

CAPITULO DECIMOCTAVO.

De la mejora de la apelacion.

- §. 1. y 2. Casos en que el juez superior manda librar por vision ó despacho para que se le remitan originales los autos.
3. ¿Cuándo se libra solamente despacho compulsorio y de emplazamiento?
4. Dado el compulsario y citatorio, primero se ha de sacar el proceso que citar á la parte.
5. ¿Quién ha de pagar las costas de la saca del proceso?
6. ¿El juez inferior queda del todo inhibido con la remision de los autos originales, para proceder á la ejecucion de su sentencia.
7. Del escrito de agravios que presenta el apelante, y de los atentados.
8. Diversas especies de estos.
9. Escrito de agravios *medio*.
10. y 11. Tiempo preciso en que ha de usarse del derecho de adherirse á la apelacion contraria.
12. Clases de pruebas que se admiten en la segunda instancia.
13. Restitucion que puede pedir el privilegiado contra el lapso del término que se concede para probar las excepciones nuevas en segunda instancia, ó que se repelieron en la primera.
14. ¿Cuándo han de presentarse las escrituras?
15. No habiendose tachado los testigos en primera instancia, no pueden tacharse en la segunda.
16. La apelacion de la sentencia interlocutoria no puede justificarse con nuevas pruebas.
17. ¿Que deberá hacerse en los dos casos de que el juez superior confirme ó revoque la sentencia interlocutoria del inferior?
18. El juez superior debe oír en justicia á la parte agraviada que no osó apelar ó proseguir la apelacion por temor de muerte, de herida ó prision.
19. De la avocacion de las causas por los tribunales superiores.
20. Avocacion de causas al supremo Consejo.
21. En las chancillerías y audiencias no hay avocacion sino en los casos de Corte.
22. Práctica que se observa en algunas chancillerías cuando las partes ocurren á ellas, quejándose de las injusticias ó falta de audiencias de los jueces inferiores.
- 23 y 24. Practica de las mismas en los procesos criminales.
25. Los señores que tengan jurisdiccion, no pueden avo-

car á si los pleitos ó causas que se ventilan en los juzgados de sus alcaldes ma-

yores ú ordinarios.
26 y 27. Avocaciones de las causas eclesiásticas.

1. **L**uego que el apelante se presenta con poder suficiente y testimonio de la apelacion ante el tribunal del juez superior manda este librar provision ó despacho para que se le remitan lo, autos originales cuando la apelacion fue admitida en los dos efectos. A veces tambien se mandan remitir los autos originales aun cuando la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente ejecutiva la causa y su sentencia, con tal que esté ejecutada al tiempo que sea requerido el juez inferior, ó en el que se le conceda para ello, porque en estos casos, verificado el pago y satisfaccion, ha concluido su oficio de inferior, la parte está reintegrada, y no padece perjuicio alguno. De este modo tambien el apelante excusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ó conduccion en la parte que excede á los originales, como sucede comunmente, y adelantan el tiempo para el despacho de la instancia, en lo que se interesa tambien la causa pública; y en consideracion á estos tan importantes fines proceden los tribunales superiores por todos los medios posibles para que se logren, conciliándolos con el interes de las partes contrarias, y que no se perudiquen (1).

2. Si los autos son de creido volumen, y la sentencia dada en ellos puede ejecutarse, reservando el juez inferior testimonio ó copia íntegra de ella, por contener cantidad cierta y restitution de cosas determinadas, sin dependencia de los mismos autos; he visto mandar algunas veces que el juez inferior reserve testimonio íntegro de la sentencia, y de alguna otra parte de los autos que sea necesaria ó conducente para la ejecucion, y proceda en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales (2).

3. Pero cuando la apelacion se admite solo en el efecto devolutivo, ó no median las circunstancias expresadas en los párrafos anteriores, se libra despacho compulsorio y de emplazamiento, por el cual se manda dar un traslado del proceso, y no que se remita el original (3).

1 *Inst. pract.* del señor Conde de la Cañada, part. 2. cap. 3. num. 30.

2 *Id.* num. 31.

3 Leyes 26. tit. 23. Part. 3. y 17. y 20. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

4. Dado el compulsorio y citatorio, primero se deberá sacar el proceso que citar á la parte, porque podria suceder que citándose antes de esta, espirase el término ante el superior, y despues el escribano no podria dar el proceso para presentarse dentro de aquel, incurriendo asi en condenacion de costas personales y procesales, como se hace muchas veces (1).

5. El apelante ha de pagar las costas de la saca del proceso, y apelando entrambas partes, por mitad (2). Si el escribano, siendo requerido y pagándole sus derechos, no diere el traslado, ha de ser apremiado á ello y condenado en costas; ni podrá exigir derechos por dicho traslado cuando haya de darle á algun pobre de solemnidad, á hospital, monasterio ó al fisco (3).

6. Traidos los autos originales ó por compulsa, segun la calidad de la apelacion, y presentados al juez que ha de conocer de ella con la citacion y emplazamiento de las partes que litigan, quedan desde entonces suspendida la jurisdiccion del juez inferior, y del todo inhibido con la remision de los autos originales para proceder á la ejecucion de su sentencia, la cual continuaria pendiente y sin efecto al arbitrio del que se interesaba en su dilacion, si no se proveyese de oportuno remedio para evitar el daño de la parte á cuyo favor está dada, y asi mismo el que resultaria á la causa pública.

7. Para instaurar esta segunda instancia el apelante presenta un escrito exponiendo sus agravios contra la sentencia, y solicitando la revocacion del atentado si le hubiere; pues debe revocarse ante todas cosas; y aunque esto se puede pedir en cualquiera parte del pleito, sin embargo suele hacerse comunmente en el libelo de agravios (4); bien que el juez inferior puede revocar por sí mismo el atentado que hubiere cometido despues de la apelacion. Las sentencias pronunciadas sobre si tiene ó no lugar dicha revocacion, como que son ejecutivas por su naturaleza, no admiten apelacion, á menos que sean notoriamente nulas é injustas (5).

8. Hay tres especies de atentados: unos se hacen con autoridad de un juez pendiente pleito ante otro; algunos se cometen despues de interpuesta la apelacion, ó durante el curso de ella,

1 Ley 6. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* part. 5. t. 2. num. 6.

2 *Cur. Filip.* lug. citado, num. 7.

43 Ley 3. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec.

Covarr. in *Pract.* quest. cap. num.

3. Paz in *Pract.* tom. 2. part. 5. cap. unic. num. 16.

5 Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 1. pag. 200. num. 3.

y otros se hacen requerido é inhibido ya el juez inferior, con la provision ó despacho del superior para la remision de los autos en menosprecio de su autoridad. Todos estos atentados se equiparan al despojo violento, y en ellos se observan los mismos términos que en este; de suerte que quien comete el atentado, siendo manifiesto, y liquidado el negocio, debe reponer las cosas en su anterior estado, con restitution de frutos y costas, aunque la parte no lo pida.

9. Del escrito de agracios se da traslado á la parte que no apeló, y como puede suceder que esta se halle tambien agravada de la sentencia por haberle sido favorable en parte y en parte adversa, tiene el recurso ó remedio subsidiario de *adherirse á la apelacion contraria* (*), pretendiendo en su escrito de contestacion (*que se llama de agravios medio*), que la sentencia se confirme en los capítulos que exprese y le fueren favorables, y que se estime y declare nula, de ningun valor ni efecto, ó se revoque, como injusta, en la parte que le fue perjudicial, señalándola con la ampliacion á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y á las que causaren en la instancia de la apelacion.

10. Esta es la forma que observan las partes por uso y práctica comun de los tribunales; y por ella se confirma que el tiempo de evacuar el traslado, es el preciso en que debe usarse del derecho y facultad de adherirse á la apelacion contraria.

11. Si en este tiempo, que es el de la contestacion á la pre-

* Dos capítulos enteros trae el señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas* acerca del auxilio ó remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria, y del tiempo en que debe hacerse; pero sin embargo, en mi concepto puede reducirse á bien pocas palabras todo lo útil y conducente á la practica que se debe seguir sobre este punto. Se entiende p.º *adherirse á la apelacion contraria* (expresion tanto mas impropia que significa realmente todo lo contrario de lo que se le hace significar en el foro), el agregarse á la apelacion interpuesta por el vencido el vencedor en el pleito, si se considera agraviado en alguna parte de la sentencia, de que no apeló en el término de la ley, para que se declare nula, ó se revoque en lo que le es dañosa; aunque tambien se adhiere á la apelacion el que no ha litigado en la causa, si le perjudica la sentencia, ó

pretende tener interes en ella. Es enteramente superfluo disputar si el remedio de la adhesion y sus efectos, estan apoyados en una ley del emperador Justiniano &c., una vez que se hallan admitidos en los tribunales.

El tiempo preciso en que debe usarse de dicho recurso, segun el uso constante de aquellos, es aquel en que el vencedor evacua el traslado que se le da del escrito de agravios del apelante, pretendiendo que se confirme la sentencia en tales capítulos que le son favorables, y se declare nula, ó revoque como injusta en lo que le perjudica, especificándolo, y extendiéndose á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y á la de las que se causen en la segunda instancia. Autor cit. part. 2 de sus *instit.* cap. 7. num. 14, 15 y 16. *Febrero reformado.*

tension del apelante, redujere el otro la suya á que se confirme la sentencia, sin oponerse á ella en parte alguna, se extingue el derecho de adherirse y todos sus efectos, pues se entiende que le renuncia, y que aprueba la sentencia enteramente, sin que pueda despues variar su pensamiento (1).

12. Aunque en la segunda instancia se admite sobre los mismos hechos suscitados en la primera prueba instrumental, ó la que se hace por confesion de la parte contraria, no tiene lugar la de testigos (2), excepto que su examen hubiese padecido el vicio de la nulidad; que aunque se hubiesen presentado en la primera instancia, no se hubieren examinado en ella; que consientan ambas partes en su presentacion y examen que los menores pidan restitution para probar sobre los mismos artículos de la primera instancia; ó que la causa sea matrimonial (3); mas si las partes proponen excepciones nuevas, ó las que el juez inferior despreció en primera instancia, ha de admitirse prueba sobre ellas siendo admisibles en juicio, y no mudando su forma ó naturaleza (4).

13. Contra el lapso del término que se conceda para probar las excepciones nuevas en segunda instancia, ó que se repelieron en la primera, por no haberse opuesto en el término ó con la solemnidad debida, puede pedirse restitution el privilegiado que goce de ella, solicitándola dentro de los quince dias despues de la publicacion, segun debe hacerse en la primera instancia: de suerte, que aun cuando se haya concedido en esta, ha de concederse en la segunda, sea sobre nuevos artículos, sea sobre los mismos. ó directamente contrarios, deducidos en la primera; pues aunque una ley recopilada dice (5) *que se le deniegue otra restitution*, esto se ha de entender en la primera instancia. Y si despues de las probanzas en dicho grado en cualquiera tiempo, aunque se haya hecho la publicacion, alegase alguna parte nueva excepcion, jurando que hasta entonces no habia llegado á su noticia, ni la habia dejado de poner con malicia, ha de recibirse á prueba, dandose para ella la mitad del término que se señaló en la primera instancia, é imponiendo el juez la pena que le pareciere justa no probándose la ta

1 *Instit. pract.* cap. y párrafos citados. *lat.* 3. part. cap. 46. Elizondo *Pract.* tom

2 Ley 3. tit. 10. y lib. 11. Nov. Rec. 1. pag. 200. num. 4.

3 Covarr. *Pract.* cap. 18. num. 6. Diego Perez, ley 4. tit. 19. lib. 3. del Ordenamiento Real, glos. 1. Matienz. *Dialog. re-*

4 *Salg. de suplicat.* part. 2. cap. 8.

num. 5. Elizondo, num. cit.

5 Ley 1. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

excepcion, con tal que no se reciba mas á prueba ni esta ni otra, sea por restitucion ó por otra causa (1).

14. El apelante ha de presentar sus escrituras con el pedimento de agravios, y la parte contraria con el escrito de respuesta á ellos; en una palabra, han de presentarse en los mismos términos sin diferencia, que segun las leyes debe hacerse en primera instancia (2).

15. No habiéndose tachado los testigos en esta, no podrán tacharse en la segunda, porque se probaron tacitamente; y aunque se hubiesen tachado en aquella, si no se probaron las tachas no puede admitirse la prueba de ellas en la segunda, por ser un artículo de la primera; pero si el juez inferior no hubiese querido admitir las tachas, ó por otra causa justa no habiesen podido oponerse en aquella, se podrán oponer en la segunda en el mismo escrito de agravios, y han de probarse al mismo tiempo que los puntos principales (3).

16. Al contrario de lo que sucede en la apelacion de la sentencia definitiva, la de la sentencia interlocutoria no puede justificarse con nuevas pruebas; y asi no se admitirán en la segunda instancia nuevos instrumentos (4).

17. Si el juez superior confirma la sentencia interlocutoria de que se apeló, ha de volver la causa al inferior para que conozca de ella, y condenar en costas al apelante, por presumirse que no tuvo justa causa para litigar; mas si revoca dicha sentencia, ha de retener la causa principal, y determinarla sin condenacion de costas, por creerse en ambos litigantes justo motivo de pleitear. Lo mismo se ha de decir en orden á las costas, si la apelacion fue de sentencia definitiva, aunque si esta se confirmó con algun adictamento ó moderacion, ó en virtud de pruebas hechas en la segunda instancia, no habrá condenacion de costas (5).

18. Alegando y probando quien se tiene por agraviado de la sentencia, que no osó apelar de ella ó seguir la apelacion por temor de muerte, herida ó prision, debe oírle el juez superior, y determinar la causa conforme á justicia (6); como tambien quando no continuó la apelacion por causa ó culpa del juez (7),

1 Ley 3. tit. 13. lib. 11. Nov. Rec. Acevedo en ella num. 4.

2 Leyes 4, 5 y 6. tit. 21. lib. 11. Nov. Rec.

3 Gutierr. *Pract.* lib. 1. quæst. 64. *Cur. Filip.* part. 5. t. 3. num. 8.

4 Pareja de edit. *instrum.* tit. 2. reso-

lut. 7. num. 20. Dominguez *Cur. ilustr.* tom. 1, part. 5. §. 3. num. 7.

5 Leyes 27. tit. 23 Part. 3. y 2 y 3. tit. 19. lib. 11. Nov. Rec. *Cur. Filip.* lugar cit. num. 11.

6 Ley al fin, tit. 23. Part. 3.

7 Ley 24 al fin del mismo tit. y Part.

19. Sucede tambien á veces que el Soberano ó sus tribunales superiores, sin provocacion ó apelacion de las partes, llaman á sí por algun motivo legítimo el pleito que está pendiente ante un juez inferior, y esto es lo que se llama *avocar una causa*.

20. Es indispensable la regalía que corresponde á los reyes y príncipes supremos para avocar á sí de cualquiera de sus magistrados todas y cualesquiera causas, á fin de conocer de ellas, ó delegar su jurisdiccion en quien tengan á bien (1); y aunque muchos de nuestros escritores regnícolas sostienen que el Consejo necesita para las avocaciones de las causas pendientes ante los magistrados inferiores del reino consultar á su Magestad, la experiencia nos enseña en repetidos casos y ejemplares, acostumbra aquel supremo tribunal por la gravedad y calidad de las causas, y por las circunstancias de las personas y cosas, avocar las causas pendientes aun de los superiores tribunales del reino (2), librándose á este fin las cédulas correspondientes, que presentadas en los Reales acuerdos, se llevan á las salas originarias para su ejecucion y cumplimiento.

21. En cuanto á las chancillerías y audiencias del reino, de ningun modo se decretan las avocaciones por un concepto general, mas que en los casos de Corte, requiriéndose siempre en aquellas una causa legítima para deferir á ellas el Rey y el Consejo, cuales serán la utilidad pública, gravedad del negocio y sospecha del juez, acostumbrando los tribunales de provincia decretar las avocaciones, privando á los jueces ordinarios de las primeras instancias, siempre que conste legítimamente de su injusticia omision ó negligencia, injuria ó justicia denegada, no bastando ni el juramento de las partes (á cuya voluntad, si se defiriese á las avocaciones por solo aquel medio sujeto á una infinidad de perjuicios é inconvenientes, estarian ligadas las justicias con grave perjuicio de los pueblos y vasallos), ni la simple recusacion, pues entonces se manda á los jueces recusados se acompañen conforme á las disposiciones de las leyes, y procedan en las causas segun lo dispuesto por derecho (3).

22. »La práctica constante nuestra de chancillería, dice el señor Elizondo, nos ha enseñado que siempre que las partes ócurran á ella, quejándose de la injusticia, falta de audiencia ó injuria de las justicias inferiores, se libran unas provisiones llamadas *incitativas*, las cuales se reiteran si los interesa-

1 Faria en Covarr. *Pract.* cap. 9. lug. cit. num. 20 y 21. num. 4.

2 Cast. *de tert.* cap. 41. num. 134. Far.

3 Cast. *de tert.* cap. 41, num. 141.

dos vuelven á quejarse, con alguna multa ó apercibimiento, mandando á su tercer recurso que los jueces inmediatos remitan los autos *con la cualidad de la vista*, la cual equivale á lo mismo que reservarse el tribunal con examen del proceso y de la injusticia de este, retenerlo ó devolverlo en su caso, para que tenga efecto su legítima y progresiva sustanciacion.

23. En los procesos criminales es frecuente la dificultad cuando tendrá lugar el decreto, para que la causa venga por su orden, ó para su retencion, supuesta la necesidad de consultar las justicias á las salas respectivas del crimen de las chancillerías y audiencias provinciales las sentencias afflictivas, esperando su aprobacion para ejecutarlas.

24. Nosotros hemos observado inconcusamente la práctica de expedirse el *decreto de orden*, siempre que del proceso mismo aparezca con defecto de justificacion la sentencia consultada, ó por carecer de pueba el crimen, ó por ser de aquellos en que la apelacion no es denegable; de modo que equivale la resolucion á decir: debe admitirse aquella y conocerse de la causa plenamente, no siendo practicable el decreto de retencion en otros casos que cuando advierte la sala, que el juez inferior omite ó comete alguna cosa en proceder ó instruir los autos, por cuya omision ó comision queda la causa en el tribunal superior, aunque la apelacion se haya tan solamente interpuesto en cuanto á un artículo especial pendiendo del alto arbitrio de la sala la graduacion ó motivo por suficiente para la retencion que es indispensable preceda, aunque la sentencia consultada sea conforme, otras tantas veces cuantas se le añada cualidad; bien que sin emplazamiento, ni mas solemnidad ó sustancia, se devuelve el proceso á la justicia inferior para que aquello se ejecute (1).

25. Los duques, condes, marqueses y otros que tengan jurisdiccion inferior, no pueden avocar á sí los pleitos ó negocios que se ventilan ó deben ventilarse en los juzgados de sus alcal-des mayores ú ordinarios (2).

26. Hacemos tránsito á las avocaciones de las causas eclesiásticas, dando principio por la autoridad indispensable á los obispos de ejecutar aquellas en las causas pendientes ante sus vicarios, á consecuencia de haberles por sí solo cometido libremente su propia jurisdiccion; de modo que es un mismo tribunal el de ambos (3); pero siendo diversos el del metropolitano y sufragá-

1 Bobad. *Polit.* lib. 2. cap. 22. num. 201. Mateu. *de re criminali.* controv. 3. num. 28.

2 Covarr. *Pract.* cap. 9. num. 4. y en el Faria.

3 Covarr. lugar cit. num. 1

neo, no pueden los muy reverendos arzobispos avocar de este las causas pendientes ó que deban pender ante él mismo, ni ejercer jurisdiccion en los diocesanos, aun por consentimiento de las partes, ó negligencia de los obispos y sus vicarios generales sino es que sea por apelacion, ó por otro de los medios que prescriben las sensaciones canónicas, ni visitar á los sufragáneos, ejercer actos pontificales, y conferir órdenes, sin voluntad expresa de sus propios prelados (1): extendiéndose igualmente la prohibicion de estas avocaciones á los reverendos nuncios ó legados *à latere* de su Santidad en estos reinos, segun el concordato ajustado con el muy reverendo arzobispo de Diarcata Don Cesar Jaquineti, siendo nuncio en estos reinos, é inserto en el breve del Señor Clemente XIII, expedido en 18 de diciembre de 1766 al reverendo arzobispo de Nicea, con el auto de Consejo de 18 de agosto de 1767.

27. Este mismo orden de ritualidad de los procesos eclesiásticos, es muy conforme á la primera disciplina de la iglesia, confirmada en los cánones de los concilios, entre los cuales es muy digno de notar el Niceno (2), donde se prescribió que los negocios eclesiásticos tuviesen término en las provincias mismas donde principiaron, prescribiendo el concilio Sardicense no se avocasen á Roma las causas: de forma que por el respeto á los primitivos cánones se abstuviesen los papas de atraer á la curia romana las causas eclesiásticas que no fueren de las ciudades suburvicarias, señalando únicamente los jueces que decidiesen en los mismos pueblos los negocios tocantes á deposicion ó acusacion de obispos con el sínodo provincial, de que ofrecen repetidos ejemplares los sumos pontífices Hilario I, San Gregorio y San Leon el Grande (3).

Véase sobre esta materia de avocaciones el tomo 6, part. 1 de la *Práctica universal forense* del señor Elizondo, de donde se ha extractado cuanto aqui se dice sobre este asunto.

1 Concil. Trid. cap. 20 y 24. de reformatione. Salg. de retent. part. 2. cap. 5. §. 2.

2 Labé in *Collect.* tom. 4. pag. 563.

3 Marca *Concord. sacerdot. et imper.* lib. 8. cap. 12.