ley Si debeas, ff. de Compensacion.

(6) Ley Quod in diem, ff. de

Compensacion. ley Debitor, y ley Cederedem, ff. de Verbor. obligation. Thesaur. quest. 21. n. 1. lib. 4. Berran. cap. 1. y quest. 4. dichos n. 16. y 17.

(7) Ley Creditor, ff. de Distract. pignor.

(8) Ley Si quid á fidejussore, ff. de Compensacion.

(9) Medicus de Compensat. part. 2. quest. 12. Bruneman in leg. Verum est, ff. de Compensacion. Berran. eod. tit. cap. 3. quest. 11.

efecto causa la accion mixta de excepcion, que la puta accion; (1) y asi no solo se amplia, y estiende á las cosas que se debea por derecho de accion, sino tambien por el officio noble, ó mercenario del Juez. (2) Previendo que asi como no se admite reconvention de reconvention por las razones expuestas en el cap. 1. de este libro n. 224: tampoco compensacion de compensacion se hace *ipso jure* por la ley, ó es necesaria la oposicion de parte para inducir la, vease á Berrano en el cap. 1. quest. 6. de *compensationibus* que examinando las razones de las dos opiniones que hay, explica los casos en que ambas tienen, ó no lugar, y por no incumbir al Escribano los omito.

188 No solo puede oponerse la compensacion antes de la sentencia en qualquiera parte del juicio ya sea sumario, ó plenario, sino despues de pasada en autoridad de cosa juzgada, por ser excepcion perentoria que no la impugna, y solo la modifica: (4) y hacerse la oposicion por el que tiene facultad de tratar, contratar, y comparecer en juicio, ante el Juez ordinario, el delegado, el de apelacion, el árbitro en la causa compromissaria, y el mero executor. (5) por via de excepcion aunque esten pasados los diez años que la ley 63. de Toro prescribe para pedir executivamente pues se debe admitir conteniendo los requisitos expresados, porque lo que es temporal, y limitado para demandar, es perpetuo para excepcionar: (6) y tambien por via de reconvention. Si el demandante la opondre por excepcion, entones como que alega no ser deudor, y pretende que asi se

(1) Castr. in leg. Si pecuniam, ff. de compensacion n. 1. Tyndor. eod. tit. artic. 4. n. 24. Medicus eod. tit. part. 1. quest. 7. n. 2. Berran. eod. tit. cap. 1. quest. 18. ff. 5. y 6.

(2) Ley Si ambo, §. fin. ff. de Compensat. Berran. ibi n. 7.

(3) Bald. in Authent. & consequenter col. 1. de sentent. Sr. Greg. Lop. en la ley 20. tit. 14. Partid. 5. glos. 5.

(4) Ley 1. ley Si constat, y ley

Tom. III.

Ex causa Cod. de compensacion. ley Unusquisque, ff. eod. tit. ley Ejus questio 13. Cod. de solutionib. §. la bona fidei, y §. Compensaciones, Institut. de action. Berran. de Compensat. cap. 2. quest. 41. y cap. 4. questio 1. y 2.

(5) Berran. dicho cap. 4. quest. 3. 4. y 5. y otros.

(6) Ley Pure, §. fin. ff. de Doli exception. Parador. lib. y cap. 1. §. 13. n. 16. y 17.

se declare, y que se le descuente su importe de lo que el acreedor le pide, debe admitirse, y descontarsele; pero sino la justifica de suerte que no se dude de ella, debe pagarle ante todas cosas, y luego seguirse el pleito, recibiendo a prueba por via de justificacion; y lo mismo se ha de practicar quando la opondre por via de reconvenccion como mutua peticion. (1) Y para que no sea perjudicado, ni la compensacion que intenta se haga, surta el efecto de reconvenccion, ha de pretenderse le absolva de lo pedido por el actor, mediante la compensacion deducida. (2) Advertiendole que el que opondre la compensacion, puede pedir se compela a su adversario a la ediccion, o manifestacion de los papeles, o instrumentos que existen en su poder, para probarla, quando es intrinseca, (que es la que proviene de la misma causa y fuente de que se origina su peticion, o demanda) pero no quando es extrinseca. (3)

189. Por pasar activa y pasivamente a los herederos la excepcion de compensacion segun en el num. 185. queda septado, tiene facultad el heredero de compensar con el acreedor del difunto su causante lo que debe a éste, si aquel le demanda por lo que el difunto le debía, (4) porque la compensacion como excepcion real es inherente a la cosa, y no a la persona. Y si son muchos herederos, ha lugar tambien entre ellos la de los debitos hereditarios, v. g. si uno posee la parte de herencia que corresponde al otro, y éste la que se debe dar a aquel en cuyo caso si uno de ellos quiere reivindicar la suya, le obsta la excepcion de compensacion de la que retiene, y pertenece al otro partícipe; (5) pues aunque de la especie a la especie no se admite en derecho, cesa la prohibicion con la voluntad de las

(1) Ley 20. tit. 14. Partid. 5. & ibi glos. 3. y 4. y ley 2. tit. 31. lib. 4. Recop. Rodrig. dicho cap. 6. Parador §. 11. cit. n. 31.

(2) Bersan. cap. 1. quest. 13. numer. 27. de compensacion.

(3) Chartar. decis. 93. n. 20. Ad-dictionat. au Oisiam de cession. jur. tit. 6. quest. 11. Bersan. cap. 1. question 21. n. 7. y 8.

(4) Ley 3. ff. de Contrario indicio tutel. Medios part. 2. de Compensacion. quest. 19. n. 3.

(5) Ley 1. §. Item si enim. ff. Si pars hereditat. petat. y ley Marvins. §. Arbitr. ff. Familie eriscund. Sr. Greg. Lop. en la 21. tit. 14. Partid. 5. glos. 2. Bersan. cap. 3. quest. 7. numer. 18. al 21.

las partes. Pero el coheredero no puede excluir a su acreedor por lo que éste debe a otro heredero, cuyo debito no dimana de parte de la herencia. (1)

190. Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero a cerca de lo que debía al difunto, pues puede excepcionar la compensacion no solo de lo que éste le debía, sino tambien de lo que el mismo heredero le está debiendo, porque despues de la adiccion, o aceptacion de la herencia se confunde esta con los bienes del aceptante, por cuya confusion los debitos de éste se consideran y gradúan como de aquel para el efecto de compensarse, especialmente siendo lisa, y llana la aceptacion, pues siendo con beneficio de inventario es opinable, a causa de que la herencia aceptada de esta suerte, se distingue del heredero el qual en este caso es un mero depositario, y no está obligado *ultra vires hereditarias*. (2) Pero si los herederos son muchos, y tratan de cobrar el credito perteneciente al difunto, les puede oponer el deudor demandado la compensacion a prorrata de lo que el difunto debía a éste; mas no de lo que cada uno de aquellos le debe por su propia persona, pues esta no es admisible. (3)

191. Carece de accion el socio para compensarlo lo que debe a la sociedad, con lo que peculiar, y privadamente le debe su consocio; y a si ha de satisfacerla lo que resulte a su favor, y luego podrá usar de su derecho contra el consocio deudor suyo; (4) bien que si el credito, y el debito pertenecen a la sociedad en comun, y no a otra en la que no son partícipes todos, no se halla repugnancia exclusiva de la compensacion. (5) Los que tienen compania, o poseen comunalmente alguna cosa, pueden compensarse

(1) Medios de compensat. part. 2. quest. 6. n. 1. Bersan. cap. 3. question 11. n. 2. al 30. y quest. 7. n. 17. y 18.

(2) Brueman in leg. Si cum militi, ff. de Compensacion. Calvia. de Equitat. lib. 3. cap. 244. n. 20. Sr. Oiza de Cession. jur. in addition. Bersan. cap. 3. quest. 7. n. 2. al 8.

(3) Bersan. dicha quest. 7. n. 14. y 15. Brueman ibi.

(4) Ley Aclione 65. §. Si communitas. ff. Pro socio Sr. Greg. Lop. en la 22. tit. 14. Partid. 5. glos. ult. Escobar. de Ratiocin. cap. 30. num. 60. Bersan. cap. 3. dicho quest. 7. n. 4.

(5) Ley Si duo, ff. de Inobed. tit. 6. quest. 11. n. 3. Bersan. cap. 3. quest. 7. n. 2. al 8.

mutuamente el daño, y deterioro que por su negligencia se hayan irrogado, con tal que sea igual, y el credito de la sociedad no consista en especie, y si consiste en esta que se estime prevalentemente. Y si es desigual, pueden hacer el descuento con el lucro de el que lo haya causado, hasta la concurrente cantidad. (1) Lo qual no sucede con el que un socio causó por su culpa, y no por caso fortuito à la sociedad pues no se compensa con el lucro que en ella adquirió, porque este se constituye de ella en común, y el daño se atribuye à el solo que lo causó; por lo que no se comunica à los socios; y el intentar compensar el daño con el lucro en este caso, es querer hacer compensación del propio débito con el credito ajeno, lo qual no permite el derecho; (2) y así no milita en dicho caso la razon legal de que todos los contratos se aceptan con la comodidad, ó incomodidad, porque se compensa la una con la otra, (3) y que quien percibe el lucro debe sufrir el daño. (4)

192 Como à todos está permitido usar de los derechos que protegen à su autor: (5) y à los fiadores competen las excepciones que à los principales deudores, especialmente si miran à la obligacion de la causa: (6) se sigue de aquí que si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la suma que el acreedor, ó demandante le debe, sino tambien la que este debe al principal deudor à su eleccion, como en el num. 187. expuse. (7) Lo primero, porque así como puede pagar por este, puede tambien compensar. (8) Lo segundo, porque al modo que puede satisfacer de el dinero de su principal: del mismo modo oponer la compensación de la cantidad à que este

(1) Ley Si ambo, ff. de Compensacion. y ley 24. tit. 14. Partid. 5. Bersan. dicha quest. 9. n. 8. al 13.

(2) Ley De illa, ff. Pro socio, Bersan. quest. 9. dicha n. 17. y 18.

(3) Ley Com queritur, ff. de Administrat. tutor.

(4) Ley Secundum naturam, ff. de Regul. jur. ley Si duorum, ff. de Actio. empti. y ley Si negotio, ff. de Negot. gest.

(5) Ley Inventus 156. § Plerumque, ff. de Regul. jur.

(6) Ley Defensiones Cod. de exception. Grat. de exception. exceptio 16. n. 44. Coppel. de Compensacion. cap. 3. n. 28.

(7) Ley Ex persona, ff. de Fidejossorib. ley Verum 4. y tit. ff. de Compensacion. y ley 24. tit. 14. Partid. 5. de tot. plos. n.

(8) Coppel. ibi.

este es acreedor, porque el fin, y efecto de la compensacion es hacer la paga. (1) Y lo tercero, porque el fiador no debe ser condenado en mas que el principal obligado; y respecto no deber serlo este por la cantidad que se compensa: tampoco aquel, antes bien por favor suyo se debe considerar la razon de compensacion; (2) por lo que puede exceptuarse no solo la de su credito, ó de el principal deudor separadamente, sino la de ambos à un tiempo, si el uno no alcanza à la total solucion de lo que este debe; (3) y esto aunque lo resista el mismo deudor; (4) porque la compensacion es excepcion real inherente à la cosa, y no à la persona. (5) Lo qual milita, y procede no solo quando el credito compensable se originó antes, sino despues de la fianza, ó sobrevino en el fiador ó principal deudor despues de seguida la condenacion ó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; (6) y aun en el caso de que el principal, obligado esté impedido por derecho de usar de la compensacion, porque el fiador trata de evitar su daño, y no debe serle nocivo el delito de aquel; (7) y tambien en el de que haya prometido pagar sin oponer excepcion alguna el mismo deudor principal, à menos que haya renunciado especificamente la de compensacion. (8) Pero es de tener presente que si el acreedor executa al fiador simple antes de hacer excusion en el deudor principal, y el fiador tiene que liquidar quantas con el mismo acreedor que resulta alcanzado, ha de oponer à este la excepcion de la excusion, y no la de compensacion, porque esta requiere mas examen,

(1) Ley Si debitor, ff. Qui potiores in pignori. ley Si constat Cod. de compensacion. Mantic. de Tacit. lib. 16. tit. 15. n. 10.

(2) Ley Verum 4. ff. de Compensacion. Bersan. cap. 3. quest. 2. num. 1. al 7.

(3) Ley Si quid à fidejussore; ff. de Compensacion.

(4) Ley Si stipulatus, y ley Ex persona, ff. de Fidejussorib. Mantic. ibi n. 15.

(5) Medices de Compensacion. part. 2. quest. 4. n. 3. Grat. excep-

tion 16. n. 43. Bersan. dicho cap. 3. y quest. 2. n. 8. al 14.

(6) Tynd. de Compensacion. artic. 8. n. 35. Surd. decis. 191. n. 7. Adic. decis. 121. n. 3. Bersan. ibi n. 12. al 14.

(7) Hering. de Fidejussorib. cap. 20. §. 6. num. 2. Maur. cod. tit. Sect. 10. exp. n. 5. M. dicit. part. 2. de compensacion quest. 4. n. 2. Bersan. ibi n. 15. al 17.

(8) Niger. de Exception. cap. 13. §. 8. n. 11. Bersan. ibi n. 18. y 19.

men, y tiempo, no estando líquida, y confesada la suma, y por el hecho de omitir la otra excepción, se constituye deudor principal, no siéndolo; y así se sentenciará la causa de remate, y se le reservará su derecho para otro juicio á cerca de la compensación. Lo qual se entiende quando el credito, y debito descienden de diversos contratos; mas no si derivan de uno mismo que tiene causa individua, conexa, y correspondiva, v. g. la sociedad, tutela, y otro genero de administracion, de la que se pueden dar á entrambos las acciones *directa*, y *contraria*, en cuyo caso la excepción de compensación impide la execucion de lo líquido recibido, hasta que se liquide la data, ó descargo. (1)

193 Lo explicado en el num. anterior no milita quando el fiador es deudor de el deudor principal por igual suma que la porque le fió, y este le demanda sobre su satisfacion pues la fianza no le presta accion para intentar la compensación: lo primero, porque esta es mutua contribucion del credito, y debito de tal suerte que ninguno puede pretenderla, sino es acreedor, y deudor juntamente. (2) Lo segundo, porque el principal deudor no se dice obligado en cantidad alguna á su fiador, á pretexto de la fianza que por él constituyó; y el credito que por causa de esta puede conseguir contra dicho deudor, depende de la condicion: *Si pagáre por él*; y antes que esta se purifique, no se debe llamar debito, ni el que de ella depende, deducirse para que se compense. (3) Y lo tercero, porque no hay debito, ni cantidad antes que se pague; y el peligro á que está expuesto, no es razon suficiente para la compensación, y así no es justo se permita esta, ni la retencion, al que todavía no es acreedor. Lo qual se limita en caso que pague por él, en cuyo caso se constituye verdadero acreedor suyo, y se le debe admitir. (4)

Sin

(1) Escobar de Ratiocin. c. 23. n. 22.

(2) Ley Unusquisque, ff. de Compensat. ley Si consar. cit. y ley Qui invicem; ff. de Cond. ind. ibi.

(3) Ley 1. ff. de Condition. & demonstrat. Medic. de Compensation.

part. 2. quest. 30. num. 26. Urcol. consil. lib. 2. cap. 51. n. 34. Sr. Castil. lib. 4. controvers. cap. 40. n. 73.

(4) Brancman in leg. Verum, n. 4. ff. de Compensat. Bersan. capit. 3. quest. 3.

194 Sin embargo de que el padre, y su hijo son dos personas realmente distintas segun la naturaleza, y de que por esta razon parece no se debe admitir, ni tener lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro, no obstante, como en derecho, y para los efectos civiles se reputan por una, tendrá lugar entre ellos en varios casos; y por lo tocante al padre digo que está obligado á admitir la de su credito con el debito de su hijo existente en su dominio, en los siguientes. El primero, quando le concedió peculio, y trata de exigir el credito del mismo hijo contrahido con ocasion del referido peculio, pues si el hijo se halla deudor de su deudor, podrá oponer reciamente este á su padre la compensacion, no solo por lo que importe el peculio, sino por el total debito; lo qual no sucederá, si el padre intenta recobrar su propio credito, pues entonces se admitirá la compensacion al acreedor de su hijo hasta en el importe del peculio asignado á éste, y no mas; (1) pues lo que muchas veces no se puede conseguir como actor, ó *jure actionis*, se consigue como reo, ó *jure exceptiois*; (2) y la razon de diferencia consiste en que quando el padre intenta exigir el credito que su hijo contraxo con motivo del peculio, es visto que lo aprueba; y respecto usar de su derecho por solo el mismo contrato, es justo que por esta causa sufra *in solidum* la compensacion que se le objeta. (3) Mas no, quando usa de él por su privativo debito, y no por el que proviene del contrato de su hijo. (4) El segundo, quando el padre aprobó el contrato de su hijo, y se le opone la compensacion de el debito de éste dimanado del propio contrato, (5) pues por el hecho de aprobarlo, se sujeta á las leyes de el sin consideracion ni limitacion á su importe. (6) El tercero, quando el padre mandó al hijo que contraxese con alguno, y de este contrato resultó deudor

(1) Ley Si cum filio fam. ff. de Compensat. & ibi DD. Coppel. de Compensat. cap. 4. Tynd. eod. tit. artic. 7. n. 7.

(2) Glos. en dicha ley Si cum filio verb. per compensationem.

(3) Coppel. dicho cap. 4. n. 6.

(4) Donel. Comentar. jur. lib. 16. cap. 15. col. 7. n. 20.

(5) Medicus de Compensation. part. 2. quest. 5. n. 2. Tynd. ibi.

(6) Adict. ad Olem. de cet. jur. tit. 6. quest. 11. n. 3. y 27.

dor el hijo: pues si el acreedor de este fuere reconvenido por su padre como deudor por aquella causa, podrá deducir la compensacion de lo que el hijo le debe por razon del mismo contrato. (1) El quarto, quando el hijo convirtió en utilidad de su padre lo que recibió de su acreedor, y el padre le dió facultad para contraer, pues habrá lugar la compensacion de lo invertido en su provecho, porque asi como por la accion de *in rem verso* puede pedir, y obtener el acreedor contra aquel en cuya comodidad se convirtió su credito; (2) asi tambien compensar lo que se le debe. (3) Y el quinto, por los alimentos necesarios que alguno suministró al hijo estudiante, pues puede el padre ser reconvenido á cerca de ellos por el mutuante, ó alimentante, y se debe admitir á este la compensacion contra el hasta en su importe; (4) bien que si el hijo se halla emancipado, no está obligado su padre á pagar sus debitos, ni por consiguiente á la admission de la compensacion, porque ésta es solucion. (5) Y por lo respectivo al hijo existente en la patria potestad, si demanda á su deudor, es indubitado que este puede compensar con él lo que su padre le debe hasta en el importe de su peculio, mas no en lo que adquirió con su arte, ó industria. (6) Pero si el hijo es demandado, no se le permite compensar su deuda con el credito de su padre, excepto que avance de que este lo habrá por firme, y no reconvenirá á su deudor por ella; y lo propio milita quando el padre es demandado, y el hijo sale al juicio á defenderla sin su poder, y con otros aunque no sean hijos ni parientes que sin su respectivo poder quieren defenderse judicialmente: pues precediendo la fianza referida pueden oponer la compensacion de lo que el demandante debe al que quieren defender; (7) y la razon en quanto al hijo es

(1) Ley 1. ff. Quid iuris Zanger de except. part. 3. cap. 6. n. 16.

(2) § Præterea Institut. Quid cum eo.

(3) Zanger ibi Bersan. capít. 3. quest. 4. n. 17.

(4) Sord. de alim. tit. 6. quest. 6. n. 22. Bos. de Alim. capít. 16. n. 904. al fin Michalor. de Fratib. part. 1.

cap. 26.

(5) Fanger ibi Bersan. ibi n. 15.

(6) Zanger ibi Bersan. ibi n. 15.

Tynd. dicho artic. 7. n. 8.

(7) Dicha ley Si cum filio: y ley 25. tit. 14. Partid. 5. Tynd. ibi.

n. 8. Coppel. de Compensat. cap. 3.

n. 27. Medices cod. tit. part. 2. quest. 5. n. 3.

porque está impedido de comparecer en juicio por su padre, á meno que se lo mande; y como el que compensa, demanda, y mueve pleito, respecto pide lo que pretende se compense, por eso es preciso que dé la caucion, ó fianza de rato. (1)

195 Dos especies, ó clases de Procuradores se distinguen en el derecho, la una se llama *propia*, que es la de el que evacua los encargos, y negocios de otro; y la otra *impropia*, porque hace los suyos, por lo que se le titula en latin *Procurator in rem suam*, y en castellano Procurador en su misma causa. (2) En quanto al primero, digo que si es demandado para que pague la deuda de el que le dió el poder, ó excepciona la compensacion del credito de éste, ó del suyo privativo. Si del credito de su principal, es inquestionable que se le debe admitir, afanzando de que éste la habrá por firme, y no lo pedirá á su deudor, cuya fianza se llama *de rato*, entre los Jurisconsultos. (3) Lo qual se entiende, excepto que el mismo principal hubiese opuesto antes la compensacion, en cuyo caso no necesita afanzar, porque no es quien la opondrá, y solo la renueva; (4) y lo propio milita en los casos en que *ipso jure* se hace. (5) Y si excepciona de su mismo credito, aunque no falta quien afirma que puede; pero obsta á este dictamen la razon legal de que para admitirse la compensacion, deben ser ambos acreedores, y deudores reciprocamente uno de otro, y no intervenir el credito de tercero, como dexo expuesto, por lo que no habrá lugar. Y lo mismo procede quando es demandado por su privativa deuda, y opondrá la compensacion del credito de su constituyente, ó poder dante. Advirtiendole que por el ausente que ningun Procurador tiene, qualquiera del Pueblo puede oponer la compensacion del debito porque se procede contra él, con el credito del mismo

(1) Ley Amplius, ff. Rem ratam quest. 13. num. 5. Saminae Controv. forens. 32. n. 26. Tynd. dicho artic. 7. n. 6.

(2) Glos. in leg. 1. verb. Alena, ff. de Procuratorib.

(3) Ley 24. tit. 14. Partid. 5.

(4) Medices de Compensat. p. 2.

quest. 13. num. 5. Saminae Controv. forens. 32. n. 26. Tynd. dicho artic. 7. n. 6.

(5) Bersan. cap. 3. quest. 14. per tot.

ausente; (1) à cerca de lo qual, y otras especies vease à *Bersano* cap. 3. quest. 14. per tot.

196 Y por lo tocante al Procurador en su misma causa, ó cesionario, digo que como se constituye acreedor por su propia persona, y no por la del cedente despues de hecha la cesion, (2) de tal suerte que à nadie mas que al cesionario está obligado el deudor cedido, (3) y despues de la oposicion se retrotrae la compensacion al dia del contrato del debito, segun se prueba de la ley 4. *Cod. de compensationibus*, que al principio dice: *Si constat pecuniam in vicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debitur utrique*: (4) por estas razones el acreedor cesionario, que es deudor de su deudor cedido, y por él es reconvenido à cerca de su debito, está expedito, y no impedido de excepcionar la compensacion con el credito por virtud de la cesion adquirido. (5) Lo qual se entienda, aunque el cesionario no haga saber al deudor que no pague à otro. (6) Pero se limita en caso que la cesion se haga con fraude, ó el credito cedido esté afecto à algun vicio, ó carga, por el que no puede pretender el cedente su exaccion. (7) En quanto à sí el deudor cedido puede oponer la compensacion contra el cesionario, como podia contra el cedente, vea el legista à *Bartholomé Bersano* en el cap. 3. quest. 6. de este tratado, que propone cinco opiniones, las que omito referir por no importar al Escribano. Y por lo respectivo à sí el acreedor posterior podrá compensar su debito con el deudor común en perjuicio de los anteriores que tienen obligados los bienes

(1) *Castr. Palao* in suis oper. moral. tract. 32. disp. 1. punct. 16. numer. 14. §. 2. *Bersano*. dicha q. 14. n. fin.

(2) *Ley In rem suam*, ff. de Compensat. Sr. Saig. Labir. part. 1. question 11. n. 2. Sr. Castill. lib. 4. controvers. cap. 40. n. 75.

(3) *Ley Procurator* 55. ff. de Procurator.

(4) *Donel*. la commentar. jur.

lib. 16. cap. 15. col. 10. vers. tertium; *Bersano*. cap. 1. quest. 8. de Compensat. n. 5. y sig.

(5) Dicha ley *In rem suam*, & ibi glos. Sr. Castill. ibi *Bersano*. cap. 3. quest. 5. n. 1. y 3.

(6) *Bersano*. ibi n. 10 y 11. *Coppel*. cap. 3. n. 14. de compensat.

(7) *Bersano*. cap. 3 y quest. 5. dichos n. 12. al 17.

nes de éste, vale en la quest. 10. de dicho cap. que siguiendo à *Carleval* en la disp. 27. del lib. 1. tit. 3. y alegando otros fundamentos, impugna à sus contrarios, y defendiendo que puede.

197 Dicen algunos que la renunciacion del beneficio de la compensacion, ó de no poder oponerla, no vale, porque es contra la equidad natural, y buenas costumbres, y que aunque el deudor jure en el contrato no usar de ella, se debe admitir, no obstante el juramento, porque todo lo que se debe hacer de oficio por el Juez no se entiende excluido en el contrato. Pero otros afirman que en nada es admisible, sin embargo de que los contratos de ambos sean jurados, porque quando el juramento se puede observar sin detrimento de la salud eterna, se ha de estar à él; y siempre que interviene el de hacer la paga, y no ha lugar la compensacion, porque le obliga à pagar en forma específica, y su renunciacion no es contra la equidad una vez que la parte lo hace espontaneamente; (1) y que lo propio milita para con su heredero, porque aunque no pasa à éste en quanto al reato de perjuicio, sí en lo tocante à la observancia del contrato. (2) A mas de que cada uno puede renunciar lo que está establecido en su privativo beneficio, no teniendo legal prohibicion; (3) y à quanto se obliga el hombre, à tanto queda obligado; (4) y así en pagando puede usar de su derecho à cerca de lo que quiere se compense con lo que debe. Pero es de advertir que porque el deudor haya pedido termino, ó la ley se lo conceda para pagar, no es visto renunciar la compensacion, ni haber perdido la facultad de hacerla, (5) y así puede oponerla.

198 De los ocho requisitos que en el num. 187. queda sentado deber intervenir para que la compensacion se haga

REC-

(1) Sr. Covar. cap. *Quamvis* pactum part. 1. §. 4. n. 9. Acch. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 125. Gutier. de juram. Confirm. part. 3. cap. y n. 6. *Gallerat. de Renunciat. Cognit. 1. renunciatio* 83. *Bersano*. de Compensat. cap. 1. quest. 22. y o. 2. quest. 11.

(2) *Afflic. decis.* 381. n. 8. y 9. *Ludovis. decis. perusian.* 15. n. 11. y 12.

(3) *Ley Si quis* in conscribendo 20. *Col. de pact.*

(4) *Ley 1. tit. 16. lib. 5. Recop.*

(5) *Bersano*. cap. 3. quest. 10. numer. 4. hasta el fin.

rectamente, la una es que el crédito, y el debito sean de un sujeto, y no de un tercero, y se pidan en nombre propio. De cuyo principio se sigue que no se debe admitir al acreedor que no por sí, sino por otro quiere compensar, porque el crédito, y debito deben concurrir en una misma persona; (1) y así de nada servirá al deudor demandado el excepcionar contra su acreedor de lo que éste debe a otro que á él, para eximirse por este medio de la solución de su deuda, aunque aquel cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta; (2) ni aun quando sean dos deudores mancomunados, puede el reconvenido oponer contra el actor la compensación de la cantidad que éste debe al corréo, ó mancomunado, porque versa identidad de razón. (3)

199 Lo propio milita para con el Prelado, Reclor, á otro que gobierna, ó administra los bienes de la Iglesia, pues no está obligado á admitir la compensación de su propio debito con el que el demandado debe á la Iglesia. (4) Y para con el poseedor del mayorazgo que pide los créditos de éste, pues no se compensarán con lo que él debe, porque el mayorazgo que está baxo de la administración del poseedor, se semeja al Pupilo que vive bajo de la tutela, y á la Iglesia que se administra por su Prelado. (5)

200 Los créditos de el tutor, y curador no se deben compensar con los de su menor, porque el tutor representa dos personas que no deben confundirse, y así no están obligados á admitir la compensación, pues quando intenta el cobro del crédito del menor su tutor se dice que aquel lo solicita por medio de éste. (6) Pero entre muchos tutores de un menor se ha de admitir la compensación, aunque la tutela, ó administración esté dividida entre ellos, con tal

(1) Ley 2. y ley In rem suam, ff. de Compensat. ley Si constat. Cod. eod. tit. y ley Qui invicem, ff. de Conditio. indebiti.

(2) Ley Ejus Cod. de compensat. dicha ley In rem suam, verb. creditor, & ibi glos. & DD.

(3) Ley Si duo, ff. de Dabus reit.

(4) Bruneman la leg. Id, quod, ff.

de Compensat. Sr. Saig. Labir. Credit. part. 2. cap. 32. n. 98.

(5) Sr. Saig. ibi. n. 97. Carol. Anton. de Luca de Pluralit. hom. legat. cap. 7. n. 4. y 5.

(6) Dicha ley Id, quod, & ibi Bruneman, Bursan. cap. 5. quest. 17. de Pupillis.

que el crédito en que aquella se funda, pertenezca al menor, y no privativamente al tutor, (1) porque no obstante ser diversas las administraciones, es una sola, é individual la tutela. (2) Y lo propio sucede al tutor reconvenido en nombre del Pupilo por lo que éste debe con lo que el demandante está debiendo al mismo Pupilo, porque está obligado á defenderle, y tambien con su propio crédito en favor de éste. (3) Advertiendo que al nominador de los tutores reconvenido por el Pupilo á causa de no haberlos elegidos idoneos, se permite compensar con éste la cantidad que pagó utilmente por él. (4)

201 Si el vendedor instare por la solución del precio de la alhaja que vendió, puede el comprador oponerle la compensación del crédito que tiene contra él, y se le debe admitir, no siendo el vendedor el Fisco. (5) Lo qual se entiende, y amplia á lo que el comprador pagó por razón de la alhaja vendida, v. g. si la vendió como libre, y luego resulta gravada, (6) aunque el vendedor no expresse que era libre, ó si éste prometió reintegrarle de lo que por su culpa, y por razón de la alhaja satisficiese; pues así como el comprador puede repetir las expensas, (7) así tambien compensarlas con el precio no pagado. Se amplia igualmente á las usuras recompensativas del precio no pagado de que habla la ley *Curabit Presses* 5. Cod. de *Adionibus empti*. porque el que tiene causa, ó acción para compensar, no se llama deudor, ni de él se debe exigir la cantidad compensable. (8) Y asimismo se amplia á lo comprado en pública subasta. (9)

(1) Donel. In Commentar. jur. dicho lib. 16. cap. 15. n. 40. Medicus de Compensat. part. 2. quest. 14. n. 5. Bursan. ibi n. 13.

(2) Ley Inter, ff. de Administrat. tutor. Bursan. cap. 2. quest. 8. de Compensat. y cap. 5. quest. 17. cit. de Pupillis n. 12.

(3) Coppel. de Compensat. cap. 9. n. 25. Bursan. dicha quest. 8. n. 13. al 17. y de Pupillis cap. 5. quest. 18. n. 8. y 9.

(4) Ley Si tutores Cod. de Com-

pensat. Bursan. ibi n. 14.

(5) Ley Si ex venditione, Cod. de Compensat.

(6) Ley Quoniam liberum, Cod. de Compensat. & ibi Crican.

(7) Ley Cum tibi, Cod. de Evisatione.

(8) Ley Ejus quantitatibus, Cod. de Solutionibus.

(9) Posth. de Subast. insp. 39. numer. 26. Bursan. cap. 3. quest. 24. n. 1. al 19.

202 Siendo, como es axioma constante de derecho que al que tiene la accion, repele la legitima excepcion; es tambien indubitado que al comprador, à quien el vendedor reconviene por el precio de la cosa que le vendió, se socorre con la admision de la compensacion de la que se le quitó por eviccion. (1) Y lo propio milita, si le reconviene por otra suma fuera del precio, à causa de que tal vez ya estaba pagado antes que se le quitase la alhaja. (2) Y no solo por el precio, sino por el interés de el que se obligó à eviccion, se puede deducir la compensacion; pero sino se obligó à aquella solo tendrá lugar esta por el precio, porque este siempre se debe, à menos que otra cosa se haya pactado. (3) Lo mismo procede para con el comprador que reconviene al vendedor de eviccion por la cosa que se le quitó, pues éste le puede oponer la compensacion de el precio de ella que no le pagó. (4)

203 No sucederá lo expuesto en el num. anterior para con el evincente si el comprador le opone la compensacion de la cosa que le quitó en juicio, por el precio pagado por ella; y así no se le debe admitir, porque por este no debe proceder contra él sino contra el vendedor; (5) pues de lo contrario resultaria que se le admitia de lo que un tercero debia, lo qual no permiten las disposiciones legales. (6) Pero si el comprador hizo mejoras en la alhaja, se le permite usar por ellas de la retencion de esta contra el evincente, porque ceden en su utilidad, y nadie debe lucrarse en detrimento de tercero; (7) bien que en este caso el evincente podrá replicarle de la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la alhaja, como lo dice la ley

Sum-

(1) Ley Vindicatem, ff. de Eviction.

(2) Bart. in leg. Eleganter, n. 2. ff. de Pignorat. actio. Mangli. de Eviction. quest. 83. n. 24. Medices de Compensat. part. 2. quest. 25. numer. 5. Caroc. de Except. except. 27. n. 13.

(3) Ley Actorem, §. Qui autem, ff. de Actio. empti. Palma consult. 22. Urseol. consult. 2. n. 43.

(4) Glos. in leg. Res, verb. consistere, Cod. de contrahend. emptio.

(5) Ley Super empti, & ibi Bruneman Cod. de eviccion.

(6) Ley Ejus Cod. de compensatio. y ley In rem, §. Creditor, ff. Eod. tit.

(7) Ley Sumptus 48. ff. de Reivindicatio.

Sumptus 48. ff. de reivindicatio. ibi: Impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita ratione fructuum, restitui vobis jubebit. Lo qual se entiendo, reduciendo los frutos à cantidad, mas no, si existen, porque esta no se compensa con la especie. (1)

204 Sin embargo de que la compensacion aunque en el acto es solucion imaginaria, y fingida, no se diferencia en el efecto de la verdadera: si en el retracto de consanguinidad manda el estatuto que lo permite, que el retrayente pague real, y efectivamente en dinero al cotado el precio de la finca que retrae, no se le debe admitir la compensacion de su credito. (2) Pero si el estatuto habla simplemente en quanto al precio, se puede admitir la compensacion por dos razones, la primera, porque esta equivale à la verdadera paga, y satisface à la restitution del precio; (3) y la segunda, porque el consanguineo hace las veces del comprador, y este las del vendedor, al qual se puede objetar la compensacion del precio que pide, (4) como en el número 201: queda sentado. Y lo mismo procede, quando el credito que se quiere compensar, fue cedido sin fraude al consanguineo. (5)

205 Aunque por derecho antiquissimo no surtia sus efectos *ipso jure* la compensacion en los contratos *stricti juris*, y si solo en los de buena fé: se ha suprimido esta diferencia por el posterior; por lo que generalmente ha plandido, todas las acciones reales, personales, y mistas, ya provengan de contrato, ultima voluntad, ò fideicomiso, y el credito, y debito derivan de una misma causa, fuente, y hecho, ò de diversas, v. g. el uno de mutuo, y el otro de venta, locacion, ò otra cosa, y el uno conste en instrumento público, y el otro en privado, son hábiles para ser

ad-

(1) Borsan. de Compensatio. ca. quest. 35. per tot. y cap. 3. questio. 24. n. 24. y sig.

(2) Thuc. lit. C. conclus. 488. n. 17. Maur. de Solut. cap. 2. §. 5. n. 4.

(3) Tiraquel. de Retract. §. 2. quest. 11. n. 2. Borsan. ibi n. 12. Sr. Castill. lib. 4. Controv. capit. 40. cap. 7. n. 32. Bellou. cap. 17. n. 3.

Gracian. discop. cap. 728. n. 9.

(4) Ley Si ex venditione, Cod. de compensat. Tiraquel. ibi §. 3. glos. 3. n. 5. Borsan. cap. 2. quest. 30. n. 1. al 5.

(5) Medices de Compensat. part. 2. quest. 11. n. 2. Borsan. ibi n. 12. Sr. Castill. lib. 4. Controv. capit. 40. n. 75.

admitidos; (1) pues para que se admita la compensacion, basta el que por algun derecho se nos deba algo, ya sea por el natural, ó civil, ó por ambos juntamente, (2) porque descendiendo de lo bueno y equitativo, y no es mera, ó pura accion, sino mixta de accion, y excepcion. (3)

206 Pero para su admision, ó inadmission debe tener presentes el Juez quatro cosas, á saber: si el debito es, ó no compensable: si la obligacion es, ó no valida: si la cantidad está, ó no liquida, ó se puede liquidar brevemente: y si el que opone la compensacion, tiene ó no facultad de compensar. (4) Y ha de hacerla á pedimento de parte, y no de oficio, excepto en los casos en que *ipso jure* se hace, en los quales debe declararla hecha total, ó parcialmente, segun sea el debito, y lo que se pretende compensar. Y si el demandado la deduce de mayor suma que la que le pide el demandante, debe hacerla unicamente hasta la concurrente cantidad, y no condenar á éste en el exceso, á menos que sobre él sea reconvenido por aquel, porque la compensacion no es propiamente reconvention, y asi no recae en ella la prorrogacion de jurisdiccion que en ésta. (5) Y sin embargo de que segun derecho no se debe admitir la paga que el deudor quiere hacer de parte de la deuda contra la voluntad de su acreedor, (6) porque es contra equidad el que experimente incomodidad, y detrimento, el que hizo el beneficio: no milita esto en la compensacion, porque esta no es paga de presente, sino paga que ya está hecha, y admitida por el acreedor espontaneamente, por lo que como cesa la razon ex-

(1) Ley Etiani §. 1. y ley ult. Cod. de Compensat. y §. In bonæ fidei Institutio de Actio. Bersan. de Compensat. cap. 2. quest. 1. n. 1. 2. y 24. y quest. 12. y 15. per tot.

(2) Petr. Gregor. Syntagma. Jur. lib. 1. cap. 22. n. 3. Sr. Castill. dicho cap. 40. n. 72.

(3) Wesembec tit. de Compensat. n. 7. Coppel. eod. tit. cap. 6. num. 1. Bersan. dicho cap. 2. quest. 1. n. 26. y sig.

(4) Bald. in leg. ult. n. 15. Cod. de Compensat. Bersan. cap. 1. questio 10. n. 5. Medices part. de Compensat. quest. 37. n. 2.

(5) Angel in §. In bonæ fidei, numer. 21. Gilbert. de Reconvention. cap. 6. n. 7. Bersan. dicho cap. 1. quest. 10. n. 6. al 11. y quest. 13.

(6) Ley Obligaciones, Cod. de Solutioñib. y ley Pure, ff. Familie eriscundæ.

puesta, se debe admitir la parte que se quiere compensar. (1)

207 De la regla general propuesta en el num. 205. se exceptúan algunos creditos y cosas que no admiten compensacion; el primero es el deposito ya consista en especie, ó en cosa numerada, medida, ó pesada; y así el depositario debe restituir las depositadas en él, y luego podrá usar de su derecho contra el deponente sobre la exaccion y cobranza de su credito. (2) Lo primero, porque de lo contrario se infringiria, y padeceria lesión la confianza, y buena fe que debe intervenir en este contrato, y por la compensacion se impediria la restitucion del deposito que sin excepcion se debe hacer al instante. Lo segundo, porque el que no observa la ley de él, se dice que despoxa al deponente, y el despojado debe ser restituído ante todas cosas. Y lo tercero, porque la compensacion no se admite acerca de lo que se debe restituír, sino pagar, y el deposito debe ser restituído. (3)

208 Lo qual se entiende, lo uno sin embargo de que el dinero se deposite como cantidad, pues no muda la naturaleza de el deposito. (4) Lo otro aunque éste sea irregular, quiero decir, que se constituya en terminos que el depositario pueda usar de él, y se le transfiera su dominio. (5) Lo otro, no obstante que sea confesado, porque por la confesion se prueba la verdadera numeracion, á menos que se acredite que esta no se hizo, ó que intervino fraude. (6) Lo otro, en el caso de que el deposito se deba por ambas partes. (7) Y lo otro, aun quando provenga de contrato anterior, v. g. si uno debe ciento por razon de

(1) Bersan. cap. 1. de compensacion. quest. 17. per tot.

(2) Ley 27. tit. 14. Partid. 5. ley penult. Cod. depositum. ult. Cod. de compensacion. esp. Bona fides de deposito.

(3) Bersan. cap. 1. de compensat. quest. 12. n. 2. al 4.

(4) Dicha ley penult. Cod. depositum. Niger de Exceptioñ. capit. 13. §. 12. n. 19. Nata covall. 438 n. 7.

(5) Purpurat. in leg. 2. col. 3. ff.

mi. Si certum petat. Niger ibi num. 10. Gras. exceptio. 16. num. 71. Sord. consil. 246. n. 10. lib. 2.

(6) Bersan. cap. 1. quest. 22. dichos n. 8. al 13. y otros.

(7) Barbois in leg. 8. §. Ob donationes, num. 13. ff. Solut. matrimoñ. Petr. Gregor. in Syntagma. Jur. lib. 22. cap. 22. n. 7. Medices de Compensat. part. 1. quest. 19. n. 3. Tyador. de Compensat. artic. 5. n. 41.

mutuo que de consentimiento de el acreedor quedaron depositados en el mutuario, (1) pues donde no falta lo substancial de la obligacion, el debito que proviene de una causa, se puede convertir indirectamente en otra; (2) y asi no se debe admitir la compensacion contra el deponente, ni contra sus herederos, porque éstos le representan, y por la muerte de aquel no se muda la naturaleza del contrato. (3)

(209) Por no exceptuar de la compensacion la ley final *Cod. de Compensationibus* mas que la accion de deposito, parece que en la de *Commodato* no habrá lugar; pero como aquella excepcion no es privativa ni limitada para el deposito, ni por no admitirse en éste, excluye su inadmission en otras acciones; y la ley citada como conseqüente á las anteriores del propio título, hablo solamente de las cosas fungibles en su genero, que son las que se cuentan, miden, y pesan, y regularmente se depositan, y ademas la ley final *Cod. de Commodato* no exonera al comodatario de restituir la alhaja comodada, antes bien la preceptúa, segun se prueba de su tenor, ibi: *Prætextu debiti restitutio Commodati non probabiliter recusatur*, no debe admitirse la compensacion, porque no repugna una disposicion legal á la otra, á causa de ser diversa la razon; pues en el comodato como que se hace de especies que se prestan para usarse, y se deben restituir, y no otras por ellas, no cabe dicha compensacion; (4) por lo que ésta se repete en él por la naturaleza de la cosa, y en el deposito por la de la accion. (5) Lo qual se limita quando por deterioracion de la alhaja comodada se viene á su estancion, porque ésta no se gradúa como especie, sino como cantidad, y asi se constituye habil para la compensacion. (6)

(1) *Glos. except. 16. dicha n. 73. Casa. consil. 170. lib. 2. n. 1. Nata. consil. 238.*

(2) *Cast. in leg. Singularia ff. Si certum petat.*

(3) *Caroc. de Depositi. part. 1. tit. de Cas. num. 19.*

(4) *Glos. in § in bonis fidei, verb. Depositi, Institut. de Action. Barbaros.*

in leg. Prætextu, n. 4. Cod. de Commodata.

(5) *Sr. Castill. lib. 3. controvers. cap. 16. n. 11.*

(6) *Glos. in leg. Prætextu cit. & in leg. in rebus § quod autem, verb. Compensationis ff. Commodati Arias de Mesa lib. 2. Var. cap. 34. n. 20. Cavin. de equitat. lib. 3. c. 222. n. 28.*

Y se limita tambien quando se trata de oponer la indirecta (que es la retencion) por las expensas hechas en la alhaja hasta que se paguen al comodatario; pues donde no tiene cobimiento la directa, y verdadera, puede entrar la retencion. (1)

(210) Con los creditos pertenecientes al Fisco por razon de Alcabalas, y otros pechos, derechos, y contribuciones reales, ya sean personales, prediales, annuales, ó de otra clase, no se admite compensacion á su deudor. (2) Lo qual se amplia para con el conductor de las rentas de diversas Provincias, ó ramos pues lo que anticipa por la conduccion de una, no le sirve de pago para la otra, porque de permitirse esta aplicacion, se confundirian los officios en perjuicio de los oficiales, y administraciones, (3) excepto que haya costumbre contraria. Lo mismo se debe practicar con el administrador de bienes de qualquiera persona executado por el alcance de una administracion pues no se le admitirá compensacion de lo que resulte á su favor en otra administracion de la misma persona, (4) porque de las cosas separadas no se debe hacer ilacion. Pero si es una sola la administracion, se le debe admitir de todas las partidas líquidas asi en la cuenta, como en la execucion. (5) Se amplia igualmente para con la exaccion del precio que el Fisco pide de la cosa que vendió, y no se le pagó, pues no se debe compensar con lo que por otra causa debe al comprador; cuyo privilegio es especial en él, mediante que á qualquiera otro comprador se admite la compensacion no solo del crédito que tiene contra el vendedor por el mismo contrato sino por lo que fue obligado á pagar con motivo de la venta por culpa del vendedor, segun se prueba de la ley 7. *Cod. de Compensationib.* que dice: *Si ex venditione*

(1) *Ley in rebus § possunt, ff de Acquiri. posses. glos. cit. in leg. Prætextu, & ibi Bruneman in leg. de Compensatione. cap. 2. quest. 23.*

(2) *Ley in ea Cod. de Compensationib. 25. tit. 14. Partid. 5. glos. in § in bonis fidei cit. Medicis de Compensationib. part. 1. quest. 38. n. 34. Foucault. decis. 466. n. 10. vol. 2.*

(3) *Bruneman in leg. 1. Cod. de Compensationib. Anaya in leg. 2. Cod. de Nis Fiscus rem quam vendidit. n. 18. al 20.*

(4) *Leyes 1. y 3. Cod. de Compensationib. Afflic. decis. 19. n. 4. Escobar de Ratiocin. cap. 34. n. 1. al 5.*

(5) *Escobar ibi n. 1. y 2. Parlador. lib. 2. cap. fia. part. 5. §. 11. n. 30.*

pretium venditori debetur: compensationis ratio opponitur. Adversus Fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur. (1) Asimismo: se amplía á las penas impuestas á los reos por la utilidad pública, á fin de que los delitos no queden impunes; mas no, si miran á la privada. (2) Y á lo que debe á otro que al compensante, excepto que aquel obtenga cesion de éste contra el Fisco. (3) Pero fuera de estos casos: de el de que suceda á su acreedor, pues entonces se confunden los derechos, y acciones: y de el que explicaré al fin de el número siguiente debe sufrir la compensacion. (4)

211 Tampoco admite compensacion lo que se debe á la República, ó Comun de algun Concejo, ó Pueblo por razon de censo, ó portazgos, ó siempre que trata de pagar al Rey sus contribuciones, ó de exigir repartimientos para reedificar muros, construir puentes, ó fuentes, comprar armas, dar raciones á los soldados, ú otros que están en el Real Servicio, ó en el del mismo Comun. Y lo propio milita quando establece á otro por su heredero con la condicion de que despues de sus dias pase la herencia á la Real Cámara, ó á dicho Comun; ó le dá en fidedad, ó confianza dinero, ú otra cosa cierta para que se lo entregue. (5) Y así en todos los casos propuestos en este número, y en el anterior, y otros semejantes debe pagar al Fisco, y á la República ante todas cosas, lo que les debe, porque de lo privado no se admite compensacion con lo público, (6) y luego podrá usar de su derecho contra ellos por su credito.

212 Al modo que no se debe retardar la solucion de lo líquido por lo ilíquido: del mismo modo no se debe admitir la compensacion de esto con aquello, porque surte el

(1) Ley si ex venditione Cod. de Compensationib. & tit. D. D. Beran. cap. 1. eod. tit. quest. 35. n. 1. al g. y cap. 3. quest. 24.
(2) Médices part. 1. de Compensation. quest. 38. n. 6. Beran. cap. 2. eod. tit. quest. 30. n. 14 y 15.
(3) Médices ibi n. 7.
(4) Ley fin. ff. de Compensation.

ley Anterior § qui Compensationem ff. de jure Fisci. Beran. dicha q. 10. num. 1. al 2.
(5) Dicha ley 25. tit. 14. Partida 5. ley en 3. Cod. de Compensation.
(6) Fermosin. var. traç. cap. 2. de Ordin. Cognitio. quest. 7. n. 2. Fontanel. decis. 465. n. 21. lib. 2.

efecto de paga. (1) Lo qual se limita quando se puede liquidar brevemente, pues entonces es admisible; (2) y la razon es, porque el debito que no está líquido, pero se puede liquidar brevemente, se reviste y constituye de la propia naturaleza que el que lo está, y tan líquido se dice el que al instante se puede liquidar, como el que por sí lo es. (3) Previeniendo que en derecho se llama líquido de tres modos, á saber: por confesion del adversario: por el genero de la question: y por la celeridad de la prueba, ya conste por instrumenta, ó sentençia; (4) y ilíquido lo que en quanto á la quota, y no á la substancia de la cantidad debida padece muchas dificultades, y está embuelto en muchos ambages; pues la substancia necesariamente debe ser cierta, y la liquidacion sobre el mas, ó menos es la qualidad, la qual no puede estar sin ente, ó sugeto. (5)

213 Asi como no son exequibles los debitos condicionales, á dia cierto, ó incierto, ni alternativos hasta que se purifique, ó cumpla la condicion, ó llegue el dia, ó se haga la eleccion: (6) tampoco son compensables, porque el debito cuya exaccion no existe, ni se puede hacer al tiempo que se pide, no se estima por tal. (7) El debito litigioso aunque parece tiene la identidad de el ilíquido, y admite compensacion; y la razon es, para que el acreedor mas diligente no se constituya de peor condicion que el que no es tanto, como lo dice la ley 8. ff. de Compensationib. ibi: *In compensationem etiam id deducitur quo nomine cum aliter lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei donegetur*, porque la litis contextacion lejos de hacer peor la condicion de el que context-

(1) Ley fin. Cod. de Compensat. §. in voce fidei, Institut. de Action. & ibi D. D.
(2) Dicha ley fin. & ibi D. D. Beran. dicho c. 2. quest. 3. n. 5. y 6.
(3) Bellon de his que inciduntur lib. 1. cap. 17. n. 4.
(4) Barros in leg. si constar, n. 10. Cod. de Compensation. Zainger de exception. part. 3. cap. 6. n. 32. Ber-

san. ibi n. 2.
(5) Gracian. discept. forens. c. 400. n. 24. Beran. ibi n. 3 y 4.
(6) Ley 1. ff. de Condition. & demonstrat. ley cedere diem ff. de Verbor. significat. ley quod in diem, y ley si cedere ff. de Compensation.
(7) Beran. cap. 2. de Compensation. quest. 4. y otros.

testa, la hace mejor, (1) y el pleito no recae sobre la substancia de el debito, sino sobre su cantidad. Pero lo dicho se entiende quando se puede liquidar facilmente el debito litigioso, porque de lo contrario no se debe admitir la compensacion, à causa de obstarle lo dispuesto por la ley final. *Cod. de Compensationibus*. (2)

214. Sobre si al demandado por los alimentos que está obligado à dar, se deberá, ò no admitir la compensacion, se ha de distinguir: si la cantidad está puesta por los futuros, no es admisible, (3) y la razon es, porque éstos no sufren dilacion, (4) y el que resiste darlos, parece que pretende matar al alimentario. (5) Lo qual se limita, quando se deben baxo de condicion, v. g. de que éste ha de practicar ciertas cosas, pues hasta que las execute, se le puede oponer la compensacion, porque segun la naturaleza de el contrato, (que es *ultra, citroque*, ò reciprocamente obligatorio) no se dá acción à una parte contra la otra, mientras ésta no cumple lo que debe. (6) Pero los alimentos pasados son compensables, porque como el alimentario está socorrido, cesan la razon de indigencia, y demás expresadas, y no gozan de los privilegios que los futuros; y asi no solo puede el reconvenido oponer la compensacion por lo que le debe el que los pide, sino por lo que éste debió hacer, y no hizo, y se admitirá à prorrata. (7) Y por lo concerniente de las pensiones que se dan por via de alimentos, se debe observar lo explicado à cerca de los futuros, porque versa identidad de razon; bien que si las pensiones son de cosa propia, v. g. la locacion de la casa, ò fundo, habrá lugar la compensacion, porque no militan los

(1) Ley nemo enim 86. ff. de Reg. jur.

(2) Bart. y Alberic. en la ley in Compensacione ff. de Compensacion. Peguera decis. 175. n. 2. Borsan. cap. 2. dicho quest. 5.

(3) Ley in ea Cod. de Compensacion. Ciriac. controvert. 34. n. 20. Gracian. d.cept. cap. 788. n. 33.

(4) Ley 2. ff. de Ferris. Ros. de Alim. esp. 19. n. fin. Surd. eod. tit.

tit. 8. prev. 53. n. 7.

(5) Ley necare ff. de liber. agnos. cend.

(6) Ley Julianus §. offerri, ff. de Actioe Surd. ibi n. 9. Medices de Compensacion. part. 1. quest. 14. num. 4.

(7) Ciriac. controvert. 34. n. fin. Calvin. de acquirit. lit. 1. cap. 62. n. 5. Borsan. dicho cap. 2. quest. 7.

los fundamentos que en las otras. (1)

215. Porque para la execucion de alguna obra, ò hecho se consideran la industria de la persona electa, y el lugar en que se debe executar: y la obligacion del hecho no recibe la fundacion con otro debito acerca del pago: (2) se sigue de aquí que no tiene lugar, ni se debe admitir la compensacion del hecho, ni la del executado en otro lugar que en el pactado. Lo qual se entiende aunque un tercero v. g. el fiador cumpla por el promitente, pues este cumplimiento no basta, porque para dicho efecto debe ser personal; (3) y lo propio milita de un hecho con otro hecho. (4) Pero si se trata del interés por defecto de cumplimiento de la obligacion, ò por no haberla cumplido en el lugar destinado, ò modo estipulado; entonces entra la compensacion con el credito del reconvenido por el interés, porque en el efecto se hace de cantidad à cantidad, y no de cantidad à especie. (5) Y lo mismo procede quando por ambas partes consiste el debito en la obligacion del hecho, ò el de la una solamente, y el de la otra en cantidad, y por su mutuo consentimiento, ò de otro modo se convierte el hecho en interés. (6)

216. Y si se trata, ò intenta compensar el credito con las obras ò servicios que alguno hace; aunque parece que éstas se estiman à manera de especie, y la especie ni con otra, ni con la cantidad se compensa: (7) no obstante, se compensarán, como lo dice la ley 20. *Cod. de Solutioibus*. ibi: *Si operas certi seroi pro pecunia sumpta sibi in debitum compensare placuit creditori, his secundum conventionis si dem prestitis, de mancipio restituendo pacti tenor servari debet*; y la razon es, porque el que ha de recibir las obras ò servicios, no las pide, sino su estimacion, y así no se trata de especie, sino de cantidad, al modo que con el alimentario.

(1) Borsan. dicho cap. 2. quest. 8. y otros.

(2) Ley 2. §. Item ff. de eo quod certo loco. Medices de Compensacion. part. 1. quest. 44. n. 2.

(3) Ley si debitor ff. de solutionibus.

(4) Bruneman in leg. Inter artifices n. 3. ff. de Solutionibus.

(5) Euber in §. In bona fidei, Institutur. de Actioe. Medices de Compensacion. quest. 44. dicho num. 3. Thuse. lit. C. conclas. 490. n. 27.

(6) Ornot. iudic. §. in bona fidei n. 29. Borsan. cap. 2. dicho quest. 38.

(7) Ley si convenerit ff. de Pignoro ract. action.

mentario. Y lo propio milita quando el debito de ambas partes consiste en las obras, si hay similitud en ellas de suerte que sea igual su estimacion. (1)

217 No solo en los debitos, y acciones ha lugar la compensacion, sino tambien en los delitos, è injurias de una misma especie, y no de diversa, quando se trata de ellos civilmente por la utilidad privada de la parte; mas no, quando se intenta la accion criminal: lo uno, porque en e te caso quedarían impunes, y la vindicta pública lesa, y en perjuicio del derecho público no se admite compensacion; y lo otro, porque esta surte el efecto de paga, la qual no se debe hacer sino al verdadero acreedor, ò à otro de su mandato. (2) Pero aun en dicho caso no se debe admitir al que por delito que cometió contra alguno, fue condenado judicialmente à pagarle la pena que se le impuso. (3) Tambien se admite la compensacion del dolo malo con otro igual dolo cometido acerca de un mismo hecho, y si este fue diverso, con tal que aquel mire à un proprio fin. (4) Lo mismo procede en quanto à la culpa lata (que se equipara al dolo) con otra igual; y de la leve, y levisima con las que lo sean. (5) Pero el dolo no se compensa con la culpa, ni la lata, ò grave con la leve, ni ésta con la levisima. (6)

218 Por no deducir la compensacion de su credito el que se constituye deudor de alguno, no es visto confesar que le está pagado, ni de su omision se prueba, porque respecto de el no es necesaria, sino puramente voluntaria, y à nadie se puede compeler à que use del privilegio que le

(1) Zacharias quest. moral. juridic. 71. n. 3. Medicis decis. 100. n. 3. y part. 1. de Compensat. quest. 20. n. 2. Zavio in dict. §. in bonis fidel. Bersan. cap. 2. quest. 37.

(2) Ley quemadmodum 38. §. fin. ff. de Novatib. Adón ley Si ambos §. quoties ff. de Compensacion. y ley Si publice, ff. ad leg. jul. majest. Bersan. cap. 2. dicho quest. 25. n. 1. al 10.

(3) Ley 27. tit. 14. Partid. 5.

(4) Ley Si duo ff. de Dolo Malo Bersan. dicho cap. 2. quest. 27. n. 1. al 3.

(5) Bersan. ibi n. 10. y sig.

(6) Leyes 13. tit. 10. y 23. tit. 14. Partid. §. Felician de Societat. c. 37. n. 13. Medicis de Compensacion. part. 1. quest. 21. n. 12. Brunman la ley. si ambos n. 3. ff. de Compensacion. Bersan. ubi proxime n. 14. y 15.

está concedido, sino quiere; (1) y así le queda salvo su derecho para repetir su credito. (2) Y à fin de que se reintegre de él, se le socorre con dos remedios, el uno es el de la condicion de lo indebidamente satisfecho, (que en el derecho, y por los Legistas se llama *conditio indebiti*) por error de hecho, y no de derecho; (3) pues siendo de derecho, no le protege, porque al modo que el que paga lo que sabe que no debe, no puede repetirlo, excepto que sea menor: (4) del mismo modo el que sabe que puede compensar, si no obstante, paga por error de derecho, no le compete el beneficio, ò remedio expresado. (5) Y el otro es el de la repeticion de su credito, quando no puede usar del primero, como lo dice la ley 30. ff. de *Condit. indebiti*. por estas palabras: *Qui invicem creditor, idemque debitor est, in casibus, in quibus compensatio locum non habet, si solvit, non habet conditionem veluti indebiti soluti; sed sui crediti repetitionem*. Y la misma repeticion se concede al que paga dudando si es deudor, ò no, pues probando que no lo es, le debè restituir su presunto acreedor lo que recibió, porque el que duda, se equipara al ignorante. (6) No me dilato mas en esta materia de compensaciones, por parecerme suficiente lo explicado para tinturar mas que medianamente al Escribano principiante; el Legista que apetezca mas profunda instruccion, vea los autores citados, y especialmente à *Bartholome Bersano*, el qual en las 99 cuestiones de los cinco capitulos que à cerca de ella escribió, la trata latissimamente con otras muchisimas especies, cuya pericia es indispensable à los Juristas, y no à los Escribanos.

Pa-

(1) Ley Invito 69. y ley Invitus 156. ff. de Reg. Jur.

(2) Donel. Commentar. Juris lib. 16. cap. 15. col. ult. n. 20. Medicis part. 2. de Compensat. quest. 21. n. 51. Gracian. discept. cap. 356. n. 42. Bersan. de Compensat. cap. 5. quest. 1.

(3) Coppel de Compensat. c. 10. n. 6. Gaballini de Totius univers. negotiorum tom. 2. lib. 5. c. 2. art. 8. n. 5.

(4) Ley Indebitum Cod. de Condit. indebiti y ley 30. tit. 14. Partid. 5.

(5) Brunman in leg. Si ambos, n. 3. ff. de Compensacion. Coppel dicho cap. 10. num. 7.

(6) Dicha ley 30. tit. 14. Partid. §. verb. è otrosi; y ley fin. Cod. de Condit. indebiti. Bersan. cap. 5. de Compensacion. quest. 2. per tot.

219 Para enervar, y desvanecer la execucion, se admite tambien por excepcion legitima en la via executiva la *transaccion* hecha ante Juez, ó ante Escribano público, la qual impide sentenciar la causa de remate, acreditandose en bastante forma en los diez dias legales, porque perane, y extingue enteramente la controversia de los litigantes, y la accion que la motiva. (1) Pero es de advertir, que aunque en virtud de ella se puede despachar execucion, según la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. si se hace, ò otorga con una persona, no daña, ni se debe estender á otra; (2) al modo que tampoco el pacto; (3) ni aun á las que tienen derecho connexo; (4) y así la execucion se debe pedir por el mismo acreedor contenido en el de transaccion, y no por otro, aunque intervenga en ella; y contra el principal deudor, y no contra un tercero. (5)

220 La *novacion de contrato* (que se llama así, porque produce nuevos efectos, y nueva accion) es transfusion, y translacion del primer débito, y obligacion en otra nueva obligacion civil, ò natural sin intervencion de nueva persona; de suerte que la primera queda extinguida, se desvanecen la hipoteca, y prenda ligadas á ella, y cesan, ò dexan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha legitimamente, y así se puede oponer como excepcion en la via executiva. (6) Es de dos maneras: *voluntaria*, y *necesaria*: la primera es la que se hace fuera de juicio, la qual siempre es privativa, y extingtiva de la primera obligacion, por lo que impide el progreso de la via executiva, si se acredita en forma en el término legal, y por

(1) Ley fin. ff. de Unscapion. pro uno. Antonio Canario de Execution. Instrum. quest. 12. Parador. dicho §. 11. num. 13.

(2) Ley 3. ff. de Transaccionib. y ley 3. suspensa, §. Quamvis, ff. de Iudicibus. testam.

(3) Paul. in leg. Si unus, §. Ante omnia, ff. de Pact.

(4) Ley 1. Cod. de Transaccionib. y ley 31. ex duobus, ff. de Tutele

(5) Bald. y Jason en la ley 3. ff. de Transaccionib. glos. id. Clemens-

tin. 1. verb. *Contra*, de Re judicat. Jason in leg. Certe conditio, §. Quoniam, ff. de Reb. credit. Socia. in leg. 1. num. 93. ff. Solut. matrimon. Rodrig. de Execution. cap. 1. art. 1. n. 18. y 19.

(6) Ley 1. ff. y ley ultim. Cod. de Novation. y §. Præterea, Institut. Quibus modis tollitur obligatio y ley 15. tit. 14. Partid. 5. Parador. dicho §. 11. n. 22. y part. 1. cap. fin. §. 12. limit. 6. n. 41. y 42.

por ella queda sin vigor el primer contrato, (1) excepto que en el segundo se ponga la clausula: *De que queden salvos, y no sea visto innovarse el dia, è hipoteca de la primera obligacion, ni su prerrogativa*, (2) pues entonces no se enerva, ni debilita. Y la segunda es la que se hace en juicio, la qual se llama *augmentativa*, ò *acumulativa*, porque no extingue la obligacion primera, antes bien la robustece, y fortifica mas. (3)

221 Y para que no ignore el principiante quando hay, y se induce, ò no haber novacion; digo que para que se entienda hecha, es preciso que las partes lo expresen claramente, y no de otra suerte, como se prueba de la ley final Cod. de Novationib. que dice: *Novationum nocentia corrigentes volumina, & veteris juris ambiguitates rescantes, sancimus: si quis vel aliam personam aduerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam, vel immendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, vel detraxerit, vel cautionem minorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes: nihil penitus prioris cautela innovari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere: nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint: quod secundam magis pro anterioribus elegerint.* Y tambien se prueba del §. *Præterea* Institut. *Quibus modis tollitur obligatio*: ibi: *Ideo nostra processit constitutio, qua apertissime definitum tum solum novationem prioris obligationis fieri, quæ hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod præter novationem prioris obligationes convenerunt.* Y así porque uno se oblige des veces á una misma cosa, no es visto recederse del primer contrato, infringirlo, ni mudar su causa, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion á obligacion; (4) pues

(1) Ley 2. Cod. de Novation. ley. Minor 25. annis, cui, ff. de Minorib. y ley 2. Cod. de Execution. rei judicat.

(2) Ley Creditor acceptis pignorum 3. ff. Qui postores in pignore habeantur. Parador. lib. 4. Ret. cap. fin. part. 1. §. 11. limit. 6. n. 54 al 56.

(3) Sr. Salg. part. 3. Labir. cap. 1. §. Unic. n. 24 al 31.

(4) Ley Aliam, 29. ff. de Novation. ley 14. quod, ff. de Constit. pecun. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 1. y part. 3. Labir. cap. 11. numer. 78. y sig.

la pluralidad de actos, ó instrumentos no induce la de contratos, quando las cosas esenciales, y substanciales son las mismas, antes bien se presume continuadas, y no diversas; y si la obligacion segunda es contraria á la primera, aunque ambas subsisten, puede el acreedor usar de la que quiera, de modo que por la eleccion de la una quede libre el deudor de la otra. (1)

222 En consecuencia de lo expuesto en el número inmediato, no se hace novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte expresamente, antes bien se ha de interpretar de suerte que se excluya; y principalmente si la obligacion segunda contiene menor suma, ó es mas nociva al acreedor, y los actos son compatibles entre sí, pues no se presume que éste quiso novar en su perjuicio, y así siempre se excluye la novacion. (2) Ni quando la obligacion segunda se constituye por cautela, y mayor seguridad. (3) Ni en la accion privilegiada de dote, (4) porque ésta tiene entre otros acreedores tal privilegio, que acerca de ella no se puede hacer novacion, ni delegacion en su detrimento, ni en el del marido, y muger, á quien compete. (5) Ni por la mutacion de la finca hipotecada, ó acusada, pues existe la obligacion primera, y no quedan libres los fiadores que haya. (6) Ni por la estipulacion inutil, porque de ella ni nace, ni se origina nueva obligacion; y así no es visto haberse recedido de la primera. (7) Ni por el segundo contrato irritado, ó rescindido, pues aunque por él conste expresamente la novacion, no extingue la obligacion primera, porque lo que por derecho no surte efecto, no causa im-

(1) Ley Triticum, ley Seire de-bemus, ley Quibus, y ley Qui num-fructum, ff. de Verbor. obligatio-ny ley Fucum Corochianum, 28 ff. de Novation. Decian. consil. 11. Paria-dor, parera y limit. 6. cit. n. 44. n. 47.

(2) Sabelli in §. Novatio, n. 3. Altograd. consil. 4. num. 32. y sig. lib. 1.

(3) Altograd. consil. 95. n. 102. lib. cit.

(4) Gratian. Disceptat. cap. 609. n. 23. y 21.

(5) Mart. Medic. decis. 66. n. 56. y sig. cum addit. nom. 13. ff. in §. Dos, n. 9. ff. in §. Pultum, n. 19. Sabelli, lib. n. 4.

(6) Gratian. cap. 113. n. 51.

(7) Rot. part. 14. decis. 114. Gra-cian. cap. 962. n. 11. Altograd. consil. 17. n. 28. lib. 1.

pedimento. (1) Ni por la modificacion del contrato, pues ésta lexos de acreditar su extincion, presupone su existencia. Ni por la prorrogacion del término pactado para la paga, no estipulando obligacion nueva. Ni aunque el fiador, siendo preguntado, preste su consentimiento, si falta el del acreedor. (2) Ni por la dacion *in solutum* de algun vale, crédito, libranza, ú otra cosa, para que el acreedor se reintegre del suyo, si interviene la clausula, ó protesta de que no se ha de innovar en los derechos de la primera obligacion, hipoteca, y fiadores, ú otra seme-jante, pues en este caso es visto darse *causa solutionis*, para que se haga pago, y si no tiene efecto, poder repetir contra el dador, por no haberse contentado, ni tomado en sí, ni á su riesgo el acreedor la deuda, ó cosa cedida, y haber diferencia en recibirla *in solutum* por su cuenta, ó solamente *causa solutionis* por la de el que la dá, ó cede; y lo mismo procede quando el acreedor la acepta con la condicion de que sea efectiva, y exequible, pues en estos casos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda, y obligacion primera para repetir contra su deudor por ella. Ni tampoco en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto, ni dañar al primero. (3)

223 Sin embargo de lo que en los dos numeros anteriores queda sentado, se induce la novacion en los casos siguientes: El primero, por la intervencion de nueva persona, v. g. quando se delega el credito; y el acreedor acepta la delegacion, pues á ella se sigue la liberacion del deudor delegante; (4) lo qual se entiende en los términos que explicaré en el num. 199. El segundo, por la adicion, ó imposicion de nueva pena, ó supresion, ó remision de la puesta en el primer contrato. (5) El tercero, quando el

(1) Ley 1. §. 1. y ley Novatione, ff. de Novation. Giurb. decis. 63. num. 4. Sr. Castill. tom. 4. controvers. cap. 59. n. 48. Cascer. part. 3. Var. cap. 3. n. 309. Sr. Salg. part. 4. Labir. cap. 14.

(2) Santelle. decis. 253. Sabelli lib. n. 14.

Tom. III.

(3) Casar. de Comercio. d. se. 21. n. 6. y sig. Reynad. Bbitor. verb. *Novatio*, (4) *Aliter* decis. 353. Altograd. consil. 6. num. 66. Gratian. cap. 64. y 190. Merloch. lib. 3. p. 134.

(5) Gratian. dicho cap. 509. numer. 36. Alderim. de Symbol. con-tract. tit. 1. cap. 6.

hecho, ó pacto segundo es diverso del primero, ó en la obligación segunda se preñere mayor término para la paga. (1) El quarto, quando se calcularon, y reduxeron á un cómputo todas las partidas del libro, y el deudor hizo á favor del acreedor un resguardo, reduciendolas á suma, ó partida menor. (2) El quinto, quando el primer acto, ó contrato era imperfecto, y el segundo es perfecto. (3) El sexto, quando se altera la naturaleza del negocio en las cosas que son substanciales, v. gr. si se añade, ó disminuye el precio: ó si el pacto segundo es diverso del primero respecto de la cantidad, y modo de satisfacerla. (4) El septimo, quando el acreedor recibió parte de su credito del que aceptó la letra, ó libranza, y acerca del residuo le fió, ó concedió plazo, ó trató con él sobre el modo, y tiempo de pagarselo. (5) El octavo, quando la cosa locada fue subarrendada, ó enagenada á otro, pues el fiador del primer conductor no queda obligado mas. (6) El noveno, quando en quanto á la solución de la pensión se variaron los pactos primeros, v. g. si estos fueron de pagar en grano, y los segundos en dinero, ó al contrario: en cuyo caso queda libre tambien el fiador. (7) El decimo, quando concluida la locacion, continúa tacitamente en ella el conductor; pues en quanto á esta reconducción quedan libres los fiadores dados para la locacion, excepto que presten nuevo consentimiento. (8) El undecimo, quando el contrato acabado, ó concluido se renovó tácita, ó expresamente, pues en este caso debe proceder en virtud de éste, y no del primero el acreedor; excepto que en él se diga: *Que quedan salvas las prerrogativas del primero, y del*

(1) Bart. in leg. Pacta, Cod. de Pact. Indovici. decis. 30. Gratian. cap. 509. n. 31. y cap. 509. num. 3. y 17. Maur. de Fidejussor. part. 2. §. 4. n. 26.

(2) Gratian. dicho cap. 509.

(3) Gratian. ibi. n. 25. y 31.

(4) Gratian. ibi. n. 3.

(5) Gait. de Credit. tit. 7. cap. 2. n. 2416. Casa Reg. discurs. 44. n. 9.

Perelr. decis. 126. num. 7. Sr. Oña tit. 7. quest. 3. n. 22. al fin, y sig.

(6) Ley Novatione, Cod. de Fidejussorib. Maur. §. cit. n. 9.

(7) Maur. ibi. sup. n. 10.

(8) Carroc. de Locat. quest. 22. ad §. Qui impleto, n. 4. Maur. de Fidejussorib. part. 2. sect. 5. cap. 7. n. 9. y §. 33. n. 16. Gratian. cap. 68. n. 36.

del día, è hipotecas, y que no se entiendan renovadas. Porque entones, aunque el contrato se novó, quedan ileas, y salvas las hipotecas, y demás, como sino se hubiera novado. (1) Y el duodecimo, quando los contratos son incompatibles, pugnantes, perplexos, y contrarios, y no de otra suerte; pues se presume novacion, (2) excepto que esté puesta la clausula: *Sin perjuicio de los primeros derechos*: ó que el segundo contrato sea nulo; ó quando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce. (3)

224. Se induce la executiva por el compromiso, y sentencia de árbitro con las clausulas de hecho, y de derecho correspondientes, de tal suerte que si se sigue la sentencia sobre el negocio principal, se liberte el fiador, á menos que el acreedor reserve su derecho contra él. (1) Tambien se induce cumulativa, y no extingüivamente la novacion por la litis contestacion, y sentencia; (2) y la necesaria para la transacion, y concordia principiada entre el principal deudor, y acreedor, de tal suerte que se liberte el fiador. (3) Sobre todo lo qual, y otras muchas especies concernientes á la novacion, vea-se á *Tusch. lictor. N. conclus. 119. à Marco Antonio Sabelli. t. 3. §. Novatio*, y á los que citan, pues para dar una tintura al Escribano, basta lo expuesto: y si quiere saber qué cosas se requieren para que un acreedor se subroga en el lugar de otro anterior vea á *Carleval. tit. 3. disp. fin. en donde para la mayor claridad, è inteligencia distingue ocho ca-*

(1) Ley Cum Hermes, Cod. de

Locato. ley Item queritur, §. Qui impleto, ff. Locati. ley 3. Cum quinquennio, ff. de Jure fisci. ley Si constante, Cod. de Donat. ante nuptias. ley Novatione, Cod. de Novationib. y ley 3. ff. Qui postores in pignore habeantur. Parildor. dicho §. 12. Hmitat. 7. n. 24. al 56.

(2) Menoch. lib. 3. presumpt. 134. cit. num. 39. Maur. dicha part. 2. sect. 50. §. 4. n. 22. Gratian. cap. 490. n. 17. cap. 509. n. 16. y cap. 553. n. 34. Altograd. consil. 17. n. 30. y

sig. lib. 1.

(3) Thus. lictor. N. conclus. 119. Menoch. loco cit. n. 45. Sabelli dicho §. Novatio. n. 11.

(4) Sabelli, ibi, num. 8. Maur. part. 2. y §. 4. cit. n. 4. al 14. Gratian. cap. 557. num. 20. y cap. 672. n. 11. Menoch. ibi, n. 44.

(5) Niguscane de Pignor. part. 6. membr. 3. n. 4. Gratian. cap. 491. n. 7. y cap. 509. n. 19.

(6) Urcool. de Transact. quest. 73. n. 17. cap. 509. n. 16. y cap. 553. n. 34. Altograd. consil. 17. n. 30. y

Menoch. ibi, n. 42.

ses, cuya explicacion omito por difusa, y no correspondiente á este capítulo.

215 *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor, ó á quien éste quiera, otro deudor, de el qual exija su crédito. O novacion hecha por estipulacion con intervencion precisa de nueva persona.* (1) No se hace novacion por ella, á menos que concurren cinco requisitos: El primero, que consista el acreedor, (2) porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otro dos veces; (3) ni el acreedor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan, sea mas idóneo. (4) El segundo, que consienta el deudor delegado. (5) El tercero, que no solo consienta éste, sino que se obligue expresamente á favor del acreedor. (6) El quarto, que constituya la obligacion, y promesa por mandato del delegante. (7) Y el quinto, que el obligado delegado sea deudor del delegante, (bien que lo mismo es si de su espontanea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *Munero*, y en latín se llama *Expromisor*) y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de éste. (8)

226 De lo expuesto en el número inmediato se prueba lo primero, que por la delegacion no se hace novacion, á menos que se exprese: ó que haya litis contextacion entre el cesionario y el deudor: ó por haberle empezado á pagar éste la deuda: notificandole la cesion, y aceptandola; (9) en

(1) Ley Delegatio 11. ff. de Novation. y ley 1. Cod. eod. tit. y ley 15. tit. 14. Partid. 5. verb. *Et non dicitur*: Mans. in Appendic. ad §. *Præterea*, n. 14. Mantio. de Tacit. lib. 17. tit. 7.

(2) Ley Rom. á quo 10. Cod. de Solution.

(3) Ley Delegatio 1. Cod. de Novationib.

(4) Ley Si mandaverit 22. §. Item, ff. Mandati.

(5) Dicha ley Delegatio 1. y ley Nec, 6. Cod. de Novation.

(6) Ley Delegatio cit.

(7) Mans. ibi, n. 17. y 12.

(8) Leyes a. y 15. tit. 14. Partid. 5. Ley Si quis accepto 4. & ibi Alex. ff. de Comitiis. caus. dat. Ley Aliquando 12. & ibi Francisc. de Arelio, ff. ad Velleyan. ley Et eleganter 7. §. Seruus, ff. de Dolo. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. n. 48. y 49. limitat. 6. Mantio. ibi, Mans. ibi, n. 13.

(9) Ley Delegatio 3. Cod. de Novation. Cur. Philip. lib. 2. Commer. terr. cap. 6. num. 5. Parador. different. 50. §. 2. n. 6. Sr. Olesa, tit. 8. quest. 2. per tot.

en cuyos quatro casos queda libre el delegante, ó cedente, y no puede pedir execucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al Cesionario, ó Procurador en su misma causa la facultad de exigir el débito, como con legal apoyo senté en el num. 63. de este capítulo, y en el 11. de mi primera parte num. 26; y asi en estos casos se debe limitar la ley 15. tit. 14. Partid. 5. posterior á la 3. Cod. de Novationib. porque la ley nueva que habla generalmente, no corrige los especiales de la antigua. (2) Advirtiendole que si el cesionario es negligente en exigir el débito, es de su cuenta el riesgo, y peligro que haya en su cobranza, y no tiene regreso contra el deudor que se lo cedió, pues quedó libre de su pagamento (3) por la cesion. Por lo que si el deudor dá á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar liberado de la deuda, y el delegado lo acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via executiva; y aunque el deudor delegado se constituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante, ó primer obligado; pero si nada se pacta, ambos serán responsables: bien que pagando el uno, quedan libres los dos para con él, porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar, y pagar. Lo segundo, que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar, con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; pero no cumpliendose la condicion, ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede estar en juicio, v. g. por haberse hecho siervo, ó Religioso, ó buelto loco, ó mentecato, ó sido deportado; no se desata la obligacion primera, y por lo mismo, aunque se verifique la condicion, no hay novacion, ni el delegado queda obligado. (3) Y lo tercero, que si en la segunda obligacion

(1) Glos. in leg. 3. Cod. de Silent. lib. 10. Bart. in leg. Sed & posteriores, ff. de Legib. Jaxon in leg. Sciendum, n. 4. ff. Qui satisfacere cogant.

(2) Ley 15. tit. 14. Partid. 5. ley 2. Cod. de Nautico tenor. Farja-

Tom. III.

tor. ibi, n. 7. y 8.

(3) Ley 15. tit. 14. Partid. 5. glos. in leg. 1. Cod. de Novation. verb. *Evantuit*: Roman. in leg. Singularia, ff. de Reb. credit. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 16. n. 5. Parador. ibi, n. 50.

intervinieren fiadores, no se libertan los de la primera, excepto que se exprese; por cuya razon no se extingue la prerrogativa de la primera, antes bien se debe observar; ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorogue el término de la primera. (1)

227 Si estando mas obligado baxo de condicion à pagar à otro cierta suma, ò à hacerle alguna cosa, renovare puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion, no existiendo la condicion, à menos que el segundo diga expresamente que ya se cumpla, ò no ésta, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede; pues en este caso lo quedará, y el primero libre de la obligacion. (2)

228 No puede novar contrato de otro el siervo, por que carece de potestad para obligarse, à menos que tenga pegujar que su señor le haya dado, pues entonces hasta en su valor se le permite. Tampoco puede hacer novacion la muger, porque es especie de fianza, la qual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los diez casos expresados en el cap. 4. de mi primera parte adicionada; §. 5. num. 125. y así la podrá revocar, y revocandola, queda firme el primer contrato; (3) y aunque el acreedor exima à la muger de la obligacion agena que constituyó, y recibió en si con ánimo de novar la primera, y libertar al deudor principal, y verdadero, no quedará libre éste. (4) Ni el menor de catorce años sin otorgamiento de su Curador, y si lo hiciere, à nada quedará obligado, ni el primer deudor, y así perderá su debito el acreedor. (5)

229 Se admite tambien en la via executiva la excepcion de nulidad del contrato, sentencia, ò instrumento, en cuya virtud se pidió la execucion, porque el que es nulo, no

(1) Parlador. dicha limit. 6. y §. 12. n. 51. hasta el fin, y otros que cita.

(2) Ley 16. tit. 14. Partid. 5.

(3) Ley 17. tit. 14. Partid. 5. ley 1. ley Senatusconsultum: ley Si paternam; y ley Si mulier alienam,

Cod. ad Senatusconsult. Valleyan.

(4) Ley Quamvis 8. §. Si mulier, vers. Marcellus, ff. ad Senatusconsult. Valleyan. St. Greg. Lop. en la 17. tit. 14. Partid. 5. glos. 3. al fin.

(5) Ley 18. tit. 14. Partid. 5. y ley 1. ff. de Novation.

no debe executarse, y proceda la nulidad de falta de potestad del que lo otorgó, ò de la solemnidad prevenida por la ley, ò de otra causa, pues de la nada, nada se puede hacer, ni producir efecto alguno; y anulando el contrato principal, queda nula la clausula guarentigia, y todo su contexto, y la sentencia nula nunca pasa à cosa juzgada, aunque la apelacion de ella se declare por desierta. (1) Por cuyas razones el instrumento publico aunque por su naturaleza sea executivo, si la copia original en virtud de que se pide la execucion, no está sacada en el papel sellado correspondiente à la calidad y cantidad del contrato, no la trae aparejada ni por consiguiente se debe despachar en su virtud, porque es nula la copia segun la ley 45. tit. 25. lib. 4. Recop. como dexo sentado en el número 37. de este capitulo; y así está excepcion es legitima contra la execucion, è impide su curso si se despachó.

230 Se entiende lo expuesto, aunque la nulidad se oponga por incidencia; (2) y así constando notoriamente en el mismo instrumento, ò en el proceso executivo, basta alegarla como de derecho, y el Juez puede repeler de oficio al actor; (3) y aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque requiere examen, y conocimiento mas prolijo, se ha de llevar à debido efecto la execucion. (4) En quanto à si se podrá, ò no poner nulidad contra las sentencias de los Tribunales superiores, vease lo explicado en el cap. 1. de este libro, num. 504.

231 Otra excepcion de las que se puede oponer, y deben admitir en la via executiva, es la simulacion de contrato, y justificandose en los diez dias legales, enervará la

(1) Ley fin. ff. de Constitut. p. con. ley 2. §. Condenandum, ff. de Re. judicat. ley Statutus, ff. de Sentent. ex brevicul. recitand. y ley Si expressim, ff. ibi Bart. ff. de Appellation. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 6. §. 11. n. 11.

(2) Acert. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 92. Villalob. in

Arario commun. opinio. litter. E. n. 253. Rodrig. de Execucion. cap. 6. num. 16.

(3) Paz tom. 1. part. 4. cap. 3. de Excepcion. n. 2. 3. y 4.

(4) Carlew. tit. 3. disp. 16. n. 1. 3. 5. y 23. Rodrig. dicho cap. 6. num. 16. Parlador. lib. 2. cap. ultim. part. 1. §. 1. n. 12. vers. Et demum.

execucion, è impedirá sentenciar la causa de remate, por que el simulado, y hecho en fraude de la ley, es nulo, y aunque tenga figura de instrumento, le falta la esencia; (1) pero el que la o pone, debe especificarla con claridad, y probarla en el término expresado, y de otro modo no obtendrá en él juicio. (2)

232 Y para instruccion del principiante debo sentar que los Autores (3) hallan tres especies de simulacion, ó por decirlo mejor, que la simulacion (que se equipára á la falsedad, la qual es mutacion de la verdad, (4) con cierta ciencia, y dolo) se comete de tres modos: el primero, quando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar, y aparecer otro; v. g. Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, y le ofrece hipotecar á su seguridad tal alhaja raiz fructifera, y Juan le responde que se la prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dexar percibir los frutos de ésta; y para que no suene usura, ni en juicio se le obligue á compensar éstos con la suma principal, como debe, (5) ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma alhaja; en cuyo caso hay simulacion de contrato, que es el de venta, el qual como simulado no vale, porque en la realidad es préstamo pignoraticio, y el que es válido; (6) pues en los contratos mas se debe mirar á la verdad del hecho, que á lo que aparece escrito. (7)

233 Pero es de advertir, que el que alega, y exceptio- na esta simulacion, debe probar no solo que su animo fue celebrar el contrato pignoraticio, y no otro, y que así se pactó entre los dos, sino que por los motivos expues-

tos,

(1) Ley Simulate, ff. de Ritu amplius, y ley Nuda, ff. de Contrahend. emptio. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 6. §. ix. n. 14. al 16.

(2) Ley 1. ff. de Edendo. ley Item Pomponius, ff. de Reivindicacion. Rodig. dicho cap. 6. n. 24.

(3) Bald. in leg. Cum precibus, Cod. de Probatione. Bart. in const. Incipienti: Petrus Nicolai; Marant. part. 6. de Exceptio. membr. 9. Juridic. n. 29.

(4) Ley 1. tit. 26. Partida 3. ley 2. tit. 7. Partida. 7. ley Quid sit falsum, ff. de Fals. y Authent. de Instrumentor. cautel. & fide. colat. 6. Rodrig. n. 24. dicho.

(5) Leyes 1. y 2. Cod. de Pignoratit. dicho on.

(6) Ley Emptione 2. y todo el tit. Cod. Plus valere quod agitur, y cap. Ilio vos, de Pignoriis.

(7) Leyes In contractibus 1. y Si quis, 4. Cod. Plus valere quod agitur.

tos, y por redimir la urgencia que tenia, se sujetó á que en lo exterior sonase, y se fingiese el de venta; y tambien que éste se formalizó al instante, sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente recedido del primer convenio. (1)

234 El segundo modo es, quando se celebra realmente el mismo contrato que suena; pero por algun adictamento que lleva, se congetura que es simulado: v. g. Pedro pide á Juan cierta cantidad prestada, y éste le responde que si la quiere, le venda por ella con pacto retrovendendo tal finca productiva, la que no ha de retraer hasta tal tiempo. En este caso, aunque el pacto es permitido, si se advierte que es corto el precio de la venta, atentado el valor de la alhaja, y se prueba que el vendedor necesitaba el dinero, y que el comprador no quiso darselo prestado sino con el pacto, se presume contrato simulado, sin embargo de que en la realidad no lo fue, y que el comprador quiso lucrarse de los frutos de la finca, durante el tiempo que la tuvo en su poder, por lo que mas fue contrato pignoraticio que venta. (2)

235 Y el modo tercero con que se comete la simulacion, es quando se finge un contrato, que real, y verdaderamente no hay, porque el animo de los contrayentes es no celebrarlo, y si unicamente por sus fines particulares, que suene celebrado; en cuyo caso no vale, y se estima por no hecho, como lo dice la ley 55. ff. de Contrahend. emptioe, ibi: Nuda, & imaginaria venditio pro non facta est: & ideo nec alienatio ejus rei intelligitur.

236 En estos tres casos, aunque el damnificado manifiesta su torpeza, y delito en haber intervenido en la simulacion, puede no obstante alegarla, no para fundar su intencion, sino para coadyubarla contra el partícipe, porque trata de evitar su daño, y éste de lucrarse en su detrimento. Y lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del Fisco, ó de otro tercero;

80-

(1) Arg. leg. Cum in plures, §. Locator horrei, ff. Locati, ff. In Bar. & in leg. Pacta non sunt, Cod. de Pact. Bald. Saucer. Angel. y Eutr.

(2) Doctores in cap. Ad nostram, de Emptione, & venditione, & in leg. Pacta non sunt, Cod. de Pact. Emptione, cit.

sobre lo qual vease el tit. *Cod. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*. Su glosa, y la de dicha ley *Nulla*. Pero si el executado confiesa que tuvo animo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion. (1)

237 La excepcion de que el instrumento, en cuya virtud se pidió executivamente, *no contiene la causa de deber*, es obstativa tambien de la execucion; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto, ó promesa, se requiere expresion de qué causa proviene la obligacion: lo qual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley final, tit. 13. Partid. 3. ibi: *Otrost decimos, que si algunos conocieren fuera de juicio, que debon dar diez maravedis, ó otra cosa á otro, é non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen; tal conocimiento como este non empece á los que lo facen, ni son tenudos de pagar aquella deuda, sino quisieren: fueras ende si aquel á quien ficieren la conocencia, probare guisada razon por que se lo debian dar:* y ha lugar la excepcion, aunque el obligado jure el contrato. (2) Y si la obligacion proviene de mercaderias, deben especificarse por menor, y su precio, de modo que se entienda que es lo que se vende, y la cantidad que por ello se dá. (3)

238 Y aunque la ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. posterior á la de Partida inserta, manda en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, que le obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no inter venga *estipulacion* (que es promesa, y aceptación verbal) no es visto haber quitado por esto el fomento, ó substancia de la obligacion, sino la formula, ó solemnidad de palabras que prescriba el derecho Comun, sin las quales no nacia accion: por cuya razon, y por otras que traen Gomez, y Rodriguez en el lugar citado careciendo la obligacion de la causa justa de deber, y no probandola el exe-

(1) Marant. part. 6. de Excep. tion. y membr. 9. Judici. dicho numer. 29. al 34.

(2) Gom. lib. 2. var. cap. 11.

n. g. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 4. n. fin.

(3) Ley 4. tit. 11. lib. 5. Recop.

cutante, parece no nacerá accion para pedir, y obstará el progreso de la execucion la excepcion *doli mali*; pero acerca de ello veanse los Autores que los des refieren, pues están varios en sus dictámenes, y *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. ampliat. 5.* dice que no es necesaria la causa; bien que los mas siguen la que llevo sentada. Lo mismo digo quando es falsa, y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

239 Es la *prescripcion* (generalmente entendida) una excepcion, ó oposicion que alguno hace en juicio, para excluir la accion, ó intencion de otro. (1) Y mas propiamente es una excepcion perentoria, por la qual el poseedor de buena fé puede repeler despues del tiempo prevenido por derecho, al que pretende el dominio de la alhaja, que dice ser suya, y de que está mucho tiempo desposeido. (2) Y fue introducida lo primero por el bien público, á fin de que el dominio de las cosas no estuviesen mucho tiempo, ó casi siempre incierto. (3) Lo segundo, para evitar los innumerables, y perpetuos litigios que de lo contrario se podian originar. (4) Lo tercero, para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que con buena fé disfrutaban. (5) Y lo quarto, para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes: (6) por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ellos, (7) por que el derecho protege á los que velan, y no á los que duermen. (8) Pero es de advertir, que donde está prohibida la enagenacion, lo está tambien la prescripcion, ó tolerancia, que es enagenacion tácita, y se comprende en el nombre general de enagenacion. (9)

En

(1) Ley Sed etsi, §. ultim. ff. de Judici. y los tit. ff. y Cod. de Excep. tion. & prescription.

(2) Todo el tit. 26. de Prescrip. tion. lib. 2. Decretal. el tit. 6. Insti. tit. de Usucapion. & longi tempor. prescription. y el tit. ff. 1. de Usurpation. & usucapion.

(3) Ley Hono publico x. ff. de Usurpation. Ferrar. Biblioth. verb. Prescrip. n. 7. y 8.

(4) Ley Usucapio §. ff. Pro suo.

(5) Ley Cum notissimi, Cod. de Prescrip. 30. vel. 40. annor.

(6) Ley Ut perfectus n. ff. de Annali exception. cap. Vigilanti, de Prescrip. tion.

(7) Ley Quod quis, ff. de Regul. jur.

(8) Ley Non enim, ff. Ex quibus causis majores, y ley Pupillus, ff. de His, que in fraudem creditor.

(9) Ley Alienationis n. ff. de Verbor. significacion.

sobre lo qual vease el tit. *Cod. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*. Su glosa, y la de dicha ley *Nulla*. Pero si el executado confiesa que tuvo animo de quedar obligado, y ambos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion. (1)

237 La excepcion de que el instrumento, en cuya virtud se pidió executivamente, *no contiene la causa de deber*, es obstativa tambien de la execucion; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto, ó promesa, se requiere expresion de qué causa proviene la obligacion: lo qual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley final, tit. 13. Partid. 3. ibi: *Otrost decimos, que si algunos conocieren fuera de juicio, que debon dar diez maravedis, ó otra cosa á otro, é non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen; tal conocimiento como este non empece á los que lo facen, ni son tenudos de pagar aquella deuda, sino quisieren: fueras ende si aquel á quien ficieren la conocencia, probare guisada razon por que se lo debian dar: y ha lugar la excepcion, aunque el obligado jure el contrato.* (2) Y si la obligacion proviene de mercaderias, deben especificarse por menor, y su precio, de modo que se entienda que es lo que se vende, y la cantidad que por ello se dá. (3)

238 Y aunque la ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. posterior á la de Partida inserta, manda en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, que le obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no inter venga *estipulacion* (que es promesa, y aceptación verbal) no es visto haber quitado por esto el fomento, ó substancia de la obligacion, sino la formula, ó solemnidad de palabras que prescriba el derecho Comun, sin las quales no nacia accion: por cuya razon, y por otras que traen Gomez, y Rodriguez en el lugar citado careciendo la obligacion de la causa justa de deber, y no probandola el exe-

(1) Marant. part. 6. de Excep. tion. y membr. 9. Judicii, dicho numer. 29. al 34.

(2) Gom. lib. 2. var. cap. 11.

n. g. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 4. n. fin.

(3) Ley 4. tit. 11. lib. 5. Recop.

cutante, parece no nacerá accion para pedir, y obstará el progreso de la execucion la excepcion *doli mali*; pero acerca de ello veanse los Autores que los des refieren, pues están varios en sus dictámenes, y *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. ampliat. 5.* dice que no es necesaria la causa; bien que los mas siguen la que llevo sentada. Lo mismo digo quando es falsa, y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

239 Es la *prescripcion* (generalmente entendida) una excepcion, ó oposicion que alguno hace en juicio, para excluir la accion, ó intencion de otro. (1) Y mas propiamente es una excepcion perentoria, por la qual el poseedor de buena fé puede repeler despues del tiempo prevenido por derecho, al que pretende el dominio de la alhaja, que dice ser suya, y de que está mucho tiempo desposeido. (2) Y fue introducida lo primero por el bien público, á fin de que el dominio de las cosas no estuviesen mucho tiempo, ó casi siempre incierto. (3) Lo segundo, para evitar los innumerables, y perpetuos litigios que de lo contrario se podian originar. (4) Lo tercero, para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que con buena fé disfrutaban. (5) Y lo quarto, para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes: (6) por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ellos, (7) por que el derecho protege á los que velan, y no á los que duermen. (8) Pero es de advertir, que donde está prohibida la enagenacion, lo está tambien la prescripcion, ó tolerancia, que es enagenacion tácita, y se comprende en el nombre general de enagenacion. (9)

En

(1) Ley Sed etsi, §. ultim. ff. de Judic. y los tit. ff. y Cod. de Excep. tion. & prescription.

(2) Todo el tit. 26. de Prescrip. tion. lib. 2. Decretal. el tit. 6. Insti. tit. de Usucapion. & longi tempor. prescription. y el tit. ff. 1. de Usurpation. & usucapion.

(3) Ley Hono publico x. ff. de Usurpation. Ferrar. Biblioth. verb. Prescrip. n. 7. y 8.

(4) Ley Usucapio §. ff. Pro suo.

(5) Ley Cum notissimi, Cod. de Prescrip. 30. vel. 40. annor.

(6) Ley Ut perfectus n. ff. de Annali exception. cap. Vigilanti, de Prescrip. tion.

(7) Ley Quod quis, ff. de Regul. jur.

(8) Ley Non enim, ff. Ex quibus causis majores, y ley Pupillus, ff. de His, que in fraudem creditor.

(9) Ley Alienationis n. ff. de Verbor. significacion.

240 En quanto à si la excepcion de *prescripcion* impide de la execucion, y cuándo, (hablo de la *civil odiosa temporal*, que es la que estableció el derecho contra el acreedor por pena de su omision, y descuido en pedir al deudor su débito, y se reduce à una excepcion que concede al demandado, por haber espirado el tiempo que prefirió al demandante para pedirle, (1) y no de la ordinaria, favorable, y mixta, ni de la natural, de que trata *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 4. num. 22.*) para su clara inteligencia debo sentar con la ley 63. de Toro, que es la 6. tit. 15. lib. 4. Recop. y la inserté, y expliqué en el cap. 4. de mi parte, §. 4. n. 72. y sig. que el derecho, ó accion de executar por obligacion personal prescribe por diez años.

241 Lo qual se entiende, no pactando lo contrario los contrayentes en el instrumento, pues si lo pactan, parece no correrá la prescripcion, pendiente la dilacion convencional: (2) que podrán renunciar esta ley los deudores, por estar establecida en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie, por lo que en este caso no habrá prescripcion, antes bien en qualquier tiempo se les podrá executar: y que lo mismo procederá, si la escritura de obligacion contiene la clausula de que antes de cumplirse cada diez años, ha de ser visto renovarse el contrato, como si entonces se formalizara, y que jamás ha de haber prescripcion del derecho de executar, sino antes bien poder el acreedor usar de él en qualquier tiempo, à cuyo fin renuncia el deudor la ley 63. de Toro, y demás que tratan de las prescripciones, para no aprovecharse de su auxilio. (3) Pero en la práctica jamás lo he visto, antes sí lo contrario en los censos, en que se suele poner esta clausula.

242 Milita, y procede lo explicado en el num. 212. ya tenga buena, ó mala fé el deudor, porque aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de parte de éste: (4) en la del derecho executivo no es precisa, ni obs-

(1) Parador. different. 38. y 110.

(2) Bald. in leg. Sicut, Cod. de Prescription. 30. annis.

(3) Parador. lib. 1. cap. 1. §. 173. num. 3. al 6. Sr. Covar. lib. 1. Var.

cap. 9. num. 4. Gutierr. lib. 3. Pract. quest. 35. y 36. Sr. Larrea. decis. 49.

(4) Bald. de Prescription part. 3. princ. quest. 6.

obstante que esté dada sentencia que le constituya en la mala; lo primero, porque no se quita al acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete principalmente (que es de cobrar su crédito) sino el rigor de la via executiva, y se le castiga la negligencia, y omision que tuvo en dexar pasar los diez años sin usar de su derecho, y asi le queda la via ordinaria, para que en ella pida, y consiga la solucion de lo que se le debe. (1) Y lo segundo, porque asi como por la aceptacion de la escritura quiso usar de la accion executiva que le franquea la ley, y la tomó en sí, del mismo modo debe tomar, y aceptar contra sí la excepcion que de la ley, ó estatuto dimana, y usar de éste en un todo con su causa, y vicios; y pues quien está à lo propio, debe estar à lo adverso: (2) y asi corre la prescripcion no solo contra legos, sino contra Iglesias, y personas eclesiásticas. (3)

243 No corre la prescripcion contra los hijos de familia, mientras están baxo del paternal dominio, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle à que se la dé. Ni contra la muger casada, para recuperar su dote, y arras; excepto que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho; pero si por sus bienes parafrenales, pues para pedirlos puede hacer que el Juez apremie à su marido à que le dé la licencia, (4) Ni contra los menores de 25. años mientras los son, à menos que sean sucesores de alguno mayor, contra el qual haya empezado à correr; bien que pueden ser restituidos, pidiendo restitucion de la menoria dentro de los quatro años siguientes al dia en que es-

pi-

(1) Gum. en la ley 63. de Toro, n. 1. Sr. Covar. in Relection. cap. Possesor. de Regni. Jur. in 6. part. 2. §. 11. n. 4. vers. Sexto, *leges executionis*: Rodrig. dicho cap. 6. n. 61. de Execution. Acev. en la ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. n. 15. Gutierr. in leg. Nemo potest. n. 204. y 205. Rodrig. Suar. in leg. Post. rem. judicat. limitat. 6. n. 2.

(2) Ley Pomponius. 13. §. Cum

quis utitur, ff. de Adquirend. possess. y ley Cajus 23. ff. de Manumission.

(3) Cap. 2. 3. 4. y 6. de Prescription Barbus. de Jur. Eccles. lib. 3. cap. 28. n. 16. Sr. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 29. Partid. 3. glos. 1. Parador. lib. 1. cap. 1. §. 12. n. 4.

(4) Ley 8. glos. 5. tit. 29. Partid. 3. Sr. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. num. 8. Paz. tom. 1. part. 1. temp. 2. num. 32.

piro; y lo propio milita para con el Rey, Iglesias, Concejos, y Comunidades, pretendiendola dentro de los quatro siguientes à su cumplimiento; (1) y para con el ocupado en servicio del Rey, ò Concejo, ò en Escuelas, cautiverio, ò en otra cosa semejante, pues ha de ser restituído del tiempo de esta prescripción, pidiendo la restitucion dentro de los quatro despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los quatro siguientes al dia en que supo haber fallecido en ésta. (2)

244 La prescripción referida se entiende, ya sea de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ò de executoria dada por Tribunal superior, ò de instrumento guarentigio, puro, condicional, ò à dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia* desde el día en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: de la *executoria* desde el en que se dió: del *instrumento puro* desde el de su otorgamiento: y de el *condicional*, ò *à dia cierto*, desde el en que se cumplió el plazo, ò verificó la condicion, porque desde estos respectivos tiempos empieza à nacer la accion del acreedor para pedir executivamente, y la obligacion à pagar de el deudor, baxo la pena de ser executado, no lo haciendo.

245 Pero si el instrumento es de censo, ò de satisfacer en su virtud legado, réditos, ò pensiones annuas, entonces prescribe el derecho de pedir executivamente los caídos, pasado el término decenario; y así es preciso que el acreedor recurra à la via ordinaria para su exaccion; mas en quanto à los futuros no, porque al modo que todos los años nace la obligacion de pagarlos, nace igualmente la accion executiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripción de lo que no tuvo sér; lo qual no sucede en los demás instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir executiva, y ordinaria-

(1) Ley 9. tit. 19. Partid. 6. Sr. Covar. in Regul. possessor. part. 3. §. 3. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. nu-

mer. 3. y 7.

(2) Ley 7. tit. 29. Partid. 3. y ley 10. tit. 19. Partid. 6.

riamente segun el tiempo. (1) A mas de que en las obligaciones annuas, ya provengan de contrato, ò ultima voluntad, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyeron, sino desde el de qualquier año, como está decidido expresamente en derecho; (2) y así se estima en los Tribunales sin disputa, no obstante el sentir de algunos Autores, que afirman que en estos contratos si el acreedor dexa pasar los diez años, pierde el derecho de pedir executivamente, no solo las pensiones en ellos decuras, sino las sucesivas; pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictamen.

246 En los chirografos, ò papeles simples se duda si los diez años se han de contar desde su fecha, ò desde su judicial reconocimiento: Esta question tan árdua, como reñida, tocan con sólidos fundamentos varios Autores, y acerca de su resolucion están diametralmente opuestos: *El Gutierr. lib. 3. Pract. quest. 35. y Vela, tom. 1. disert. 26.* defienden que los diez años empiezan à correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no antes, porque hasta entonces no nace la accion de pedir executivamente, y donde no hay accion executiva, mal puede exercerse, ni haber prescripcion, pues el vale, cédula, ò papel simple no traen aparejada execucion, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se reconozca en juicio con la formalidad legal. *El Sr. Larrea, tom. 1. decision. 49. Acoo. en la ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. y otros* afirman que desde el dia en que se hizo el vale, ò papel, se deben contar los diez años, porque desde entonces empieza à nacer, y nace la obligacion civil, y natural del deudor, à cuyo dia se retrotrae el del reconocimiento; y pasados, debe prescribir la via executiva, y el acreedor usar de la ordinaria; y expenden otras razones, y varios tex-

(1) Carlev. de Judiciis, tit. 3. disp. 4. n. 18. y 19. Rodrig. de Annis reddit. lib. 2. quest. 9. n. 69. Avenadasi. de Censib. cap. 103. n. 8. Paz in Prax. tom. 1. part. 4. cap. 3. numer. 15.

(2) Ley Cum notissimi 7. §. Illud autem 4. Cod. de Prescription. 30. Vel 40. ann. Palac. Rub. en la ley 63. de Toro, n. 14. Carlev. dicho n. 10. vers. Ratio est.

textos que omito por importar poco al Escribano, y poder verlas en ellos el letrado, á quien incumbe su pericia para la defensa.

247 Procurando el Sr. Olea conciliar ambos pareceres, es de sentir en el tit. 1. de Cession. jur. quest. 1. num. 89. al 94. que pidiéndose, y haciéndose el reconocimiento dentro de los diez años, empiezan á correr, y contarse estos desde él; y que así há lugar la execucion, porque el acreedor no fue moroso, por haber preparado en tiempo hábil la via executiva, cuya preparacion surte el efecto de que no se le repela del juicio con pretexto de prescripcion por lapso de tiempo: y al modo que quando el que tiene vale de otro, y hace que éste le otorgue de su importe escritura pública dentro de los diez años, renovando la obligacion, ó dando fianza, ó prenda, empiezan á contarse estos desde la fecha de ella, y á correr la prescripcion, segun derecho: (1) del mismo modo el reconocimiento del vale hace que tenga vigor, y autoridad de instrumento público.

248 Y si el deudor hace el reconocimiento despues de pasados los diez años de su confeccion, distinguiendo, afirma por corriente en la práctica, que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no há lugar la via executiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion en él constituida, es con su causa, y como prescripto el débito, el que por haber mediado tanto tiempo, se presume pagado; y esta presuncion le favorece, é impide que contra él se exerza el rigor de la via executiva; por lo que es preciso que el acreedor recurra á la ordinaria.

249 Pero si lo reconoce, y al mismo tiempo confiesa el debito (para lo qual el acreedor cauto lo ha de pedir así) se le debe executar en virtud de la confesion pura, ya sea por su total, si nada pagó, ó por el resto que esté sin satisfacer, (cuya circunstancia no es precisa, pidiéndose el reconocimiento dentro de los diez años, pues basta pedir

(1) Ley 29. tit. 20. Partid. 2. ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop. n. final.
Vela disert. 25. n. 60. Accv. en la

dir que reconozca la firma, sin añadir que exprese si está debiendo su importe, y reconociéndola, se debe de pagar la execucion, aunque niegue la deuda, como he sentido en el num. 23.) y á este dictamen me inclino; y la razon que á ello me mueve es, porque aunque el vale, y la accion para pedir executivamente en virtud de él, estén prescriptos, no lo está el debito, ni la confesion de él, y así en virtud de ésta, como que es del día, se debe expedir el mandamiento executivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en qualquiera tiempo que se haga, trae aparejada execucion, como expuse en el n. 11. lo qual he visto practicar como legal, y justo.

250 No procede lo explicado para con el fiador, que habiendo sido executada, y pagado por el principal, intenta contra éste la via executiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los diez años desde que el principal obligado contrajo la deuda, ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones: lo primero, porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término, ni prescripcion. (1) Y lo segundo, porque se interrumpió la prescripcion de los primeros diez años, por haber pedido la execucion el acreedor; (2) y así desde la cesion que éste le hace de sus acciones, empiezan á correr para con el fiador los diez años, dentro de los que debe usar de su derecho contra el deudor.

251 Asimismo es preciso sentar que hay notable diferencia entre interrumpirse la prescripcion, y perpetuarse la accion. La interrupcion no es otra cosa que un obstáculo, ó impedimento que detiene el curso de la prescripcion incoada, y la hace cesar; y para que despues haya prescripcion, es preciso que de nuevo empiece á correr; (3) y así en la via executiva se interrumpe por siete actos: el primero, por la comparencia del actor en juicio, pidiendo

(1) Ley 1. §. fin. Cod. de Annal. except. Mald. de Prescript. part. 6. num. 14.

(2) Parlador. different. 110. y lib. 1. Rer. cap. 1. §. 13. n. 19.

(3) Felin. in cap. lliud. 8. n. 10.

post Abb. ibi de Prescription. Jason in leg. ex hoc edicto, n. 3. ff. de Ro. per quem factum. Petr. Barbois. in leg. fin. n. 2. Cod. de Prescription. 30. vel 40. annor.

do la execucion dentro de los diez años, y despachandola el Juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ó este no quiera contextar la demanda; y por su citacion, ó quasi citacion que tiene fuerza de contextacion, y no lo uno sin lo otro, segun la mas segura opinion; y aun quando la execucion esté mal despachada, y seguida; pues este defecto del Juez ignorante no debe perjudicar al actor, al qual basta haber ocurrido en tiempo habil à pedir judicialmente, para que se interrumpa la prescripcion, y se le ponga en el estado que tenia el dia en que la pidió. El segundo, por la captura del reo, que es citacion Real. (1) El tercero, por oponerse à la execucion, ó proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en éste su comparecencia, como la citacion. (2) El quarto, por haber satisfecho dentro de los diez años parte del debito, ya conste el pago en su respaldo, ó por otro medio; ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal: (3) bien que en este caso, si el deudor lo niega, y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobró de él à cuenta, ó por intereses, no será bastante para interrumpirla; excepto que el mismo deudor firme igualmente la carta de pago, ó el acreedor à quien incumbe la prueba, como fundamento de su intencion, que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. (4) El quinto por haber dado fianza, ó hipoteca al acreedor para su seguridad. El sexto, por haber renovado espontaneamente, y no coactó la obligacion. Y el septimo, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos, ó avenidores; por cuyos siete actos se interrumpe la prescripcion, y empieza à correr de nuevo desde el dia en que qualquiera de ellos se celebró. (5)

(1) Sr. Covar. in dict. cap. Posesor. de Regul. jur. in 6. part. 2. §. 12. n. 4. vers. *Quarta conclusio.* Castell. en la ley 63. de Toro, verb: *Diez años;* Carlew. dicha disp. 4. n. 22. al 26.

(2) Ley Etiam 29. §. *Si hereditate*, ff. de Minorib. Carlew. ibi, nu-

mer. 30. y 31.

(3) Dicha ley 29. tit. 29. Partid. 3.

(4) Cur. Philip. part. 2. §. 1. num. 15.

(5) Dicha ley 29. & ibi glos. 3. 4. y 5.

252 Se perpetúa hasta quadrenta años la accion executiva por la oposicion, ó proposicion de excepciones del reo; ó por su contumacia que se estima por litis contestacion; (1) pues la perpetuacion hace que tenga mas vida, y pueda exercitarse por tiempo mas largo, que el que en otros terminos duraria, y la ley 63. de Toro no la suprimió por el expresado. (2) El que quiera saber por qué tiempo se ganan, y pierden las cosas muebles, y raíces propias, ó ajenas, corpóreas, ó incorpóreas, vendidas, arrendadas, ó empeñadas, y poseidas con buena, ó mala fé entre presentes, ó ausentes, vea el tit. 29. de la Partid. 3. y su glosa, pues en sus treinta leyes lo explica difusamente.

253 De todo lo explicado se prueba, que si el acreedor pide la execucion pasados los diez años, no há lugar, ni se debe despachar, sino antes bien dar traslado simple al deudor, como de demanda ordinaria, excepto que preceda la confesion de la deuda, como expuse en el n. 222. y la razon es, porque le obsta la prescripcion odiosa establecida contra él en pena de su omision, y descuido de haber llamado tanto tiempo, y dado lugar à que espirase el término legal prefinido para usar de la accion executiva; y por lo mismo para conseguir judicialmente el cobro de su crédito, debe ocurrir à la via ordinaria, que dura veinteaños, contados unos, y otros en la forma explicada en el cap. 4. de mi primera parte, §. 4. num. 72. al 75. excepto para con los criados de servicio, Boticarios, Joyeros, Especieros, Abogados, Procuradores, Agentes de negocios, y otras personas, pues à estos se conceden solamente tres años para pedir executivamente lo que se les debe, como he sentado en el citado cap. num. 77. al 79. en donde con mas extension lo podrá ver el Lector.

254 Pero si el actor pide la execucion dentro de los diez años por las pensiones de un censo en su intermedio

ven-

(1) Ley ultim. Cod. de Prescriptio. 30. vel 40. annor. Carlew. disp. 4. dicha, n. 22. y fin.

(2) Dicha ley ultim. ley 1. §. Exceptio, Cod. de Annal. exception.

y cap. Placuit 15. §. Hac, de Præscriptio. 16. quest. 3. Carlew. ibi, numer. 21. vers. *Perpetuatio;* Parador. lib. 1. cap. 1. §. 14. n. 6. y 7.

«vencidas, cita al reo, éste se opone, y excepciona contra la legitimidad del credito, y por consiguiente contra el instrumento, en virtud del qual se expidió, por cuya causa se convierte la vía executiva en ordinaria; y por sentencia executoriada dada en ésta, se declara legitimo, y válido el instrumento, y se le manda que pague:” ¿Se pregunta, si se podrá despachar á consecuencia de la executoria no solo por las vencidas en los diez, sino por las posteriores hasta la executoria, ó será necesario seguir otro juicio ordinario, y esperar nueva sentencia?

255 Este caso *in terminis* que me ocurrió, no he visto tocado en los Autores, por lo que (salvo el dictamen de los doctos que venero, y á que me sujeto) diré lo que mi corto talento alcanza, y es, que por las de todos, sean los que fueren, se debe despachar, y ampliar: lo primero, porque el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y así no se verificó prescripción, ni por consiguiente se le debe imponer la pena de la ley, por no haber sido inroso. Lo segundo, porque la sentencia condenatoria removió aquel óbice que el reo aparentó, y quiso tuviese el instrumento executivo, ó por mejor decir declaró que no le tenía. Y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio executivo incoado, y de intentar otros en los años sucesivos por la excepcion maliciosa propuesta por el deudor, y por consiguiente de cobrar las pensiones posteriores en ellos vencidas; y como segun derecho (1) no corre término, ni prescripción contra el impedido legítimamente; por eso aunque puseñ mil años, despues de con-
textado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse la execucion por el importe de todos, pues su mala fé no debe aprovecharle, ni ceder en detrimento del actor. Lo qual entiendo, aunque en el intermedio de la litis haya suspension de su curso, porque como ninguna ley preñne quón-

(1) Ley In rebus 30 Cod. de Jur. re. dat. ley Com. sex. meses, ff. de Adilitio edict. ley 1. Cod. de Annuali exception. ley Cum notissim. §. Illud autem, Cod. de Prescription. 30.

vel. 40. sanor. Authen. Nisi tricenale, Cod. de Boo. matra. cap. ult. de Election. y cap. Quia diversitatom, de Couces. proband.

quánto tiempo ha de durar la interrupcion *lito pendiente*, ni quando cesa, ni dice que una vez interrumpida renace, ó revive por la suspension, ó falta de continuacion del litigio, ni por otro motivo: por eso subsiste en este caso la interrupcion, y se debe despachar la execucion con ampliacion á los años posteriores, y no gravar al actor con los dispendios, y dilaciones de nueva demanda ordinaria sobre lo litigado, que ya está determinado en la primera, pues esto será absurdo, y contra la brevedad que encargan las leyes en los pleitos: Pero respecto á estar ilíquidas las pensiones, para que no se le oponga este reparo, lo que debe practicar ante todas cosas, es, pedir se liquiden con citacion del deudor por el Escribano originario; y aprobada, y declarada en cosa juzgada la liquidacion, ha de renovar, y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años, por que pidió la execucion, y pedir ampliacion mediante su imposibilidad, por el de los posteriores; pues sin preceder la liquidacion, no se debe despachar la execucion, porque no consta cantidad líquida, de que no se pueda dudar. En quanto á los réditos de cursos pendiente la vía executiva, he visto executoria en esta Corte, revocando la sentencia de un Alcalde, por la qual habiendo pretendido el executante que la sentencia de remate, y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, y mandó que el executante pidiese nuevamente por ellos; y el Tribunal superior, atendida la verdad, desñrió á la ampliacion, pues ni unos, ni otros estaban pagados.

256 Es obstativa tambien de la execucion la excepcion de que el instrumento en virtud de que se expidió, no es público, ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente: en cuyo caso, hasta que se compruebe con el matriz, precedida citacion del reo, (que es la solemnidad prescripta por la ley que lo califica de indubitado) no hace fé, ni es exequible, y si el que lo produce, no lo comprueba dentro del término legal, impedirá sentenciar la causa de remate, por haber sido legalmente despachada la execucion, y no subsana-

do el defecto en los diez dias que prefiere; (1) pero comprobandolo en ellos, cesa la objecion, y se retrotrahe su vigor ejecutivo al tiempo en que la execucion se expidió, bien que si lo autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no intervenga precepto judicial para darlo, hará fé en juicio. Y si es de los que no debe dar sin que preceda auto de Juez, y citacion de parte, mas copias que la primera, llamada *original*, no se deberá despachar execucion en su virtud, porque no la trae aparejada, como expuse en el num. 23. de este capítulo. Lo mismo procede quando está roto, cancelado, ó manchado de modo que no se puede leer; ó contiene otro vicio esencial: ó está en cifras, ó tan obscuro que no se entiende su contexto; bien que no siendo en parte, ó lugar substancial, ó aun quando lo esté siendo mínimo el defecto, no lo vicia. (2)

257. Lo propio millta si es Escritura *consual*, ó hipotecaria especial, aunque sea la *original*, si la misma finca es la hipotecada, (y no quando lo son solamente sus frutos, ó pensiones, pues esto mas es consignacion de paga en ellos, que hipoteca, v. g. quando es vinculada, y asi no hay que registrarla) por lo que si el acreedor antes de entablar el juicio, no hizo tomar razon de ella en el Oficio de Hipotecas de la cabeza del partido, en donde se hallan sitas respectivamente las fincas especialmente gravadas, segun está mandado por la ley 3. tit. 15. lib. 5. y auto 21. tit. 9. lib. 3. Recop.: por la Prágmatica de 31. de Enero de 1768. expedida sobre su observancia (de que traté á continuacion del cap. 5. tom. 2. de mi primera parte) y por la Real Cédula de 10. de Marzo de 1778. que se estendié á escrituras, é hipotecas de donaciones piadosas, no se debe despachar execucion en su virtud, ni juzgar por ella, ni tampoco hace fé para efecto de perseguir las fincas en ella contenidas: y aun quando esté to-

(1) Ley 114. tit. 18. Partid. 3.
ley 2. ff. de Fide instrumentor. y
cap. 1. y fin. eod. tit. Paz tom. 1.
part. 4. cap. 3. num. 161. Parlador.
lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. li-

mit. 2. Sr. Covar. Pract. cap. 21.
n. 2. y sig.

(2) Parlador. dicho §. 12. limi-
tati. 8. per tot.

mada, y registrada, si el deudor existe fuera de la jurisdiccion del Juez executante, y en la requisitoria de execucion no vá inserta, ó incorporada con la escritura original (que es la que se debe registrar, y no otra, á menos que se pierda, ó destruya, y por esta razon se saque otra con la solemnidad legal) la nota de estarlo, puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es executiva, y para evitar que lo deniegue, se ha de insertar en aquella no solo ésta, sino tambien la nota, como requisito que para proceder executivamente es esencial. Pero sin embargo de este legal precepto, he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la execucion; á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad, y no detenerse en sutilezas legales: y asimismo he visto postergar á un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo, á otro igualmente especial en las propias hipotecas, y posterior, por haber registrado éste su escritura antes que el otro. Y porque á veces por la distancia de las fincas, y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura, ó por otros motivos, suele omitir la toma de razon, por cuyo defecto no se puede despachar la execucion contra el deudor, para que por él no se le irroque detrimento, me parece inny util que en la escritura se ponga esta clausula: *T de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del Partido en que existen los bienes especialmente aséllas, y gravadas á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, antes de proceder especialmente en su virtud contra ellas, segun lo ordenado por la Ley. Auto acordado, y Pragmática á este fin expedida ultimamente, dentro del término, y baxo la pena que impongan; y sin embargo de que no esté tomada, quiere, y consiente el otorgante que no por eso dexé el acreedor de dirigir su accion executiva contra él, y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca, y obligacion general: que se trabé la execucion en ellos indistintamente: que se cubarguen, y vendan á su arbitrio los que le parezca, basta que se bague efectivo paga del principal, decima, y*

costas: y que mientras no se tome, se entiendan, y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que esté deshecho no sirva de obstáculo à la expedición de la execucion contra todos, pasado que sea el plazo; y tomada que sea, no perjudique la obligación especial à la general, ni ésta à aquella, y use à su elección de ambas como le convenga. Con cuya cautela no hay motivo para dexar de despachar la execucion, porque se queda la obligación en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, por no mandarlo la Pragmática, ni se infringe ésta, por no prohibirlo; lo qual es menor inconveniente, que el no poder usar de su accion el acreedor contra el deudor, y sus bienes, interin no se registra la escritura; pues el convenio de los contrayentes es ley, si no se opondrá à ella, como aquí sucede, y como tal debe efectuarse segun se haya hecho; lo que tendrá presente el Escribano.

258. Impide el progreso de la via executiva la excepción de no estar cumplido el plazo prefinido en el instrumento para hacer la paga, ni la condicion puesta en él: pues hasta que lo estén, ni el acreedor tiene accion à pedir, ni el deudor obligación à pagar; ni por consiguiente há lugar la execucion, porque mientras se cumple, y verifica, está suspenso su efecto, y la condicion expresa impide que nazca la accion, segun se prueba de la ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Segund pasados los plazos de las pagas...* y de otras: (1) Previendo que, aunque el reo no oponga esta excepción, puede el Juez repeier de officio al actor, como que procede sin accion. (2) Lo qual milita, y se entiende, à menos que se presuma fuga del deudor, ó intervenga otra causa justa para pedir antes que espire el plazo, pues entonces puede el actor usar de su derecho sin esperar à que cumpla, (3) acreditando al Juez el mo-

(1) Ley 1. Cod. de Condition. ex leg. ley Si mandavero, ff. Mandati, ley Eum qui Klendis, ff. de Verbor. obligacion. ley Cedere diem, ff. de Verbor. significacion. Rodrig. de Execut. cap. 1. art. 4. n. 31. y 32.
(2) Dicha ley 1. Cod. de Condi-

tion. y ley 1. Cod. Ut acciones, Barr. in leg. Lecta, col. 4. ff. de Reb. credit.

(3) Ley 7. tit. 13. Partid. 5. Rodrigo. Sum. in leg. Post rem judicat. linali, 7. n. 2.

tivo que tiene para pedir antes que se verifique el cumplimiento.

259. Pero si el instrumento es puro, y no contiene el plazo de la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor diez dias despues de otorgado, como lo dice la ley 2. tit. 1. Partid. 5. al fin: *E si el plazo non fue puesto, debe go la dar à voluntad del que la prestó, diez dias despues que fue prestada*: lo qual se entiende, excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del mutante, y mutuario, v. g. si fue hecho para cierto uso; pues en este caso, aunque el instrumento sea puro, no puede el acreedor pedir su dinero antes que se cumpla el plazo, ó verifique el uso, como lo advierte el Señor Gregorio Lopez en la glos. 6. de dicha ley.

260. Se admiten en la via executiva las excepciones que tienen su tendencia contra la persona que la intenta, v. g. si es menor, muger casada, hijo de familia, ó estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ó está excomulgada, ó no se halla nombrada en el instrumento, ó carece de potestad para pedir; y otras de quienes trató latamente en el §. 2. de este cap. y las mencionan Parlador. lib. 2. Rer. part. 3. cap. fin. §. 1. y otros que cita, y puede ver el aplicado.

261. Del mismo modo se admite, y há lugar en la via executiva la declinatoria de fuero, proponiéndose en el tiempo, y terminos explicados en el cap. 1. de este libro, §. 4. num. 186. Y es de advertir, que nunca se entiende excluida esta excepción, aunque otras lo sean, excepto que la ley la excluya expresamente. (1)

262. Sin embargo de que por derecho antiguo no impedía la execucion la excepción de estar pendiente compromiso sobre lo que se pedía; oy por el nuestro es obstativa de ella, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de ésta, por ser visto apartarse del derecho que

en

(1) Glos. in Clementin. unic. de fin. part. 5. §. 11. Gom. lib. 3. Var. S. quest. poses. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 11. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 8.

en su virtud le competia; y asi no se debe executar. (1) Y lo mismo procede, quando, en fuerza de sentencia arbitraria se pide la execucion, y no se observan la forma, y requisitos prescriptos por la ley 4. tit. 21. lib. 4. Recop. y expresados en el num. 4. de este cap. pues es nulo lo que en contrario se hace. Pero no obsta à la via executiva la excepcion de *litis pendencia* de otra via executiva, porque en este juicio se procede sumariamente, implorando el oficio del Juez: son compatibles dos vias executivas, y no causan instancia, ni por consiguiente se verifica propiamente la *litis pendencia*; (2) por lo que no es admisible, como dexo sentado en el num. 113.

263. El no estar comprendida en el instrumento la cantidad, por que se pidió la execucion, es otra excepcion que la impide, v. g. en el contrato de locacion, y conduccion, si el arrendamiento principal, y expreso espiró, y por el tácito que se subrogó en su lugar, executa el locador al conductor; pues en virtud del primer contrato no se debe proceder por la cantidad del tácito, porque no está inclusa en él. (3) Lo qual se entiende, excepto que en el instrumento se pacte que por lo tácito se ha de executar al propio respecto, como dexo sentado en el num. 38. de este capítulo.

264. Lo mismo procede quando el instrumento del contrato en virtud de que se pide la execucion, no es el principal otorgado, y celebrado entre las partes; pues aunque los testigos depongan con citacion del deudor no solo de su tenor, sino de que aquellas dieron potestad al Juez para proceder executivamente, respecto no traerla aparejada las deposiciones de estos, como el instrumento prin-

(1) Peraldoz. ibi. n. 74. Acordado. tit. de las excepciones, num. 24. Canario de Execution. Instrument. quest. 11.

(2) Sr. Salg. de Regia, part. 4. esp. 7. n. 171. Martin de Jurisdiccion. part. 4. cas. 177. ex. n. 8. Canario de Execution. Instrum. quest. 33. n. 71. Carlew de Jud. tit. 3. dis. 14.

num. 1.

(3) Ley Item qseritur, § Qui implico, ff. Locati. Avandán ibi. n. 46. Gom. en la ley 64. de Toro. n. 6. Guillen de Juram. confirm. part. 1. cap. 49. n. 13. Rodrig. de Execution. cap. 1. artic. 4. n. 33. Gom. de Lega. centur. 83.

principal, no se debe despachar. (1)

265. Es excepcion legitima la del juramento que el lego interpone en las obligaciones, que por no requerirlo para su validacion, y por otros motivos, está prohibido que se interponga en ellas; y lo propio milita quando se somete al Juez Eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, y no se deben executar, como lo ordena la ley 11. tit. 1. lib. 4. Recop. ibi: *Defendemos que ningun Lego, Christiano, Judio, ni Moro no haga obligacion en que se someta à la jurisdiccion eclesiastica, ni baga juramento por la tal obligacion junta, ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba. so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala, ni baga fé, ni prueba. T mandamos à todas, y à qualesquier Justicias, que no la executen, ni hagan pagar; y à mas de ser nula la escritura, incurre el Escribano que la autoriza, en graves penas que dicha ley le impone, y expliqué en el cap. fin. de mi primera parte num. 21. en donde expresé en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el Escribano incurra en pena por admitirlo, ni se anulen por estar ligados con él. y en el 40. de este, qual debe contenerlo para ser executivo.*

266. Son impeditivas de la execucion las excepciones que la moderan, ò al instrumento, en cuya virtud se pide, v. g. la de que el executado no debe ser reconvenido en mas de lo que pueda, de que traté en los num. 163. y 164. de este cap. y asimismo las que aparecen, ò vienen por la naturaleza del contrato como insitas, è inherentes à él, v. g. en el de compra, y venta la de no haberse entregado al comprador la alhaja vendida, ò no haber pagado éste su precio: ò en las fianzas, la de que el fiador que dice pagó por los demás, ò por el principal, no manifiesta el lasto, ò cesion de acciones para acreditar la solucion, y otras semejantes; y la razon es, porque como la accion, y excepcion provienen de un mismo contrato, y fuente; al modo que se admite la una, se debe admitir la otra,

(1) Bart. in leg. 1. ff. de lris, qñ in testam. dolent. Paz, tom. 1. part. 4. cap. 3. n. 27.

otra, pues ambas tienen igual vigor guarentigio; por cuya razon no se debe decir que el que opone la excepcion, vá contra el instrumento; (1) lo qual se entiende probandose unas, y otras en los diez dias legales, y no de otra suerte, pues si requieren mayor conocimiento, no la impedirán.

267 Lo explicado en el número inmediato se limita en quatro casos: El primero, quando los contrayentes pactan otra cosa. El segundo, quando el executado debe cumplir el contrato antes que el executante. El tercero, quando en él no consta qual de los dos ha de cumplir primero, v. g. en el de venta, si el comprador ha de entregar el precio antes que el vendedor la alhaja, ó al contrario; en cuyo caso debe mandar el Juez se pongan en deposito aquel, y ésta. Y el quarto, quando la cosa no entregada es el importe de alcabalas, ó otros derechos Reales que tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salgan fallidas, ó se le retarde su cobro por culpa de tercero, y no del executante, si la mayor se le hace sana, y efectiva, no há lugar la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via executiva. (2)

268 Impedirá el progreso executivo la excepcion de *recomencion*, si pendiente el juicio se liquida, y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada execucion; ó porque el executante confiese de plano ser liquido, y cierto el débito, por que el executado lo hace, y que ninguna defensa tiene contra él; pues fuera de estos dos casos, como exige mayor inspeccion, y conocimiento, no se admite; (3) por lo que servirá solamente el segundo efecto, que es la prorrogacion de jurisdiccion, como he sentado en el cap. 1. §. 6. n. 245. de este libro.

En

(1) Ja son in leg. 1. n. 18. Cod. de Juris. & deli ignorant. Aven. dañ. in tit. de las Excepciones. n. 28. Bart. in leg. Ex predition. Cod. de Actio. emp. Parador. dicha p. 2. §. 11. n. 25. al 27. Rodrig. dicho cap. 6. n. 14. 15. y 25.

(2) Ley 34. tit. 5. Partid. 5. ley 1.

Cod. de Eviction. y ley Si solutorus. §. fin. ff. de Solutio. Parador. ibi. num. 28 y 26.

(3) Palac. Rob. en la ley 64. de. Todo al fin. Diep. Peres en la 4. tit. 3. lib. 3. Ordenam. glos. 1. Guiter. ubi. 1. Pract. quart. tit. 1. n. 1. al 3. Rodrig. dicho cap. 6. n. 11.

269 En quanto á si la excepcion de la *non numerata pecunia* es, ó no admisible en la via executiva; aunque hay dos sentencias contrarias, la afirmativa como verdadera, y comunmente observada en la práctica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el término legal, por ser justo, y equitativo se socorra á los deudores, para que no padezcan indebida extorsion; (1) y contra el derecho de gentes, y toda razon el que uno pida lo que no dió, y se enriquezca con detrimento de otro. (2)

270 Pero el deudor debe oponerla dentro de los dos años siguientes al contrato, si no la renunció; en cuyo caso, aunque puede recibir, y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; mas si la renunció, ó han espirado los dos años, que para su oposicion preñe el derecho, (3) es de su obligacion, y no de la de éste justificar en los diez dias de la ley no habersele entregado el dinero, precio, ó alhaja que se le pide; y en ambos casos si lo prueba, debe ser absuelto. (4) Todo lo qual milita no solo con el diezmo, sino con otra qualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9. tit. 1. Partid. 5. que se cita lo comprehende todo, como en el número. 23. dexo expuesto.

271 Impide igualmente el curso de la execucion la excepcion que de ella misma puede originarse; v. g. por no haber puesto el Escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 21. tit. 21. lib. 4. Recop. ó por no haberse dado los pregones en el tiempo debido; ó quando se invirtió el orden, y forma legal en hacer la traba; ó se excedió el Alguacil, ó no se observó el estulo del Tribunal: en cuyos casos, y otros semejantes debe admitirse la excepcion, no contra el contrato, ó sententia, en fuerza de que se expidió la execucion, sino contra el mismo hecho de ésta. (5)

(1) Ley Illicitus, ff. de Offic. Præsid.

(2) Ley Nam hæc natura, ff. de Condition. ind. bitu. ley Com. amplius. ff. de natura, ff. de Regul. jur. y ley Nota fides, ff. Deposit. Rodrig.

dicho cap. 6 n. 12. y 13.

(3) Ley 9. tit. 1. Partid. 5.

(4) Paz tom. 1. part. 4. y cap. 3. cit. n. 5. Parador. dicho §. 11. n. 51.

(5) Paz loco cit. n. 26.

272 Y ultimamente son obstativas de la execucion qualquiera excepciones que por derecho comun se permiten oponer, quando el acreedor renunció en el contrato el beneficio del real; porque lo que por disposicion legal está permitido hacer, se puede practicar tambien por el pacto de los contrayentes, (1) pues siendo justo, tiene fuerza de ley, y qualquiera puede renunciar lo que se estableció en su privativa utilidad. (2)

273 Lo propio milita con las que el reo podría objetar en la Provincia en que se celebró el contrato, o profirió la sentencia; por la razon expuesta en el n. 30, y con otras legítimas que pueda probar en el término prefinido por nuestro derecho, que son diez dias (3) previniendo que si las alegare en el proceso, y sin embargo se desestimaren, y fuere condenado, no deben admitirse en la execucion de la sentencia en el proferida, y executoriada, porque les obsta la de cosa juzgada; (4) y el que es repellido como actor, debe serlo como reo.

274 Procediendo á tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la via executiva, digo que una es la de *Dolo*, (no habio del dolo bueno, ó impropio, que es *discrecion, astucia, y sagacidad para conducirse licitamente, y precaverse, á fin de no ser perjudicado*, por lo que es permitido; sino del malo, propio, y verdadero, que es *falacia, y maquinacion prometida, para seducir, y enganar á otro, á fin de lucrarse en su detrimento, ó damnificarle, y por lo mismo está reprobado*) y la inadmission de esta excepcion se entiende, excepto que se pruebe haber dado causa al contrato el mismo dolo; pues entones como es nulo, no se debe executar, porque el derecho resiste la execucion de los que lo son. (5)

(1) Ley fin. Cod. de Fidejussorib. Paz ibi, n. 32.

(2) Ley Si quis in coscribendo, 29. Cod. de Pact.

(3) Commun. Doct. in leg. Cunctos populos, 1. Cod. de Summ. Trinit. Rodrig. Sumr. in leg. Post rem judicatam, quest. 5.

(4) Innocent. in cap. fin. de Or-

din. cognition. Paal. de Castr. in leg. 1. Cod. eod. tit. Avendañ. in leg. 4. & 5. n. 49. Paz ibi n. 35.

(5) Ley 1. ff. de Dolo malo, ley Dolo, ff. de Inanilli stipulation. y Ley 1. §. Dolum, ff. de Dolo malo. Rodrig. de Execution. cap. 6. cit. n. 26. Parlador. dicho §. 11. n. 41. Begaudel. Biblioth. verb. Dolos.

275 De varios modos se comete el dolo: el primero, quando el mismo dolo dá causa al contrato. El segundo, quando aunque al principio no lo haya cometido el doloso; pero no obstante sábed que el obligado goza de excepcion, le demanda, y sigue la instancia; lo que al contrario, ignorando la excepcion, no se presume que lo comete. Y el tercero, despues del contrato; v. g. si por obra, ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia pagado; (1) advirtiendo que quando se procede civilmente, se compensa un dolo con otro, mas no si es criminalmente. (2) Sobre qual se llama dolo verdadero, y qual presunto, vease el lib. 1. de esta segunda parte, cap. 1. num. 150, y 151.

276 Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que lo comete, ya sea varon, ó hembra, y mayor, ó menor capaz de cometerlo, y asi es personal de parte de aquel contra quien se opond; y á veces no solo se puede oponer contra el actor por el suyo, sino por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, sinopar el ageno, y probar el dolo de aquel, por el qual está obligado el actor, v. g. el del difunto que daña á su heredero; y de parte del que lo opond, es excepcion *in rem*, de tal suerte, que á qualquiera á quien pasa la cosa sobre que se cometió el dolo, se transfiere tambien la excepcion; v. g. quando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió dolo en la que se pide, pues no se mira contra quien se cometió, sino si se cometió en la que se pretende en juicio. (3)

277 No daña (regularmente hablando) al singular sucesor, ni pasa contra él la excepcion del dolo que su causante cometió, (4) pero esto se limita en quatro casos: el pri-

(1) Ley Eleganter, ff. de Dolo, ley 2. §. Circa 3. y §. Et generaliter, 5. ley Si opera 6. ff. de Doli excep-tion. y ley Viro, atque Uxor, & ibi, glos. ff. Solut. matrimon.

(2) Ley Viro 40. ff. Solut. matrim. ley Siambo 10. §. 1. ff. de Compensat. Ley Si duo 37. ff. de Dolo malo.

(3) Ley 1. §. 1. y 2. y ley Apud Celsum, 4. §. Sed etsi mulier. ar. y

§ de Dolo ad. de Doli excep-tion. ley Pomponius, §. Cum quis, ff. de Acquirend. possession. arg. ley fin. cum ibi notat. Cod. de Reivindicacion. Mar-tian. Specul. aur. part. 6. y tit. de Excep-tion. cit. n. 22. y 23. Angel. y Arerín. in §. Sed iste: vers. Quercio ad extra: Institut. de Action.

(4) Dicha ley. Apud Celsum, §. de Auctoris 27.

primero, quando quiere usar de la excepcion de su causante, ò aunque no quiera, si tiene causa lucrativa, ò quasi, è intenta su accion, y no de otra suerte. El segundo, quando es convenido de su dolo, ò se excepciona contra la parte. El tercero, quando la cosa ha de bolver incontinenti al que le cometió, ò la excepcion está anexa à ella misma. Y el quarto, quando se cometió en la adquisicion de la accion, pues à qualquiera sucesor que use de ésta, obsta la excepcion: (1) Previniendo, que el dolo del socio daña al consocio: bien que éste tiene el regreso contra aquel. (2)

278 Puede renunciarse, y remitirse por pacto la excepcion de dolo, y el de preterito, mas no el de futuro. (3) Y se advierte lo primero, que si se celebra algun contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo (no obstante éste) oponer la excepcion de dolo que le compete en virtud de primero, porque se presume repetido en el segundo, y que lo hubo para impedir la confirmacion de aquel. (4) Y lo segundo, que si el dolo dá causa para la celebracion del contrato de buena fe, de suerte que sino interviniera, no se celebraría éste, lo irrita; mas no quando no la dá, antes bien es superveniente, ò incidente. (5)

279 No es admisible en la vía executiva contra el instrumento público la excepcion de *lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio*, que en los contratos de venta, arrendamiento, y otros semejantes compete al leso según derecho, (6) porque exige mayor examen, è indagacion. Lo

(1) Ley Apud Celsum cii. §5. Si quis, xi. in Hac, 17. y de Auctoris 27. Marant ibi, n. 24.

(2) Bart. in leg. Si de Commun, ff. Si servitus vindicator. Marant ibi n. 26.

(3) Ley Si man, §. Hinc nulla, ff. de Pact. Barr. & DD. in leg. Aurelio 20. §. Cuius seque, ff. de Liberation legat. Marant ibi, n. 27.

(4) Paul. de Castr. consil. 172.

col. 1. lib. 2. Aimon Cravet. consil. 142. n. 13. Marant ibi, n. 25.

(5) Ley Si quis affirmaverit, y ley Elegantes, ff. de Dolo Grom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 21. vers. Secundus casus: Regnodel. Biblioth. verb. dolo. n. 4. y 5.

(6) Ley 2. Cod. de Resciscend. vendition, y ley 1. tit. 21. lib. 5. Recop.

Lo qual se limita en caso que se pueda liquidar, y probar en el término legal, pues entonces se admitirá; y probada, impedirá el progreso de la execucion; (1)

280 En quanto à la excepcion de *error de cálculo*, ò número, se distingue: si es material, y propriamente numerico, v. g. si en lugar de decir que deba ciento, dixese ducentos, se debe admitir, porque fácil, y demostrativamente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, v. g. quando los apreciadores, ò contadores aprueban la que deben reprobear, ò al contrario; ò le dán mas, ò menos valor, ò estimacion que la que merece, no es admisible, porque requiere mas lata especulacion, y conocimiento, y no se puede liquidar en el término legal. (2)

281 Tampoco debe admitirse en el juicio executivo la excepcion de *division* de la deuda entre los mancomunados; (3) y la razon es, porque hoy están tan claras, y terminantes nuestras leyes recopiladas, que según se obliguen, quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo, ò à prorrata, sin renunciar la Epistola de *Divo Adriano*, ni la *Authentica Hoc ita Cod. de Duabus reis stipulandi*, ni otras, como he sentado en el cap. 4. de mi primera parte adicionada §. 5. n. 153, y 155. Pero si se les demandare por mas de lo que importe su obligacion, podrán excepcionarlo, y probada la excepcion, impedirá el curso de la execucion.

282 Obligandose dos, ò mas de mancomun *in solidum* por el todo, si el acreedor demandare (como puede) à qualquiera de ellos, y el demandado excepcionare que la execucion se debe dirigir contra el otro, porque en él se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto por su cuenta, y à sus expensas la siga contra él, no se debe admitir esta excepcion, porque el acreedor mediante la obligacion usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho entre

(1) Parlador. cap. fin. part. 5. y §. 11. dichos, n. 42. Acev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 158. Rodrig. dicho cap. 6. n. 26. vers. Alteram.

(2) Ley 1. Cod. de Errorre calculi, y ley 19. tit. 22. Partida 3. Parlador. ibi, n. 43 y 44.

(3) Parlador. ibi, n. 45. al 47.

tre los dos, pues este es bueno para que el executado pagando primero al acreedor, use del suyo con el lasto contra su consocio, ó correo, según le convenga. (1)

283 Sobre si en este juicio se debe admitir, ó no la excepcion de restitucion *in integrum* por lesion, ó menor edad, discordan los Autores. Lo cierto, y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor, se debe admitir, porque en la exclusion general del beneficio de restitucion no se entiende excluido el que por la edad compete al menor; y si se opone contra la execucion de la sentencia, ó instrumento, cuya justificacion de lesion consta de autos, ó se puede probar incontinenti, que es en el término legal, se debe admitir tambien, y la impedirá; pero si la lesion que motiva la restitucion, no consta de autos, ni se puede probar en el referido término, porque requiere conocimiento mas pleno, ó se pide maliciosamente, no es admisible, ni por consiguiente se debe inmorar, ni retardar por ella el progreso executivo. (2) De lo qual trata con mas extension *Carleval tit. 3. disp. 16. ex tum. 27.* hasta el fin.

284 Aunque según sentir de algunos, no es necesario que el menor pruebe haber sido leso, para que sea restituido, lo contrario es lo verídico, excepto que la lesion conste de los autos; y así no solo ha de alegarla, sino probarla, y tambien su menor edad. (3) Pero en seis casos bastará alegarla el menor; y la Iglesia para que se les restituya: el primero, quando fiaron á alguno; pues por el daño á que están expuestos en virtud de la fianza, se patentiza la lesion, y por sequela se les debe conceder la restitucion. (4) El segundo, si se comprometieron; pues les puede venir perjuicio del compromiso. (5) El tercer-

(1) Parador. dicho §. 11. n. 48. al 51.

(2) Rodrig. dicho cap. 6. num. 7. Parador. dicho §. 11. n. 53. y 54.

(3) Leyes 1. y 2. §. Minorum: ley Alt. prat. 7. §. Non solum: ley Verum 11. §. Scilicet: y ley Quod si minor 24. §. Non semper, ff. de Minorib. ley Minoribus g. Cod. de In

integrum restitut. ley ha. tit. 45. Par. id. 3. y leyes 2. y 6. al fin, verbis *Porque siempre*: tit. 19. Partid. 6.

(4) Dicha ley Alt. prat. y §. Non solum.

(5) Ley Si minor 34. §. unice ff. de Minorib. y ley Labeo 3. ff. de Recapris qui arbitrium.

ro, por haber renunciado tácita, ó expresamente su derecho; (4) porque por la renuncia se disminuye, y son lesos. (2) El quarto, quando por haber dexado de apelar, piden se les restituya de la omision, ó negligencia que tuvieron. (3) El quinto, por haber omitido hacer su prueba en el término concedido á ambos litigantes para este efecto. (4) Y el sexto, por qualquiera acto que exerzan, y de su naturaleza les es nocivo. (5)

285 Ninguna excepcion que por no ser legitima, desprecie el Juez inferior en primera instancia, debe admitir el Tribunal superior en la causa de apelacion; pero si la que siendo lo, no admitió, tal vez por causar extorsion al reo executado (6) pues de lo contrario quedaria indefenso, se le irrogaria gravissimo daño, y se procederia injustamente; previniendo que aunque se desprecie en el juicio executivo la que oponga el reo, le queda salvo su derecho para usar de ella en el ordinario, porque aquel no produce la de cosa juzgada en éste, ni presta el mas leve impedimento para él. (7) Y su efecto mas es prescribir, ó señalar el modo de actuar en la defensa, que quitarla. (8)

286 He tratado con la extension, y claridad á mis limitados talentos posible de las excepciones que son, ó no admisibles en la via executiva: paso á explicar en qué término se han de alegar, y probar para que enerven la execucion. Digo pues, que según derecho comun era arbitrario,

(1) Bald. Paul. y Jacob. in leg. 1. Cod. de In integrum restitut. Affl. in Constitution. Siciliæ, rub. 38. n. 23. Acur. in dict. leg. Alt. prat. y §. Non solum.

(2) Ley Interdum 19. ff. de Minorib. Affl. dec. 12. n. 3.

(3) Bart. in leg. fin. Caus. Executiv. causis in integrum restitut. Affl. dec. regul. 1. prassumpt. 47. Mori. in Empor. jur. part. 1. tit. 5. in Prælad. n. 8.

(4) Abb. in cap. Subscritura, n. 4. & in cap. Auditis, n. 8. de In integrum restitut. Affl. dec. 390. Ca-

pic. dec. 109. n. 8.

(5) Aciat. regul. 1. prassumpt. 42. Morla. ibi. Caid. Petrar. in leg. Si curatorem, verb. *Lapsus*: n. 25. Cod. de In integrum restitutio.

(6) Parador. dicho §. 11. n. 55. al 57.

(7) Bart. in leg. 1. §. Et parvi referet, ff. Quod vi, aut clam. & in leg. 2. Cod. de His. qui vi, metusve causa sunt. Parador. dicho §. 11. n. 52. Rodrig. dicho cap. 6. n. 27.

(8) Noguerol allegat. 7. num. 66. Parador. dicho §. 11. n. 51.

rio, por no estar señalado el en que se habian de justificar; (1) pero segun el nuestro, si el reo comparece, y se opone á ella antes que se le cite de remate, ó en qualquier tiempo antes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y encarar á ambas partes el fatal, y perentorio de los diez dias que preñe la ley, (2) á fin de que en ellos aleguen, y justifiquen lo que las convezga, como dexo sentado en el num. 174. Lo qual se observa inquestionablemente en la práctica, por ser conforme á derecho; y se entiende, ya sean uno, ó mas los executados por un acreedor, y comprendidos en un mandamiento executivo, porque la ley habla indistintamente, y asi todos tienen solamente los diez dias para justificar sus excepciones, y no diez cada uno en este caso.

287 Siempre que hay dos opiniones comunes, y contrarias, es constante debe seguirse la que está mas en uso: (3) porque la costumbre diuturna autorizada por su inconcusa observancia, se estima por tacita convencion de los Republicanos, y tiene fuerza de ley, como elegantemente dixerón los Jurisconsultos *Hermogeniano*, y *Calistrato*: (4) y habiendolas, sobre desde quando ha de empezarse á correr el término de los diez dias; la mas usada, y corriente es, que corra, y se cuente desde el de la oposicion, (5) segun lo declara la ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop. ibi: *Declaramos, y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion en adelante* :

288 Sin embargo de lo expuesto, está introducido en algunos Tribunales, que no empieza á correr el enuñciado término hasta el dia en que se verifica hecho notorio á entrambos litigantes, al modo que en la via ordinaria sin diferencia; lo qual como mas equitativo debe seguirse segun

(1) Roman. consil. 76. Menoch. de Arbitr. centur. 1. lib. 2. cas. 17. num. 7. y 8. Acev. en la ley 19. cit. n. 121. Rodrig. cap. 5. cit. n. 92.
(2) Ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop.
(3) Ley 51. de Interpretatione 7. ff. de Legib. Parlador. lib. 2. cap. fin.

part. 3. §. 10. n. 3.

(4) Leyes Diuturna 33. Sed & ea, qm 35. y Nam Imperator, 38. ff. de Legib.

(5) Parlador. ibi, Acev. en la ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop.

en esta Corte se practica, por ser tambien conforme á derecho: (1) pues á mas de que en lo propio, y dudoso se deben ampliar, è interpretar benignamente las leyes, (2) seria duro, y aun iniquo que por no poder, ó no querer el Escribano dar cuenta de la oposicion al Juez, ó hacer notorio el encargo, ó por hallarse imposibilitado, ò ocupado éste ò quedase indefenso el executado, y fuese condenado sin ser oído: lo qual resisten las leyes, y la razon; por lo que hasta que el término se notifica á entrambos litigantes, no debe correr, y la ley recopilada se ha de entender, cesante toda imposibilidad, y fraude, y si por olvido no se hace saber mas que á una parte, no debe correr, y se han de reponer los autos y diligencias posteriores en el estado que tenían quando se admitió la oposicion è hizo el encargo de los diez dias, como lo he visto practicar, para evitar nulidad en las diligencias. Pero se advierte que las notificaciones se deben hacer á costa del reo, al instante que se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió á su instancia, y á la solucion de lo que importen, puede ser compelido.

289 Si los diez dias empiezan á correr en feriados, v. g. los de Pasquas, ò otros repentinos, y en ellos espiran, ò se consume su mayor parte, no deben contarse, ni correr hasta el siguiente á él en que cesen, porque así como en ellos se suspende todo procedimiento civil, se cierran los Tribunales, y no se hace juicio, excepto que ocurran las causas urgentes expresadas en el cap. 1. de este libro n. 12: así tambien se debe estimar, y estima suspenso el término legal, mientras duran; (3) lo qual he visto practicar siempre, porque de lo contrario seria ilusoria, è ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharia al executado, á cuyo favor se introduxo para evitar su indefension, pues ninguno debe ser condenado, sin ser oído.

(1) Ley Petende 6. Cod. de Temp. por. In integrum restitution. Parlador. ibi Felin. in cap. 2. de mupis petition.

(2) Ley Quod favore 6. Cod. ley Tom. III.

Benignius 18. y ley Nulla 25. ff. de Legib.

(3) Castill. en la ley 64. de Toro, tom. 84. Parlador. ibi n. 11. Rodrig.

dicho cap. 6. n. 31.
Pp 3

290 No se debe prorrogar este término à instancia del reo; pero puede disfrutarlo integramente, y por consiguiente ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que à su buelta se le deba compeler, mientras dura, ni entregarse à éste antes, aunque ocurra à tomarlos; y es la razon, porque el acreedor ya lleva expedida su accion, y hecha su probanza con el instrumento, sentencia, ò confesion que traen aparejada la execucion, y no necesita término, porque no tiene que probar; pero el reo es menester que vea si le compete alguna excepcion contra el documento executivo, para cuya probanza se le conceden solamente diez dias perentorios, que es término sumamente limitado en comparacion del que tuvo el actor para pensar lo que habia de pedir. Lo que al contrario en el juicio ordinario, en el qual no lleva el actor su probanza hecha, y como que necesita hacerla para justificar su intencion, que requiere pleno examen, y discusion, puede tomar los autos antes que el reo, siguiendo el orden del juicio; y si éste los toma, y no los buelta à breves dias, compelerle à su buelta, porque todo el término es para ambos, y para cada uno de los litigantes, segun he sentado en el cap. 1. de este libro, y en virtud del traslado que se le comunica de la pretension del actor, y fundamentos en que la afianza, puede preparar antes de la prueba las defensas que ha de hacer, y excepciones que le conviene justificar; y asi se observa en esta Corte.

291 A instancia del acreedor se puede prorrogar el término las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que ambos son correlativos; que lo que no se permite al uno, tampoco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios: (1) y es la razon, lo primero, porque ningun perjuicio se irroga al deudor, antes si beneficio en tener mas tiempo para preparar, y hacer sus defensas, ò buscar dinero con que satisfacer el débito: y lo segundo, porque habiendo se prefinido tan breve en utilidad del acreedor; à fin de que no se retarde mas la

EXAC-

(1) Ley Cum quidam, Cod. de Fructib. & litium. Regla Non dabet, de regul. jur. in 6.

exaccion de su credito, y en odio y pena del deudor, para que tenga mas cuidado de pagarlo, y no se irrogue detrimento al acreedor, puede renunciar legitimamente este beneficio, y pedir todo el término que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho, y se procederia contra las reglas de derecho; (1) y asi, respecto militar diversa razon en uno que en otro, no debe regir la propia disposicion.

292 Pero para que se prorrogue à su instancia, ha de intervenir copulativa, y precisamente dos circunstancias: la primera, que pida la prorrogacion dentro de los mismos diez dias, y si necesita mas prorrogaciones, antes que espire la concedida, para que se entienda ser todo uno mismo, y no diverso; y para conceder la segunda dilacion, aunque se pida dentro de ellos, es menester que haya conocimiento de causa, y mucho mas despues de pasados, pues sin gravissimo motivo probado, no se debe prorrogar, porque el executante quando pide la execucion, lleva, ò debe llevar probada su accion, y no necesita término para ello, tiene el legal como el reo, y no le debe sufragar su descuido en no acudir en tiempo à pedir la prorrogacion; y mucho menos se le debe conceder para hacer prueba por testigos, porque se presume haber visto, ò tener noticia de lo probado por el executado, y asi que use de su derecho en via ordinaria. Y la segunda, que no haya visto, ni su Abogado la prueba del reo, para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos; porque si la vió, no se debe conceder; al modo que en la via ordinaria se ordena. (2) Previeniendo que así el término de los diez dias como el de las prorrogaciones son comunes à ambas partes, y no corren hasta que se les notifican, ni perjudican al ignorante, ni por las prorrogaciones se convier-

(1) Ley Quod favore, Codex ley Nulla, ff. de Legib. y ley Carthaginiensis 3. §. Dum autem g. ff. de Carthaginiens. edit. Redrig. dicho cap. 6. n. 33. Parlador, lib. 1. cap. fin. Part. 5. §. 10. num. 13. y 15. Gutierrez, lib. 2. Pract. quest. 116. Aguiar, en la

ley 1. tit. 31. lib. 4. Recop. n. 42.

(2) Authent. de Testibus, §. Quinero, collat. 1. ley 34. tit. 16. Partid. 3. ley 5. tit. 6. lib. 4. Recop. y cap. Fraternalitatis, de testib. Rodrig. lib. 1. n. 31. y 33. Parlador, dicho §. 10. n. 15. al 18.

te la causa en ordinaria, ni tampoco muda su naturaleza el juicio, porque se entienden hechas con la propia calidad que el encargado de los diez días.

293 Pueden hacer las partes sus respectivas probanzas por testigos, instrumentos, y demás medios legales; aunque la execucion se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. habla disyuntivamente, y no dice que se hayan de probar precisamente las excepciones por otro tambien público. Pero es de advertir que los testigos que el reo produzca, no solo han de ser juramentados antes de deponer, sino tambien examinados con citacion del actor dentro del referido término, segun lo ordena dicha ley, ibi: *ò por testigos tomados dentro del dicho término*: pues si está pasado, ò falta la citacion, no se deben recibir sus deposiciones, sin embargo de que estén juramentados, y la prueba será ineficaz, y lo mismo sucede con el coejo de papeles simples no reconocidos, porque los Peritos son como testigos cuyo dicho es un parecer que por sí solo no prueba: y asimismo es de advertir que los instrumentos han de ser presentados tambien antes que espire, y de lo contrario no se deben admitir, porque es perentorio, y como no concedido por el Juez, sino prefinado por la ley, carece de potestad para alargarlo à su instancia, y para admitir la probanza que fuera de él quiera hacer; (1) excepto en el caso que en el num. 269. expresaré, lo qual es al contrario en el juicio ordinario, como en él dexo sentado.

294 Se limita lo explicado en el número inmediato, quando por omision, ò imposibilidad del Juez, ò Escribano se pasa el término, pues entonces como que el reo no tiene culpa, no le debe perjudicar: (2) y así es muy util la prevencion de que en el pedimento de oposicion proteste no le perjudique dicha omision, ò imposibilidad; con cuya cautela aunque espire el término, si los testigos fue-

ron

(1) Rodrig. dicho cap. 6. n. 28. y 29. Castill. y Palac. Rub. en la ley 64. de Toro, verb. *Pasados los dichos diez dias*: Parador. dicho §. 10. n. 7. al 10. Acce. en la ley 2.

lib. 2. tit. 16. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9. n. 280.

(2) Arg. leg. Non debent, ff. de Reg. jur. y regla Quod per me non stat, de regul. jur. in 6.

ron juramentados dentro de él, podrán ser examinados despues, porque los dias en que por la razon expuesta estuvo imposibilitado de hacer su prueba, no le deben correr, y ni computarse por término; (1) y así lo he visto practicar como justo.

295 Intentando el reo probar sus excepciones por testigos, debe nombrarlos, expresar en dónde viven, y jurar que no procede de malicia: (2) y si existen en ageno territorio, debe pretender, y se ha de librar requisitoria al Juez de su domicilio; como en el juicio ordinario se practica, (3) pero su interrogatorio no se ha de comunicar al actor, ni el de éste à él. Y se previene, que en este juicio, y demás sumarios no se admiten tachas, ò repulsas de testigos, ni por consiguiente se concede término para probarlas; (4) segun dexo sentado al fin del n. 422. del capitulo primero de este libro.

296 No obstante que haya espirado el término de los diez dias, puede pretender el deudor que el acreedor jure de calumnia, y posiciones en qualquier tiempo, con tal que sea antes de la sentencia de remate, como lo dispone la ley 72. tit. 4. lib. 3. Recop. (5) y así se practica, sin embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen que esta ley se debe entender solamente en los Adelantamientos de Burgos, Castilla, y León, en cuyo titulo está, y no ampliarse à otras partes; pues no se hacen cargo de que fue creada muy posteriormente à la 2. tit. 21. lib. 4. Recopil. de que no manda que ésta quede en su fuerza, y vigor para los demás parages, ni excluye, ni prohibe que de su auxilio se puedan aprovechar los que no residen en los Adelantamientos: y de que la confesion de la parte

(1) Ley Quibus dictus 40. ff. de Conditionib. & denestration. For. in Proxi. part. 4. cap. 3. n. 38. Rodrig. dicho num. 29. Castill. y Palac. Rub. en la ley 64. de Toro.

(2) Ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop.

(3) Ley 1. tit. 7. Partid. 3. ley 200. cap. 2. tit. 21. lib. 4. cit. ley Proximum 13. §. Sin autem reus 3. Rod. de Judo. y Authent. de Exhereditis

relis; §. Si vero: Sr. Salg. de Reg. part. 4. cap. 6. n. 63.

(4) Cap. Veniens a. de Tentib. Parador. lib. 1. n. 25. Sr. Covar. Pract. cap. 17. vers. *Septimo*: Rodrig. ibi n. 35.

(5) Avendañ. respons. 18. Parador dicho §. 10. n. 25. y 26. Rodrig. dicho cap. 6. n. 24. Gutierrez. lib. 1. Plac. quest. 117.

no es prueba, sino relevacion de ella, y asi no hay término preñado para hacerla, por lo que se puede recibir fuera de él de la ley; pues quando el Príncipe manda à un Presidente cierta cosa, se entiende por consecuencia mandarlo a todos los de sus dominios en igual caso, por militar identica razon, como dicen los Autores. (1) Y lo mismo procede quando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; pero si pretende que un caso de negativa se coteje con otros indubitados de él, no se debe diferir al cotejo por ser pasado el término; fuera de que aun hecho dentro de este el cotejo, no hace prueba por sí solo, como dexo sentado.

297 Supuesto que el término no se puede prorrogar à instancia del executado, se pregunta, si se podrá suspender esta acción en ningun Autor vi tocada, aunque de intento examine varios con cuidadosa atencion à este fin. Y satisfaciendo à ella, digo que siempre que acredite causa justa, v. g. estar enfermos, ó ausentes algunos de sus testigos, y esperar su pronto recobro, ó regreso; no poder el Escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud; y otras semejantes, podrá suspenderlo el Juez; lo uno, porque no lo prohíbe la ley, ni de ello habla, y lo que no está prohibido, se entienda permitido; lo otro, porque no se infringe su precepto, pues siendo éste el que la prueba se haga, y presente dentro de los diez dias; en examinando los testigos en los que corran despues de la suspension; y presentando el instrumento antes que espirase, se cumple con él; y lo otro, porque en la demora de poco tiempo no se irroga notable detrimento, como indicaron los Jurisconsultos Juliano, y Paulo, (2) y será inhumano que por no esperar breves dias mas, se grave al reo con la satisfaccion de lo que tal vez no debe, y con costas, décima, y otros perjuicios irreparables, que son consiguientes al mandamiento de pago: mayormente quando no depende de culpa, ni omision suya, sino de la casualidad la evacuacion de su prueba.

(1) Barr. in leg. Relegatorum 7. §. Interdicere, 10. ff. de Interdict. & delegat. Rodrig. lib. n. 30. y 34. Par-

ador. dicho §. 10. n. 26.

(2) Ley Ratam 13. y Ley Quod dicitur 105. ff. de Soluticib.

prueba en el fatal y perentorio término de los diez dias, ni se causa daño al actor, ya justifique, ó no el reo su excepcion, porque si la justifica, como que no le toca lo que le pide, no solo no debe dársele, sino castigarle por litigante de mala fé; y si no, le queda tiempo para usar contra él de todo el rigor legal; bien que la suspension en estos casos como de equidad, y no de justicia será arbitraria en el Juez, y no obligatoria, ni coactiva.

298 Pero es de advertir lo primero; que esta suspension se ha de notificar al actor à costa del reo. Lo segundo, que el Escribano debe poner nota en el pedimento en que la solicite, no solo del dia, sino de la hora de su presentacion, para que si se desiere à ella, como que corre de momento à momento, no se le cuente todo el dia por término ya pasado, habiendo presentado tal vez el pedimento à la hora de Audiencia, ó antes. Y lo tercero, que durante la suspension ningun testigo se examine, sino despues dentro del término que falta, y de lo contrario es nullo, como hecho fuera de él, aunque intervenga previa citacion del acreedor; porque la suspension no es para tener mas, y que en él justifique su excepcion, (pues esto será prorrogacion, la que el Juez no puede hacer à su instancia) sino para que los testigos vengan de fuera, ó tanen, y en el término restante declaren, à fin de que no quede indefenso.

299 Lo mismo procede si el reo pide declaracion al executante, y en caso de negativa, que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, y que mientras evaquela declaracion, se suspenda el término; pues debe suspenderlo, lo uno, porque aquella declaracion no es prueba, sino relevacion de ella; y lo otro, porque de no suspenderse podia ausentarse, ó ocultarse maliciosamente el executante hasta que espirase, à fin de que el executado no pudiese justificar, y por este defecto causarle la extorsion de ser condenado, tal vez, sin deber lo que le pedia, à lo que no debe dar lugar el Juez recto, è imparcial; y asi debe suspender el término (en caso que lo solicite) hasta que evaque su declaracion, y evaquada, se ha de hacer saber al reo, poniendo la hora en que se le notifica, para que en uso de su derecho presente sus testigos, y desde ésta conti-

tiene el curso del término que falte; pues aunque este término es legal, y pobatorio como ordenado por la ley sin ministerio del Juez, y como tal no solo es *ad probandum simpliciter*, sino *ad probandum*, & *probatum habendum*, (1) no se infringe por esta suspensión la ley, ni es visto prorrogarse por ella el término, ni en él hacer prueba el reo, si únicamente cortar al executante su malicia en querer tal vez dexar indefenso al reo. A mas de que si antes de la sentencia puede pretender que jure de calumnia y posiciones, como he sentado en el num. 269. y se debe deferir á su solicitud; con superioridad de razon se deberá suspender el término que todavía no espiró, para que declare. Todo lo qual como equitativo, y justo he visto practicar repetidas veces en esta Corte, por no ser abuso, corruptela, ni infraccion de las leyes.

300 Si pasados los diez días piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado, e informar al Juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo, á diferencia de quando se encargan los diez días de la ley para probar, pues los debé tomar el reo antes, por la razon expuesta en el n. 263. como advierte *Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 12. num. 1.* y aun tambien para alegar de su derecho, como y segun el orden de el juicio, al modo que en la via ordinaria; y de lo que uno alegue, y haya probado, dar traslado al otro con la calidad de *sin perjuicio*, con la qual no muda el juicio su naturaleza, aunque se confieran muchos traslados; y hecho, debe llamar el Juez los autos á instancia del que lo pretenda, y no de oficio; señalar día para su vista, si hay costumbre de ello; citar á entrambos, por si quieren asistir á informarle verbalmente de su derecho, y justicia, porque han comparecido en el juicio; y si no se acostumbra señalar día, ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres días de la citacion para la sentencia. Pero esta citacion se entiendo habiendo hecho probanza e executado, ó resultando del documento executivo la excepcion, y alegando-
la;

(1) Acev. en la ley 1. tit. 6. lib. 4. Recop. n. 8. al ro.

la; pues si no la hizo, ó no resulta, ó no se opuso á la execucion, es ocioso mandarle citar, porque ya lo está de remate; por lo que ha de llamar los autos, y sentenciarlos, sin que preceda la citacion, respecto no haber cosa nueva, ni motivo para bolverle á citar; lo qual como corriente se observa en la práctica, bien que algunos quieren que aunque no se haya opuesto, se pida por el acreedor que se sentencie la causa, en cuyo caso el Juez llama los autos, y sin nueva citacion los sentencia á la primera audiencia, lo qual no repruebo, sin embargo de no ser necesario en dicho caso quando en el pedimento en que el Actor pretende se cite de remate al reo, pida tambien que á su tiempo se sentencie la causa, y despache el correspondiente mandamiento de pago.

301 Como no siempre executa la sentencia el Juez que la profiere, ya sea ordinario, ó delegado, pues tiene que impartir muchas veces el auxilio de otro: (1) contemplo util explicar por conclusion de este §. si todas las excepciones que se permiten oponer contra la execucion, se podrán deducir, y alegar ante el requerido, al modo que ante el requirente; y si aquel podrá, ó no conocer de ellas, y diferirlas como éste. Pero antes de proceder á la exposicion de este punto, debo sentar para su mejor inteligencia lo primero, que algunas excepciones se alegan contra la misma sentencia, v. g. la de *nullidad* que se opone contra ella, porque nace despues que está proferida, por cuya razon no se puede oponer antes.

302 Otras no se oponen contra la sentencia, sino contra su execucion, v. g. la de que alguno no puede ser conuenido en mas de su posibilidad, como el marido respecto de su muger, el donante respecto del donatario, el soldado, y otros semejantes de que hice mencion en los números 163. al 166. respecto de sus acreedores; (2) los quales no arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su execucion, por lo que se pueden alegar, y poner despues

(1) Ley A Divo Pio 14. §. Sententiam, & ibi DD. ff. de Re judicat. cap. Pastoralis 25. §. Quia veritas de

Offic. & potestat. judic. delegat.

(2) Ley Suat qui in id 16. ff. de Re judic.

pues de ella; (1) por cuya razon la de las expensas hechas en la alhaja que se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de haber hecho el inventario con puzera, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones, y la del beneficio de la Epistola de *Dino Adriano*, se pueden oponer despues de la sentencia executoria porque solo tienen su tendencia a modificarla. (2) Pero esto se limita en caso que se hayan opuesto en la causa principal antes de la sentencia, y el Juez las haya despreciado expresa, ó tacitamente, pues entonces no se puede alegar, ni oponer en la execucion, y la razon es, porque esta exclusion, y desprecio tacito, ó expreso pasa a cosa juzgada simultaneamente con la misma sentencia, y produce excepcion de tal contra el que las opone. (3)

303. Y otras se oponen contra la accion intentada, quales son las peremptorias que miran a los meritos de la causa principal; y estas regularmente hablando, no se pueden oponer despues de la sentencia; (4) y la razon es, porque la arguyen de injusta, y se dirigen a rescindir la, y revocarla, y como despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que executar lo que se determinó, por eso no son admisibles en su execucion. (5) Bien que hay varias que se admiten, como la del *Macdoniano*, de que trata la ley 22, tit. 11. lib. 5. Recop. inserta en el cap. 4. de mi primera parte num. 92. la qual fue establecida en odio de los acreedores, y en beneficio de los hijos de familia, y de sus padres, por los motivos expuestos en el citado cap. n. 12. la del Jurisconsulto *Teleyano* al de las mugeres: la de restitucion *in integrum* al de los menores: la de ig-

(1) Ley Ex diverso 17. §. fin. ff. Solut. matrimo. ley Miles 6. al princip. y ley Nescensius 41. §. ultim. ff. de Re judicat. Sarc. fecit. 332. n. 1. Barbos. in leg. Maritum 12. num. 37. vers. Quarto ampia, ff. Solut. matrimo.

(2) Ley Donum 5. Cod. de Reivindicat. ley ultim. Cod. de Constitut. pecun. ley Julianus 13. §. Offer-

ri, ff. de Actio. empt. Carlew. tit. 3. disp. 17. n. 4.

(3) Cap. Quod consultationem, 15. de Sentent. & re judicat. glo. ultim. in leg. Nescensius 41. ff. de Re judicat. Carlew. lib. 1. n. 5.

(4) Ley Peremptorias 2. Cod. Sententiam rescindi. non posse.

(5) Ley post rem, 59. ff. de Re judicat.

norancia del derecho al de los soldados, (1) y otras; que traen los autores. (2)

304. Debo sentar igualmente, que de los que executan las sentencias por mandato, comision, ó requerimiento de algun Juez, unos se llaman *meros executores*, y otros *mixtos*: los primeros son los Alguaciles, Porteros, y otros sirvientes de la Curia, ó Juzgado, que carecen de jurisdiccion, y no toman el menor conocimiento de las causas, porque ya precedió, y son creados, y están destinados solamente para cumplir el mandato del Juez que entiende en ellas: (3) y los segundos son Jueces con jurisdiccion, a quienes el ordinario de otro territorio, ó el delegado comete la execucion de su sentencia, antes que conozca de las excepciones concernientes a la misma execucion. (4)

305. Supuesto lo referido, digo que los meros executores ningunas excepciones deben admitir regularmente contra la execucion, ni de ellas pueden conocer por defecto de jurisdiccion: (5) pero los mixtos executores pueden entender en las que miran a los meritos de la causa, y se pueden oponer despues de la sentencia, no para diffinirlas, sino para ver si obstan, ó no a la execucion; pues obstando, deben suspender ésta, y remitirlas al Juez requirente, á fin de que las decida; y si se oponen calunniosamente, y no la obstan, proceder á executar la sentencia. (6)

306. De las que modifican la sentencia, no solo pueden

(1) Ley 1. Cod. de Juris, & facti ignorant. ley Tamen 13. & lib. glo. 3. ff. de Macedonian. ley Sciavos 22. Cod. de Jure deliberand. y ley Mirar 37. ff. de Minorib. DD. in leg. 1. Cod. de Jur. & facti ignorant. Gratian. regu. 348. Valac. de Privileg. miserabil. personar. quest. 17. n. 159. Carlew. lib. 1. n. 6. y 7.

(2) Ley Si ut proponis, 6. y ley Executores, 8. Cod. de Executio. rei judicat.

(3) Ley Et si non cognitio 4. Cod. Si contra jus, vel utilitatem public.

Barr. in leg. A Divo Pio, ex n. 5. al fo. ff. de Re judicat. Maruelli de Arbitr. lib. 1. quest. 38. n. 200.

(4) Glo. in cap. de Cetero 5. de Sentent. & re judicat. Barr. in dict. leg. A Divo Pio, n. 10. Baldi. in leg. Et si non cognitio, citat. n. 1. Menoc. lib. 1.

(5) Ley 1. Cod. de Juris, & facti ignorant. ley Satis 2. Cod. ad leg. Corneel. de fals. ley Cum fideicommissum 7. ff. de Confessis. ley Si pretor, al princip. y en el §. Marcellus, ff. de Judic. Angel. Immo. Cuman. Alex. y Jason en la ley A Divo Pio cit.

conocer, sino definir las, porque por el hecho de comisionarlos para su execucion, es visto cometerles tambien todo lo que concierne a ella, y sin lo qual no puede quedar expedita, ni perfecta. (1) Y de las que impugnan la sentencia, v. g. la de nulidad, restitution, &c. pueden conocer igualmente, y si advierten que son despreciables, proceder a su execucion; mas siendo legitimas, deben remitirlas bien instruidas al Juez requerido, para que las defina; pero no definir las por sí, (2) porque de hacerlo, se verificaria que el Juez menor, ó igual en jurisdiccion revocaba la sentencia del igual, ó mayor, y esto es opuesto a derecho: (3) bien que en aquel negocio, siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque sea igual. Lo qual se limita en caso que el Juez inferior imparta el brazo, y auxilio del superior para executar su sentencia, pues entonces como éste es mayor, puede (aunque suene requerido) conocer, y decidir la excepcion de nulidad, y conceder al menor la restitution contra la misma sentencia del requirente. (4)

307 En quanto el tercero poseedor, supuesto como verdadero, è indubitado que puede oponer sus excepciones ante el Juez requerido; y éste conocer de ellas. (5) Para resolver si tendrá, ó no facultad de definir las, se distinguen dos casos: El primero, quando alega que posee los bienes en que el Juez requerido trabó la execucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor, se opone a ella; en cuyo caso no solo puede conocer de esta excepcion, sino definirla, sin tener precision de remitirla al

(1) Arg. leg. Cui jurisdic. 2. ff. de Jurisdic. omni. judic. Bart. & DD. in dict. leg. A. Divo Pio, Carlew. tit. 3. disp. 17. dicha. n. 14. Señor Salg. de Rsg. part. 4. cap. 7. n. 39.

(2) Bart. Alex. y Jason en la ley A. Divo Pio, cit. Carlew. ibi, n. 15. Rodrig. de Execution. cap. 2. n. 40.

(3) Ley Nam Magistratus 4. ff. de Arbitr. y ley Ille, à quo 13. §. Tempus, ff. ad Trebellian. y capit.

Cum inferior 16. de Majorit. & obedi.

(4) Speculator. lib. 2. tit. de Execution. sentent. §. 2. n. 5. Alex. in leg. A. Divo Pio, n. 15. Menoch. quest. 38. cit. n. 19. Felin. in cap. Pastoralis, §. Quia vero, n. 17. vers. Secundo limita: de Offic. & potestat. judic. delegat.

(5) Menoch. de Arbitr. lib. 1. y quest. 38. cit.

al requirente; y la razon es, porque modifica la sentencia de éste, pero no la impugna, ni arguye de injusticia contra ella. (1)

308 Y el caso segundo es, quando la excepcion toca a la sentencia, y causa principal, v. g. si el tercero alega ser nula, ó el instrumento en cuya virtud se despachó la execucion; ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y en este caso puede el Juez requerido conocer de la oposicion, y excepcion, no para definirla, sino para instruir la, y estando instruida, remitirla al requirente, à efecto de que la defina, y pronuncie sobre ella como Juez, à quien legitimamente incumbe conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de éste. (2)

§. V.

DE LA SENTENCIA, FIANZAS,
y remate de los bienes executados.

309 Vistos los autos por el Juez, puede absolver al reo executado, ó condenarle, ó recibir el pleito à prueba, segun lo que de ellos resulte, aunque la execucion fuese bien despachada. Si producen meritos para absolverle, porque probó plena, y concluyentemente sus legitimas excepciones en el término de la ley, y advierte que la execucion por accion personal despachada fue pedida maliciosamente, por no ser deudor, ha de revocarla; absolver en este caso solo de la paga, y demanda al executado; mandar se le desembarguen, y entreguen libremente los bienes que se le sequestraron, y asimismo condenar en todas las costas procesales, y decima al actor,

(1) Sr. Covar. Pract. capit. 16. n. 5. Menoch. dicha quest. 38. n. 8. Par la Praxi tom. 1. part. 4. capit. 4. Nulli, Cod. de Judic. Carlew. ibi, n. fin.

(2) Leyes 1. y 2. ff. de Quibus rebus ad eundem judic. eatur. ley Nulli, Cod. de Judic. Carlew. ibi, n. fin.

conocer, sino definir las, porque por el hecho de comisionarlos para su execucion, es visto cometerles tambien todo lo que concierne a ella, y sin lo qual no puede quedar expedita, ni perfecta. (1) Y de las que impugnan la sentencia, v. g. la de nulidad, restitution, &c. pueden conocer igualmente, y si advierten que son despreciables, proceder a su execucion; mas siendo legitimas, deben remitirlas bien instruidas al Juez requerido, para que las defina; pero no definir las por sí, (2) porque de hacerlo, se verificaria que el Juez menor, ó igual en jurisdiccion revocaba la sentencia del igual, ó mayor, y esto es opuesto a derecho: (3) bien que en aquel negocio, siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque sea igual. Lo qual se limita en caso que el Juez inferior imparta el brazo, y auxilio del superior para executar su sentencia, pues entonces como éste es mayor, puede (aunque suene requerido) conocer, y decidir la excepcion de nulidad, y conceder al menor la restitution contra la misma sentencia del requirente. (4)

307 En quanto el tercero poseedor, supuesto como verdadero, è indubitado que puede oponer sus excepciones ante el Juez requerido; y éste conocer de ellas. (5) Para resolver si tendrá, ó no facultad de definir las, se distinguen dos casos: El primero, quando alega que posee los bienes en que el Juez requerido trabó la execucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor, se opone a ella; en cuyo caso no solo puede conocer de esta excepcion, sino definirla, sin tener precision de remitirla al

(1) Arg. leg. Cui jurisdic. 2. ff. de Jurisdic. omni. judic. Bart. & DD. in dict. leg. A. Divo Pio, Carlew. tit. 3. disp. 17. dicha. n. 14. Señor Salg. de Rsg. part. 4. cap. 7. n. 39.

(2) Bart. Alex. y Jason en la ley A. Divo Pio, cit. Carlew. ibi, n. 15. Rodrig. de Execution. cap. 2. n. 40.

(3) Ley Nam Magistratus 4. ff. de Arbitr. y ley Ille, à quo 13. §. Tempus, ff. ad Trebellian. y capit.

Cum inferior 16. de Majorit. & obedi.

(4) Speculator. lib. 2. tit. de Execution. sentent. §. 2. n. 5. Alex. in leg. A. Divo Pio, n. 15. Menoch. quest. 38. cit. n. 19. Felin. in cap. Pastoralis, §. Quia vero, n. 17. vers. Secundo limita: de Offic. & potestat. judic. delegat.

(5) Menoch. de Arbitr. lib. 1. y quest. 38. cit.

al requirente; y la razon es, porque modifica la sentencia de éste, pero no la impugna, ni arguye de injusticia contra ella. (1)

308 Y el caso segundo es, quando la excepcion toca a la sentencia, y causa principal, v. g. si el tercero alega ser nula, ó el instrumento en cuya virtud se despachó la execucion; ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y en este caso puede el Juez requerido conocer de la oposicion, y excepcion, no para definirla, sino para instruir la, y estando instruida, remitirla al requirente, à efecto de que la defina, y pronuncie sobre ella como Juez, à quien legitimamente incumbe conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de éste. (2)

§. V.

DE LA SENTENCIA, FIANZAS,
y remate de los bienes executados.

309 Vistos los autos por el Juez, puede absolver al reo executado, ó condenarle, ó recibir el pleito à prueba, segun lo que de ellos resulte, aunque la execucion fuese bien despachada. Si producen meritos para absolverle, porque probó plena, y concluyentemente sus legitimas excepciones en el término de la ley, y advierte que la execucion por accion personal despachada fue pedida maliciosamente, por no ser deudor, ha de revocarla; absolver en este caso solo de la paga, y demanda al executado; mandar se le desembarguen, y entreguen libremente los bienes que se le sequestraron, y asimismo condenar en todas las costas procesales, y decima al actor,

(1) Sr. Covar. Pract. capit. 16. n. 5. Menoch. dicha quest. 38. n. 8. Par la Praxi tom. 1. part. 4. capit. 4. Nulli, Cod. de Judic. Carlew. ibi, n. fin.

(2) Leyes 1. y 2. ff. de Quibus rebus ad eundem judic. eatur. ley Nulli, Cod. de Judic. Carlew. ibi, n. fin.

pítulos, se deben executar los que favorecen al actor, si lo pretende; mas no, siendo conjuntos, pues entonces se ha de deferir á la apelacion de entrambos; y lo mismo procede en las causas ordinarias, y quando el reo no apela de la sentencia. (1) Pero es de advertir, que quando se recibe el pleito á prueba por no haber lugar á sentenciar la causa de remate, ó se absuelve al reo de la instancia, reservando al actor su derecho para la via ordinaria, debe éste reproducir los autos executivos en todo lo favorable en el término probatorio, aun quando en la demanda los haya reproducido, para que lo justificado en ellos le sirva de prueba, y no se alegue maliciosamente que no lo es, porque aunque á consecuencia de la reserva deben andar unidos por dimanar la accion ordinaria, ó demanda nueva, y ser secuela de la executiva, conviene la reproduccion en dicho termino para cortar todo motivo de cabilacion al executado, y mal pagador.

311 Depositando el reo dentro de las setenta y dos horas siguientes á la notificacion de estado parte de la cantidad, y consintiendo se entregue al acreedor; oponiendo al mismo tiempo la excepcion de tener satisfecho el resto, y probandola en el termino encargado; no hay para que sentenciar la causa de remate, porque éste ha de ser de bienes, cuyo valor se deba convertir en dinero, mas no del mismo dinero que no se vende: y así se declarará no haber lugar á proferir la sentencia, y mandará entregar el deposito al acreedor; y en quanto á lo demás se absolverá al reo, y no habrá condenacion de costas, si el actor protestó (como se acostumbra poner en los pedimentos de execucion) admitir en cuenta justas pagas, y no procedió de malicia, pues si pidió execucion por mas que lo que se le debia, y no hizo la protesta, debe pagar al Alguacil los derechos de lo que estaba ya pagado, segun la ley 8. tit. 21. lib. 4. Recop. y tambien la demasia con otro tanto, como lo manda la 9. siguiente.

312 Y si depositó fuera de las setenta y dos horas la

(1) Parador. lib. 2. cap. fin. par. 5. §. 12. n. 6. Boer. dicis. 73. y Bartol. 150.

cantidad porque se le executó, se le condenará en la decima respectiva, habiendo estilo de exigirla, y en las costas hasta allí causadas, y no mas, declarando no haber lugar al remate, y mandando entregar el deposito al acreedor; y la razon es; porque la decima es pena, y en el instante que espiraron los tres dias naturales, incurrió en ella el executado, se devengó, y adquirió derecho á percibirla el Alguacil, al qual no se debe quitar por concedersela la ley; y respecto haber sido moroso el deudor, y dado lugar no solo á que se le executase, sino á que cayese, es justo que la pague con las costas hasta allí causadas, pues las leyes 32. tit. 4. lib. 3. y 18. tit. 21. lib. 4. Recop. le condenan en los derechos del mandamiento ejecutivo, y salarios del camino, aunque pague inmediatamente que se le requiere con él, y el Juez carece de potestad para remitirselos, quitandoselos á sus legitimos dueños: lo qual he visto practicar á Juez literato de esta Corte, y como justo confirmarse.

313 Haciendo deposito el deudor dentro de veinte y quatro horas siguientes al requerimiento de la deuda por que se le executó, en persona lega, llana, y abonada, ante un Alcalde, ó por su ausencia ante un Regidor, queda libre de pagar la decima, y otro derecho de execucion, con tal que dentro de tercero dia despues de hecho el deposito, lo haga saber á su costa al acreedor, y no haya obligacion de hacer la paga en algun lugar particular; (1) y si dentro de ellas muestra contenta del acreedor, no está obligado á pagar decima, ni otro derecho de execucion; (2) Como en el n. 133. expuse.

314 Oponiendo el executado por accion Real, ó hipotecaria excepciones obstativas del progreso ejecutivo, y justificandolas en el término encargado, se sule declarar no haber lugar á sentenciar la causa de remate, y recibir el pleito á prueba por via de justificacion; y la razon es, porque aunque las excepciones enervaron la execucion, y por haberlas probado, debió ser condenado el executante en las costas, como quando la pide, maliciosamente por

(1) Ley 23. tit. 21. lib. 4. Recop. Tom. III.

(2) Ley 22. dicho tit. y lib.

accion personal, (si fue bien despachada, pues si no, debe serlo el Juez) al modo que el reo quando no prueba, pues el favor ha de ser reciproco à entrambos como correlativos en causa de una misma condicion, y naturaleza; pero no obstante, como en este juicio por ser sumario no se procede con aquel pleno conocimiento que en el ordinario, y el actor, especialmente si es heredero, ò cesionario del acreedor, pudo ignorar las excepciones: no tubo tiempo en los diez dias para probar contra ellas: y puede tal vez desvanecerlas, dandole mas término; por eso se recibe à prueba, à fin de no dexarle indefenso, ni perjudicarle, y entones muda el juicio su naturaleza, pasando de ejecutivo à ordinario; lo qual se entiende, cesante toda malicia en pedir la execucion.

315 Si el executado por accion personal no se opone à la execucion, ò aunque se oponga, si no prueba dentro de los diez dias la paga, ò excepcion que alegó, debe el Juez sentenciar la causa de remate, mandando continuarla por la cantidad principal, su decima, y costas procesales causadas, y que se causen hasta que el acreedor se reintegre efectivamente de todo lo que le toque, librando para ello (precedida tasacion de las costas, y por parte del executante la dacion de fianza que la ley de Toledo ordena, si quiere tomar su dinero antes que se executorie) el correspondiente mandamiento de pago con inclusion de lo que éstas importen. (1)

316 Pero sin embargo de que se oponga à la execucion, si alega que no puede probar dentro de los diez dias la excepcion que propuso, porque los testigos de que intenta valerse, existen fuera del Arzobispado, ò Obispado, se debe sentenciar la causa de remate, y dando previamente ambos litigantes en este caso la fianza que en el num. 291. explicaré, hacer pago al acreedor, no obstante que el reo apele, y la sentenciam se executorie antes de verificarse el pago; y la razon es, porque queda pendiente el juicio, y como en el término que se le señala puede probar su excepcion,

(1) Dicha ley 19. tit. 21. Rodrig. de Execution. cap. 6. n. 36. Parlador. dicha part. 5. §. 12. y sig.

cion, es justo asegure el recobro de lo que indebidamente satisfizo; tenga persona contra quien repetir, si el executante no se lo devuelve incontinenti, y no sea perjudicado, ni quede ilusorio, è ineficaz el juicio. Y dada, y hecho el pago, y no de otro modo, se ha de recibir el pleito à prueba, concediendole el Juez un mes para ello: si dice que están de Puertos allá dentro del Reyno, dos meses: y si que en Roma, Paris, Jerusalem, ò en otro lugar de igual distancia, seis; y en qualquiera de estos casos no solo debe expresar en donde viven los testigos, sino sus nombres, y apellidos, y jurar que no procede de malicia, pues así lo manda la referida ley 2. tit. 21. lib. 4. Recop. Y lo mismo procede, aunque ofrezca probar sus excepciones por otro medio, si no puede hacerlo en los diez dias, pues se debe practicar lo propio en todo, porque milita identidad de razon, y en ambos casos, concluso el juicio ejecutivo con el pago, se sigue luego el ordinario.

317 Están persuadidos muchos que en qualquier execucion ha de preceder solamente la fianza de la ley de Toledo; y ni aun distiguen en qué casos, cómo, ni por quién se ha de dar, lo qual no extraño, porque no lo habrán visto, ni los autores lo explicaron como debieron; y para que depongan este equivocado concepto, debo sentar como incontrovertible, que para executar la sentenciam de remate dada en primera instancia, ha de intervenir previa, è indispensablemente una de dos fianzas, à saber: de la ley de Toledo, que es la 2. citada, ò de las de Madrid. La de la de Toledo en dos casos, en el uno ha de darla el acreedor solo, y en el otro éste, y el deudor juntamente. Si la execucion se despachó en virtud de escritura de préstamo, fianza, depósito, censo, arrendamiento, ò otra que no sea de transacion, ò en virtud de confesion de la parte, ò de executoria, ò de sentenciam que no sea arbitraria, ni confirmatoria de pareceres conformes de contadores, y el reo no se opuso, ò aunque se haya opuesto, no probó dentro de los diez dias excepcion legitima, que impida el progreso de la via executiva, ha de darla el actor solo, y su fiador obligarse: *A que si la sentenciam se revocare, ò modificare por Tribunal superior, bolverá el acreedor al deudor*

la cantidad que en su virtud perciba con el duplo por pena en nombre de interés, conforme à la ley de Toledo: y no lo cumpliendo, y verificada la excusion en sus bienes, lo cumplirá el como su fiador, &c. pues aunque la expresada ley no habla del caso de révocacion: como no hay otro à que contraerlo, ni en que se verifique, quando el reo no se opuso, ò habiéndose opuesto, no probó, ni alegó lo que se dirá en el número siguiente, y la fianza es necesaria en todo evento para poder executar la sentencia que no está executoriada, ni pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo que puede revocarse: se entiende por todos los autores, y debe entender, y concretar à él, y así se practica.

318. Y si se opone, y quiere probar por testigos, pero alega que estos existen en los parages mencionados en el num. 316. (como quiera que debe ser condenado à pagar incontinenti, y reservarse su derecho para que use de él como le convenga, pues la mera proposicion de la excepcion, ni la alegacion, y prueba de que los testigos existen fuera del Pueblo, no impiden el curso de la execucion) ni convierten el pleito executivo en ordinario, iate-
rin no se verifique el pago, ni tampoco mudan, ni destruyen su naturaleza) han de dar fianza simple, no solo el acreedor, sino el deudor, obligandose el fiador del acreedor, à que si el deudor probare la paga, ò excepcion que alega, con los testigos que prepare, le bolverá el mismo acreedor lo que satisficere, con el doblo por pena en nombre de interés: y en su defecto lo hará él como su fiador, &c. y el del deudor se ha de obligar, à que si éste no la probare en el término que se le conceda, pagará en pena otro tanto como lo que pagó: (1) y en la sentencia se debe mandar à entrambos que la den, lo qual tendrá presente el Escribano: pues porque el actor, y reo son correlativos, deben sufrir el gravamen con igualdad; (2) bien que la pena del duplo en ningun caso se practica, ni exige.

Lo

(1) Par. tom. 1. part. 4. cap. 7. n. 16.

(2) Ley 15. tit. 17. Partid. 3.

Carlov. tit. 2. disp. 8. n. 17. Rodrig. de Execucion. cap. 6. n. 42. al 44.

319. Lo explicado en los dos números últimos es arreglado à la misma ley 2. hecha en Toledo, que inserté en el capítulo 4. de mi primera parte, §. 5. num. 137. y así como los casos son diversos, así tambien se reparte la pena, y constituye la fianza de distinto modo, pues en el primero es toda para el deudor, por lo que à su favor, y no al de otro se constituye la fianza: y en el segundo la que el deudor se impone por no probar, no es para el acreedor integramente, sino la mitad, y por eso no se obliga à devolverle lo que perciba, sino à pagar en pena otro tanto como lo que pagó; segun claramente se praebe de la citada ley, que hablando de la fianza que el acreedor solo constituye, dice: *Dando el tal mercader, ò acreedor luego fianzas, que si el deudor probare la paga, ò otra excepcion que le pueda excusar, que le tornará lo que así pagare con el doblo por pena en nombre de interesse:* y hablando de la del deudor, prosigue: *Y el reo asimismo de fianzas que si no lo probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó: la qual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte contra quien maliciosa, è injustamente se alegó la tal paga, y la otra mitad para reparar de los muros, ò para otras cosas pias, ò públicas donde el Juez viere que es mas necesario:* lo que tendrá presente el Escribano, pues pocos lo saben, porque no han visto la ley, ò no se han detenido à examinarla, y se gobiernan solamente por lo que por iguales motivos dicen los autores.

320. Si la execucion se despachó en virtud de sentencia arbitraria, solo el que la pidió debe dar fianza, y esta no ha de ser la de la ley de Toledo, como algunos tienen creído, sino la que prescribe la de Madrid, que es la 4. tit. 21. lib. 4. Recop. y al medio dice: *Por ende queriendo en ello proveer, y provyendo, mandamos que luego que la tal sentencia arbitraria fuere dada, de que la parte pidiere execucion, se execute libremente, pareciendo, y presentandose el compromiso, y sentencia signada del Escribano publico, y pareciendo que fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas sobre que fue comprometido; y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion, y dando fian-*

zas

nas llanas, y abonadas ante el Juez, ó Jueces ante quien se pidieren, ó oviere de executar la sentencia, de tornar, y restituir lo que hubiere rescibido por virtud de la tal sentencia; con los frutos, y rentas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada: Y lo mismo procede quando la execucion se despacha en virtud de transacion, como lo ordena dicha ley al fin, ibi: *Y eso mismo mandamos que se haga, y se execute en las transacciones que fueren hechas antes de Escrivano publico*; y por ella se ha de obligar el fiador: *A que si la sentencia de remate fuere revocada por el Tribunal superior, volverá el acreedor al deudor no solo la cantidad por que se despachó la execucion, sino los frutos, y rentas que hubiere percibido; y en su defecto lo cumplirá él como su fiador*, &c. lo qual he visto declarado por el Consejo, revocando la sentencia de un Juez comisionado, que sin hacerse cargo de la diferencia de casos, mandó constituir la de Toledo, y no quiso reponer esta providencia; y se corrobora por la ley 19. del propio tit. y lib. creada posteriormente por el Señor Rey Don Felipe Segundo, que teniendo presentes las anteriores citadas, y la diversidad de fianzas que mandan constituir, dice al fin: *Y no haciendo la dicha oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el Juez hacer remate, y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide la execucion, que la ley de Toledo, y las otras leyes de estos Reynos disponen, y haga remate, y pago sin embargo de qualquiera apelacion*.

321. La misma fianza debe dar el acreedor, quando el deudor apeló de la sentencia confirmatoria de pareceres conformes de los Contadores nombrados por las partes, ó de oficio por la Justicia en rebeldia de la una, pues así lo manda la ley 24. del citado tit. y lib. creada tambien por el referido Señor Rey en las Cortes celebradas en esta Villa, y el Auto primero de él, cuyas fianzas tengo explicadas en los números 137. al 140. y extendidas en los 183. y 184. del cap. 4. de mi primera parte, por lo que las omitiré en éste, y se deben especificar en las sentencias, para evitar dudas, y recursos, pues como es infinito el número de los que quieren saber, sin tener el trabajo de es-

tu-

tudiar, creen que en toda execucion se debe dar solemnemente la fianza de la ley de Toledo, y ni aun disciernen los casos de ella.

322. Son tan precisas respectivamente las expresadas fianzas, para poner en execucion la sentencia de remate dada en primera instancia, ya esté, ó no apelada, que sin que precedan, aunque el acreedor sea rico, y el executado no las pida, ni se oponga, ni apele, no se puede llevar ésta á debido efecto, porque segun las leyes se requieren por forma substancial aquellas, (1) quando el executante quiere tomar su dinero antes que se executorie la sentencia; y así el Juez debe mandarlas dar de oficio, y de lo contrario es de su cuenta el riesgo que resulte. Y dándolas el executante, se ha de executar, sin embargo de qualquiera apelacion que de ella interponga el executado, (2) porque ésta no causa efecto suspensivo de la jurisdiccion del Juez que la profirió, sino debolutivo á su superior; excepto en esta Corte, en la qual como existe la superioridad, si el deudor requiere con el Decreto de mejora á los Ministros executores, y Escrivano originario, se suspende la execucion hasta que confirma, ó revoca la sentencia; y si no requiere, se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza. Tambien se debe dar fianza de restituir la cantidad principal con frutos en los casos de segunda suplicacion de la real persona para executar dos sentencias conformes, sin embargo de la segunda suplicacion, cuya fianza debe ser á satisfaccion de los Jueces de quienes se suplicare, como lo manda la ley 15. tit. 20. lib. 4. Recop. establecida igualmente en Madrid por el mismo Señor Rey.

323. Pero en dos casos concibo que el executante no debe afianzar, ni tampoco constituir por sí obligacion de restituir lo que perciba. El uno; quando hace que se noti-

fi-

(1) Sr. Salg. de Reg. part. 2. c. 1. n. 113. y 181. part. 3. cap. 3. n. 6. y 7. y cap. 4. y part. 1. Labri. cap. 6. n. 62. Rodrig. dicho cap. 6. n. 47. al 43. Parador. dicha part. 5. §. 14.

n. 1. al 4. Sr. Covarr. Pract. cap. 25. al fin. Accev. en la ley 1. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 25.

(2) Ley 3. tit. 21. lib. 4. Recop.

figue la sentencia de remate al executado, y por no haber apelado éste de ella, pide aquel (pasado el término de introducir la apelacion) que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se declara antes que perciba su crédito. El otro, quando no propuso, ni alegó el executado lo que en el número 289. queda explicado, y apeló de la sentencia, la que se confirmó en vista, y revista: ó si se confirmó en vista, y suplicó de ella, no se le admitió la súplica, por lo que se mandó llevar á debido efecto, que es lo mismo que confirmarla. En cuyos dos casos, (que los Autores omitieron tocar) ni se le deben pedir fianzas, ni aunque se le pidan, está obligado á darlas, ni á otorgar la obligacion referida: lo primero, porque el juicio sobre el pago se concluyó enteramente, y no ha de haber otro que lo revoque, por ser irremediable como cosa juzgada que se estima verdadera, ni por consiguiente resultas algunas; por la que no interviene el motivo, ni temor, que quando el acreedor toma el dinero antes de executarse la sentencia. Lo segundo, porque la obligacion de fianzar que le impone la ley, no es perpetua, sino condicional, temporal, ó interina, precautiva, y preservativa, y su objeto se dirige á que si quiere percibir su crédito antes de executarse la sentencia, no quede ilusorio el juicio, ni el executado sin seguridad para recobrar lo que indebidamente le pagó en virtud de sentencia injusta, en caso de revocarse, ó modificarse, segun puede suceder; y como estando executada cesa la injusticia que se le atribuyó, y el motivo de dar la fianza, cesa por consiguiente el precepto legal; y el decir lo contrario, es no entender su espíritu, ampliar su disposicion á casos de que no trata, ni pensó tratar, y confundirlos todos, lo qual es absurdo notable. Lo tercero, porque aunque por la invencion de nuevos instrumentos demande el executado al executante, usando de la accion *revocatoria*, ha de ser en via ordinaria, y ésta no se debe principiar por embargo, fianza, ni intervencion, sino en los seis casos de la ley, que explicó en el capítulo primero de este libro, num. 125; y lo mismo procede, si intenta el recurso de injusticia notoria de las sentencias, ú otro

ex-

extraordinario, aunque obtenga en ellos, pues no se debe estender la ley sino á los ordinarios de que habla. Lo quarto, porque de obligarle á fianzar, ó á constituir la obligacion mencionada, se le coartaba, y á su fiador eternamente el libre uso de sus respectivos bienes, que nadie querria comprarles, por el gravamen á que estaban afectos, é hipotecados, pues como sobre lo juzgado, y executoriado no debe haber juicio, nunca se verificaria verse libres de aquella responsabilidad, en lo que les irrogaba dextrimento irreparable, que resisten las leyes, y la razon. Y lo quinto, porque ademas de que lo odioso se debe restringir, y lo propio ampliar; seria debilitar, y poner en duda el executante su derecho, teniendolo claro, expedito, é incontrastable con la executoria, y confesar tácitamente en algun modo, y dar al executado el de que estaba destituido: no se podrian executar las sentencias de remate, porque no hallarian los acreedores quien á tanta costa los fiasse, ni por consiguiente cobrarian lo que en justicia, y en conciencia se les debia: sacarian ventajas, y utilidad de su mrosidad, y mala fé los deudores; y los acreedores perjuicio de su bondad, franqueza, y liberalidad: y por este medio indirecto se impediria la sociedad, y comercio, y el hacer bien unos hombres á otros, lo que estan muy lejos de apetecer las leyes. Por cuyas razones ninguna duda me queda (*quidquid stulti sentiant*) de que en los dos casos propuestos debe el Juez mandar entregar libremente al acreedor su dinero, sin constituir obligacion, ni fianza, ni por mandarlo quedar responsable; pues si el executado se opusiere á su entrega, podrá acudir el executante al Tribunal superior, ó á la Real Persona, para que así lo declare en caso necesario; pero en los expresados en los num. 283. y 289. debe fianzar, sin embargo de que la sentencia se confirme, porque queda pendiente el juicio, y puede revocarse el pago, lo qual no sucede en los otros dos. Se advierte, que si el fiador se obliga limitadamente á bolver el dinero en el caso solo de que la sentencia se revoque por tal Juez, ó en tal instancia (nombrandolo) no quedará obligado, revocandose en otra instancia

tancia; ó por Juez diverso del que señaló: (1) Y que si en concurso de acreedores se mandase hacer, è hiciese pago baxo de dicha fianza al que pidió primero la execucion; se apela de la sentencia de remate; y en la segunda instancia se revocase, ó confirmase; con la calidad de que en primer lugar fuere pagado; no el que ya lo estaba, sino otro, alterandose la sentencia en la forma de la graduacion, y pagas; no estará obligado tampoco el fiador dado por el primer executante à satisfacer cosa alguna, aunque este fiaya consumido el dinero que percibió; porque según la ley, su obligacion se circunscribió al caso en que el executado probase la paga, ó excepcion alegada; y por esta probanza se revocase la sentencia de remate, mas no se amplió al presente, que es muy distinto de el de la ley, y de el en que quiso quedar obligado; (2) y asi no se debe estender su obligacion à los de que no habla. (3)

324 Lo explicado en el num. 322 se limita en dos casos: el primero, quando un tercero apela legitimamente de la sentencia, pues no se debe executar en quanto à él, hasta que se confirme; y el segundo, quando ésta es evidentemente injusta, y su injusticia consta de los mismos autos; y no de otra suerte, pues entonces del gravamen, y perjuicio que irroga al executado la injusticia notoria que de ellos aparece, puede apelar, y no la debe executar el Juez que la profirió, hasta que se executorie por el superior, porque lo que de hecho y no conforme à derecho se practica, debe rescindirse por el mismo hecho: pero si la injusticia no consta de los autos, no debe ser oido el apelante, aunque quiera probarla antes de pagar, sino hacer el pago, y usar luego de su derecho. (4)

Se

(1) Arg. leg. Cum apud ff. de Judicant. solvi. & ibi Bart. & DD. Parador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 14. n. 13.

(2) Villadieg. en su Poit. cap. 2. de la Instruccion, §. Sentencia, numero. 118. vers. T en caso que: T porgas:.

(3) Ley Quod vero, ff. de Legib.

ley Principimos, §. fin. Cod. de Appellat. Authent. Quas actiones, & ibi Bart. & Rip. n. 17. Cod. de Sacrosanct. Eccles.

(4) Ley 1. §. Si mulier ventria; y ley Minor, ff. de Evictione Bald. y Jason, en la Si pacto, Cod. de Pact. Acev. en la 19. tit. 21. lib. 4. n. 149. Rodrig. dicho cap. 6. n. 52. Parador.

325 Se debe executar igualmente la sentencia de remate, aunque se alegue nulidad de ella, precediendo las citadas fianzas; (1) à menos que ésta provenga de falta de jurisdiccion, citacion; ò otra notoria resultante de los mismos autos, pues entonces se ha de poner en execucion la sentencia, porque estas nulidades, como tan substanciales, claras, y visibles, no se comprehenden en la exclusion general. (2)

326 No produce excepcion de cosa juzgada para el juicio ordinario la sentencia proferida en el ejecutivo, y en otros sumarios, como he sentado en el num. 258. porque no interviene aquel pleno, y prolijo examen, indagacion, y requisitos que prescribe el derecho, para que se eleve à la esfera de tal, y surta sus efectos; (3) y asi, aunque el executado no apele de ella, como de su taciturnidad no se prueba su consentimiento; (4) le queda siempre salvo, è ileso su derecho, para usar de él en la via ordinaria segun le convenga, lo qual es incontrovertible en la práctica; por lo que los Jueces lo reservan muchas veces à las partes en la sentencia de remate, cuya reserva sin embargo de no darles nuevo derecho, conserva el que tienen; (5) ò declaran no haber lugar à ésta, y reciben el pleito à prueba.

327 Dada alguna de las fianzas expresadas, y tasadas las costas procesales con arreglo al Real Arancel, se requiere al deudor con el mandamiento de pago, para que lo haga al acreedor asi de éstas, como de la cantidad por que se le executó; y no entregando su total importe, se requiere, y apremia al depositario à que manifieste los bienes.

Cor. lib. 2. y part. 5. dicha, §. 15. num. 2. al 7. Gutierr. lib. 1. Pract. quest. 119.

(1) Dicha ley 3. tit. 21. lib. 4. y en ella Acev. n. 7.

(2) Rodrig. dicho num. 52. vers. Et qua vero: Gutierr. lib. 1. Pract. quest. 96. num. 57. y sig. Sr. Covarr. Pract. cap. 15. n. 5. y cap. 23. n. 6. Sr. Salg. de Reg. part. 3. cap. 9.

(3) Nogherol. alleg. 7. num. 61.

Acev. en dicha ley 2. num. 206. y fin. tit. 21. lib. 4. Recop. Rodrig. cap. 6. tit. num. 27. Parador. lib. y cas. dichos, part. 5. §. 11. num. 52. y §. 12. n. 4. y 5.

(4) Ley Qui tacet. ff. de Regul. jur. cap. Qui tacet, cod. tit. in 6. y regla 23. tit. 34. partid. 7.

(5) Angel, y Jason en la ley Si quis legaverit, ff. de Leg. 1.

bienes en él depositados, à cuya venta se debe proceder à instancia del acreedor, precedida su valuacion por Peritos, que éste, y el mismo deudor, ò el Juez de oficio en rebeldía del contumáz eligen: y hecha la tasacion con citacion de ambos baxo de juramento, à que pueden presenciar, (pero no à la declaracion que hagan, ni à la del tercero que por su discordia nombre el Juez, ò de su mandato los interesados, en la forma que expusè en el lib. 1. cap. 1. §. 3. de esta segunda parte,) se debe dar quarto pregon, mencionando en él los bienes, y sus precios, y apercibiendo el remate en el mejor postor, ò comprador; (1) y no habiendo Pregonero, y aunque lo haya, fijar cédulas en los sitios públicos, señalando en ellas el dia, y hora en que se han de rematar, extendiendo en los autos la cédula, ò cédulas originales, de que deben ser copias las que se fijen; y à su continuacion en diligencia separada, la fé de fijacion con expresion del dia, y parages; y si el deudor se ausenta, se le nombra defensor, con quien precedida su obligacion, fianza, y discernimiento, se substancia la venta, y remate de los bienes executados; de lo qual se instruirá mejor el principiante por las diligencias que estenderé en el §. final de este capitulo, y notas que las subseguirán.

328. Se debe celebrar el remate, y adjudicacion en el lugar del juicio, y en la forma en él acostumbrada; y (siendo preciso, y posible) hacerse en el parage en que existen los bienes, para que viendolos los concurrentes, se inclinen à comprarlos; y de lo contrario es nulo. (2) Se han de admitir todas las pujas, ò mejoras que se hagan: pòder por escrito quiénes son los compradores, y las alhajas compradas, con el dia, mes, y año de su respectiva venta; (3) y expresar que fueron los que mas dieron por ellas.

(1) Rodrig. ibi, num. 27. Sr. Covar. lib. 3. Var. cap. 13. num. 5. vers. *Nota consuetudo*; & ibi Paria, n. 26. al 27. Otero, de Ofic. Republic. cap. 21. num. 10. Bas, Theat. jur. part. 1. esp. 43. num. 27.
(2) Ley 37. tit. 26. Partid. 2. &

ibi glos. Avendaño in Dictionar. verb. *Almoneda*; Paz, part. 4. cap. 3. num. 43. y esp. 7. num. 31.
(3) Leyes 33. y fin. tit. 26. Partid. 2. Parlador lib. y esp. dichos. §. 13. n. 9. Rodrig. n. 37. cit.

ellas; y siendo la venta, ò almoneda de bienes muebles, y semovientes, se ha de depositar diariamente su productò en la persona que destine el Juez, y estenderse cada dia la diligencia de los que se vendan, haciendo que la firme el depositario. Advirtiéndole que el Juez no puede ofrecer *Prometido*, para que suban las posturas, porque ninguna ley le concede esta facultad, como se permite à otros que expresa *Parlador. lib. 2. cap. fin. §. 13. n. 3. al 8.* y son: los Contadores mayores de la Real Hacienda: el que vende sus bienes: los Herederos que venden los de su causante para pagar sus deudas: los Rectores de las Ciudades: los que tienen la libre, y general administracion de algunos bienes, y los venden: los Tutores, y Curadores, si proceden de buena fé: y los Testamentarios executores, y cumplidores de la voluntad del difunto; pero bien puede reiterar la subasta, conceder nuevo término, y prorrogar, mas no disminuir el señalado, y no aprobar el remate por dolo, fraude, ò otra causa justa que para su inaprobacion intervenga. (1)

329. En las posturas, y pujas, ò mejoras se debe proceder con total, y absoluta libertad, pues si se comete fraude, ò impide hacer las pujas, compete por este hecho accion de dolo al deudor contra los perpetradores, porque cede en detrimento suyo. (2) Y para evitar que se alegue lesion en mas, ò menos de la mitad del justo precio, no se ha de admitir la primera postura, sino excede de las dos terceras partes de la tasa, como se observa en esta Corte en la venta judicial de bienes raíces, y aun de algunos muebles: cuya postura se debe comunicar al deudor, y acreedores, y las pujas à éstos, al deudor, acreedores, y anteriores postores, à fin de que les conste, expongan lo que les convenga, ò usen de la accion que les compete. Previendo lo primero, que si el postor, y pujante no son abonados, no se les debe admitir, excepto que otro los abo-

(1) Bart. in leg. *Etsi tempore*, Cod. de Fide Instrum. & jure baste fiscal. Peregrin. de Jure fisci, lib. 6. tit. 4. n. 5. Hermosill. tom. 2. tit. 5. glos. 1. in leg. 52. n. 14. Gutierrez de Tom. III.

Gabell. quest. 162. y 166.
(2) Ley Eum qui, §. 1. ff. de la diem addition. y ley 3. ff. de Crimin. stellonat. Parlador. dicho §. 13. n. 2.

abone, à fin de que si se remata en ellos la alhaja, haya contra quien repetir para el cumplimiento de la postura: y lo segundo, que ésta, y las pujas se han de hacer à pagar en dinero efectivo, y no en otra cosa, ni condicionalmente, porque es para reintegrar à los acreedores de sus créditos; y no haciéndose así, son nulas, y no admisibles, excepto que éstos las consientan: ó que haya costumbre de practicarse de esta suerte: ó que el executante compre como extraño la alhaja, ó finca, con pacto de compensar su débito con el precio, ó parte de éste, y depositar el residuo, pues en estos casos valdrá. (1)

330 Aunque segun derecho (2) se debe celebrar el remate judicial en el mayor postor: no obstante, si otro hace postura en menor precio, pero con mejor condicion, y utilidad, se ha de efectuar en éste. (3) Si hay dos totalmente iguales, en el primero: y si se admite la postura del segundo, y no de otra suerte, queda libre el otro de la suya; (4) excepto en Reatas Reales, en las quales ya se admita, ó no, subsisten todos gradual, y subsidiariamente obligados por su postura respectiva, y por insolvencia de los unos se puede repetir contra los otros. (5)

331 Si despues de rematados en un extraño los bienes patrimoniales executados, intentare retraerlos, ó tantearlos dentro del término legal algún pariente del deudor, debe ser preferido en iguales términos, con tal que practique precisamente lo que tengo explicado en el cap. 7. de mi primera parte, §. 5. pero el acreedor lo será al pariente, haciendo lo que éste, como se prueba de la ley 16. ff. de Reb. aut. poritar. judic. possid. ind. (que en la vulgata empieza el titulo: de Privileg. credit.) y dice: *Cum bona veniunt*

(1) Hermosill. tom. 2. en la ley 52. cit. glos. 7. num. 6. al 9. y otros que cita.

(2) Ley Penes Iltm 4. Cod. de Vestigalib. & campis. y ley 52. tit. 5. Partid. 5.

(3) Ley Sabine 9. y sig. y ley Si venditor. 14. ff. de to. dism. addic. tim. y ley Si Publicanus 4. §. 1. ff. de Publican. Bart. in leg. Si tempora,

num. 4. Cod. de Fide instrumentor. Parlador. dicho §. 13. y n. 9.

(4) Poth. de Subst. in post. 35. n. 42. y sig. Paria or. disson. 75. n. 7. y 9. Hermosill. en dicha ley 52. tit. 5. Partid. 5. glos. 7. num. 31. al 33.

(5) Leyes 7. hasta la 15. tit. 11. y leyes 8. hasta la 11. tit. 22. lib. 9. Recop.

neunt debitoris, in comparationem extranei, & ejus, qui creditor, cognatusve sit, potior habetur creditor, cognatusve: magis tamen creditor quam cognatus: & inter creditores potioris, cui major pecunia debetur. Y mucho mas si intervino pacto, y consentimiento expreso del dueño, y el acreedor tiene hipoteca en ellos como el censalista. (1) Bien que Parlador. *different.* 109. §. 1. n. 2. dice que esta ley se debe entender en los bienes que no son patrimoniales, porque en los que lo son, es preferido el pariente al acreedor, segun la 70. de Toro; pero ni ésta, ni otra alguna de Toro de las que tratan del retracto, hablan de este caso, por cuyo silencio es visto haberlo dexado en la disposicion del Derecho Comun, pues el acreedor tiene derecho à la alhaja por su desembolso, y el pariente por la mera concesion legal, y así aquel debe preferir à éste, practicando lo que en quanto al retracto de consanguinidad, y comunion prescribe nuestro Derecho, y expliqué en dicho cap. 7. de mi primera parte adicionada. Y se previene, que en el arrendamiento de Rentas Reales son preferidos los naturales de estos Reynos à los extrangeros. (2)

332 Celebrado el remate de los bienes executados con la justificacion, y solemnidad legal, y aceptado por el postor, segun se debe practicar, no se puede abrir, ni por consiguiente admitir puja, pues queda tan firme, è indisoluble, como si el mismo dueño de la cosa rematada lo efectuára por contrato, porque el Juez hace sus veces, y el Derecho le autoriza para ello, y para otorgar en su nombre la venta; (3) y así puede ser compelido el postor por prision, via executiva, y todo rigor legal à cumplir la postura que hizo, y la obligacion que contrajo, (4) y à aprontar el precio liquido en dinero, y no en censo, réditos, ni

(1) Bart. en la ley 16. inserta. Parlador. dicho §. 13. num. 10. Hermosill. lib. 1. num. 16. al fin. Rodrig. cap. 6. y n. 37. cit.

(2) Ley 11. que es la final, tit. 10. lib. 9. Recop.

(3) Ley 22. tit. 2. Partid. 5. ley Si ob causam, Cod. y ley Si plus, §.

Mota, ff. de Eviction. y ley 1. Cod. Si in causa judicati.

(4) Ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. Amat. Var. resolut. 38. num. 4. Sr. Saig. part. 3. Labir. cap. 2. num. 157. Sr. Castell. decis. y n. 6. Parlador lib. 2. cap. fin. part. 1. §. 12. sup. plit. 3. n. 22.

otra cosa, porque es para la satisfaccion de acreedores, (1) y como tal debe ser efectivo el pago en especie de dinero.

333 En Rentas Reales se debe admitir la puja del diezmo, ó medio diezmo, y no menos, haciendose precisamente dentro de los quince dias inmediatos siguientes al del remate; y la del quarto dentro de tres meses: (2) de suerte que en estas Rentas se deben considerar tres especies de posturas, ó pujas: la primera la ordinaria, ó comun, y las siguientes hasta el primer remate: la segunda, dentro de los quince dias siguientes á éste, que ha de ser precisamente del diezmo entero, ó medio diezmo del todo en que la renta está puesta: y la tercera ha de ser del quarto de todo el valor, sin descontar prometidos, y hacerse dentro de tres meses siguientes al segundo remate; de cuyo privilegio nadie mas goza, aunque sea menor de 25. años, ó le compeña el beneficio de menor edad, por estar concedido solamente al Fisco: bien que en las de los Señores (que son los *Grandes*) si se arriendan con la condicion de las Reales, se puede abrir, y no de otra suerte. (3)

334 Sin embargo de no concederse por derecho el privilegio de abrir el remate á los que gozan de el de menor edad: (4) pero sí el de restitucion por derecho especial; por lo que pidiendola los menores dentro de los quatro años primeros siguientes á los veinte y cinco de su edad, è interviniedo causa grave, y no de otra suerte, v. g. si les es muy util la mejora, de modo que llegue á la sexta parte del valor en que se remató la alhaja: ó hubo lesion, dolo, ó malicia en el remate, ó fue sido hecho intempestivamente, se ha de admitir una vez, y no mas á arbitrio del juez; y tambien al Fisco, Comunidades, y demás cuerpos privilegiados, si la pretenden dentro de otros quatro, contados desde el dia en que el remate se celebró. Lo qual se entiende, excepto que la lesion sea enorme, ó enormisima, pues

(1) Ley A Divo Pio 15. §. Sed al. Auctor. ff. de Re iudicat. Menoch. de Aquir. cas. 381. num. 19. y 20. Giurb. de iur. 93 n. 1. Parlador. d. l. cba. §. re. y amplicat. 3. n. 22.

(2) El tit. 13 lib. 9. Recop.

(3) Avendañ. in cap. Prestor.

cap. 12. n. 27. Sr. Silv. part. 1. Labor. cap. 2. num. 5. Posth. inspect. 35. d. l. cba. Parlador. §. 13. cit. n. 17.

(4) Ley Licitus 21. §. fin. ff. ad Municipalem, y ley Si sine noxia 1. Cod. de Vendend. reb. Civitat.

pues entonces estos tienen treinta de término. (1) Y se previene que la restitucion por los motivos de dolo, lesion, malicia, ó falta de solemnidad en el remate, ha de ser con frutos, porque fue nulo, y no dió título al licitador para adquirirlos.

335 No solo está concedido el privilegio de restitucion á los menores de veinte y cinco años, y demás que gozan del beneficio de menor edad, sino tambien á los ausentes en romería, al ocupado en servicio del Rey, ó de la Republica, ó en estudio, aunque sean mayores, y al cautivo, con tal que la pidan durante la ausencia, ó impedimento, ó dentro de los quatro años siguientes al dia en que éste cesó, y justifiquen la lesion, dolo, ó malicia, y no de otra suerte.

336 La puja que por via de restitucion se admita despues del remate, se debe hacer saber al sujeto en quien estaba celebrado, por si quiere los bienes rematados, porque es preferido por el tanto al pujante; y si no los quisiere, se han de bolver á la almoneda, y rematarse en el mayor postor; (3) pero ya los tome, ó se haga segundo remate en el pujante, no se ha de admitir otra, aunque se intente nuevamente por via de restitucion, porque ésta no se concede mas que una vez: bien que esto se ha hecho arbitrario en los Jueces, pues aunque el deudor sea mayor, y no haya lesion, admiten pujas, si ven que de ellas le resulta utilidad, ó á los acreedores, ó hay otra causa justa, fundandose en que no está perfecto el contrato, por no haberse entregado la alhaja, ni su precio, ni tampoco irrogarse perjuicio al postor; acerca de lo qual vease al Sr. Salgado *Laber. creditor. part. 2. cap. 2. n. 33.*

337 Ya esté presente, ó no el postor quando se celebra

(1) Leyes 5. 8. 9. y 10. tit. 19. Partid. 6. y ley Alt. preror 7. §. Et si sine 6. y §. Quisquam est. 8. ff. de Minorib. Parlador. lib. 1. num. 18. al 20. Rodrig. dicho cap. 6. num. 57. y 58. Sr. Covar. lib. 2. Var. cap. 30. n. 11. & ibi Farla. num. 54. Gutierrez. lib. 1. Pract. quest. 38. per tot.

(2) Ley 47. tit. 13. Partid. 5. y leyes 8. y 9. tit. 19. Partid. 6.

(3) Ley 26. tit. 5. Partid. 6. 1. ley penult. Cod. de Location. praedior. civil. Sr. Gregor. Lop. en la 5. tit. 19. Partid. 6. glo. 3. cerca del fin. Arce. en la ley 2. tit. 1. lib. 2. Recop. p. 16. Gutier. lib. 2. Pract. quest. 38. n. 6.

bra el remate, (pues de ambos modos se puede celebrar) debe aceptarlo, y obligarse á su cumplimiento. Despues de aceptado, se ha de conferir traslado de él al deudor, y acreedores; y si nada dicen dentro de tercero día, les ha de acusar la rebeldía el mismo postor, y pedir se apruebe, y mande liquidar las cargas de la cosa vendida, para en su vista depositar lo líquido, y que á este fin se notifique, y apremie al deudor á que incontinenti ponga en el oficio originario los títulos de ella, á todo lo qual debe deferir el Juez. Pero en esta Corte se estila mandar que antes de proceder á la liquidacion de cargas, se dé cuenta del remate á los Señores del Concejo, quienes, ó lo aprueban, ó mandan que la alhaja rematada se vuelva á pregonar por ocho, ó quince dias mas; se admitan las mejoras que se hagan; y habiendolas, se vuelva á señalar día para el ultimo remate, de el que se les vuelva á dar cuenta para su confirmacion; y por si no las hay, suelen confirmar el primero en este caso. Hecha la liquidacion, y aprobada con audiencia del deudor, acreedores, y postor, y no de otra suerte, (pues se les ha de hacer saber) deposita éste el precio líquido, pide posesion de lo que compró, la que se le manda dar, y luego procede el Juez á otorgar á su favor en nombre del deudor venta judicial, y se le entregan sus títulos con copia de la venta: de cuyas diligencias se instruirá el Escribano en el §. final de este capítulo.

338. Con el precio de la alhaja vendida se ha de hacer pago al acreedor de su crédito, y de las costas de la execucion, pregonos, remate, venta, y demás; excepto que el comprador en su postura se haya cargado con la satisfaccion de los derechos; y no alcanzando su total solucion, dirigirse el mandamiento de pago, no solo contra los demás bienes que tenga, sino contra los del fiador de saneamiento, y su persona, pues puede ser encarcelada, y en defecto de ellos compelido á cumplir lo que prometió, como se prueba de la ley 5. tit. 27. Pard. 3. que dice; *E si la sentencia fuese dada contra el demandado en razon de alguna cosa que debiese hacer, debelo apremiar á que lo haga,*

asi

asi como fue puesto, ó lo prometió: (1) bien que no se debe molestar á éste hasta que se verifique la excusion en los de aquel, al qual se embargan, y venden con igual solemnidad los necesarios al complemento de todo. Y se previene, que si el fiador paga por el deudor principal, le compete con el lasto del acreedor accion executiva contra él ante el propio Juez por la cantidad que satisfizo, y por las costas, y daños. (2)

339. El comprador de la alhaja subastada queda libre de las molestias del deudor, del mismo modo que si éste otorgara voluntariamente la venta á su favor. Lo qual procede, no interviniendo en ella lesion enorme, ó enormísima, pues si hace ver que la hay, puede impetrar del Juez que la rescinda, bolviendose á pregonar la alhaja, entregandola al que mas dé, si el comprador no la quiere por el tanto, y á éste el precio que por ella desembolsó, aun quando la primera subasta esté confirmada por el superior. Y lo mismo puede pretender qualquiera acreedor, si de otra suerte no se reintega de su crédito, ó el postor no quiere pagar el precio ofrecido; y aun lo puede hacer tambien el acreedor posterior contra la adjudicacion de ella hecha al anterior, en caso de intervenir lesion. (3)

340. Queda libre igualmente de las de los acreedores que comparecieron en el concurso, y á cuya instancia se vendió en pública subasta la alhaja, sin embargo de que su precio no alcance á la satisfaccion de sus créditos, porque su consentimiento en que se enagenasen, extinguió todo su derecho, y por él perdieron el que tenían, y lo transfirieron en el comprador. Y tambien lo queda de las de los que fueron citados en sus personas, y no han comparecido, pues por su contumacia, y negligencia es visto reuñiar el derecho de prelacion, é hipoteca que les compete, y se les estima como presentes. (4)

341. Pero de las de los que fueron citados por edictos,

(1) Rodrig. dicho esp. 6. num. 38.
Parador. §. 13. cit. n. 22. Paz Prax.
tom. 1. part. 4. cap. 7. n. 15.

(2) Cap. 2. de Fidejussorib. Vela
dissert. 37. num. 13.

(3) Sr. Saig. part. 3. Labrint.
cap. 10.

(4) Caslev. tit. 3. disp. 21. n. 19.
Sr. Saig. ibi, n. 10. y 11.

si son hipotecarios anteriores, no estará libre, porque su hipoteca no se extinguió, y el hecho del deudor, y acreedores posteriores no les quita, ni puede quitar el derecho de prelación, è hipoteca que tienen: bien que de equidad deberá repetir primero contra los acreedores posteriores que percibieron sus créditos baxo la fianza depositaria, ò de acreedor de mejor derecho, y contra sus fiadores. Y lo propio milíta para con el extraño dueño de la alhaja, pues acreditando pertenecerle, puede reivindicarla del comprador, ò de otro tercero poseedor de buena, ò mala fé, porque en qualquiera parte clama por su dueño, y el deudor no debe formar concurso de bienes que no son suyos. (1)

342 Nadie puede ser compelido à comprar los bienes que se subastan, excepto que sea por deudas fiscales, por las quales, (y no por otra, aunque proceda de costas, y salarios) pueden serlo las personas, que por defecto de comprador elija la Justicia juntamente con los Exactores, y Ministros Reales que entienden en la venta; y à pagar por ellos el justo valor que les dén los peritos, que la misma Justicia del Pueblo nombre; pero no se la permite variar la eleccion, y nominacion de compradores que una vez haga, si son acudados para su pago, ni puede retratarse la venta que en estos terminos se celebre, aunque haya engaño en la mitad del justo precio. (2)

343 Aunque la obligacion de pagar el débito constituida por el deudor, sea jurada, puede ser compelido su acreedor à tomar en pago de él bienes justamente apreciados, con tal que concurren copulativamente quatro requisitos: el primero que el deudor no tenga dinero, ni otros bienes, y pruebe que lo buscó, y no lo halló. El segundo, que se obligue al sanéo de los que se le venden, y le entregue sus títulos. El tercero, que el deudor ofrezca sus bienes al arbitrio del Juez, y no del acreedor, y

que

(1) Sr. Salg. dicho cap. 10. n. 8. y 9. Carley. tit. 3. disp. 22. n. 12.

(2) Leyes 18. y 20. tit. 7. lib. 9. Recop. ley 3. tit. 5. Partid. 5. ley lavitum 11. Cod. de Contrahend.

empton. y ley Noque emere, Cod. de Jure deliberand. Partidor. §. 23. cit. n. fin. Boler. de Decodion. tit. 5. qumz. 18. n. 7. al 9.

que éste al suyo elija los que le acomoden; y si son muchos acreedores, podrá cada uno en su tiempo, segun estén graduados, hacer la eleccion. Y el quarto, que no haya comprador, ò si lo hay, no dé por ellos su justo precio, porque es lo mismo que no haberlo. (1) Y se previene que en el caso de ser compelido el acreedor à tomarlos, ò en el de que él mismo elija voluntariamente los que quiera, sin dar lugar à que se subasten, por evitar gastos judiciales; ò de que no haya postor, ò no sea idóneo, ò no ofrezca lo justo; si son raices, ha de otorgar à su favor el Juez en nombre del deudor obligandole à su eviccion, y saneamiento, Escritura de adjudicacion, que es lo mismo en sus clausulas, y firmezas, que la de venta, y solo se diferencia en la introduccion que dice: *adjudico in solutum*, en lugar de decir: *vendo, y day en venta Real*, con que empieza la venta; y si no sabe firmar, lo hará por él un testigo de los instrumentales, como si la otorgara el deudor. Y siendo muebles, ò semovientes, basta el despacho, ò testimonio de adjudicacion con insercion del auto en que ésta se hace, y demás preciso, y nominacion especifica de los bienes, y sus precios, pues por ser precederos, y no tener tracto sucesivo à la posteridad como los raices, no es menester formar protocolo, ni conservar titulos de propiedad, y pertenencia, pues de ellos no los hay; y asi segun sean, se ha de introducir la pretension; y en estos casos no se celebra remate, porque no hay materia sobre que recaiga. Y la misma obligacion tienen los acreedores que demandar à los herederos del deudor que aceptaron su herencia con beneficio de inventario, y lo hicieron con pureza, aunque él se obligase à satisfacerles en dinero, (2) no obstante que contra la voluntad del acreedor no se le debe pagar una cosa por otra. (3) pues cumplen con entregar los bienes de la herencia.

(1) Roman. singular. 153. Baez. de Inope debitor. cap. 1. Gutier. de Juram. confir. part. 1. cap. 29. Partidor. lib. 3. cap. fin. part. 5. §. 17. n. 22. al 24. Rodrig. dicho cap. 6. n. 46. y 47.

(2) Ley ult. §. Et si praefatum, vers. Sed si, Cod. de Jure deliberandi, et ibi DD. y Authen. Hoc auti debitor, Cod. de Solutio.

(3) Ley Creditorem no ff. de Solutioz. y ley cam à quo, Cod. eod. tit.

tocante à si el Administrador del concurso podrá, ó no comprar los bienes de éste, vease al Sr. Salgad. *part. 1. Labir. cap. 13. §. 2. ex num. 7.* hasta el fin, que trae cinco casos, cuya pericia toca à los letrados.

346 Al Juez, à sus Ministros, y al fiador está prohibido comprar los bienes de la almoneda; y si lo hacen, à mas de ser nula la venta, deben restituirlos con frutos por el dolo. (1) Lo mismo procede para con el comprador, quando hizo dolosamente que el remate se celebrase en él por menor precio que el justo, pues deboliendoselo el deudor, debe restituirle los bienes con sus frutos por su mala fé, y no cumple con suplir su verdadera estimacion, à menos que el deudor se contente. (2)

347 Al acreedor está prohibido igualmente comprar por sí, y por interposita persona los bienes obligados, è hipotecados à su crédito, sin que intervenga consentimiento de su dueño, y si los compra, debe restituirlos con frutos en qualquier tiempo que éste, ó sus sucesores le devolvieran el precio que dió, porque como carece de título justo, y buena fé para poseerlos, es nula la venta, y ningun derecho adquiere por consiguiente à lo comprado de esta suerte, ni à sus frutos, segun se prueba de la ley 44. título 13. Partid. 5. que dice: *El que tiene apeños alguna cosa de otro, non la puede él comprar, si la quiere él vender, fueras endo si la comprase él con otorgamiento, è con placer de su señor de ella: è si de otra guisa la comprase, no valdria la vendida. Cà quando quier que el señor de la cosa le diese su deuda, tenuto sería de gela desamparar.* Con la qual concenterdan la 10. *Codic. de Distractio. pignor.* que trata del caso de interposita persona, y la 2. *Codic. Si in causa judicati.*

348 Pero no obstante esta prohibicion, si se venden judicialmente, y no hay comprador que haga postura en

(1) Ley 1. *Cod. de Dolo*, ley Si mandato, §. 1. ff. *Manlii*, y ley fin. ff. de *Contrahend. emptio. l. 22.* tit. 8. lib. 2. y ley 33. tit. 4. lib. 3. *Recop.*

(2) Ley 49. tit. 13. *Partid.* 5.

ley Si pignora 50. ff. de *Edictis*, y ley Si quis suam, 46. ff. de *Suoc. tion.* *Cod. Philipp* part. 2. §. 11. *emmer.* 21. *Parlador.* lib. 3. *exp. fin.* *Par.* §. 5. 16. n. 17.

todo lo que importa el debito, decima, y costas, puede (si le acomoda) buscar un postor que lo ofrezca con la expresa calidad de ceder el remate à quien le parezca, sin que por esta cesion se cause nueva alcabala; y celebrado el remate en él, transferirlo antes que se le dé la posesion de los bienes subastados en el mismo acreedor por el propio precio, sin quedar obligado à eviccion; con lo qual queda reintegrado el acreedor de su credito, y costas. (1) Lo qual suele practicarse en semejantes casos, sin que por ello se anule la venta, no interviniendo dolo, ni lesion.

349 Si no halla postor que practique lo referido, ó aunque lo halle, si no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio (pues para el caso es lo mismo que no haberlo) puede pretender se le entreguen *in solutum* por su justa tasa, y debe adjudicarselos el Juez, consintiendo el acreedor, ó no contradiciendo dentro de tercero dia la pretension que se le debe comunicar, formalizando à su favor la escritura en los terminos explicados en el num. 316. Y recibendolos en esta forma, si su valor excede al credito, debe restituir el exceso, y si no alcanza, le queda el regreso contra los demás del deudor por el residuo, y costas. (2) Y si los toma sin aprecio, es visto, y se entiende que se contenta con ellos por toda la deuda; en cuyo caso, valiendo menos, no puede pretender el resto, y valiendo mas, debe volver su mayor valor; excepto que al tiempo de intentar su adjudicacion, proteste pedir el menor, ó dar el mayor que tuviesen, pues con esta protesta queda salvo su derecho. (3) Previniendo, que si al tiempo de pretender la adjudicacion no dice que los derechos de éste, y demás que ocurran, han de ser de cuenta del deudor, deberá satisfacerlos, porque por el hecho de pretenderla, y callar,

(1) *Rebus. de Litter. obligator.* *art. 12.* glos. *unic.* *num. 9.* y sig. *D. 27.* *Perez.* en la ley 4. tit. 8. lib. 3. *Ordinan.* glos. 7. *Acce.* en la ley 19. tit. 21. lib. 4. n. 124. y 125. *Parlador.* dicho §. 13. n. 13.

(2) Ley fin. tit. 27. *Partid.* 3. ff. *libi*, glos. 6. y ley 44. tit. 13. *Partid.* 5. verb. *Nus si per aventura;*

Rodrig. dicho *exp. 6.* n. 45. *cerca dei fin.*

(3) *Bart.* in leg. *Si non sortem 26.* §. *Si contenti a ff. de Condition. instituti.* *Jason* in leg. *Non soluti 8.* §. *Morte ejus 6.* ff. de *Operis novi nuntiati.* *Cur. Philipp.* dicho §. 22. *num. 23.*

es visto que quiere sean de la suya.

350 Si los bienes se dieron *in solutum* al fiador del deudor por haber satisfecho la deuda, debe restituirlas á éste, entregándole su importe con lo que por él pagó; y también á cualquier acreedor que sea hipotecario, y no de otra suerte, aunque el debito de éste se haya contraído no solo después del primero, sino después de la fianza, y antes de la adjudicación; pero esta restitucion se entiende sin frutos, por el justo título que tuvo el fiador para percibirlos: (1) lo que al contrario habiéndolos comprado ea almoneda, pues debe hacer la restitucion con ellos, porque se presume dolo, malicia, y falta de buena fé, como en el num. 319. he sentado.

351 Queda obligado en todo evento el deudor al saneamiento de los bienes, que como suyos se le vendieron, para pagar sus deudas, y no su acreedor. Lo qual procede, excepto que éste le indemnice, y se obligue expresamente; ó que al tiempo de la venta le conste que no son del deudor, y sin embargo los haya elegido para hacerse pago; ó que al de la execucion los hubiese señalado para que se trabase en ellos; (2) por lo que resultando ser agenos, y quitadoselos su dueño en juicio, ha de usar contra el deudor de la accion de eviccion, para reintegrarse de todo, y no de la executiva, porque ésta espiró, y se extinguió con el pago; (3) pues aunque quando se paga una cosa por otra, y después se quita en juicio, subsiste la obligacion primera; (4) esto es, porque viene á ser permuta de una especie por otra especie; (5) pero no quando se paga la especie por el dinero recibido, porque entonces se contrae compra, y venta, y el vendedor no está obligado á dar, sino á entregar; (6) por cuya razon una vez quitada la en-

(1) Leyes 13. y 45. tit. 13. Partid. 5. Cur. Philip. ibi. n. 20.

(2) Ley 6. tit. 13. Partid. 5. Cur. Philip. ibi. n. 17.

(3) Ley Eleganter, ff. de Pignoratit. actio. dicha ley. A. Divo Pio. §. Si post addictam, ff. de Re iudic. et ley Si pro iud. Cod. de Transactio. Parlador. dicha part. 5. §. 14.

n. 19. y 20.

(4) Ley Si quis aliam, ff. de Solutioib.

(5) Ley 1. ff. de Rerum permutacion. Hart. & DD. in dict. leg. Si quis aliam. Tiraquei. de Retract. §. 1. glos. 14. n. 7.

(6) Ley final, ff. de Condition. causa data.

trega, no queda al acreedor despojado otra accion que la de eviccion para su reintegro, (1)

352 En quanto á si el deudor tiene, ó no accion para recuperar los bienes que se le vendieron en pública subasta, á fin de pagar á su acreedor, ó los que se adjudicaron á éste *in solutum*, satisfaciendo la deuda, costas, è intereses, para su debida claridad se proponen cinco casos: El primero, quando la execucion, subasta, venta, y adjudicacion se hicieron con la pureza, y formalidad legales que para su validacion se requieren, de modo que ni faltó solemnidad, ni hubo lesion, fraude, ni colusion alguna; en cuyo caso atendido el rigor de derecho, no debe ser oido, ya pida la recuperacion ante el Juez inferior, ó ante el superior; y la razon es, porque por ningun derecho se pueden revocar, ni rescindir la venta, y adjudicacion celebradas en los terminos propuestos: (2) ni tampoco se retrata la venta de la hipoteca, aunque el deudor ofrezca á su acreedor el dinero que le debe. (3) Pero por costumbre, y equidad de los Tribunales de estos Reynos, de que testifican varios Autores, (4) se le permite el recobro de los muebles dentro de tres dias después de hechas, y de los raices dentro de nueve, sin restitucion de frutos por la buena fé del comprador.

353 El segundo caso es, quando se adjudican al acreedor, faltando las solemnidades legales asi en la adjudicacion, como en la execucion; ó hay lesion en el valor que se le dió, ó por parte del acreedor se interpuso alguno, que los comprase en baxo precio para cederle luego el remate, y todo el derecho que á éste habia adquirido; en cuyo caso se ha de distinguir: si el deudor apela de la venta, ó adjudicacion como fraudulenta, puede (pendiente la apelacion) pedir ante el superior la restitucion de sus bienes.

(1) Ley Si preidium, y ley Si casum, Cod. de Eviccion. Parlador. dicho §. 10. n. 22.

(2) Ley Si finitum 14. §. Posteaquam, ff. de Damn. infect. ley Proferendum, §. Sin autem reus, Cod. de iudic. y leyes 3. 6. y 7. Cod. de

Rescindend. vendition.

(3) Ley Si creditor 7. al princip. y §. Illud, ff. de Distractio. pignor.

(4) Castill. en la ley 70. de Toro, Sr. Covarr. lib. 2. Var. cap. 11. n. 3. Parlador. dicho §. 16. Rodríguez. dicho cap. 6. n. 54.

bienes vendidos, ó adjudicados con el vicio, ó vicios expuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta, ó adjudicacion con las costas, é intereses; á lo qual ha de deferir el superior, revocandolas, y muchas veces desiere sin que lo pida; y lo mismo suele hacer, aunque confirme la sentencia de remate, preñiendole término en este caso, para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas, é intereses. (1) Y si no apela, é introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio á imitacion del superior; por ser muy honesto, y seguro seguir el buen exemplo de éste, como lo dice el derecho. (2)

354 Pero se duda cuánto término tiene (apelando) para introducir la pretension ante el superior; y si ha de ser, ó no con frutos la restitucion; y á lo primero, unos opinan que dentro de dos años; otros que dentro de quatro; y otros dicen que en qualquier tiempo que lo intente, lo manda el superior. Y á lo segundo discordan tambien; pero *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 24. num. 9.* es de parecer que se debte dexar al arbitrio del Juez, el qual, atendidas las circunstancias del caso, proveerá lo conveniente; y me adhiero á él.

355 El tercero, quando el fiador del principal deudor compra en pública subasta los bienes de éste, sin que haya fraude, ni lesion, ni falte solemnidad legal; en cuyo caso si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque como dexo expuesto en los num. 319, y 323. el que compra los bienes del que fió, cometió dolo, y debe restituirlos con frutos, pues la fianza trae su origen de gracia, y amistad; y el fiador como acreedor segundo del deudor, parece que mas los compra por defender, y preservar su derecho, que por adquirir el dominio de ellos. (3)

356 El quarto, quando se vendieron á un extraño con

(1) *Se. Covarr. y Parlador. ubi proxime. Rodrig. lib. num. 55. Paz. tom. 1. part. 2. cap. 3. n. 48.*

(2) *Ley Nam Imperator 38 ff. de Legh. ley 3. Cod. eos. tit. y cap. In causis 19. de Sententia, & re*

judicat.
(3) *Ley Cum secundus §. §. Si secundus; y ley Cum posterior §. ff. de Distraccion. pignor. Parlador. dicho §. 16. n. 17.*

todos los requisitos legales, pero el deudor apeló de la sentencia de remate, y se revocó; en cuyo caso dicen varios Autores que si los bienes están entregados, se deben mandar restituir con frutos; pero *Acov. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 139.* afirma que revocada la sentencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado éste á restituirlo doblado; y sobre todo que se debe mirar, y observar en todo el tenor de la sentencia revocatoria; y que si los bienes vendidos son de menor de veinte y cinco años, y le conviene mas poseerlos, que tener su precio, y de lo contrario se le irroga grave daño, se le deben entregar, restituyendolo, aunque con buena fé los haya comprado un tercero. (1)

357 Y el quinto caso es, quando un tercero los compró con mala fé, y en la subasta intervino lesion enorme, ó enormísima, ó en mas, ó menos de la mitad del justo precio; ó no se observaron en la execucion las solemnidades legales. En cuyo caso se debe revocar la sentencia, y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos, con las costas. (2) El que apetezca mayor instruccion lea á *Carleval en la disp. 24. cit. por tot. á Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 161. á Acov. en la ley fin. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 124. y sig. y á Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16.* y saciará su deseo. Lo explicado hasta aqui concierne á la venta de bienes raíces: por lo tocante á la de muebles vease la nota puesta á continuacion de la obligacion con hipoteca estendida en el cap. 4. de mi primera parte §. fin. num. 174.

(1) *Ley Si ex causa. 10. ff. de Minorib. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 6. vers. Item quarto.*

(2) *Ley 1. Cod. Si venditor pignore agatur. Negussane. de Pignorib. part. 6. memb. 1. n. 18.*

bienes vendidos, ó adjudicados con el vicio, ó vicios expuestos, pagando el precio en que se efectuó la venta, ó adjudicacion con las costas, é intereses; á lo qual ha de deferir el superior, revocandolas, y muchas veces desiere sin que lo pida; y lo mismo suele hacer, aunque confirme la sentencia de remate, preñiendole término en este caso, para que dentro de él pague al acreedor la deuda con costas, é intereses. (1) Y si no apela, é introduce la misma pretension ante el inferior, debe mandar lo propio á imitacion del superior; por ser muy honesto, y seguro seguir el buen exemplo de éste, como lo dice el derecho. (2)

354 Pero se duda cuánto término tiene (apelando) para introducir la pretension ante el superior; y si ha de ser, ó no con frutos la restitucion; y á lo primero, unos opinan que dentro de dos años; otros que dentro de quatro; y otros dicen que en qualquier tiempo que lo intente, lo manda el superior. Y á lo segundo discordan tambien; pero *Carleval de Judic. tit. 3. disp. 24. num. 9.* es de parecer que se debte dexar al arbitrio del Juez, el qual, atendidas las circunstancias del caso, proveerá lo conveniente; y me adhiero á él.

355 El tercero, quando el fiador del principal deudor compra en pública subasta los bienes de éste, sin que haya fraude, ni lesion, ni falte solemnidad legal; en cuyo caso si el deudor apela, se debe revocar la venta por la accion de dolo, restituyendo al fiador el precio que dió, porque como dexo expuesto en los num. 319, y 323. el que compra los bienes del que fió, cometió dolo, y debe restituirlos con frutos, pues la fianza trae su origen de gracia, y amistad; y el fiador como acreedor segundo del deudor, parece que mas los compra por defender, y preservar su derecho, que por adquirir el dominio de ellos. (3)

356 El quarto, quando se vendieron á un extraño con

(1) *Se. Covarr. y Parlador. ubi proxime. Rodrig. lib. num. 55. Paz. tom. 1. part. 2. cap. 3. n. 48.*

(2) *Ley Nam Imperator 38 ff. de Legh. ley 3. Cod. eos. tit. y cap. In causis 19. de Sententia, & re*

judicat.
(3) *Ley Cum secundus §. §. Si secundus; y ley Cum posterior §. ff. de Distraccion. pignor. Parlador. dicho §. 16. n. 17.*

todos los requisitos legales, pero el deudor apeló de la sentencia de remate, y se revocó; en cuyo caso dicen varios Autores que si los bienes están entregados, se deben mandar restituir con frutos; pero *Acov. en la ley 19. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 139.* afirma que revocada la sentencia de remate, si el acreedor tiene los bienes, los debe restituir al deudor, y si los tiene algun tercero, y el acreedor percibió solamente su precio, debe ser condenado éste á restituirlo doblado; y sobre todo que se debe mirar, y observar en todo el tenor de la sentencia revocatoria; y que si los bienes vendidos son de menor de veinte y cinco años, y le conviene mas poseerlos, que tener su precio, y de lo contrario se le irroga grave daño, se le deben entregar, restituyendolo, aunque con buena fé los haya comprado un tercero. (1)

357 Y el quinto caso es, quando un tercero los compró con mala fé, y en la subasta intervino lesion enorme, ó enormísima, ó en mas, ó menos de la mitad del justo precio; ó no se observaron en la execucion las solemnidades legales. En cuyo caso se debe revocar la sentencia, y restituir al deudor sus bienes, satisfaciendo al comprador el precio que dió por ellos, con las costas. (2) El que apetezca mayor instruccion lea á *Carleval en la disp. 24. cit. por tot. á Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 161. á Acov. en la ley fin. tit. 21. lib. 4. Recop. n. 124. y sig. y á Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16.* y saciará su deseo. Lo explicado hasta aqui concierne á la venta de bienes raíces: por lo tocante á la de muebles vease la nota puesta á continuacion de la obligacion con hipoteca estendida en el cap. 4. de mi primera parte §. fin. num. 174.

(1) *Ley Si ex causa. 10. ff. de Minorib. Gom. lib. 2. Var. cap. 14. n. 6. vers. Item quarto.*

(2) *Ley 1. Cod. Si venditor pignore agatur. Negussane. de Pignorib. part. 6. memb. 1. n. 18.*

§. VI.

DEL TERCERO OPOSITOR
à la via executiva.

358 **S**UCede muchas veces que en el discurso de la via executiva sale un tercero oponiendose à ella, y pretendiendo impedir su progreso: y para instruccion del principiante tengo por util explicar lo primero, *quál se llama tercero opositor, y quantas clases hay de ellos. Lo segundo, en qué tiempo, y ante qué juez se ha de hacer, y admitir la oposicion: y qué basta para que sea admitida. Lo tercero, si los autos se deben seguir, ó no en el estado que tienen al tiempo que la oposicion se hace.* Y lo quarto, *quando por ella se suspende, ó no la via executiva: de cuyos particulares paso à tratar por su orden con la posible claridad.*

359 Al primero digo, que es llamado *tercero opositor* el que se opone à la execucion, ya sea solicitando ser preferido al executante en la solucion de su credito; ó alegando ser suyos los bienes executados, ó que tiene derecho en ellos: (1) y que los Autores distinguen tres clases de terceros opositores, una de los que salen coadyuvando el derecho del executante: otra, de los que auxilian el del executado: y la otra de los que se oponen por el suyo privativo, è intentan excluir no solo el del actor, sino tambien el del reo. (2)

360 Al segundo digo, que el tercero ha de hacer la oposicion ante el Juez que entiende en la causa executiva, el qual la debe admitir, ya se haga en el progreso de ésta, ó despues de sentenciada, y la execucion se haya despachado en virtud de sentència, ó de instrumento, con tal que

(1) Ley 3. tit. 27. Partid. 3. Sr. Saig. part. 1. Labir. cap. 16. n. 22. y 42.

(2) Pedro Barbo. en la ley Si am 22. n. 16. vers. Pro vera ligi-

tur: y en la Titú 27. n. 7. ff. Solut. matrimo. Cancr. part. 2. Var. cap. 16. Sr. Covar. Pract. cap. 13. Carlev. tit. 3. disput. 22. n. fin.

que no esté hecho el pago, ó dada al comprador la posesion de los bienes executados, y vendidos; (1) y tambien aun quando esté prescripto el derecho de executar, sino lo está el que define la ley para pedir en via ordinaria; (2) pues en todos estos tiempos está permitido hacerla.

361 Digo tambien que no solo puede hacer la oposicion à la execucion ante el Juez originario de la causa, sino ante el mixto executor, el qual si el tercero alega que los bienes executados son suyos, y no del deudor, no solo puede conocer de la excepcion, sino definirla, sin necessitar remitirla al Juez originario, ó requirente: y la razon es, porque por esta excepcion no impugna la sentència, y solo la modifica. Pero si la que alega, toca à la sentència, ó causa principal, ó dice de nulidad de aquella, ó del instrumento, ó que debe ser preferido al executante, debe admitirla, è instruir la, y remitirla al Juez requirente para que la defina; mas no definirla por sí, porque aunque no impugna directamente, la sentència la impugna por medio indirecto, y la decision de esto toca al Juez que la profirió. (3)

362 Y asimismo digo que para su admision basta la simple narrativa del derecho que le compete, y que no se debe mandar al opositor que dé informacion sumaria de él, ni compelerle à que traiga los testigos à la presencia del Juez, pena de inhabilitacion de oficio al que lo mandare: antes bien se ha de recibir el pleito à prueba con término ordinario por via ordinaria. (4) Lo qual se entiende, excepto que el Juez conozca que la oposicion es maliciosa, y tiene solamente su tendencia à deferir, ó impedir la execucion, pues en este caso no debe admitirla, sino antes bien proseguir la via executiva, dando el acreedor la correspondiente caucion; y seguridad. (5)

363 Al tercero digo que quando el tercero opositor coad-

(1) Sr. Valenzuel. consil. 9. y 150. Sr. Covar. Pract. cap. 16. n. 5. Cur. Phillip. part. 2. §. 26. n. 2.

(2) Ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop.

(3) Sr. Larrea decia. 82. n. 3. al 9. Carlev. tit. 3. disp. 17. n. penult. y

ultim.

(4) Ley 41. tit. 4. lib. 3. Recop.

(5) Rodrig. de Execucion. cap. 8. n. 3. Sr. Covar. dicho cap. 16. n. 2.

Carlev. tit. 3. disp. 12. n. 16. Parlador. part. 5. y §. 11. dichos n. 60.

644 FEBRERO DEL JUICIO EXECUTIVO.

coadyuba el derecho del executante, ò executado, debe tomar, y proseguir el juicio en el estado en que lo halle, sin ser necesario promoverlo de nuevo, porque sería eternizarlo; (1) pero si se opone por su propio derecho, no está obligado à ello sino quisiere, y antes bien se ha de principiar del mismo modo que no se hubiera instaurado. (2)

364 Y al quarto, y ultimo digo que la oposicion del tercero no suspende el curso de la via executiva simple, y absolutamente, sino solamente en dos casos; el primero, quando expone, y acredita legal, y sumariamente que los bienes executados son suyos; en cuyo caso se le han de entregar, y luego proceder contra los del executado, segun con legal apoyo dexo sentado en el número 125. de este capitulo. Y el segundo, si al tiempo de oponerse manifiesta instrumento que trae aparejada execucion, y no en otros términos; (3) por lo que no manifestandolo, debe usar de su accion en via ordinaria, y seguirse la executiva, haciendo pago al executante, dando precisamente ante todas cosas fianza de bolver, y restituir lo que en aquella se juzgare, y sentenciare, porque la variacion del juicio fue para proceder, y no para decidir. (4)

365 No milita lo expuesto en el segundo caso del numero inmediato, quando la muger se opone por su dote legitima, y numerada, porque como por ella la compete el privilegio de prelación, no solo se ha de suspender el juicio executivo, sino tambien la entrega de los bienes al que executá à su marido por deuda, à que no está obligada, y darsela estos en prenda, ò bolverse los, si en ellos, se trabó la execucion, y se depositaron en tercero, hasta que su terceria se decida, baxo la obligacion, y fianza de retenerlos integros, è ilesos à disposicion del Juez que de ambas causas conoce, y restituirlos siempre que se lo mande; y los acreedores prueben la preferencia de sus creditos

(1) Ley 15. tit. 10. lib. 2. Recop.

(2) Gail. lib. 4. observat. 70. y 71. Sr. Covar. Pract. dicho cap. 13.

(3) Ley disp. 12. dicha, n. final.

(4) Sr. Greg. Exp. en la ley 11.

(5) Id. 3. glos. 1. Rodrig. di-

cho cap. 8. n. 12.

(6) Ley à Divo Pio. §. Si super rebus, ff. de iudicet. à tit. 10.

(7) Pactidag. verb. Imper. Cur. Phil.

(8) Id. dicho §. 26. n. 11. Par part. 4.

(9) Cap. 4. n. 7. tom. 1. Prax.

à la dote; (1) lo qual se entiende en los terminos explicados en el §. 3. n. 131. de este capitulo, y no en otros, pues asi se practica en esta Corte.

366 Instituyendo el deudor por heredero à un acreedor suyo: si éste acepta la herencia con beneficio de inventario, lo hace legalmente, y luego le executá como tal heredero otro acreedor de su instituyente, ¿se pregunta, si oponiendose à la execucion, se suspenderá la via executiva? Para cuya resolucion se presuponen dos casos: el primero, si se opone como reo, excepcionando que los bienes son suyos, y no de la herencia, y que todos se han consumido en satisfacer à los acreedores anteriores, y entre ellos à sí propio como uno de ellos; en cuyo caso acreditando en los diez dias de la ley la satisfaccion con documentos legitimos, y manifestando tambien el inventario solemne, (pues no basta ofrecer probarla por testigos, porque se presume falsedad, quando se puede probar instrumentalmente) debe ser absuelto, y no molestado, porque no está obligado *ultra vires hereditarias*; pero si en el término referido no acredita la excepcion en la forma propuesta, se ha de continuar la execucion en los bienes, como que son de la herencia. (2)

367 Y el segundo es, quando se opone no como reo, sino como actor, al modo que si viviendo el difunto le executase otro acreedor, se opondria como tercero: en cuyo caso se ha de nombrar defensor à los bienes, entenderse con él todas las diligencias executivas, y suspenderse la execucion; porque el heredero con beneficio de inventario tiene la representacion de tal, y la de acreedor, por cuya razon no se confunden las acciones que por los dos respetos le competen, como se prueba de la ley *Scimus* 22. §. 9. *Cod. de Jure deliberandi*, que dice: *In computatione autem patrimonii damus ei (habla del heredero) licentiam excipere, & retinere quidquid in funus expendit, vel in tes-*

(1) Ley Ubi adhuc, *Cod. de Jure dot. ley 41. tit. 4. lib. 3. Recop.* Cur. Philipp. num. 11. dicho Rodrig. ap. 8. cit. n. 10.

Tom. III.

(2) Ley *Scimus* 22. §. Et si praefactam 4. y §. Sin vero creditores 5. *Cod. de Jure deliberandi*. Carler. tit. 3. disp. 13. n. 3. al 6.

Ss 3

tamenti insinuationem, vel in inventarii confessionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persoluisse. Si vero, & ipse aliquas contra defunctum habebat actiones: non hæc confitentur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen prerogativa inter creditores servanda: y así le es mas util oponerse como actor, que como reo, porque como reo, à mas de no hacer que cese la via executiva, será condenado, si no prueba sus excepciones en los diez dias de la ley, y como actor, no solo la suspende, sino que tiene término mucho mayor para justificar su acción, del mismo modo que si no fuera heredero. (1)

368 Estando executando al deudor un acreedor hipotecario, si antes de la sentencia, y su execucion ocurre otro tambien hipotecario en los bienes executados, ó personal privilegiado, acreditando ser preferido al executante, y pretendiendo se le haga pago primero que à éste; dicen algunos: (2) que no se suspenderá la execucion, y venta de los bienes, y que antes bien se subastarian, y de su valor se ha de satisfacer al tercero su credito, como privilegiado; y si algo sobrare, entregarse al executante que obtuvo antes la sentencia, pues no se atiende al tiempo de ésta, sino al del contrato; y obligacion, y el que es primero en tiempo, lo es en derecho; por cuya razon el acreedor anterior aunque el plazo de su credito no esté cumplido, puede oponerse à la execucion hecha por el posterior, y pedirlo, si para ello tiene causa legitima, v. g. ser sospechoso de fuga el deudor; carcer de bienes suficientes para reintegrar à entrambos; ó temer con solido fundamento que todos se consuman con el executante.

369 Pero otros afirman que se debe suspender la venta hasta que se concluya el pleito de preferencia, excepto en tres casos; el primero, quando el deudor es idoneo, y como tal tiene bienes equivalentes para satisfacer à entrambos acree-

(1) Marescot. lib. 1. Var. c. 37. y lib. 2. cap. 12. n. 25. y 26. Serd. dec. 92. num. 7. y consil. 7. n. 31. lib. 1. Carlev. disp. 13. dcha. a 7.

(2) Giurb. dec. 61. n. 2. 6. 7. y 18. Cost. de Reintegr. distict. 95. num. 6. y 8. Marescot. lib. 2. Var. cap. 121. n. 3. Cur. Philipp. part. 2. §. 26. a. 9.

acredores; en cuyo caso justificando la idoneidad, no se impide la execucion primera por la oposicion del tercero. El segundo, quando ésta es calumniosa, y hecha unicamente con el fin, y objeto malicioso de retardar la execucion; pues entonces no solo no la impide, sino que no se debe admitir. Y el tercero, quando el primer acreedor no pretende que se pague, sino que se vendan los bienes embargados, para hacerle el pago de su credito de lo que produzcan, porque tiene mejor derecho: en cuyo caso ninguno de los dos puede impedir la venta, ni debe dexar de hacerse, aunque el uno la contradiga, por ser util à entrambos; (1) y à esta opinion me inclino. Pero si el acreedor segundo ocurre despues de celebrada la venta, y pagado el primer executante, no se impedirá, antes bien tendrá que seguir la via ordinaria contra él como poseedor de los bienes del deudor, ó la executiva contra éste, si algunos le quedaron. (2)

370 Si despues de cumplido el plazo de la escritura de un acreedor, y estando executando al deudor, ocurre otro acreedor de igual clase, cuyo credito en la obligacion es anterior, pero en el plazo del pago posterior al del executante; y disputan ambos sobre qual de los dos debe ser preferido, lo será el primero en la obligacion, no obstante ser el ultimo en el tiempo destinado para la solution, en caso que el deudor sea sospechoso de fuga, ó carezca de bienes suficientes para satisfacer à entrambos, ó vaya consumiendo su patrimonio; y la razon es, porque como tiene causa legitima para pedir su debito antes del plazo, y la obligacion es anterior à la del otro, se entiende haber espirado éste, y se retrotrae la obligacion al dia en que aquel se contrajo. (3)

(1) Carlev. tit. 3. disp. 12. n. 5. y 18. y n. 13. al 17. y otros que cita.
(2) Ley A. divo Pio cit. §. Si post aditum pignus 6. Sr. Greg. Lop. en la ley 11. tit. 14. Partid. 5. glo. 1. Carlev. lib. 1. num. 3. Parlad. lib. 2. part. 5. cap. fin. §. 10. n. 24.
(3) Ley 1. ley Qui balteum 9.

§. 1. ley Potior 11. §. Videamus 1. al 9. y n. 13. al 17. y otros que cita.
§. Qui potiores in pignore habentur, y ley Quis situm 14. ff. de Pignorb. Rodrig. Suar. en la ley Post rem judicam, limit. 7. n. 4. Fagnan. de Pignorb. part. 4. n. 19. Rodrig. de Execution. cap. 8. n. 6. al 8.

371 Admitida la oposicion del tercero, se debe conferir traslado de ella al executante, y executado, recibirse la causa, à prueba, si fuere necesario, y seguirse la preferencia en via ordinaria, porque en este caso se consideran dos juicios, uno executivo del acreedor contra el deudor, y otro ordinario sobre prelación entre los acreedores, que no puede ser executivo, à causa de no estar obligado el uno al otro, y carecer de accion por este defecto para proceder executivamente entre sí: por lo que mientras se controvierde su preferencia, se ha de suspender la via executiva, y aunque ocurran al juicio por su propio derecho otros opositores, no suspenderá su curso la nueva oposicion, y asi se podrá continuar, y decidir la causa, y executar la sentencia, dando primero el opositor (si se declarase su preferencia al executante) la fianza de acreedor de mejor derecho, que expliqué en el cap. 4. de mi primera parte adiconada num. 149. y estendi en el numer. 187. y el acreedor segundo seguirá la causa hasta su conclusion. Pero lo que he visto observar en la práctica como mas equitativo, y menos dilatorio, y costoso, es, seguirla con todos, y guardarlos en una sentencia, y asi se debe hacer.

372 Se ha de executar baxo de una de las fianzas de Toledo, ò Madrid sin embargo de apelacion, y nulidad, la sentencia dada en el juicio executivo, en que hubo oposicion de uno, ò mas terceros, quando estos salieron auxiliando el derecho del executante, ò executado; y la razon es, porque la suspension de la via executiva en quanto à ellos fue solo en el modo, y orden de proceder, mas no en lo tocante à la decision. (1) Pero no sucederá asi, en caso de que hayan salido por su propio derecho, porque la causa como de prelación se convirtió de executiva en ordinaria, por lo que no habrá lugar la execucion de la sentencia hasta que se executorie, ò consenta. Y si el tercero, ò terceros no manifestaren su derecho en el termino ordinario que el Juez les preña, y el executante fuere preñido, se bolverá luego à seguir la via executiva, y à sen-

(1) Leyes 2. 3. y 19. tit. 21. lib. 4. y ley 41. tit. 4. lib. 3. Recop. Cur. dicho §. 20. n. 13.

sentenciar la causa de remate de los bienes executados. (2)

373 Aunque la hipoteca, y obligacion de bienes vinculados se contraiga en virtud de facultad Real, y con las clausulas mas eficaces, siempre es, y se entiene subsidiaria, y solo produce efecto en quanto à ellos, quando los libros del poseedor que la contrajo, no son suficientes para el integro pago del acreedor; y asi es indispensable la previa, y plenaria excusion en estos, especialmente si se ligaron juntamente con aquellos, porque el mayorazgo se gradúa, y estima en dicho caso como fiador de indemnidad; y éste segun derecho, (2) solo debe ser reconvenido subsidiariamente, que es en defecto del principal, y despues de hecho excusion en sus bienes, como en el cap. 4. de mi primera parte, §. 7. n. 159. he sentado.

§. VII.

*QUANDO DEBERA, O NO SER
condenado en las costas del pleito, y pagar
decima de la execucion el exe-
cutado.*

374 **C**omo se deben al vencedor las costas, ò expensas hechas en los pleitos, unas por su victoria, y otras por la temeridad de su adversario, (3) y otras por su contumacia, y retardacion del proceso; (4) se sigue de aqui que en todos los executivos, y ordinarios debe ser condenado en ellas (regularmente hablando) el vencido,

(1) Rodrig. cap. 8. cit. n. 12. Paz in Prax. part. 1. cap. 4. n. 7. Cur. Philip. ibi, n. 23. dicho.

(2) Ley Si Magistratus 1. y ley Adversus 4. Cod. de Magistratib. conveniendi. Sr. Salg. Labir. part. 2. cap. 5. per tot.

(3) Ley Eum, quem temere, ff. de Judic.

(4) Ley Sancemas, Cod. de Judic. y ley Non ignorat, Cod. de Fructib. & expens. Refus. de Expens. artic. 1. 2. y 3.

do, (1) no solo por la sentencia definitiva, sino también por la interlocutoria, sin esperar á que aquella se profiera; (2) y la razon es, para reprimir, y castigar su calumnia, y malicia en haber litigado, sabiendo no tenia derecho para ello; (3) y lo propio se debe practicar quando maliciosamente difiere presentar el instrumento que tiene, con vista del que se podrá finalizar el pleito, pues por su dolo debe ser condenado en las que con esta malicia causó á su adversario. (4) Estas expensas se entienden unicamente las hechas en el pleito, y no otras, porque el oficio del Juez no se amplía á los daños extrínsecos fuera de él, bien que si se pactan expresamente las personales ocasionadas por el pleito fuera de su casa, deberá pagarlas. (5) Y se entienden también pidiéndolas el vencedor, pues aunque el Juez puede condenar de oficio en ellas al vencido, (6) no está obligado precisamente á hacerlo á menos que aquel lo pida; (7) y por esta razon en las demandas, contextaciones, y en otros pedimentos se pone á su final la clausula: *pido justicia con costas*; y á veces suele pedirse juntamente con la pretension principal la condenacion en ellas. Pero es de advertir lo primero, que el Abogado que defiende su propio pleito, y obtiene con costas, no debe exigir las de su honorario, como si fuera litigante extra-

(1) Dicha ley Rom: quem: ley Proferendum, §. Sin autem, Cod. de Judic. leyes 8. tit. 3. y 8. tirax. Partid. 3. ley 14. tit. 8. lib. 2. y leyes 7. tit. 17. y 1. tit. 22. lib. 4. Recop. Authent. Et generaliter, §. 1. Cod. de Episcop. & Cleric. cap. Finem litibus, de Dolo, & contumacia, y cap. Calumniam, de penis.

(2) Glos. in dict. cap. Finem litibus, & ibi Panormitanus, & DD. Jason in dict. leg. Proferendum, y §. Sin autem. Sr. Covar. Pract. cap. 27. n. 1. y 2.

(3) Text. cit. y cap. Calumniam, de penis.

(4) Cien. en la ley 1. Cod. Ut que

desunt Advocat. Marant. in specul. part. 4. n. 7. memb. 7. n. 2. Parlad. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 18. n. ultim.

(5) Ley Ut fundus, ff. Communi dividend. dicha ley Sancimus, y ley penis. Cod. de Fructib. y glos. fin. en la ley 1. & ibi Bart. ff. de Alienatione judic. Parlador. lib. 5. c. fin. part. 5. §. 18. n. 10. 11.

(6) Arg. leg. *Adiles*, ff. de Edictio edict.

(7) Glos. verb. *Expensis*, & ibi DD. in cap. fin. de Rescript. Señor Covar. ibi, num. 5. Acev. in Rubr. tit. 2. lib. 4. Recop. a. 25. Par. toum. y tempo. 1. part. 4. n. 37.

traño. Y lo segundo, que si el Abogado, Notario, ó Procurador defienden graciosamente á alguno por ser pobre, no podrá exigir éste de su adversario el importe de los derechos que competian á aquellos, (bien que ellos podrán llevarlos, una vez que es el adversario, y no su parte el condenado) pero si le defendieron no por piedad sino por amistad, puede exigir para sí dicho importe, porque de otra suerte está obligado á compensarles, ó los tiene compensado su trabajo en la defensa: Sobre lo qual vease á Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 18. n. 12. al 14.

375 Lo explicado en el número inmediato se limita quando el vencido tuvo causa justa para litigar, v. g. incertidumbre del hecho; verdad ignorada; ser poseedor con buena fé, y título hereditario de la cosa litigiosa; estar ambiguo, y obscuro el punto; haber hecho el juramento de calumnia, y no sido temerario en litigar, y no de otra suerte; ó quando probó su intencion con testigos, y sin embargo, fue condenado por haber sido repelidos por razon de sus personas; y en otros semejantes, que por ser de hecho, no se puede dar regla fija, por lo que se dexan al arbitrio del Juez; (1) pues en ellos no se le condenará; pero en el de no tenerla, ha de ser condenado en ellas, y tasarlas el mismo Juez, mandando primero al vencedor que jure quanto importan, y moderandolas, si atendida la qualidad del negocio, y el estado, y condicion de las personas, fueren excesivas; (2) bien que hoy se tasen con arreglo al arancel real. Pero se pregunta; si el Procurador como dueño de la instancia deberá pagar al Juez, Abogado, Escribano y demás subalternos del Tribunal los derechos que éstos devengaron en defender á su principal: y tambien las costas causadas á su contendor, en caso que por litigante temerario sea condenado en ellas? Y respon-

(1) Ley 8. tit. 22. Partid. 3. cit. & ibi glos. 2. y 3. Parlador. part. 5. dicha, §. 18. n. 4. y 5.

(2) Dicha ley Sancimus: ley 1. tit. 14. lib. 3. del Fuero Real, leyes 5. tit. 3. y 3. tit. 22. lib. 4. Re-

cop. Authent. Post jusjurandum, Cod. de Judic. Authent. de Judicis, §. Oportet, collat. 6. cap. ultima. de his que vlt. metus causa, cap. Olim. de Injuris.

pondo que si le defienden por encargo particular del mismo Procurador, debe satisfacerles sus derechos, porque por el hecho de buscarlos para su defensa, y encargarsela, y no tratar con el principal, es visto tomar en sí la obligación de su solución, pues por su orden, y respecto le defienden; lo qual procede aun quando el poder dante le relieve de su pagamento en el poder, porque esta relevación es para otro efecto; y así le podrán apremiar à él, dejándole el regreso contra su principal, del qual sino tiene satisfacción, no debe admitir el poder. Pero si ellos lo hacen por encargo de éste, no tendran acción contra el Procurador, porque éste no los buscó, ni por consiguiente se obligó à cosa alguna. En quanto à las costas causadas à su contendor, digo que en ninguna evento tendrá acción contra el Procurador: lo primero, porque éste no litigó con él, ni hizo su negocio, sino el de su principal como su mandatario, ni se constituyó su fiador, ni se obligó à las resultas del juicio, ni à otra cosa. Lo segundo, porque las costas son accesorias à lo principal, y como tales lo siguen: y contra quien se dá la acción por aquel, se dá por éstas, y así debe dirigirla el contendor contra el poder dante. Lo tercero, porque si no tiene satisfacción de su adversario por su insolvenia, y cree que debe ser condenado en costas, puede pretender antes de la contextación que dé fianza de estar à derecho, y pagar juzgado, y sentenciado, como tengo expuesto en el cap. 11. n. 20. de mi primera parte adicionada; y no dandola, que se le deniegue la audiencia, y sobre ello formar artículo, cuya excepcion dilatoria se le admitirá y si el poder no es bastante, pretenda que lo presente como corresponde segun las leyes 2. tit. 24. lib. 2. y 3. tit. 2. lib. 4. Recop. lo mandan, y hasta que lo execute no responda; pues de no practicarlo, es visto contentarse renunciar este auxilio, y que solo quiere repetir contra él despues de sentenciado el pleito; y así echese asimismo la culpa de su omisión. Lo quarto porque de permitirse esto, resultaria detrimento al público el que se debe evitar, porque prepondera al particular de uno, à otro litigante que suele obtener con costas, pues no habría quien admitiese de-

deres con semejante gravamen, y se cortaría la sociedad, y comercio, e impediría por un medio indirecto el uso de las acciones à los individuos de la republica, especialmente à los ausentes, que por su ausencia estan imposibilitados de seguir las por sí en los Tribunales competentes. Y lo quinto, porque el que se llame dueño de la instancia al Procurador, y lo sea, no sirve para otro efecto, que para el de que se substancièn con el las diligencias del proceso: pueda ser apremiado con facilidad como que assiste al tribunal, à la devolución de los autos: se eviten gastos indebidos al colitigante, y sean interminables los pleitos; pero no es dueño de la acción, ni cosa litigiosa, y así como no puede demandarle, ni ser demandado por ella, tampoco por las costas del proceso en que se ventiló, pues el juicio se debe cumplir, y executar contra el principal, ò sus fiadores y no contra el podatario, ò personas, excepto que este siga el pleito sin tener poder suyo, como lo dice la ley final tit. 5. Partid. 3. Este es mi sentir sin embargo de quanto en contrario maquine el voluntario capricho de algunos preocupados. El que quiera saber en qué casos queda, ò no obligado el Procurador, acabado su oficio, vea à Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 13. ex n. 10. que los trae individualizados, y por no importar al Escribano su pericia, omito explicarlos.

376 Supuesto como legal lo referido, digo que en los pleitos executivos, (respecto carecer de causa justa para litigar el executado, ya se haya despachado la execucion en virtud de confesion, sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, executoria, instrumento guarentigio, ò de otro documento de los que expresé en el n. 2. de este capítulo, que la traiga aparejada) sentenciandose la causa de remate, no solo debe ser condenado en las costas procesales, sino tambien en pena de su morosidad en la decima parte, y no mas de la deuda, porque se expidió el mandamiento executivo; cuya decima debe satisfacer en la misma especie, porque se pidió y despachó la execucion, v. g. si por dinero, en dinero, si por trigo, en trigo &c. y no en otra al Alguacil que le executó, en el caso solo de haber con-

tumbre de exigirla. (1) esta costumbre se entiende del lugar en que estubieren los bienes executados, ó en el del domicilio del executado, y no del juicio, y así aunque en este la haya de llevarla, sino la hay en los otros, no se debe cobrar; (2) y prescribe en el fuero secular por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes; y en el eclesiastico por quarenta indistintamente entre éstos, y aquellos. (3) Bien entendido, que la décima del Alguacil es por todos sus derechos; pues llevandola, no debe percibir mas, aunque salga fuera de la Corte, y dentro de las cinco leguas de su rastro à hacer la execucion; y si lleva salario asignado, no le corresponde, ni debe exigirla. (4)

377. Mientras el acreedor no esté pagado de su credito, ó se dé por contento de su importe, ó conceda espera al deudor; ó se convenga con él; ó no quiera continuar la execucion, siendo requerido à este efecto por el Alguacil que la hizo, no se debe pedir la décima; pero verificándose alguna de estas cinco cosas la puede exigir; por lo que si los bienes del deudor vendidos no alcanzan à cubrir la deuda, se ha de cobrar à prorrata del precio de lo que se pagare, y no del residuo, hasta que se pague, ó concierte. (5) Y si el mandamiento executivo se dirige contra varios por diversas deudas, ó contra un deudor por distintas cantidades, se devenga, y puede llevar la décima respectiva, ó el salario íntegro de cada una, (6) porque se contemplan, y son muchas execuciones. Y se previene que es nulo, è ineficaz el concierto que el executor haga con el

(1) Leyes 7. tit. 21. y unica tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. lib. 2. cap. fin. part. 6. §. unic. n. 1. y 4.

(2) Ley 31. tit. 4. lib. 3. Recop. ley Nisi opinatores. Cod. de Executorib. tributor. ley Form. censuali. ff. de Censib. y ley Rescriptum. §. fin. ff. de Munerib. & honorib. Rodrig. de Execution. cap. 7. n. 21. y 24. Parlador. dicho §. unic. n. 2.

(3) Ley 5. tit. 2. Partid. 1. & ibi glos. 4. Rodrig. dicho cap. 7. n. 23. Parlador. dicho §. unic. n. 6. y 7.

(4) Ley 7. tit. 21. ley 1. cap. 8. tit. 20. y ley unica tit. 31. lib. 4. Recop. Rodrig. cap. 7. cit. n. 12. Parlador. dicho §. unic. n. 16.

(5) Ley 21. tit. 4. y ley 10. tit. 6. lib. 3. y leyes 7. tit. 21. y unica, tit. 21. lib. 4. Recop. Car. Philip. part. 2. §. 23. n. 9. Rodrig. cap. 7. dicho. n. 14. y 15. Parlador. part. 6. §. unic. n. 17. n. 19.

(6) Góm. lib. 2. Van. cap. 11. num. 126. cecus del fin. vots. Sactus. efectus. Cur. Philip. ibi. n. 6.

acreedor sobre la décima, è otros derechos de execucion: (1) de que se deduce à contrario sensu, que haciendolo con el deudor, valdrá.

378. No debe pagar décima el executado en diez casos: el primero, quando en virtud de apremio judicial se da posesion de sus bienes à su acreedor, para que se reintegre de su credito, porque falta el orden del juicio para devengarla, y no es necesario. (2) El segundo, quando algunos de sus acreedores se oponen à la execucion incohada por otro, pretendiendo ser preferidos à éste, ó entre sí, pues entonces solo la debe de la cantidad, porque fue realmente executado, aunque para el pago de todos se estimen los bienes por árbitros. (3) El tercero, quando forma concurso, ó hace cesion de todos sus bienes en manos del Juez, à fin de que con ellos satisfaga à sus acreedores segun su prelación, porque en este caso no solo falta el orden del juicio para devengarla, sino que à devengarse, mediante no tener bienes para todos, se verificaria no satisfacerla él, sino ellos, como si fueran los deudores. (4) El quarto, quando la execucion se dió por nula por no traerla aparejada el instrumento, ó por faltar las solemnidades legalmente prescritas para el orden de seguirla; en cuyo caso ningun derecho debe llevarse, y el que lo llevare, debe restituirlo con el quatro tanto, y las costas; (5) pero si la nulidad provino de culpa del acreedor, ya por pedir mas que lo que se le debia, ó no haberla pedido segun debia, debe pagarla, y no el deudor. (6) El quinto, quando se hace execucion por pena, ó condenacion pecuniaria debida al Fisco; pues ni décima, ni otro derecho alguno se debe llevar, (7) ni por consiguiente por la décima de ésta, porque es pena, y no se debe gravar con dos cargas una misma cosa, ni es lícito

(1) Ley 40. tit. 4. lib. 3. Recop. Cur. ibi. n. 10. Parlador. ibi. n. 20.

(2) Rodrig. cap. 7. cit. num. 26.

(3) Leyes 8. al fin, y 6. tit. 21. Avendañ. in cap. Prater. part. 1. cap. 17. n. 16. Cur. ibi. n. 4.

(4) Ley unic. Cod. de Imponend. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. ibi. n. 10. Rodrig. ibi. n. 26. dicho.

(5) Sr. Salg. Tabir. creditor. part. cap. y §. 1.

(6) Ley 35. tit. 4. lib. 3. Recop. Parlador. part. 6. y §. unic. cit. n. 9.

(7) Ley 15. tit. 23. lib. 2. y ley 7. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. ibi. n. 14.

percibir intereses de intereses. (1) El sexto, quando se executa à los Economos, Mayordomos, y Tesoreros de la Iglesia por lo que la deben; (2) lo qual se entiende, excepto que haya costumbre de exigirla. El septimo, quando el deudor paga à su acreedor dentro de las setenta y dos horas siguientes à la en que se le notificó en persona el estado de la execucion, ó por su ausencia, y ocultacion en su casa; pues en este caso debe pagar solamente los derechos del mandamiento, y las dietas del camino, yendo fuera; ni quando muestra contenta de él dentro de las veinte y quatro. (3) El octavo, quando depositó llanamente la deuda, ó parte de ella dentro de las referidas veinte y quatro horas en persona segura ante el Juez, y por su ausencia ante un Regidor, y no ante otra persona, con tal que à su costa haga saber el depósito al acreedor dentro de tercero dia para que acuda à su percibo; pues por humanidad no la deberá pagar de la parte de deuda que satisfaga, ni otro derecho de execucion; (4) como en el num. 133. expuse; pero no basta la mera oferta de sus bienes en pago al acreedor, ni el que éste compulso, y apremiado los tome apreciados, le exime de la decima; lo que al contrario tomados espontanamente, (5) porque lo prohibido en una cosa se entiende permitido en todas las demás. (6) El noveno, quando el Juez delegado, ó diputado por ciertos dias para hacer la execucion, llevó salario consignado; (7) pues es injusto, è incivil, que por exercer un oficio se exijan dos premios. (8) Y el decimo, quando el executado es criado del Rey, ó goza del fuero de tal, pues estos por privilegio están esentados no solo de su solucion, sino de ser presos por deuda puramente civil, y no deben ser demandados sino ante el

(1) Ley Si laborante s. ff. ad leg. Rhodiam de factu, ley Nec usus s. ff. de Vastrect. legat. y leyes Eos qui ad §. 1. y Un nullo modo s. Cod. de Usur.
(2) Aothent. Sed hodie 3. Cod. de Episcop. & Cleric. Parlador. ibi. n. 15.
(3) Leyes 18. 21. y 22. tit. 21. lib. 4. Recop.

(4) Ley 23. tit. 21. lib. 4. Recop. Parlador. dicho §. unic. n. 31.
(5) Rodrig. ibi. n. 31. Parlador. ibi. n. 39. y 30.
(6) Ley Cum pretor, ff. de iudic. y ley Qui accusare, ff. de Accusation.
(7) Ley 11. tit. 21. lib. 4. Recop.
(8) Cap. Cum olim, & ibi DD. de Re iudicat.

Juez de la Real Casa, como se practica en esta Corte.

379 Si se despacha execucion por deudas pertenecientes al Fisco, y el deudor no paga dentro del término legal, no debe satisfacer decima, y si unicamente una treinta por cada millar, ya llegue la deuda à cinco mil maravedis, ó exceda en mucha, ó poca suma de ellos, antes bien se deba llevar menos si hubiere costumbre. (1) Y siendo la deuda de hermandad, se ha de exigir un quarenta por cada millar, y no mas, ya llegue, ó exceda de los cinco mil maravedis. (2) Lo qual no milita para con las pertenecientes à las Repùblicas, y Señores; pues para el efecto referido son lo mismo que las personas privadas. (3)

380 Por una misma deuda no se debe mas que una decima, aunque sobre su satisfaccion se hagan muchas execuciones; ó el acreedor conceda espera al deudor; ó suspenda la execucion, y luego la continúe, ó vuelva à hacer de nuevo, pena del quatro tanto, aun quando un Juez despache la execucion, y luego otro la concluya; ó el fiador executado que pagó por el principal, execute despues à éste, porque sin embargo de ser dos las obligaciones, no es mas que una la deuda. (4) Lo qual se entiende quando el mismo deudor principal permanece obligado, pues si no lo queda, y da otro en su lugar, que recibe en si la obligacion principal, entonces como que hay delegacion, y es nueva deuda, y obligacion, se deberá nueva decima; (5) y lo mismo procede quando el deudor executado se obliga à pagar la deuda en especie distinta, y despues se le executa por ella, pues en este caso por la novacion, como que es diferente la deuda, se causa otra decima; (6) y exigiéndola el executor, no ha de llevar derechos por las diligencias

(1) Ley 10. tit. 6. lib. 3. ley 8. tit. 21. lib. 4. y ley 13. tit. 7. lib. 2. Recop.
(2) Ley 13. tit. 12. lib. 8. Recop.
(3) Parlador. dicho §. unic. y part. 6. num. 13.
(4) Dicha ley 10. tit. 6. y ley 64. tit. 4. lib. 3. ley 7. tit. 21. y ley unica, §. 12. tit. 29. lib. 4. Recop. Parlador. dicho §. unic. n. 21. y 22.

(5) Ley Sad etsi, §. Non solum, ff. ad Macedonian. ley Si sicutum, §. Si ab alio, ff. de Novation. ley Noa est novum, ff. de Contrahend. emptio. y ley 15. tit. 14. Partid. 5. Añad. decis. 253. Parlador. ibi. n. 23. al. 27.
(6) Rodrig. dicho cap. 7. n. 19. Parlador. ibi. num. 23. Cur. Phillip. part. 2. §. 23. n. 13.

cias que practique en la execucion, con titulo de costas, salarios, viages de camino en la venta, y posesion de los bienes vendidos, ni con otro alguno, sin embargo de que otro executor, ó executores diversos de el que la percibió, hagan la segunda, ó mas execuciones por la propia deuda, pues con la expresada decima lo satisface todo el deudor, y en nada mas se le ha de gravar por parte de ellos.

381 Obligandose de mancomun por el todo *in solidum* dos, ó mas deudores como principales, ó fiadores á la solucion de una cantidad; executando el acreedor á qualquiera de ellos, pagando el executado; y repitiendo despues con su lasto contra los otros, se dificulta si se debe, ó no exigir mas que una decima? sobre lo qual hay discernim. de pareceres: unos fundados en que son muchas las obligaciones, y execuciones, dicen que se debe: y otros (y son los mas) afirman que no; porque aunque lo sean, no es mas que una la deuda. *El Sr. Olea de Cesion. jur. tit. 5. quest. 5. num. 52.* dice no es justo que los unos paguen las dilaciones; y malicias de los otros; y que el correo, ó confador que pagó por otro, puede exigir de los demás la decima, y costas. En el caso solo de que todos hayan sido convenidos en un juicio *in solidum* por el principal, y costas, y no en otro, porque de una deuda no se debe cobrar mas que una decima. Y el *Rodrig. de Execucion. cap. 7. ex numer. 16. al. 20.* resuelve que no se debe llevar mas que una decima; bien que por el trabajo de la segunda execucion se pueden exigir algunos derechos; y que en dos casos se deberán dos decimas: el primero, quando el deudor del deudor está obligado á dar alguna cosa, éste da en pago á su acreedor el debito de su deudor, y despues se sigue via executiva contra el deudor delegado; porque en este caso se contrae otro debito. Y el segundo, quando el executado da al acreedor persona en quien se transfiera su obligacion, pues haciendose nueva execucion contra ésta, se debe otra decima, porque no solo es nueva obligacion, sino nuevo debito segun derecho, como dexó sentado en el número anterior. El Jurisperito discernirá sobre esta dificultad lo que estime mas oportuno, y conforme á justicia, respecto no tocarla las leyes.

382 Pidiendo execucion el acreedor por mas que lo que se le debe, ha de pagar decima del exeso con otro tanto. (1) Lo qual se entiende, aunque al tiempo de pedirla haga la protesta de admitir en cuenta *legitimas*, y *justos pagos*, de que hiede mención en el num. 189. pues esto no la eximirá de su satisfaccion, excepto que tenga justa ignorancia de lo liquido que se le está debiendo, v. g. si es heredero, y su causante no lo dexó sentado; ó si su factor, ó apoderado no le participó lo que habia cobrado á cuenta, &c. pues en estos casos, y otros semejantes queda libre de su solucion. (2)

383 Principiandose la execucion en un Juzgado por un Ministro executor, y concluyendose por otro, ó haciendola en virtud de requisitoria de otro Juez, deben partir la decima los dos Ministros, y el Juez requirente, y requirido, no obstante tocar al requirente; lo qual se entiende, á menos que en los dos Juzgados, ó en el de los dos Ministros haya costumbre contraria. (3) Previeniendo, que en el caso de dudarse si la debe, ó no pagar el executado, no ha de conocer de ello el Juez á quien corresponde, ó se debe, sino su superior. (4) Y respecto á que sucede muchas veces que por hallarse gravado el deudor con deudas, y no tener bienes suficientes para satisfacerlas, se le pone preso, y por redimir la vejacion de la prision, y obtener su libertad, hace cesion de bienes en manos del Juez para que los reparta entre sus acreedores; y el Escribano querrá cerciorarse de el modo de substanciar este juicio, llamado por otro nombre *concurso de acreedores*, le remito á este efecto al capítulo siguiente, en donde hallará lo competente para su instruccion.

§. FI.

(1) Ley 9. tit. 21. lib. 4. Recop.

(2) Parlador. lib. 1. n. 32. y 33.

(3) Parlador. lib. 1. n. 24. al. 37.

(4) Glos. vers. Provincia in leg.

de Jure, ff. ad Municip. & ibi Bart. Rodrig. dicho cap. 7. num. fin. vers. Porremo.

§. FINAL.

DE LA FORMA DE ESTENDER
las diligencias de la vía executiva, estando
presente el deudor.

Pedimento pidiendo execucion.

384 **F** vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que N. me está debiendo tantos mil reales que para sus urgencias le presté sin premio, ni interés alguno, como lo juro en solemne forma de derecho, los que se obligó a satisfacerme para tal dia, segun se acredita de la Escritura de obligacion, que constituyó en tantos de tal mes del año proximo pasado ante F. Escribano de S. M. y original presente con la solemnidad necesaria; y mediante ser pasado el plazo en que debió pagarmelos, y mucho mas; que aunque he practicado con el citado deudor las mas urbanas, y atentas diligencias, no he podido conseguir su cobro, y hacerme suma falta: en esta atencion, para que tenga efecto, à Vm. suplico se sirva haber por presentada la referida Escritura de obligacion, y por lo que de ella resulta, despachar execucion contra la persona, y bienes del referido N. por los tantos mil reales que juro en forma de derecho estarme debiendo, y por mas su decima, y costas causadas, y que se causen hasta su real, y efectivo reintegro, pues protesto admitir en cuenta legitimas, y justas pagas, y asi procede de justicia que pido, y para ello, &c. F.

Auto.

385 Por presentada la Escritura que se refiere; por lo que de ella resulta, se despache la execucion que se pide por la cantidad que se expresa, à cuyo fin se expida el correspondiente mandamiento, el Señor Don Fulano lo mandó, &c. Man

Mandamiento de execucion.

386 Alguaciles de esta Villa qualquiera de vos haced execucion en la persona, y bienes de N. por tantos mil reales, que en virtud de Escritura de obligacion otorgada en tal dia, mes, y año, ante F. Escribano, y presentada ante mí, resulta estar debiendo à F. por quien, (ò por cuya parte, si pidiere por Procurador) se pidió, y juró: ha ceda conforme à derecho por la referida cantidad, y por mas su decima (si hubiere estilo de exigirla, y si no, se omitirá) y costas, notificandosele despues de hecha, su estado por el Escribano que en ella entienda, y lo cumplid, pues por mi auro de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal Villa, à tantos, &c. Don F. por su mandado, F.

Traba de execucion en bienes muebles.

387 En tal parte, à tantos de tal mes, y año: por ante mí el Escribano F. Alguacil de este Juzgado, cumpliendo con lo ordenado por el mandamiento precedente, requirió à F. en el contenido, satisficiese los tantos mil reales, porque está despachado, ò manifestase bienes suyos propios en que trabar la execucion; y enterado, dixo no se halla por ahora con la expresada cantidad, por lo que señaló tales bienes. (se individualizarán por menor): cuyos bienes expresó ser suyos propios, y en ellos el referido Alguacil, en voz, y nombre de los demás que pareciera pertenecer al mencionado N. al tiempo del remate, trabó la execucion por la cantidad porque fue despachada, y por mas su decima, y costas causadas, y que se causaren hasta su real, y efectivo pago; y protesto mejorarla en otros en qualquier estado del pleito, siempre que conenga, y lo pida el acreedor; y el prenotado Alguacil depositó los referidos bienes en P. vecino de esta Villa, el qual se constituyó depositario de ellos, y como tal se obligó à tenerlos en su poder à ley de depósito, y à no entregarlos à persona alguna sin especial mandato del Señor Juez que de estos autos conoce, ò otro competente, bajo la pena de pa-

§. FINAL.

DE LA FORMA DE ESTENDER
las diligencias de la vía executiva, estando
presente el deudor.

Pedimento pidiendo execucion.

384 **F** vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que N. me está debiendo tantos mil reales que para sus urgencias le presté sin premio, ni interés alguno, como lo juro en solemne forma de derecho, los que se obligó a satisfacerme para tal dia, segun se acredita de la Escritura de obligacion, que constituyó en tantos de tal mes del año proximo pasado ante F. Escribano de S. M. y original presente con la solemnidad necesaria; y mediante ser pasado el plazo en que debió pagarmelos, y mucho mas; que aunque he practicado con el citado deudor las mas urbanas, y atentas diligencias, no he podido conseguir su cobro, y hacerme suma falta: en esta atencion, para que tenga efecto, à Vm. suplico se sirva haber por presentada la referida Escritura de obligacion, y por lo que de ella resulta, despachar execucion contra la persona, y bienes del referido N. por los tantos mil reales que juro en forma de derecho estarme debiendo, y por mas su decima, y costas causadas, y que se causen hasta su real, y efectivo reintegro, pues protesto admitir en cuenta legitimas, y justas pagas, y asi procede de justicia que pido, y para ello, &c. F.

Auto.

385 Por presentada la Escritura que se refiere; por lo que de ella resulta, se despache la execucion que se pide por la cantidad que se expresa, à cuyo fin se expida el correspondiente mandamiento, el Señor Don Fulano lo mandó, &c. Man

Mandamiento de execucion.

386 Alguaciles de esta Villa qualquiera de vos haced execucion en la persona, y bienes de N. por tantos mil reales, que en virtud de Escritura de obligacion otorgada en tal dia, mes, y año, ante F. Escribano, y presentada ante mí, resulta estar debiendo à F. por quien, (ò por cuya parte, si pidiere por Procurador) se pidió, y juró: ha ceda conforme à derecho por la referida cantidad, y por mas su decima (si hubiere estilo de exigirla, y si no, se omitirá) y costas, notificandosele despues de hecha, su estado por el Escribano que en ella entienda, y lo cumplid, pues por mi auro de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal Villa, à tantos, &c. Don F. por su mandado, F.

Traba de execucion en bienes muebles.

387 En tal parte, à tantos de tal mes, y año: por ante mí el Escribano F. Alguacil de este Juzgado, cumpliendo con lo ordenado por el mandamiento precedente, requirió à F. en el contenido, satisficiese los tantos mil reales, porque está despachado, ò manifestase bienes suyos propios en que trabar la execucion; y enterado, dixo no se halla por ahora con la expresada cantidad, por lo que señaló tales bienes. (se individualizarán por menor): cuyos bienes expresó ser suyos propios, y en ellos el referido Alguacil, en voz, y nombre de los demás que pareciera pertenecer al mencionado N. al tiempo del remate, trabó la execucion por la cantidad porque fue despachada, y por mas su decima, y costas causadas, y que se causaren hasta su real, y efectivo pago; y protesto mejorarla en otros en qualquier estado del pleito, siempre que conenga, y lo pida el acreedor; y el prenotado Alguacil depositó los referidos bienes en P. vecino de esta Villa, el qual se constituyó depositario de ellos, y como tal se obligó à tenerlos en su poder à ley de depósito, y à no entregarlos à persona alguna sin especial mandato del Señor Juez que de estos autos conoce, ò otro competente, bajo la pena de pa-

garlos de los suyos, y de las demás en que incurren los depositarios, que no dan cuenta de los depósitos que la Justicia pone á su cuidado, á todo lo qual se obligó en forma con su persona, y los suyos presentes, y futuros, se somete á la jurisdiccion de dicho Señor Juez; lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida; renuncia las leyes, y fueros de su favor; otorga depósito en forma; y lo firma con el citado Alguacil, á quienes doy fé. conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa; y lo pidió por testimonio para su resguardo, de todo lo qual doy fé.

Nota primera.

Quando la obligacion es personal, ó hipotecaria general, acostumbra algunos de esta Corte trabar la execucion en una alhaja del deudor en voz, y nombre de los demás bienes suyos, y luego en diligencia separada requerirle manifieste mas para mejorarla, ó ampliarla. Yo no repruebo este modo de substanciar, con tal que hagan inmediatamente la mejora, ó continuacion de la traba, ó embargo; pues en este caso es lo mismo que hacerla de una vez en bienes suficientes á cubrir la deuda, decima, y costas, como la diligencia precedente lo demuestra; pero si hacen la traba en una alhaja, y á pretexto de ser hecha en voz, y nombre de los demás bienes, no aseguran el débito con la ampliacion, y proceden á continuar las restantes diligencias, no puedo aprobarlo, porque el deudor puede ocultar los demás bienes, y no cumplen con el precepto de la ley, ni del Juez, pues la traba es para asegurar el débito, y la mejora es para su mayor seguridad, por si los bienes embargados no alcanzan á cubrirlo, y la decima, y costas; pero por decontado debe asegurarse, y no dársele á ocultacion, ni por consiguiente á que el acreedor sea defraudado, lo que prevengo al Escribano para que no se exponga, y aconseje al Alguacil lo que debe hacer: Y en quanto á quando ha de poner en la traba la cláusula: *Por cuenta, y riesgo del executante, ó acreedor*; vea lo explicado en el num. 124. de este capitulo.

Re-

Requerimiento al deudor para que afianse de saneamiento, y prision por no afianzar.

388 Incontinenti el expresado Alguacil requirió al citado N. de fianza de saneamiento de los bienes executados, pues en su defecto se le pondrá preso; y enterado, respondió no tener persona que le fie, por lo que el citado Alguacil lo aseguró, y condujo fuera de inmunidad eclesiástica á la carcel pública de esta Villa, y lo entregó á F. Alcayde, ó Portero de ella, el qual lo sentó por preso en el libro de lo civil á tal folio, y se obligó á tenerlo detenido, y seguro, hasta que por el Señor Juez de estos autos otra cosa se mande; y para que conste, lo pongo por diligencia, que firmo con dicho Alguacil, doy fé.

Nota segunda.

Si el deudor no tiene bienes, es superfluo requerirle que dé la fianza de saneamiento, porque no hay materia sobre que recaiga; y así el requerimiento ha de ser para que los manifieste, y que por haber respondido que no los tenía, le puso preso el Alguacil. De lo que debe contener esta fianza, traté en el num. 142. de este cap. y en el 4. de mi primera parte, §. fin. num. 182. la tengo extendida, por lo que la omito aquí. Y si despues de preso le da á satisfaccion del acreedor, debe acudir con pedimento ante el Juez, expresandolo, y pretendiendo se le ponga en libertad, y el Juez mandarle soltar; y lo mismo debe hacer aunque no se haya comunicado al acreedor, respecto á que puede recibirla el Escribano originario por su cuenta, y riesgo, y de su oficio, contra quien repetirá, en caso de que no sea segura, como senté con legal apoyo en el citado cap. 4. num. 136. Lo qual será al contrario quando ofrece la fianza, pues entonces es preciso dar traslado al acreedor, para ver si se conforma, ó no con ella, y hasta que se conforme, no ha de ser suelto, excepto que el Escribano quiera recibirla por su cuenta; y el auto, y mandamiento se estieden en esta forma.

T 4

Au-

Auto para la soltura.

389 En atencion à haber otorgado esta parte la fianza de sancamiento ante el presente Escribano, sea suelto de la prision en que se halla, no estandolo por otra causa; à cuyo efecto se libre el correspondiente mandamiento. El Señor Don F. &c. lo mandó à tantos de tal mes, y año.

Mandamiento de soltura.

390 Alcaide, ò Porteros de la Real Carcel de esta Villa, poned en libertad à F. que se halla preso en ella en virtud de mandamiento de execucion despachado por mí tal día à instancia de F. por tantos mil reales que le debe; y lo cumplid no estandolo por otra causa, pues por mí auto de este día así lo tengo mandado. Fecho en tal parte, tal día, mes, y año. Don F. Por su mandado, F.

Nota tercera.

Este mandamiento se entrega al Alcaide, ò Porteros de la Carcel, para que les sirva de resguardo, è inmediatamente deben cumplir con lo que por él se les manda, y à continuacion del auto se pone nota de haberse expedido en el mismo día el mandamiento.

Notificacion de estado.

391 En tal parte à tantos de tal mes, y año yo el Escribano siendo tal hora de su mañana notifiqué el estado de esta execucion à N. en su persona, y le apercibí que si dentro de setenta y dos horas contadas desde la presente (que son tres días naturales) no pagare à F. los tantos mil reales porque fue despachada, satisfará à mis de ellos, y las costas la decima parte de lo que importa la deuda principal, y quedó enterado; y asimismo le apercibí si daba, ò no por dados los pregones de la ley, ò queria que se diesen à los bienes executados, y dixo que los daba por da-

dados, y protextaba gozar de su término; esto respondió, doy fé.

Pedimento del acreedor para citar de remate al deudor presente.

392 F. vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que à mi instancia se despachó execucion tal día contra N. por tantos mil reales que le presté, y me está debiendo, con cuyo mandamiento se hizo la traba, y notifiqué su estado en tal día al deudor, el qual respondió que daba por dados los pregones de la ley, y protestaba gozar de su término; y mediante ser pasado éste, y mucho mas, à Vm. suplico se sirva mandar se le cite de remate en su persona; y no pudiendo ser habido, à su muger, hijos, criados, ò vecinos inmediatos, dexandoles la correspondiente memoria por escrito para los efectos que convegan en justicia, que pido, y para ello, &c.

Auto.

393 Mediante ser pasado el término de los pregones, se cite de remate à N. apercibiendole conforme à derecho; y no pudiendo ser habido, precedidas tres diligencias en su busca, se dexé memoria por escrito con expresion de los efectos de la citacion à su muger, hijos, criados, ò vecinos mas cercanos, con la qual se declara por hecha, como si fuese en su persona, para que le pare el perjuicio que haya lugar. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Citacion de remate en persona.

394 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano cité à N. réo executado para el remate de los bienes executados en su persona, y le apercibí, que si dentro de tres días primeros siguientes al de esta fecha, no compareciere à mostrar paga, quita, ò razon legitima que lo impida, se procederá sin mas citacion à la subasta, y venta de ellos para el pago de la cantidad principal, de-

decima, y costas, y quedo enterado, doy fé.

Nota quarta.

Aunque en algunos Oficios de esta Corte acostumbran citar de remate sin que el acreedor lo pida, ni el Juez lo made, tengo por preciso que precedan el pedimento, y auto; lo primero porque la citacion referida no es diligencia que esté comprendida tácita, ni expresamente en el mandamiento ejecutivo, como la traba, fianza, y notificación de estado, que son consiguientes á él, y sin otra providencia se hacen; lo segundo, porque el Escribano carece de potestad para citar á nadie sin precepto judicial, como en el num. 168. dexo expuesto; y lo tercero, porque puede el deudor haber pagado al acreedor, ó compuesto con él; y á más de que no debe el Escribano ser Agente suyo, pues como que le urge el reintegro de su dinero, buen cuidado tendrá de solicitarlo una vez que no ocurre al Juez para el seguimiento de la causa, no se debe gravar al executado con costas indebidas; por cuyas razones aconsejo que no se cite sin que el acreedor lo pida, y el Juez lo mande.

Pedimento del deudor opusindose á la execucion.

395 F. vecino de esta Villa, anté Vm. como mas haya lugar, digo que á pedimento de F. se despachó contra mí mandamiento de execucion por tantos mil reales que dice le estoy debicado, con cuyo mandamiento se me embargaron bienes, notificó el estado, y citó de remate; y mediante tener que alegar, y excepcionar contra la referida execucion, me opongo á ella: en cuya atencion, á Vm. suplico se sirva haberme por opuesto, mandar se me entreguen los autos, y encarguen á ambas partes los diez dias de la ley, pido justicia con costas, y para ello, &c.

Auto.

396 Hase por opuesta á esta parte á la execucion que re-

refere: á entrambas se encargan los diez dias de la ley, hagaseles notorio. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Nota quinta.

Este auto se notifica al executante, y executado: éste toma primero los autos, y hacen ambos sus probanzas dentro del término, al modo que en el juicio ordinario, segun les conviene. Pasados los diez dias, si piden que se les entreguen las probanzas para alegar, è instruir al Juez, debe entregárselos por breve término, y si ninguno los pide, pretende el actor que respecto ser pasados los diez dias, se sentencie la causa de remate; el Juez llama los autos citando á entrambos, (mediante haber habido oposicion) y pasados tres dias desde el de la ultima citacion, da su sentencia segun los méritos del proceso, como expuse en el num. 273. de cuyas diligencias, por ser muy obias, y faciles, omito la extension, y procedo á la de la sentencia.

Sentencia de remate.

397 En tal Villa, á tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. &c. habiendo visto los autos executivos que sigue F. contra N. sobre la paga de tantos mil reales procedidos de, &c. dixo que sin embargo de lo expuesto, y excepcionado por parte del nominado N. (ð mediante no haber comparecido á oponerse, y mostrar paga, quita, ð excepcion legítima) debía mandar, y mandó ir por la execucion adelante, hacer trance, y remate de los bienes executados, y demás que parecieren ser, y pertenecer al preñado N. y de su valor entero, y cumplido pago de la expresada cantidad, su decima, y costas causadas, y que se causaren hasta que efectivamente se verifique, al nominado F. á cuyo favor, dando previamente la fianza de la ley de Toledo, (ð de Madrid, segun sea la deuda) y precedida tasacion de las costas que hasta aquí se le originaron, se expida el correspondiente mandamiento de pago, y por esta su sentencia así lo proveyó, mandó, y firmó. Don F. ante mí. F.

Man-

Mandamiento de pago.

398 Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos requerid, y siendo necesario apremiad conforme à derecho à N. vecino de ella à que incontinenti dé, y satisfaga à F. tantos mil reales, por los que se le executó, tantos de costas procesales hasta aqui causadas; y asimismo la décima correspondiente à F. Alguacil, que hizo, y trabó la execucion, en todo lo qual por mi sentencia de remate de este dia está condenado; y no lo haciendo, y cumpliendo así, le sacad, vended, y rematad sus bienes conforme à derecho, y de su valor hacer el pago de todo, à cuyo efecto requerid igualmente, y siendo necesario apremiad à P. à que en fuerza del depósito que constituyó tal dia ante F. entregue los bienes embargados, y entregados que sean, los vendad, y rematad en el mayor postor, obrando conforme à derecho, y lo cumplid. Fecho en tal parte, à tantos de tal mes, y año. Don F. por su mandado F.

Auto absolviendo al executado.

399. En tal Villa, à tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. habiendo visto los autos executivos seguidos por F. contra N. sobre paga de tantos mil reales procedidos de un vale que hizo à su favor en tal dia, dixo que sin embargo de lo expuesto, y alogado por el referido F. debia revocar, y revoca la execucion despachada contra el citado N. à quien absuelve, y da por libre de la satisfaccion de los tantos mil reales: y en su consecuencia manda se les desembarguen, y entreguen libremente sus bienes, para lo qual se expida el correspondiente mandamiento; y mediante lo que resulta de autos, se condena al expresado acreedor en todas las costas procesales de este pleito, cuya tasacion en sí reserva, y en la décima para el Alguacil que trabó la execucion; y por esta sentencia así lo declaró, y firmó, &c.

Blan-

Mandamiento para desembargar los bienes en que se trabó la execucion.

400 Licenciado Don F. &c. por el presente alzo, quito, y doy por ningunos los embargos, que à instancia de F. y en virtud de mandamiento executivo por mi expedido en tal dia, refrendado del presente Escribano, hizo el Alguacil F. ante tal Escribano en varios bienes de N. por tantos mil reales: y en su consecuencia mando se requiera à P. depositario de ellos, se los entregue, y haciendolo, le doy por libre del depósito que constituyó, y se le dé para su resguardo el competente testimonio, pues por mi sentencia de este dia está absuelto el enunciado N. de la satisfaccion de los prenotados tantos mil reales, porque se despachó contra él la execucion, lo qual cumpla dicho depositario con aperebimiento. Fecho en tal parte, &c. Don F. por su mandado, F.

Nota sexta.

Si la execucion se trabó en bienes raices hipotecados especialmente, y se mejoró en los alquileres, ó arrendamientos, requiriendo à los inquilinos, y colonos los reuiviesen en su poder à la ley de depósito, se ha de decir en el mandamiento de desembargo: *Que se les requiera, acudan, y contribuyan al deudor con los vencidos, y que se vencieren, dandoles por libres igualmente del depósito constituido, y embargo hecho,* y proseguirá como el anterior mandamiento; y en virtud de él se hace el requerimiento, y à su continuacion se estienden las respectivas diligencias, y el executado firma el recibo de los bienes con el Alguacil, y Escribano; y si no sabe firmar, lo hace à su ruego un testigo.

Auto definitivo declarando no haber lugar à sentenciar la causa de remate, y recibiendo à prueba el pleito executivo.

401 No há lugar à sentenciar la causa de remate: recibiendo

cibese este pleito à prueba por via de justificacion con término de nueve dias comunes à las partes: hagaseles notorio, Con vista de autos lo mandó el Señor Don , &c.

Requerimiento al deudor con el mandamiento de pago.

402 En tal parte, à tantos de tal mes, y año, yo el Escribano requeri con el mandamiento de pago anterior à N. deudor, para que pague la cantidad de principal, decima, y costas, porque fue despachado, en su persona; y enterado, dixo no tiene otros bienes que la casa en que se trabó la execucion, la que consiente desde luego se venda en pública subasta para hacer el pago: esto respondió, y lo firma con dicho Alguacil, doy fé.

Pedimento del acreedor nombrando perito por su parte para la tasacion de la casa executada.

403 F. vecino de esta Villa, en los autos executivos contra N. sobre paga de tantos mil reales, su decima, y costas, digo que en estos autos se dió sentencia de remate, y despachó el correspondiente mandamiento de pago, y habiendole requerido con éste pagase la precitada suma, respondió no tenia otros bienes para su satisfaccion que la casa executada, la que consentia se vendiese en pública subasta; y mediante à que para venderla es preciso se valde por personas inteligentes, nombro por mi parte à este efecto à F. Maestro Alarife de esta Villa; en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva haberle por nombrado, y mandar que el deudor nombre por la suya otro, ò se conforme con el propuesto, y no haciendo uno, ò otro, nombrarlo de oficio en su rebeldía, para que los dos juntos valden la prenotada casa, y hecha su valuacion, que se saque al pregon por los términos del derecho, pues así es justicia, que pido, y para ello, &c.

Au-

Auto.

404 Para la tasacion de la casa que el pedimento refiere, se ha por nombrado à F. Maestro Alarife: notifiquese à N. que dentro de segundo dia nombre otro por su parte, ò se conforme con el propuesto, con apercibimiento que se nombrará de oficio; y hecho que sea, precedida citacion de ambas partes, se tase la casa que se expresa ante qualquier Escribano de S. M. à quien se dá comision, y evacuada su tasacion, se saque al pregon por el término de la ley, y se admitan las posturas, y mejoras que se hicieren conforme à derecho, y figen cedulas en los pargos públicos. El Señor Don F. lo mandó, &c.

Notificacion al deudor.

405 En tal parte, à tantos de tal mes, y año yo el Escribano notifiqué el auto precedente à N. en el contenido en su persona, y enterado, dixo que se conforma con el nombramiento hecho por F. su acreedor, por evitar mayores gastos: esto respondió, y lo firma, de que doy fé.

Nota septima.

Si el deudor no se conforma, y quiere nombrar otro, lo puede hacer por pedimento; y si nada hace, le acusará la rebeldía el acreedor, y el Juez la habrá por acusada, y nombrará otro de oficio à costa de los bienes del deudor, para que junto con el electo por el acreedor, hagan la tasacion, y se proceda à la venta, y subasta decretada.

Notificacion y aceptacion de los peritos.

406 En tal parte, à tantos de tal mes, y año yo el Escribano notifiqué el auto precedente (ò los autos de tal, y tal dia) à F. y F. (ò à uno solo sino hubiere mas) Maestros de Obras en esta Villa en sus personas, y enterados, dixeron que aceptan el nombramiento que les está hecho,

y

y se obligan à evacuar bien, y fielmente segun su saber y entender, sin agraviar à las partes, la tasacion para que están nombrados: esto respondieron, y lo firman, doy fé.

Citacion à las partes para la tasacion.

407 En tal parte, à tantos de tal mes, y año yo el Escribano cité con el auto, ò autos de tal día para efecto de hacer la tasacion que en ellos se manda, à F. y à N. en el contenidos, en sus personas, doy fé.

Tasacion de la casa.

408 En tal parte à tantos de tal mes, y año yo el Escribano en consecuencia de la comision que me está conferida por el auto de tal día, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros Alarifes en esta Villa, quienes lo hicieron conforme à derecho, y baxo de él dixeron haber visto, medido, y reconocido una casa que está en tal parte, y tiene tales linderos, &c. (*aquí se expresará lo que digan en su declaracion los Maestros, y luego concluirá*) cuya tasacion declararon haber hecho bien, y fielmente segun su inteligencia, sin hacer agravio à las partes, baxo del juramento fecho, en que se afirmaron, ratificaron, y lo firmaron, y expresaron ser F. de tantos años, y F. de tantos de edad poco mas, ò menos, de que yo el Escribano doy fé.

Nota oitava.

Algunas veces discordan los peritos, y cada uno hace su declaracion separada; en cuyo caso las partes pueden pedir al Juez nombre tercero en discordia, con el que se practican las propias diligencias, y con vista de las declaraciones de los dos evaqua la suya, y luego se dan los pregones de la ley por treinta dias utiles, ò mas, segun parece al Juez, y fijan edictos, ò cedulas en la forma siguiente.

Pre-

Pregones para la venta.

409 En tal parte tal día, mes, y año F. Pregonero de esta Villa estando à las puertas del Oficio de mí el Escribano, (ò de la Audiencia del Juzgado de ella) dió un pregon en altas, è inteligibles voces, diciendo: Quien quisiere comprar una casa sita en tal calle, y propia de N. que se vende de orden de la Justicia, para hacer pago à sus acreedores, y está tasada en tantos mil reales, acuda al Oficio de F. Escribano del Número de esta Villa, que se le admitirán las posturas, y mejoras que hiciere, y no hubo postor, doy fé. F.

Otro pregon.

410 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, por ante mí el Escribano el citado F. Pregonero estando en tal parte, dió otro pregon como el anterior, y no hubo postor, doy fé, F.

Nota nona.

Todos los pregones que se dén, se han de ir estendiendo por dias con arreglo à los antecedentes, hasta que haya postor à la cosa que se subasta, el qual debe hacer la postura por pedimento, y no admitirse faltando la circunstancias explicadas en el num. 302. Las cédulas han de contener lo mismo que los pregones, ponerse à su continuacion la fé de su fijacion, y estenderse en esta forma.

Cédula.

411 Quien quisiere hacer postura en una casa sita en tal calle, propia de N. que está tasada en tantos mil reales, y se vende judicialmente para pagar à sus acreedores, acuda al Oficio de F. Escribano del Número de esta Villa, que se le admitirán las posturas que hiciere.

Tom. III.

Vv

Fé

Fé de fijacion.

412 Doy fé que en este dia fijé tantas cédulas como la anterior, una en tal parage, otra en tal, y otra en tal, &c., y para que conste lo pongo por diligencia, que firmo en esta Villa de tal á tantos de tal mes, y año, F.

Pedimento haciendo postura.

413 Antonio vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo ha llegado á mi noticia que por el Oficio del presente Escribano, y en virtud de providencias de Vm. se está pregonando una casa propia de N. sita en tal calle, en la qual hago postura, y doy por ella tantos mil reales con las siguientes condiciones: que dentro de tantos dias se ha de rematar en mí la precitada casa, y aprobar el remate dentro de tantos despues que se celebre, y pasado este respectivo término, queda á mi arbitrio el cumplimiento de esta postura, y de ningun modo obligado á ella. Que he de poder cederlo á qualquier persona no prohibida, y á su favor, ó al mio, si no lo cediere, se ha de otorgar venta judicial, y entregarseme su copia original con todos los titulos de pertenencia de la citada casa, sin que falte el mas leve; y aunque la Escritura se celebre á mi favor, he de poder declarar dentro de tantos dias siguientes á su otorgamiento á qué persona pertenece dicha casa, y con qué orden, y causal hice la postura, sin que por la cesion, ni declaracion se cause alcabala. Que de los tantos mil reales en que hago esta postura, se han de deducir todas las cargas real, perpetuas, y al quitar, á qué esté afecta, è hipotecada la nominada casa: los réditos que de sus capitales se estén debiendo: y la alcabala que por esta venta se deba, con mas todos los derechos de autos, y diligencias, pregones, y remate, y su aprobacion, los de la Escritura de venta, y su copia, papel sellado, y blanco, como tambien lo que cuesta sacar los titulos que faltan, y demás, sin que yo esté obligado, ni pueda ser compelido á depositar, ni entregar mas que el

líquido precio, y residuo que quede, hechas previamente todas las deducciones expresadas, ni los acreedores del citado N. tengan el menor regreso, ni repeticion contra la prenotada casa, ni contra mí, ni mis herederos en tiempo alguno, aunque el precio en que se remate, no alcance ni con mucho á reintegrarles de sus créditos, ó queden enteramente sin su importe. Con cuyas condiciones, y no en otros términos hago la referida postura, y me obligo á cumplirla: y en esta atencion, á Vm. suplico se sirva admitirla, y á su tiempo celebrar el remate de la mencionada casa, pues así es justicia que pido, y para ello, &c.

Auto.

414 Admitese esta postura quanto há lugar en derecho; hagase notoria al deudor, è interesados, y continúense los pregones por quince dias mas: El Sr. Don F. lo mandó.

Nota decima.

Este auto se debe hacer notorio al deudor, y acreedores; y si el postor no es abonado, debe decirse en él: *Que asegurando la postura con persona que lo sea, y se obligue en forma á cumplirla, se le admite, &c.* Los pregones se han de continuar, diciendo: *Quien quisiere hacer puja, ó mejora en una casa sita en tal calle, propia de N. que está mandada vender por la Justicia, para hacer pago á sus acreedores, se halla tasada en tantos mil reales, y dan por ella tantos mil, acuda, &c.* y lo mismo han de contener las cédulas que nuevamente se fijen. Si se hicieren otras posturas, se admitirán, y en los pregones se expresarán las pujas, y cumpliendo el término de ellos, pedirá el último postor, ó pujante se señale día para el remate, cuyo pedimento hará á la similitud del siguiente.

Pedimento pretendiendo se señale día para el remate.

215 Antonio vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que en tal día hice postura con varias ca-

lidades, y condiciones à una casa propia de N. que se ha estado subastando para hacer pago à sus acreedores, cuya postura me fue admitida, y una de las condiciones fue, que dentro de tantos dias se habia de rematar; y mediante haberse estado pregonando en ellos, y en muchos mas, y no haber habido quien hiciese mejora; por tanto, à Vm. suplico se sirva señalar el dia, y hora que sea de su agrado para el remate de la mencionada casa, pues verificandose en mí, estoy pronto à cumplir con lo que en mi postura tengo ofrecido: pido justicia, y para ello, &c.

Auto.

416 Se señala para el remate de la casa que refiere el pedimento, el dia tantos de este mes à tal hora en la Audiencia del Juzgado de esta Villa, al que está pronto à asistir su merced: hagase notorio à los interesados, y en el interin se continúen los pregones, y buelvan à fijar cédulas con expresion de este señalamiento, y se admitan las pujas, y mejoras que se hagan: el Sr. Don F. lo mandó, &c.

Nota undecima.

Este auto se notifica al deudor, acreedores, y postor, ó postores que haya; se fijan inmediatamente las cédulas con expresion de la alhaja, su valor, precio que dan por ella, y dia en que se ha de rematar, para que llegue à noticia de todos, y se pone la fé de fijacion como en las anteriores; bien que si el Juez no manda que se fijen, se omitirán, si en el acto del remate hubiere pujas, se admitirán, sin que los pujantes necesiten dar pedimento, pues basta hacerlas verbalmente, y el remate se estiende en esta forma.

Remate de la alhaja raiz perteneciente al deudor.

417 En tal Villa à tantos de tal mes, y año, siendo tal hora, y estando en la Audiencia de su Juzgado el Sr. D. F. su Corregidor, compareció F. Pregonero público de ella, y en altas, è inteligibles voces dió un pregon, diciendo:

Qui-

Quien quisiero hacer puja, y mejora en una casa sita en tal calle, propia de N. que se vende judicialmente, para hacer pago à sus acreedores, dan por ella tantos mil reales con diferentes calidades, y condiciones, y se ha de rematar ahora en el mayor postor, venga à esta Audiencia, que se le admitirán las que haga; y así prosiguió repitiendo varias veces este pregon, y añadiendo: Vengan à este remate, que se vá à encender la primera candela de cera, la que con efecto fijó el citado Pregonero en la puerta de la Audiencia, y continuó los pregones, diciendo: Vengan à este remate, que está puesta la primera candela; à cuyo tiempo compareció Juan de tal vecino de esta Villa, y de tal ejercicio, que vive en la calle de tal, y dixo que hacia mejora de tantos reales, dexando puesta la casa en tantos mil con las calidades, y condiciones de la primera postura, y le admitió dicho Señor Juez esta puja, y el Pregonero continuó los pregones, refiriendola, y que estaba puesta la segunda candela (si bubiere mas mejoras se relacionarán como la anterior, y sobre cada una darán los respectivos pregones, hasta que se apague la tercera candela, ó mas, segun el Juez mande, y haya pujas, y luego proseguirá el Pregonero) que apercibo el remate à la una, à las dos, à la tercera; y respecto no haber quien dé por la referida casa mas que los tantos mil reales que ofreció Juan, buen provecho, y buena pró le haga: con lo qual quedó rematada en el expresado Juan en los tantos mil reales en que la puso; y estando presente, dixo que acepta este remate, y se obliga à cumplir las condiciones que contiene el pedimento presentado por Antonio primer postor, y à depositar en dinero efectivo luego que se le mande, la cantidad líquida que deba, à todo lo qual se obliga con su persona, y bienes muebles, raices, derechos, y acciones presentes, y futuros, da àmplio poder al Señor Juez que es, ó fuere de esta Villa, para que à cumplirlo le compela como por sententia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal lo recibe; renuncia las leyes, y fueros de su favor, y así lo otorga, y firma, à quien doy fé conozco, siendo testigos F. F. y F. vecinos de esta Villa, y otras muchas personas que se hallaron presentes à este

remate; y tambien lo firma el expresado Señor Corregidor, de todo lo qual doy fé.

Nota duodecima.

Este remate se hace notorio à todos los interesados, y pasa dos tres dias despues de la última notificación, si nada dice n, les acusa la rebeldía el comprador, y pide se apruebe, haga liquidacion de cargas, y se le despache la venta. Si en el Pueblo hubiere costumbre de hacer los remates con otras señales, y no con candelas, se observará, pues estas no son precisas para su validacion, y solo por estilar-se en esta Corte estendi el anterior con ellas. Y si el Juez no pudiere asistir, se expresará en el auto de señalamiento, dando comision al Escribano originario, para que lo celebre, y admita las pujas que se hagan, pues por faltar su presencia, no lo anula el derecho, ni tampoco por no asesorarse para hacerlo, y aprobarlo si es lego, se anulará, si está hecho con la pureza, y solemnidades legales.

Pedimento para la aprobacion del remate.

418 Juan de tal vecino de esta Villa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que en tal dia se remató en mí como mayor postor una casa propia de N. sita en tal calle, en tanta cantidad, con diferentes calidades, una de las quales fue, que celebrado el remate se habia de aprobar, y respecto haberse hecho saber éste à todos los interesados, y no haberse opuesto, ni dicho cosa alguna contra él, sin embargo de ser pasado el término en que debieron hacerlo, les acuso la rebeldía; por lo que à Vm. suplico se sirva haberla por acusada, y en su consecuencia aprobar el citado remate, y mandar que el presente Escribano haga liquidacion de las cargas que tenga contra sí la mencionada casa, para lo que se notifique al deudor presente sus titulos en su Oficio, à lo que se le apremie; y aprobada que sea, se me despache venta judicial en forma, pues estoy pronto à depositar lo líquido en la parte, ó persona que Vm. señale: pido justicia, y para ello &c.

Au-

Auto de aprobacion del remate.

419 Hase por acusada la rebeldía, y se aprueba el remate hecho à favor de esta parte de la casa que refiere. El presente Escribano haga liquidacion de sus cargas, y evacuada se traiga, y à efecto de ejecutarla como corresponde, se notifique à N. presente en su Oficio los titulos de su pertenencia dentro de segundo dia, y no lo haciendo, se le apremie à su entrega. El Señor Don F. lo mandó &c.

Nota decimatercia.

Este auto se hace saber à todos los interesados, para que conste la aprobacion del remate; y al deudor, ó persona que le represente, que presente los titulos de pertenencia, à fin de hacer liquidacion de las cargas que tenga la finca subastada, de las que, de los autos seguidos, y de la sucesion que resulte de los mismos titulos, se puede, y conuendrà hacer relacion por presupuestos para su mayor claridad en la forma siguiente.

Liquidacion de las cargas que contra sí tiene la finca vendida.

420 Cumpliendo con lo mandado en auto de tal dia, proveido por el Señor Don F. Corregidor de esta Villa, yó F. Escribano de su Número, con vista de estos, y de los titulos de propiedad, y pertenencia de una casa propia de N. sita en tal calle, procedo à formar liquidacion, y deducion de sus cargas, y demás que se deben hacer del precio en que se remató; y para su mayor claridad presupongo: Lo primero, que la referida casa perteneció en lo antiguo siendo sitio erial, à P. quien la edificó, y por su muerte, que acaeció en tal dia baxo del testamento que en tal habia otorgado ante tal Escribano, en el que instituyó por su unico heredero à D. su hijo, recayó en éste, el qual la vendió à M. por Escritura otorgada en tal dia, mes, y año, ante F. Escribano, en precio de tantos mil reales, aqui

Vv 4

pro-

proseguirá la relacion de los títulos hasta el executado.

Lo segundo, que el citado N. impuso sobre la mencionada casa dos censos al quitar, el uno de tantos mil reales de principal à favor de P. por Escritura de tantos de tal mes, y año, de cuyos réditos à tres por ciento se le están debiendo hasta este dia, segun el último recibo, tantos reales; y el otro de tantos tambien de principal al propio premio anual, de que formalizó la correspondiente Escritura censual à favor de tal Capellania, en tal dia, mes, y año, ante tal Escribano, y de sus réditos hasta este mismo dia se le deben tantos reales.

Y ultimamente presupongo, que con motivo de estar debiendo el expresado N. tantos mil reales à F. en virtud de Escritura de obligacion que en tal dia otorgó à su favor, pidió execucion contra él en tal dia por ellos, la que se despachó, y seguida por sus trámites regulares, se sentenció la causa de remate, y despachó el correspondiente mandamiento de pago, con el que habiendosele requerido, y respondido que ni tenia dinero, ni otros bienes que la citada casa, la que consentia se vendiese para hacerlo al acreedor: en vista de esto, y precedida tasacion en tantos mil reales, por peritos que éste, y el deudor eligieron, se mandó sacar al pregon por el término de la ley; y pasado, se señaló el dia tantos para su remate, el que se celebró con la solemnidad, y pureza legal en tantos mil reales à favor de Juan de tal vecino de esta Villa, con varias calidades, entre las quales la una fue: que se habian de baxar las cargas perpetuas, y al quitar, à que estoviesse, afecta, y los réditos que de ellas estoviesse debiendo, como tambien la alcabaja que por su venta se causase, y todos los derechos judiciales, sin estar obligado à entregar, ni depositar mas que lo líquido que quedase, despues de hechas todas las referidas deducciones, y posteriormente por no haber expuesto cosa alguna contra él los acreedores, ni deudor, sin embargo de haberselos comunicado, se aprobó en tal dia por el mencionado Señor Corregidor, y mandó hacer liquidacion de ellas, la que con estos presupuestos executó en la forma siguiente.

Va-

Valor de la casa subastada.

La enunciada casa se ha rematado en el citado Juan en precio de tantos mil reales de vellon, como queda expuesto de los quales se hacen las siguientes deducciones.

Basas de este precio.

Se baxan del precio de dicha casa tantos mil reales capital de un censo al quitar que el nominado N. impuso sobre ella, como queda expresado en el segundo presupuesto.....	2000
Id. tantos mil reales, importe de los réditos del expresado censo, venidos desde tal dia hasta el presente.....	2000
Id. tantos mil reales, capital de otro censo referido en dicho presupuesto.....	2000
Id. tantos por los réditos del mencionado censo, corridos desde tal dia hasta hoy.....	2000
Id. tantos reales à que ascienden los derechos de la alcabala, que por esta venta se causa, baxados los capitales de ambos censos.....	2000
Total de cargas.....	6000
Precio de la casa.....	6000
Quedan liquidos.....	6000

Importan à una suma las partidas anteriores tantos mil reales de vellon, que deducidos de los tantos mil reales de vellon, en que se remató la preñotada casa, quedan liquidos tantos mil, los que deberá depositar el comprador, para hacer pago al executante, y demás interesados; en cuya conformidad, concluyo esta liquidacion que segun mi inteligencia formé sin causar agravio alguno à los interesados, por lo que la firmo en esta Villa de tal, à tantos, &c.

An.

421 De la liquidacion precedente se comunica traslado a los interesados, para que dentro de tercero dia expongan lo que les convenga: El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal lo mandó a tantos, &c.

Nota decimaquarta.

Notificado este auto al comprador, y demás interesados en la finca vendida, si en el acto de la notificacion respondieren que se conforman con la liquidacion, y que se proceda a su aprobacion; se les debe admitir la respuesta, que firmarán si saben, y si no, que la consientan por pedimento; pero si quieren tomar los autos, se les entregarán, y por pedimento se confirmarán, o opondrán los reparos que les ocurran; pero si no los tomaren, ni se conformaren, les acusará la rebeldia el comprador, pasados los tres dias contados desde la ultima notificacion, y pretenderá se apruebe, y nombre la persona en quien ha de depositar lo liquido del precio de la finca, y que interin se le despacha la venta de ella, se le dé su posesion, expidiendo a este efecto el correspondiente mandamiento, a cuyo pedimento debe decir el Juez: *Por acusada la rebeldia; autos citadas las partes; y pasados otros tres dias después de la ultima citacion con este auto, proveerá el siguiente*

Auto por el que se aprueba la liquidacion, y manda dar posesion de la finca al comprador.

422 En tal Villa, a tantos de tal mes, y año, el Señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto estos autos, y la liquidacion de cargas de la casa que en ellos se enuncia, executada por el presente Escribano, dixo que mediante no haber expuesto cosa alguna contra ella los interesados, la debía aprobar, y aprueba en todo, y por todo, los condena a que estén, y pasen por su

con-

contesto; y manda que Juan de tal, en quien se remató la mencionada casa, deposite en poder de Francisco los tantos mil reales que resulta debe desembolsar, para completar el precio de su remate, con cuyo deposito declara haber cumplido con su total pagamento, y le dá por libre de su responsabilidad; y hecho, interin se formaliza la Escritura de venta competente, se le aposeione de la nominada casa, a cuyo fin se expida el mandamiento congruente; y por este su auto así lo proveyó, mandó, y firmó.

Nota decimaquinta.

Este auto tiene fuerza de definitivo, sobre el punto que incluye, y así es apelable; por lo que antes de proceder a hacer el deposito, conviene que se declare por pasado en autoridad de cosa juzgada en los terminos explicados en el capitulo primero de este libro, num. 507; lo qual no será necesario, si se conforman con la liquidacion, porque entonces recae la aprobacion sobre su conformidad, y en el mismo auto se debe expresar. Omíto estender el deposito, por tenerlo estendido en el cap. 4. §. fin. num. 178. y tambien la posesion, por estarlo en el 7. §. fin. num. 130. de mi primera parte adicionada, a donde remito al principiante, y procedo a la extension del mandamiento para darla; previniendo que este deposito se estiene en los mismos autos sin necesidad de hacer protocolo de él, y debe insertarse en la Escritura de venta, para que en ella conste el pago.

Mandamiento para dar posesion de la casa vendida.

423 Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos, dad a Juan de tal, vecino de ella, o a quien su poder hubiere la posesion Real, actual, corporal, vel quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, que para hacer pago a sus acreedores; se vendió en virtud de providencias mias en pública subasta, y remató en el enunciado Juan, al qual a consecuencia de haber depositado su liquido valor, deducidas cargas, corresponde su goce, y aprove-

cha-

chamiento desde tal día en que hizo el depósito; y le amparado, y defendido en ella, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, imponiendo pena de prision, y de cinquenta mil maravedis para la Cámara de S. M. à quien se la perturbe; y asimismo requerido à los inquilinos declaren lo que pagan por sus viviendas, exhibiendo cada uno su ultimo recibo, y que con lo que desde el citado dia tantos han devengado, y devengarea en ellas, acudan al prenotado Juan, ó à quien le represente, y no à otra persona alguna, pena de bolverlo à pagar: y lo cumplid. Fecho en tal parte, à tantos; Don F. por su mandado, F.

sup. oiaug lo esda *Nata decima sexta.*

Con este mandamiento pasan el Alguacil, y Escribano, acompañados del comprador, à darle la posesion, y requerir à los inquilinos como en él se ordena, poniendo à su continuacion todas las diligencias, y entregandolas originales, para que le sirvan de titulo de pertenencia, pues en los autos ninguna falta hacen; y si los inquilinos piden testimonio de su respectivo requerimiento, se le debe dar el Escribano con la competente relacion, que por ser cosa muy facil, y evitar proligidad, omito su extension. Muchas veces antes, ó despues de tomar la posesion el comprador, suele ceder el remate à favor de otro con arreglo à lo estipulado en su postura, y otras veces despues de estar despachada à su favor la venta judicial, declarar que hizo la compra con dinero ageno, expresando la persona, y que por esta razon le pertenece la cosa comprada, en cuyos casos no se causa nueva alcabala, si asi se pactó; y la cesion del remate, y declaracion se estienda de esta suerte.

Cesion del remate de la casa comprada.

424. En tal parte, à tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos, Juan de tal, vecino de ella, dixo; que con motivo de estar se subastando judicialmente por mi Oficio una casa sita en tal calle, propia de N. para ha-

hacer pago à sus acreedores, hizo postura en ella en tantos mil reales con varias calidades, y condiciones, entre las quales la una fue, que habia de poder ceder el remate à la persona que quisiese, y en cabeza de ésta despacharse la venta judicial, cuya postura le fue admitida; y señalado dia para él, se celebró en el otorgante como mayor postor, se hizo liquidacion de cargas, por la que resultó deber desembolsar tantos mil reales, los que efectivamente depositó, y en su consecuencia se le dió la posesion de la citada carta, segun mas diffusamente resulta de los autos obrados, à que se remite; y mediante haber hecho la postura, y practicado todo lo demás por encargo, y con dinero de P. desde luego para que siempre conste; otorga, confiesa, y declara que la postura que hizo en tantos mil reales à la casa referida, y el depósito de tantos mil líquidos, y todo lo demás que en estos autos ha executado, fue con orden expresa, y caudal propio de P. y que por consiguiente ningun derecho le corresponde à ella; y si por haber prestado su nombre, y practicado todo lo demás expresado, adquirió alguno, desde ahora para siempre se desapodera, desiste, quita, y aparta de él, y lo cede, renuncia, y traspaşa integramente en el nominado P. quiere que la posesion que se le ha dado, se estime haberla tomado en su nombre, y con su mandatorio; y suplica al Señor Juez que conoce de los autos relacionados, que en virtud de esta cesion, y con insercion de ella se sirva otorgar, y despachar en cabeza, y à favor del prenotado P. y de sus herederos, y sucesores la correspondiente venta de dicha casa, como que por haber desembolsado su precio, le pertenece en posesion, y propiedad. Y se obliga à haber por firme, y no revocar, ni reclamar con pretexto alguno esta declaracion, y cesion; y si lo hiciere, à mas de no ser oido judicial, ni extrajudicialmente, consiente se le repela de juicio, y condene en costas, como à quien pretende lo que por ningun titulo le toca, y sea visto por lo mismo haberla hecho, y ratificado con mayores vinculos, y firmezas, añadiendo fuerza à fuerza, y contrato à contrato. Y al cumplimiento de este

686 FEBRERO DEL JUICIO EXECUTIVO.
te obliga sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones, &c. *Aquí las generales.*

Nota decima septima.

Con copia de esta Escritura ha de acudir el cesionario al Juez, presentandola, y por pedimento pretendiendo que en consecuencia de lo que de ella resulta, despache à su favor la venta, y la mande entregar todos los titulos de pertenencia de la finca comprada, à lo que debe deferir: previniendo que en la venta no solo se deben relacionar por mayor los autos seguidos, sido tambien sacar copia testimoniada de ellos, y nirla à su protocolo para documentarla, pues los originales no conviene se protocolicen, porque puede suceder que con el tiempo venga algun acreedor à pedirlos, y si están protocolados, no se le podrán entregar. Despues de atorgada la venta, ó antes, pueden ocurrir el executante, y demás interesados à pedir libramiento para el cobro de sus respectivos créditos, el que se les manda despachar contra el depositario del caudal, y se extiende en la forma que el siguiente. La venta es lo mismo que otra qualquiera en sus clausulas, y firmezas, à excepcion de su introduccion, y conclusion, que por tenerlas puestas en el cap. 7. num. 122. §. final de mi primera parte, y evitar repetision, omito extenderlas aqui. Las propias clausulas en quanto à lo dispositivo debe contener qualquiera Escritura de cesion de venta extrajudicial que alguno compre con dinero de otro, y para él, excepto que no se ha de hablar de remate, ni autos, porque no los hay.

Libramiento para hacer pago à un acreedor.

425 D. F. Corregidor de esta Villa de tal, &c. Francisco de tal, en cuyo poder se halla depositado el precio líquido de una casa propia de N. sita en tal calle, que se vendió en virtud de providencias mias, para hacer pago à sus acreedores: luego que con este libramiento sea requerido, dará, y pagará à F. tantos reales, que por tal

Es.

Escritura, (ò lo que sea) parece se le están debiendo, con el qual, y con recibo, ó carta de pago de su importe, serán bien satisfechos, y se le abonarán en cuenta del deposito que constituyó tal dia ante el presente Escribano, y hasta en la referida cantidad se le declara por libre de su responsabilidad; y lo cumpla, pues por auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en esta dicha Villa à tantos, &c. Don F. Por su mandado, F.

Nota decima oçtava.

Con arreglo à este libramiento se pueden entender todos los que ocurran, mudando la cantidad, y persona solamente, y se entregarán originales con copia de la carta de pago al depositario para su resguardo. Previendo que el libramiento que se despache en concurso, ò ocurrencia de acreedores, ha de contener la circunstancia que el que para modelo estendré en el cap. 3. de este libro.

Pedimento para que se adjudiquen in solutum al acreedor los bienes executados.

426 F. vecino de esta Villa en los autos executivos instaurados contra N. sobre la satisfacion de tantos mil reales procedidos de tal cosa, ante Vm. como mas haya lugar, digo que por la referida cantidad, su decima, y costas se despachó mandamiento de execucion que se trabó en una casa suya sita en tal calle; y seguida la causa por los trámites regulares, se sentenció de remate, y libró el correspondiente mandamiento de pago; posterior à lo qual por no haberla satisfecho, se mandó tasar, y vender la mencionada casa, la que se ha estado pregonando por el término legal, y mucho mas, sin que hubiese quien hiciese postura à ella. Y mediante que la tasacion de la nominada casa es de tantos mil reales, y mi crédito, incluidas las costas que se me causaron hasta aqui, asciende à tantos, desde luego me allano à recibir en parte de pago de su total la expresada casa por la cantidad que deducidas car-

cargas perpetuas, y al quitar con sus réditos, y los demás gastos judiciales que se hayan hecho, y hagan, quede líquida, con tal que se me reserve mi derecho, à fin de que pueda repetir por el residuo contra qualesquiera bienes que se descubra pertenecer al referido N. hasta el total reintegro de mi crédito; en cuya atencion, à Vm. suplico se sirva admitirme este allanamiento, mandar que el presente Escribano haga liquidacion de las cargas que tenga la enunciada casa, y por lo líquido que resultare, à judicarmela en parte de pago de mi crédito, despachando à mi favor la Escritura de adjudicacion correspondiente, con entrega de su copia, y titulos integros de su pertenencia, y reservandome mi derecho para usar de él por el resto cumplimento à mi crédito contra el nominado N. y sus bienes; pido justicia, y para ello, &c.

Nota decima nona.

Este pedimento se dá así quando la finca raiz executada tiene cargas, pues no teniendolas es superfluo pedir se haga liquidacion. Y en el caso de que las tenga, se manda que el Escribano originario la execute, y evacuado se comunique al deudor, y acreedor, ó acreedores, y despues de aprobada como la anterior, se provee el siguiente

Auto de adjudicacion in solutum de alheja raiz.

427 En tal Villa, à tantos, &c. el Señor Don F. Corregidor de ella, en vista de lo pretendido por F. dixo que mediante haberse pregonado por los terminos del derecho, y mucho mas la casa propia de N. sita en tal calle, sin que nadie compareciese à hacer postura à ella, y por esta razon allanarse el citado F. à recibirla por lo líquido que quede de su valor, baxadas cargas, se la adjudicaba, y adjudicó en posesion, y propiedad para siempre por tanta cantidad, que es la que segun la liquidacion practicada por el presente Escribano, resulta quedar del valor que en la tasacion se la dió; cuya adjudicacion le hace en parte

te de pago de tantos mil reales que importa la deuda, porque se expidió contra el enunciado N. la execucion, su decima, y costas, y manda se despache à su favor la correspondiente Escritura de adjudicacion con los insertos necesarios, y que se le dé la posesion de ella, y se le entreguen los titulos de su pertenencia, requiriendo à sus inquilinos le acudan con sus alquileres vencidos hasta tal dia, (que será el de la fecha de la liquidacion) y que se vencieren en lo sucesivo como à dueño, y poseedor legitimo, y verdadero; pues para la validacion de todo interpone su merced su autoridad, y decreto judicial quanto puede, y há lugar en derecho: Y por lo respectivo à los tantos mil reales en que queda descubierto, se le reserva el suyo, para que use de él cómo, y contra quien le convenga; y por este su auto así lo proveyó, mandó, y firmó, Don F. &c.

Nota vigesima.

En la liquidacion que se haga de cargas, se deben incluir por aumento de caudal del deudor los alquileres, ó arrendamientos de la finca raiz executada; que se adjudica *in solutum*, hasta el dia en que la liquidacion se concluye; y si se vende, hasta el en que el comprador en quien se remató, deposita el precio, pues desde entonces deben ceder à su favor, porque cumplió con quanto estaba de su parte; y no es justo que se esté sin dinero, alhaja, ni frutos. Y en caso que la finca, ó bienes raices adjudicados existan en otra jurisdiccion, se ha de expedir requisitoria à sus Justicias para que le den la posesion de ellos, y prevenirse así en el auto de adjudicacion.

Auto de adjudicacion in solutum de bienes muebles.

428 Mediante haberse pregonado por tantos dias los bienes embargados à N. y depositados en tantos de este mes, à consecuencia del mandamiento de execucion expedido contra él por tanta cantidad, su decima, y costas, à instancia de P. su acreedor, sin que haya habido quien diesse por ellos su justo precio, y allanarse dicho P. à tomarse por su tasa, importante tantos reales; se le adjudican por estos en cuenta, y parte de pago de su credito. Requiere

rased a B. depositario de ellos se los entregue, con lo qual se le declara por libre del deposito que constituyó en tal dia ante tal Escribano; y para título legitimo se dé al nominado P. testimonio de este auto con expresion individual de los bienes, sus precios, y demás conducente, al que interpone la autoridad judicial quanto há lugar en derecho. Y se reserva al prenotado P. el suyo para que por el residuo de su credito use de las acciones que le competen contra quien le conenga. El Señor Don F. Corregidor de esta Villa de tal, lo mando, &c.

Nota vigesimaprima.

Sucedre algunas veces que la cantidad por que se despacha la execucion, no es muy quantiosa, por cuya razon, y por ser menor inconveniente que el acreedor se espere algun tiempo en reintegrarse de su credito, que el que se haga al deudor la extorsion, y perjuicio de venderle la hipoteca de la deuda, u otros bienes raices; pretende el mismo acreedor que se le dé posesion prendaria de ellos; (que viene à ser posesion del derecho de percibir su frutos, y rentas hasta hacerse pago, sin exigir decima, ni otra cosa por el trabajo de la cobranza, porque hace su propio negocio, y por hacerlo nadie debe apremiarle) en cuyo caso defiere el Juez à su solicitud, con calidad de que lleve cuenta, asi de lo que perciba, como de lo que pague, y para la utilidad, y conservacion de los bienes gaste en obras, y reparos, à fin de darla siempre que se la pida su acreedor: y que à este efecto se requiera à los inquilinos, y colonos le acudan con los alquileres, y arrendamientos que estén debiendo, y debieren, y se libre el correspondiente mandamiento, el qual, y el auto que debe precederle, se entienden en la forma siguiente:

Auto en que se manda dar posesion prendaria al acreedor.
 En 429. En atencion à lo que esta parte expone, se la da posesion prendaria de los bienes que refiere, para que con su producto se reintegre de tantos reales, importe del principal, y costas; por que se sentenció esta causa de remate, con calidad de llevar cuenta de lo que perciba, y

gástele en utilidad, y conservacion de dichos bienes, siempre que se le pida, y mande, à cuyo efecto se libre correspondiente mandamiento, con el que se requiera à sus inquilinos, y colonos le contribuyan con lo que estén debiendo, y debieren. El Señor Don F. Corregidor, &c.

Mandamiento de posesion prendaria.

430. Alguaciles de esta Villa, qualquier de vos dad à F. la posesion Real, corporal, vel quasi en forma de una casa propia de N. sita en tal calle, para que la goce por derecho de prenda, percibiendo sus alquileres hasta que se reintegre de tanta cantidad de principal, y costas procesales porque proferí sentencia de remate, y expedí mandamiento de pago en tal dia contra el citado N. cuya posesion le dad sin perjuicio de tercero de mejor derecho, à quien se pareciese, oiré, y administraré justicia, y en ella le amparad, y defended, imponiendo pena de prision, y de tantos mil maravedis para la Cámara de S. M. al que se la perturbe, y requiriendo à los inquilinos de la citada casa le contribuyan con los alquileres que estén debiendo, y devengaren en adelante; lo qual cumplid, pues por mi auto de este dia asi lo tengo mandado. Fecho en tal parte à tantos de tal mes, y año. Don F. Por su mandado, F.

Requisitoria para executar al deudor domiciliado en otra jurisdiccion, notificarle el estado de la execucion, y citarle de remate.

431. Don F. Corregidor de esta Villa de tal: hago saber à los Señores Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores, y ordinarios, y demás Ministros de Justicia de las Ciudades, Villas, y Lugares de estos Reynos, y Señoríos, ante quienes esta mi requisitoria fuere presentada; y de su contexto pedido cumplimiento, y especialmente à los de la Villa de tal, que ante mí, y por el Oficio del presente Escribano del Número, se dió pedimento en tal dia por parte de Juan de tal vecino de esta Villa, presentando una Escritura de obligacion (ò de lo que sea) otorgada à su favor por N. en ella à tantos de tal mes, y año, ante tal Escribano, haciendo expresion de que el ci-

tado N. le estaba debiendo tantos mil reales procedidos de cosa, los que se había obligado á satisfacer, y poner en su casa en tal día, pena de execucion, costas, y salarios de su cobranza; y de que sin embargo de ser pasado el termino en ella estipulado, y mucho mas, no solo no se los había pagado, sino que ni aun le había contextado á una carta politica, que en tal día le había escrito á este fin; y mediante hacerle suma falta la referida cantidad; haber espirado el plazo de su solucion; y estar sometido especialmente á mi Juzgado el deador por la renuncia de Escritura; concluyó con la pretension de que por lo que de ella resultaba, despachase execucion contra su persona, y bienes, librando la competente requisitoria, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legitimas y justas pagas; á cuya solicitud deferí, que el tenor de la Escritura, pedimento, y auto que á él proveí, es el siguiente:

Aquí se ha de insertar lo relacionado, y luego proseguirá la requisitoria.

Concuerdan la Escritura, pedimento, y Auto insertos con sus originales, que existen en el Oficio del infrascripto Escribano, á que me remito; y para que tenga efecto mi proveido, expido la presente, por la qual de parte de S. M. y del Oficio de justicia que en su Real nombre administro, exorto, y requiero á los referidos Señores Jueces, y de la mia pido, y encargo que siendoles presentada por qualquiera persona en nombre del citado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro documento, la manden cumplir, y en su consecuencia que por ante Escribano, y en forma se haga execucion en la persona, y bienes del nominado N. por los tantos mil reales contenidos en la prenotada Escritura, y por mas su decima, costas, y salarios: cuya execucion se trabee, y amplie en bienes muebles, y no siendo suficientes, ó por su efecto en raices, que se depositen por cuenta, y riesgo de esa Justicia en persona lega, llana, y abonada con sumision á mi Juzgado; y no los teniendo, ó aunque los tenga, si no diere fiador de saneamiento, se le asegure, y ponga preso en la carcel de esa Villa, en la que subsista hasta que por mi otra cosa se provea: y asimismo se le notifique

en

en su persona pudiendo ser habido; el estado de esta execucion, aperebiendole que si dentro de setenta y dos horas siguientes á la en que se haga la notificacion (la que se expresará en la diligencia) no pagare los tantos mil reales, satisfará además la decima parte de ellos; é igualmente si dá por dados los prógones que manda la ley, ó los renuncia, y quiere gozar de su termino, y no renunciados los se darán en esa Villa en dias utiles, y fijarán costas en los parages públicos de ella; y pasado el termino, se le citará de remate, ó por su ausencia, á ocultacion á su muger, hijos, criados, ó vecinos inmediatos, dexandole memoria por escrito, y aperebiendole tambien en ella que si dentro de tantos dias perentorios, contados desde el de la citacion no compareciere por sí, ó por su Procurador con poder bastante á mostrar paga, quita, ó otra excepcion legitima, que impida el remate de los bienes executados, sin mas citacion, monicion ni interpelacion, (pues por la presente le cito, llamo, y emplazo perentoriamente) procederé á sentenciar la causa, y á lo demás que haya lugar en derecho, y le parará tanto perjuicio, como si con su persona se substanciaran los autos: y evaquadado todo, lo mandaré entregar original con esta requisitoria al que la presente, para que la devuelva á mi Juzgado; y en su vista provea justicia; pues en practicar asi, la administrarán dichos Señores Jueces, é yo haré al tanto ella mediante, siempre que las suyas vea, fecha en esta Villa de tal á tantos de tal mes, y año. Don F. Por su mandado, F. Don F. Por su mandado, F. Don F. Por su mandado, F.

Requisitoria de pago para vender bienes existentes en otra jurisdiccion.

432 Don F. Corregidor, Sec. Hago saber, &c. que por mi Juzgado, y por el Oficio del infrascripto Escribano del Número se han seguido, y penden autos executivos á instancia de Juan de tal contra Francisco de tal, vecinos de esta Villa, sobre la satisfacion de tantos mil reales de principal, su decima y costas, procedidos de tal cosa; cuyos autos tubieron principio en tal día de tal mes de este año, por pedimento que con presentacion de una Escritura otorgada en tal día ante tal Escribano por el citado Francisco á fa-

Tom. III.

Xx3

vor

vor del aucañado Juan, dió, expresando que se le nominado Francisco le estaba debiendo los referidos tantos mil reales que sin embargo de ser pasado el plazo pactado en la Escritura, y de haberselo pedido repetidas veces, no habia podido conseguir su cobro: y que para conseguirlo se veia precisado por la suma falta que le hacian, à usar de los medios judiciales; por lo que concluyó con la solicitud de que por lo que resultaba de la relacionada Escritura, despachase execucion contra la persona, y bienes del expresado Francisco por los mencionados tantos mil reales, su decima, y costas causadas, y que se causasen hasta su efectivo reintegro, jurando no pedirla de malicia, y protestando admitir en cuenta legítimos, y justos pagos; à cuya solicitud deferi, y en virtud del mandamiento de execucion que expedí; se trabó en bienes muebles, se le notificó su estado, y à su tiempo citó de remate, y habiendose opuesto à ella, encargué à ambas partes los diez dias de la ley, en los que aunque el executado tomó los autos, ninguna prueba hizo, por lo que à instancia del executante, vistos por mí, los sentencié de remate, mandando proseguir la execucion, vender los bienes executados, y de ellos, y su valor hacerle entero pago de los prenotados tantos mil reales, su decima, y costas causadas, y que se causasen hasta que se verificase, con tal que diese previamente la fianza de la ley de Toledo, la que con efecto dió, y en su consecuencia, precedida su tasacion, que ascendió à tantos reales, expedí el correspondiente mandamiento de pago, con el que se le requirí, y por no haber satisfecho incontinenti el total debito, se le vendieron los bienes muebles executados, cuyo valor importó tantos reales, faltando tantos para su complemento. En este estado, y con referencia de lo que queda expuesto, ocurrió el actor en tal dia pretendiendo se procediese contra la persona del executado, à fin de que le reintegrase del residuo en caso de no manifestar mas bienes, lo qual mandé, y al requerimiento que se le hizo, expresó poseer en esta Villa tales bienes raices, los que con tanta se vendiesen en pública subasta, y que sus títulos existian en poder de Fulano su Administrador: en virtud de cuya respuesta pidió el acreedor librase el competente

despacho para su venta, à lo que se deferi, mandando se le notificase, y al executado, nombrárense peritos para su valuacion, con apercibimiento que se nombraria de oficio; à cuya notificación respondió éste que se entendiesen todas las diligencias con su Administrador, y aquel que se conformaba con lo que por esa Justicia se practicase, segun todo mas por extenso resulta de la Escritura, pedimento, autos, sentencia, y demás diligencias relacionadas, cuyo ordinal tenor es el siguiente:

Aquí se inserta lo relacionado.

Y para que lo mandado en mi sentencia, y proveidos ulteriores, tenga debido efecto expido la presente, por la qual de parte de S. M. y del oficio de Justicia que en su nombre administro, les exorto, y requiero, y de la mía pido, y encargo que siendoles presentada por qualquiera persona en nombre del expresado Juan de tal, sin pedirle poder, ni otro documento, le manden cumplir, y en su consecuencia que precedida tasacion de los bienes referidos en la respuesta del executado, y demás que declare su Administrador F. por perito que este nombre, y por el que se elija de oficio, se saquen à pública subasta, pregonandose, y fijandose cédulas en los parages públicos de esa Villa por los terminos del derecho, admitiendo con arreglo à éste para evitar lesion, y nulidad, las posturas, y mejoras que se hagan en todos los bienes, ó en cada finca; celebrando à su tiempo el remate en el mayor postor, ó postores; aposeionando, y entregando los respectivos títulos de ellos à los compradores; despachandoles la venta, ó ventas correspondientes, del mismo modo que yo lo practicara; y depositando el producto líquido, baxadas cargas, y costas que ahí se originen, en persona legal, y abonada con sumision à mi Juzgado, y evacuado todo, y poniendo, è insertando en la Escritura, ó Escrituras de venta que se celebren para documentarlas, testimonio de esta requisitoria, y diligencias que en su virtud se practiquen, la devolverán con ellas al conductor, à fin de unirlo todo à estos autos, en donde deben parar, y en su vista proveer lo conveniente; pues en executarlo así administro.

ministrarán justicia dichos Señores Jueces, è yo en reciproca correspondencia haré al tanto siempre que las suyas vea. Fecha en esta Villa de tal, ècc.

Requisitoria de pago contra un deudor decimo de Pueblo, ò diverso de el del juicio.

433. Don F. Corregidor, ècc. Hago saber à los Señores Jueces, y Justicias de tal Villa, que ya les consta que en tal dia por parte de Juan de tal vecino de esta, con presentacion de una Escritura de obligacion otorgada en ella en tal dia, mes, y año, ante F. Escribano por N. que lo es de esa, con sumision especial à mi Juzgado, se dió pedimento exponiendo que el mencionado N. le estaba debiendo tantos mil reales procedidos de tal cosa, los que se habia obligado à satisfacerle, y poner en su casa, y poder para tal dia, que sin embargo de ser pasado el termino en ella estipulado, y mucho mas, no solo no se los habia satisfecho, sino que ni aun le habia contextado à una carta politica que en tal dia le habia escrito à este fin: que mediante lo expuesto, y hacerle suma falta la referida suma, habia concluido con la solicitud de que despachase requisitoria de execucion contra la persona, y bienes del nominado N. por la expresada cantidad, su decima, y costas: y que con efecto la expedí, y cumplimentada por Vmdes. se amplió, y trabó la execucion en varios bienes muebles, y raíces del enunziado N. los que se sequestraron, y depositaron en P. vecino de esa Villa con sumision à mi Juzgado, se notificó el estado de la execucion al executado; el qual renunció los pregonos con protexa de gozar de su termino; y pasado éste, se le citó de remate apercibiendole que si dentro de tantos dias preteritorios contados desde el de la citacion, no comparecía por sí, è por su procurador con poder suficiente à mostrar paga, quita, ò razon legitima que impidiese el remate, procedería à sentenciar la causa, y à lo demás que hubiese lugar en derecho; como todo se califica de la requisitoria de execucion, y diligencias en su virtud practicadas ante F. Escribano del Número de esa Villa que existen en el Oficio del presente. Y con motivo de haber espirado el termino preñido al executado para

com-

comparecer, y no comparecido, solicitó el executante sentenciase la causa de remate, y que precedida tasacion de costas, librase la correspondiente requisitoria de pago, y llamados, y vistos los autos, por la sentenciam que proferí en tal dia, mandé continuar la execucion, y hacer trance, y remate de los bienes executados, y de ellos, ò su valor que se le reintegrase del principal, decima, y costas, dando previamente la fianza prevenida por la ley de Toledo, como todo se acredita de los pedimentos, autos, sentenciam, y diligencias practicadas, que por su orden dicen asi:

Aquí se inserta todo lo relacionado.

Y para que la sentenciam de remate inserta se execute, de parte de S. M. y de la Justicia que en su Real nombre administro, exorto, y requiero à los referidos Señores Jueces, y de la mía pido, y encargo que siéndoles presentada por qualquiera persona en nombre del mencionado Juan de tal sin pedirle poder, ni otro recado, la manden cumplir, y en su consecuencia que por ante Escribano, y en forma se requiera al citado N. le dé, y pague incontinentí, ò à quien le represente, y su accion tenga, los tantos mil reales porque pidió, y se despachó la execucion, con mas tantos de costas procesales hasta aquí causadas, y las que se causaren, y asimismo la decima correspondiente, y no lo haciendo, y cumpliendo así, le sacarán y venderán todos los bienes executados, requiriendo, y apremiando à F. à que en fuerza del deposito que constituyó tal dia, y va inserto, los manifieste, y entregue; y entregados, se tasen, y vendan con citacion del deudor en pública subasta, rematandolos en el mayor postor, y haciendo de su valor el referido pago; y no alcanzando, se le saquen, y vendan todos los demás precios, hasta que se verifique enteramente, y aposionando de ellos à los compradores, otorgando à su favor la correspondiente Escritura, ò Escrituras de venta con los insertos conducentes para documentarlas, entregandoles los titulos de pertenencia de los raíces, y procediendo en todo conforme à derecho; y asi evaquado, lo mandaràn entregar original con esta requisitoria à la persona que la presentare, para que lo traiga ante mí;

-IV

pues

pues en practicarlo así, administrarán justicia, & yo correspondere reciprocamente siempre que las suyas vea fecha, &c.

Suplicatoria à Tribunal superior para hacer un embargo.

M. P. S.

434 Don F. Corregidor de esta Villa de tal, digo que ante mí, y el infrascripto Escribano del Número se siguen autos executivos à instancia de P. contra N. sobre la satisfaccion de tantos mil reales procedidos de prestamo que le hizo, como consta de Escritura que à su favor formalizó en tal dia ante tal Escribano, con cuya presentacion pretendió despachase como despaché execucion contra los bienes del citado N. por los mencionados tantos mil reales de principal, su decima, y costas, la que se trabó, y notificó su estado al deudor; y con noticia que tuvo el acreedor de pertenecer à éste un juro de tanta cantidad de principal, y tanta de renta annua, situado en tales rentas al número tantos en cabeza de F. pretendió se ampliase la execucion, y embargase el citado juro, y à este fin se despachase la competente suplicatoria à V. A. à cuya solicitud defersí, como resulta de la Escritura, pedimento, y auto de execucion, traba, pedimento, y auto de ampliacion, que su literal tenor es el siguiente:

Aquí se inserta lo relacionado.

Y para que el pretendido embargo tenga efecto, suplico à V. A. le mande hacer en el expresado juro de tantos maravedís de renta annua situado en tales rentas, y cabeza de F. y que no se acuda con las vencidas, y que de él se vencieren el enunziado N. ni à otra persona, hasta que por mí otra cosa se provea, poniendose en los libros de la Contaduría de Juros, y demás partes que conenga, las notas competentes, y dandose al acreedor la certificacion correspondiente, pues en mandandolo así V. A. administrará justicia, & yo recibiré merced. Dada en esta

Vi-

Villa de tal à tantos de tal mes, y año. D. F. ante mí, Fulano.

Nota vigesimasegunda.
Con arreglo à esta suplicatoria se pueden ordenar las que se ofrezcan, así para embargo como para otra qualquiera cosa, ya se dirijan à Tribunal Supremo, ó à persona de alta dignidad, v. g. un Capitan General, dándole el tratamiento que tengan; pero es de advertir que el Juez observando la buena politica, debe echar su firma bastante separada de la última línea, y el Escribano la suya al fin de la plana, poniendo *ante mí*, y *no por su mandado*, como en las requisitorias, ó exortos, y la certificacion de embargo que se dé al acreedor, la ha de presentar en los autos executivos para que conste, pues la suplicatoria se queda en la Contaduría.

Nota sobre el papel sellado.

Los pedimentos, y autos que ocurren en la via executiva, se han de estender en papel del sello quarto mayor. Los mandamientos de execucion, y de pago que no pasen de cien ducados, en el mismo sello, como tambien los pregones, posturas, y remates de los bienes executados, sus tasas, y demás diligencias; y si exceden de ellos, en el sello segundo, en el qual se estenderán tambien las sentencias de remate por la misma regla, ó en el quarto, atendida la cantidad. Los mandamientos de soltura en el sello tercero: y las requisitorias de execucion, y de pago en papel del sello segundo, ó tercero segun sea la cantidad, pero no en el del quarto.

Adición.

435 En el num. 119. de este capítulo expliqué que cosas deben concurrir para proceder executivamente, y remití al lector à este lugar, para que supiese à qué Jueces deben acudir à pedir los artesanos, criados, acreedores alimentarios jornaleros, y otros contra los señores privilegiados; y à fin de que se instruya inserto lo dispositivo de las quatro Cédulas Reales que en el asunto versan, cuyo tenor por su orden es el siguiente:

Cédula de 16. de Septiembre de 1734. D. Carlos, &c.

A

700 FEBRERO DEL JUICIO EXECUTIVO.

A los del mi Consejo, &c. *Sabed* que habiendome enterado de la competencia suscitada entre el Subdelegado de la renta de Salinas del Reyno de Galicia, y el Alcalde de la Villa de Pontevedra en quanto al conocimiento de unos autos formados en el Juzgado de éste sobre que el Fiel de descargas de aquella Villa dexase libre una casa que ocupaba en ella, y queria pasar à habitarla su dueño, y de lo que en el asunto me han expuesto mis Fiscales de los Consejos de Castilla, y Hacienda D. Antonio Cano Manuel, y Marqués de la Corona: por Real Orden de 26. de Agosto proximo pasado, comunicada al mi Consejo por el Conde de Gausa, Secretario de Estado, y del Despacho Universal de Hacienda, he venido en resolver que el conocimiento de dichos autos corresponde al Alcalde de la Villa de Pontevedra, ante quien se principiaron, y en declarar no goza el citado Fiel de descargas, ni ningun empleado en Rentas de privilegio alguno que impida al dueño el uso libre de su casa, y que solo deben gozarle en el caso de que se trate de nuevo arriendo, y sea precisa la casa para custodia, y despacho de los géneros, y efectos de la Real Hacienda, por no haber otra proporcionada en el Pueblo. Publicada en el mi Consejo dicha Real Orden en 2. de este mes acordó su cumplimiento, y para la observancia de la regla general que contiene, expedí esta mi Cédula, por la qual os mando à todos, y à cada uno de vos, &c. Dada en San Ildefonso à 16. de Septiembre de 1784. = YO EL REY = Yo D. Juan Francisco de Lastiri, Secretario del Rey nuestro Señor, lo hice escribir por su mandado.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

FIN DEL TOMO PRIMERO



FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

GENERAL DE BIBLIOTECAS



7 4370114 07401



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



COLECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

