

## CAPITULO TERCERO.

*De las excepciones.*

- §. 1. ¿Que es excepcion?
2. Division de las excepciones. ¿Cuales son las dilatorias?
3. Subdivision de estas. Unas son relativas á la persona del juez, otras á la del actor y otras á la causa ó proceso.
4. De la declinatoria de fuero. ¿Cuantas clases hay de este?
5. El reo debe ser regularmente demandado ante el juez de su domicilio, excepto en los casos que se expresan.
- 6 y 7. De los casos de Corte. ¿Cuales son estos?
- 8 y 9. ¿Quienes gozan del privilegio de caso de Corte?
10. En un negocio individuo ó comun á dos personas, de las cuales una goce de dicho privilegio, alcanzará este tambien á la otra.
11. No pueden conocer en primera instancia los oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar á los reos de su fuero, sino por caso de Corte.
12. ¿Cuantas especies hay de casos de Corte? ¿Cuales son los civiles?
13. ¿Cuales son los criminales?
14. ¿Donde deberá ser demandado el heredero en calidad de tal?
15. Estando yacente ó sin aceptar la herencia, se debe reconvenir al heredero en el propio lugar y ante el juez en cuyo tribunal pudo serlo el difunto.
16. ¿Que es recusacion?
17. ¿En que tiempo podrá hacerse?
18. Causas por que puede ser recusado el juez.
19. ¿Si será necesario expresar la causa de la recusacion?
20. Acompañado que debe tomar el juez recusado en las causas civiles y criminales.
21. ¿Con quien han de acompañarse los alcaldes de Corte que tienen provincia y conocen de lo civil en primera instancia como jueces ordinarios?
22. 23 y 24. ¿Que deberá hacerse cuando discordaren el juez recusado y el acompañado?
25. Obligaciones del acompañado.
26. El que hubiere pedido que un juez determinado conozca de su causa, no puede recusarle despues sino por nueva causa que sobrevenga.
27. El juez lego ordinario que nombra asesor debe hacer saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le recusen proponiendo otro ú otros.

28. Están prohibidas por la ley las recusaciones vagas de asesores.
29. ¿Quién ha de pagar los derechos de asesoría?
30. Para recusar el juez eclesiástico se ha de expresar la causa.
31. Si el recusado fuere delegado del Papa, obispo ú otro juez ordinario, ha de compeler á los litigantes á que elijan árbitros letrados que conozcan de la causa de la recusacion y la decidan.
32. ¿Que deberá hacerse si los referidos árbitros declararen ser legítima la causa de la recusacion?
33. Recusacion de los jueces árbitros ó compromisarios elegidos por las partes.
34. El juez mero executor no puede ser recusado.
35. Puede ser recusado el juez de residencia asi como el delegado.
36. Requisitos que deben observarse para la recusacion de los señores ministros de tribunales superiores.
37. ¿De que modo podrán probarse las causas de recusacion de dichos señores ministros?
38. El término para recusar á estos es perentorio, y corre contra los menores y demas privilegiados.
39. Pena del que recusa á uno de dichos señores ministros y no prueba la causa de su recusacion.
40. Recusacion de los relatores.
41. 42 y 43. Recusacion de los escribanos.
44. La parte que recusa al escribano originario del proceso, debe pagar estamente sus derechos al acompañarlo.
45. Real cédula de 11 de enero de 1770, que contiene varias disposiciones para que no suspendan los jueces el curso de los pleitos cuando su Magestad ó alguno de los tribunales superiores les pida i firme.
46. Con arreglo á la misma Soberana resolucion se debe proceder cuando alguno que está ejecutado acude al Consejo pidiendo moratoria.
47. De las excepciones dilatorias concernientes á la persona del actor.
- 48 y 49. ¿En que tiempo debe legitimar el actor su persona?
50. Tambien se tienen por excepciones dilatorias concernientes á la persona las fianzas ó seguridades que se piden y deben dar en juicio.
51. De las excepciones concernientes á la causa.
52. En estas excepciones no tiene lugar la acumulacion que produce la litispendencia.
53. Interes de los litigantes en la acumulacion de los autos.
54. Requisitos necesarios para que haya litispendencia.
55. Causas porque se hace la acumulacion de autos y procesos.

56. Excepcion de siete casos en que no debe hacerse la acumulacion.
57. Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales pendientes ante escribanos de diverso fuero, ¿como deberá hacerse?
58. Si los autos penden ante dos jueces uno mas digno ó condecorado que el otro, ¿ante quien debe pretenderse?
59. Declarándose haber lugar á la acumulacion, ¿que deberá hacer el escribano & quien se quitan los autos?
60. De las excepciones meramente perentorias.
61. De las excepciones mixtas ó anómalas.
- 62 y 63. De las excepciones perjudiciales.
- 64 hasta el 70. Del orden con que deben proponerse las excepciones.
- 71 al 74. Término que conceden las leyes para proponer las excepciones.

1. **E**l buen orden exige que despues de haber tratado de las acciones se expliquen las excepciones ó medios de defensa que conceden las leyes al demandado (\*). Llámase excepcion todo lo que opone el reo á la demanda del actor, ya para destruir el derecho de este, ya para dilatar el juicio ó impedir que se entablen de cierto modo. Nuestras leyes suelen usar indistintamente de las voces excepcion ó defensa (1).

2. Las excepciones, por otro nombre artículos, se dividen en *meramente dilatorias y temporales*; en *meramente perentorias y perpetuas*; en *mixtas ó anómalas* y en *perjudiciales*. Meramente dilatorias son las que difieren ó retardan el ingreso ó curso del juicio principal, pero no ponen fin á él, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante ni niega que tenga justicia en lo que pretende; sino que procura divertirle y entretenerle para que tal vez aburrido desista, y transija con él, ó por ganar tiempo para poder pagarle sin molestia, ó por otros fines.

\* En las ediciones de Febrero anteriores á esta se trata de las excepciones despues de la citacion ó emplazamiento y antes de la contestacion; esto pudiera pasar por la conexion que tienen algunas excepciones con los procedimientos judiciales; pero por que razon se dislocó é intercaló la recusacion de los jueces, que es una de las especies de excepciones, entre el párrafo 11 en que se trata de la conclusión de los autos para definitiva, y el 13 en que se habla de la sentencia y de sus requisi-

tos? Esta interrupcion de las doctrinas que tienen entre sí un conocido enlace es una de las cosas que mas fatigan, y parece increíble que se haya dejado subsistir hasta ahora tal desorden. Para evitarle se ha reunido en este capítulo cuanto dice el autor separadamente en materia de excepciones, añadiendo algunas cosas.

1 Realmente toda excepcion es defensa, mas no toda defensa puede llamarse rigurosamente excepcion. (1)

9. De estas excepciones unas son relativas al juez, otras al actor, y otras á la causa ó proceso. Las primeras son la declinatoria de fuero ó incompetencia de juez por defecto de jurisdiccion (1) y la recusacion por sospechoso para inhibirle del conocimiento de la causa.

4. En orden á la declinatoria de fuero debe saberse que todo juez tiene territorio señalado para administrar justicia fuera del cual no se extiende su jurisdiccion; y aun á veces no alcanza esta á todas las personas y causas de su mismo territorio por pertenecer á otros jueces privativos, en cuyo caso se dice que tal negocio ó persona pertenece á otro *fuero*. Esta palabra tiene diversos significados: unas veces se toma por el uso y costumbre de algun pueblo ó provincia (2), otras por el juicio, la jurisdiccion y potestad de juzgar; y segun mi propósito se entiende por el tribunal del juez á cuya jurisdiccion está sujeto el reo ó demandado (3). En este sentido el fuero es de tres clases á saber: *eclesiástico, secular y mixto*. El primero es el que corresponde al juez eclesiástico para conocer de las causas que por disposiciones canónicas y reales le competen, ya sea contra legos ó eclesiásticos; el *secular* es el que pertenece al lego; y el *mixto* es aquel á quien corresponden los negocios sobre que ambos jueces tienen jurisdiccion preventiva, de suerte que el primero que empieza á conocer es el que prosigue.

5. Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el juez de su domicilio, se exceptúan varios casos por los autores, de los cuales no solo explicaré los cuatro mas frecuentes, que son: *por razon de domicilio; contrato con sumision; delito cometido; y alhaja sita dentro de la jurisdiccion*, sino algunos mas de que tratan las leyes del reino, en los cuales está uno sujeto al fuero de otro juez, sin embargo de que no sea súbdito suyo, y puede ser reconvenido ante él observándose lo dispuesto por la ley (4). El primero de estos casos es por ser natural ú originario del pueblo en que se le demanda hallándose 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, aun-

1 En el tit. 2. lib. 4. de la Nov. Rec. se trata de la decision de competencias.

2 Tambien se entiende por fuero ó fueros la compilacion de privilegios ó exenciones concedidas á alguna provincia, ciudad ó persona, Diccionario de la len-

gua castellana.

3 Ley 8. tit. 2. Part. 1 Ley *De quibus. ff. de legib. y ley fin.* Cod. *quae sit lang. consuetudo.* Ferrar. *Bibliot. verb. Forus,* num. 3, 5 y 13.

4 Ley 7. tit. 29. lib. 11. Nov. Rec.

que haya nacido en la jurisdicción de otro. El cuarto por razón de bienes heredados, pues el heredero puede ser reconvenido sobre ellos en el pueblo donde se hallan. El quinto por contrato con sumisión especial ó promesa de dar ó hacer paga ó otra cosa en cierto lugar, aun cuando se haya formalizado la obligación en otro; y en este caso pudiendo el reo cumplir lo pactado, tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: aquel en que habita; ó en que celebró el contrato; ó en que prometió él ó su causante hacer la paga ó cumplir la obligación; lo cual procede sea la acción real ó personal, y el contrato válido ó nulo; y lo mismo en el cuasicontrato, mas no en el distracto si se trata de rescindir el contrato, pues no debe ser llevado al lugar en que este se celebró. De este caso y del efecto que causa la renunciación del propio fuero y domicilio con juramento, trata Covarrubias *Pract.* cap. 10. num. 4 al 6. El sexto por haber diez años que vive y está domiciliado en el pueblo donde reside el juez. El séptimo por poseer en él la mayor parte de sus bienes, aunque no haya diez años que le habita. El octavo por contestar llanamente la demanda sin usar de la *declinatoria*; pues debe continuarla ante el mismo juez hasta su final decisión. El nono por haber cometido delito en aquel pueblo ó en su jurisdicción; pues siendo preso 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. El décimo cuando es vago, pues por no tener domicilio seguro debe responder en donde se le demande y encuentre; y aun cuando no lo sea, si tiene muchos fueros puede elegir el actor el que quiera. El undécimo cuando se encuentra en poder de alguno la cosa agena que se pide; en cuyo caso si es persona de buena fama y quiere dar fianza de estar á derecho, se le debe dejar en depósito, y no dándola 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 donde la hubo. El duodécimo por via de reconvenición, pues el actor está obligado á contestar la que el reo le hace ante su propio juez, sin embargo de que no sea súbdito suyo, excepto en los casos que explicaré en el capítulo 9 del título siguiente tratando de la reconvenición. El décimotercio por razón de cuentas de tutela, mayordomía ú otras semejantes, ó uso de algun oficio público; pues debe responder en el lugar donde ejerció este, ó se

le encargaron aquellas, y ante el juez que le hizo el encargo (1). El décimoquarto por haber sido alguno citado legítimamente de orden de su juez, aunque después de la citación vaya á domiciliarse á otro lugar, ó á estudios, romería, peregrinación ó comisión 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).

6. Puede ser demandado también el reo en la Corte, como patria común, y en las chancillerías y audiencias siendo hallado en su distrito (3); y aunque no se le halle, se le puede sacar de su domicilio por *caso de Corte*, y obligar á contestar por las personas que gozan de este privilegio. Son casos de Corte las demandas sobre bienes vinculados ó sobre vasallos, fortalezas, muerte ó heridas de caballero principal, ú otros casos semejantes y de grande importancia (4); las civiles y criminales que contra cualesquiera personas ó consejos intentan los señores del Consejo, oidores y chancillería mayor, mayordomo mayor del Rey, sus contadores mayores (que hoy llaman ministros del tribunal de la contaduría mayor), tesoreros, notarios y oficiales de la Real casa, Corte y chancillerías, alcaldes de estas y de hijosdalgo, escribanos y demás oficiales que en aquellas gozan sueldo del Rey, mientras ejercen sus oficios solamente, mas no sus tenientes (5). Por lo que hace á los criados del Rey, que como tales gozan sueldo, dice así la ley 8. tit. 26. lib. 7. Nov. Rec. *Y asimismo vemos lo dispuesto en la ley 10. tit. 4. lib. 11, por la cual nuestros criados pueden poner demandas en esta Corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme á derecho se debiere, para que con ocasion de los pleitos no desamparen sus estados, ni continen la asistencia en esta Corte.*

7. Son igualmente casos de Corte los pleitos que se tratan contra el corregidor, alcalde ordinario, regidor ú otro oficial del concejo del pueblo en que ejercen sus oficios, sobre los casos en que según derecho pueden ser reconvenidos durante ellos (6); y. contra grandes, duques, condes, marqueses, señores poderosos que nombran jueces, y también contra concejo,

1 Leyes 32 tit. 2. Part. 3. y 15. tit. 1. Part. 7. Leyes 3. tit. 4. lib. 11. y 2 y 3. tit. 36. lib. 12. Nov. Rec.

2 Ley 12 tit. 7. Part. 3. y ley *Sí quis p̄stea*, ff. *de iudic.* Munillo lib. 2. *Decret.* tit. 2. *de foro compet.* Gregorio Lopez en las glosas de las leyes de Part. que se citan. Carley. *de iud.* en las ocho cues-

ciones del tit. 1. disp. 2.

3 Ley 4. tit. 3. Part. 3.

4 Ley 5. tit. 2. lib. 5. y ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

5 Dicha ley 9. tit. 4. lib. 11.

6 Ley 13. tit. 1. lib. 5. y ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

aunque el demandante sea otro ó persona á quien compete el privilegio de caso de Corte (1).

8. Gozan del privilegio de caso de corte los concejos de cabeza de partido, las universidades (2), las iglesias, monasterios hospitales, cabildos, cofradías y colegios de frailes y monjas de cualquiera orden (3), los muy viejos ó enfermos y personas miserables cuando litigan con alguna poderosa (4); el menor de veinticinco años, huérfano de padre, y no de otra manera; la viuda honesta, y por consiguiente la soltera que vive recatadamente (5), como también la casada cuyo marido está inutilizado y pobre, cautivo ó desterrado; pero no la viuda deshonesta ó que mató á su marido (6); lo cual se entiende aunque dichas personas miserables renuncien el citado fuero, pues no vale su renunciación (7), ó sean contumaces (8).

9. 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 ó demandadas. Entre las personas miserables se comprenden los que forman concurso de acreedores y les ceden sus bienes, aunque sean mayores (9), porque efectivamente es miserable el que ha decaído de su antiguo esplendor y fortuna. También se tiene por persona miserable el que por sentencia es obligado á entregar sus bienes á otro, y el que no puede administrar sus propias cosas y hacienda (10) (\*). Mas no gozan del privilegio

1 *Cur. Filip.* part. 1. *Juicio civil*, §. 3. num. 10.

2 *Ley 27 del Estilo.*

3 *Covarr. Pract.* cap. 1. num. 3. *Cur. Filip.* *ibi.*

4 *Ley 5.* tit. 3. y 41. tit. 18. Part. 3.

5 *Ley 9.* tit. 4. lib. 11. Nov. Rec. Greg. Lop. en la 5. tit. 3. part. 3. glos. 2.

6 *Olea de cession. jur.* tit. 3. quest. 7. num. 25. *Acey.* en las leyes 8 y 9. tit. 3. lib. 4. num. 10 al 12. *Covarr. Pract.* cap. 6. num. 7.

7 *Carley. de jud.* tit. 1. disp. 2. sec. 7. num. 598 y 99.

8 *Ley de die,* §. *Planè.* ff. *Qui sitisdatore cogant.*

9 *Carrasc. in Casib. Curiae,* num. 44 y 66. *Salg. Labyr.* part. 1. cap. 2. num. 28.

10 *Leyes 5.* tit. 3. y 20. tit. 23. Part. 3.

\* Acerca de este privilegio concedido á las personas miserables dice lo siguiente el señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, part. 3. cap. 4. num. 18. La razón (de este

privilegio) se expresa en las mismas leyes citadas, y se reduce á que estan expuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño con riesgo de perder sus derechos; y comparado este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas que saliendo de su fuero vayan á litigar á los tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente cuando se compensa el mayor gasto que hagan en estos tribunales con la seguridad en la administracion de su justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública, que hace cesar el de la regla general y comun; pero no basta para su dispensacion en estos privilegios cualquier daño ó perjuicio de las personas miserables, pues deba exceder en lo principal que se litiga de diez mil maravedíes, segun la *Ley 11.* tit. 3. lib. 4. *Rec.* §. 5. tit. 3. lib. 11. *Nov. Rec.*

En cuanto á otras personas que gozan del mismo privilegio se les concede por

referido las personas expresadas sino en las causas de mas de diez mil maravedis (1), ni en aquellas en que se interesa la Real Hacienda, ni en las ejecutivas, feudales y criminales, ni cuando contestan la demanda ante el juez inferior (2); ni cuando el pleito se principia ante el ordinario, y la miseria ó indigencia sobreviene despues de contestado, porque está prevenida ya la jurisdiccion en quanto á él, y en su perjuicio no se puede mudar de fuero (3); ni cuando tienen que dar cuenta pública ó privada, pues deben darla en donde y ante el juez que les encargó la administracion (4); ni tampoco unas con otras; por lo que si una demanda en la Corte á la otra, y esta declina y pretende se remita la causa al juez de su fuero, vencerá por ser mejor su condicion. Esto se limita en caso de que el actor sea mas miserable é infeliz, pues entonces será atendido (5).

10. Si el negocio es individuo y comun á dos, esto es, á uno que goza del privilegio y á otro que no, gozará este tambien de él, v. gr. cuando es mayor de veinticinco años y el otro huérfano menor, y ambos poseen *pro indiviso* alguna cosa, ó les compete alguna accion; pues el mayor puede usar de ella en la Corte al modo que el menor (6); y no se debe dar carta de emplazamiento por caso de Corte, sin que el que la pide deje procurador conocido (7).

11. No pueden conocer en primera instancia los oidores dentro de las cinco leguas de su distrito, ni sacar á los reos de su fuero, sino por caso de Corte (8). Tampoco pueden ser presos ni reconvenidos en esta los procuradores de Cortes mientras ejercen sus encargos, sino por derechos reales, delitos ó contratos que cometan ó hagan en ella, ó que contra alguno se haya dado sentencia criminal (9). Asimismo los procuradores que en nombre de sus concejos vienen á la Corte, ó llamados del Rey ó del Consejo, no deben ser prendados en ellas por las deudas de aquellos; pero sí por las suyas propias (10). Se advierte que el privilegio de caso de Corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si este resiste y le incomoda usar de él, porque de

no entorpecer el servicio del Rey y del público sacándolas de sus destinos y de la Corte para defenderse de las demandas que les pusieren en otros puebles.

1 Dicha Ley 5. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

2 *Cur. Filip.* en el lugar citado. num. 15.

3 *Ley Tutor*, 28 ff. *de excus. tutor.*

4 Leyes 1 y 2 Cod. ubi *de ratioc. agi oportet*, ibi DD.

5 Greg. Lop. en la ley 5. tit. 3. part. 3. glos. 2. *Cur. Filip.* dicho 4. 9 num. 16.

6 *Ley Si communen*, 10. ff. *Quemadmodum servitutes amittuntur.*

7 Leyes 1 y 2 tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

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

9 Ley 5. tit. 3. lib. 3. Nov. Rec.

10 Ley 8. tit. 31. lib. 11. Nov. Rec.

lo contrario se convertiría en su detrimento, habiéndose establecido para su beneficio (1).

12. Los casos de Corte (cuyo nombre se les da, porque su conocimiento toca principalmente al Rey, y por legales disposiciones (2) á su Consejo, chancillerías y audiencias) son de dos clases, *civiles y criminales*. Los civiles de que queda hecha mencion, ó son notorios ó no. Los notorios son los de un concejo contra otro, y los de cabildos, iglesias, monasterios, hospitales, cofradías, universidades, colegios, grandes de España, títulos de Castilla, oficiales y criados del Rey, y para que se admita el recurso basta alegarlos, y pedir se hagan por notorios. Pero no siéndolo, v. gr. 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 último del emplazamiento (3); pues de lo contrario no se admitirán, por resultar perjuicio irreparable. La justificacion puede hacerse sin citar á la parte contraria, de cuya omision no se la causa perjuicio, porque en compareciendo puede alegar y probar dentro de los mismos nueve dias no ser de Corte el caso, y pretender se declare asi, y devuelva el conocimiento al juez que entendia en el negocio.

13. Los casos de Corte criminales son: la traicion contra el Rey ó su reino, el encubrimiento de malhechores ó deudores en castillo, fortaleza ó casa fuerte, sin querer entregarlos á la justicia, ó en lugar de señorío ó abadengo; el delito de prender á alguno, ó tomar sus bienes por su propia autoridad: la perpetracion de muerte segura: la violencia ó robo de muger: la infraccion de tregua ó camino: el incendio de casa ú otro edificio: el reto ó desafío: el ser ladron conocido, ó dado por encartado, como prófugo por el delito que cometió: la falsificacion de sello ó moneda real: y la resistencia de consejo ó persona poderosa á la ejecucion que en virtud de real provision se hace por débitos reales (4). Por estos delitos puede ser emplazado cualquiera fuera de las cinco leguas de la Corte y chancillerías por los alcaldes y jueces de ellas (5); siendo de advertir que estos en aquellas en que lo fueron no pueden tener por caso de Corte pleitos suyos ni de sus mugeres ni hijos, como actores ni reos en primera instancia (6) (\*).

1 *Cur Filip.* l. 9. cit. num. 16. al fin.

2 Leyes 4 y 5. tit. 3. Part. 3. Ley 9 tit.

1. lib. 5, 9 y 10. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

3 Ley 1. tit. 7. lib. 11, Nov. Rec.

4 Leyes 9. tit. 4. 5 y 6. tit. 34. lib. 11.

y ley 5, tit. 18. lib. 12. Nov. Rec.

5 Ley 9. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

6 Ley 11. tit. 4. lib. 11. Nov. Rec.

\* Villadiego en su *Política*, cap. 1. de la *Instruccion*. num. 61, trata del modo de seguir las causas por caso de Corte. Acerca del modo de poner la demanda véanse

14. El heredero debe ser demandado como tal en el lugar y fuero en que el difunto debía serlo (1), aunque aquel sea privilegiado por peculiar gracia del Soberano, pues por su personal y privativo privilegio no puede excusarse de responder en el fuero en que debía hacerlo su causante (2); pero si el privilegio de que goza el heredero no está concedido solamente á su misma persona, sino á algun estado ó cuerpo, como los de clérigos, militares, viudas y pupilos, se le ha de demandar segun su fuero y ante el juez del territorio ó provincia en que vivia su causante (3). La razon es porque despues que el clérigo, por ejemplo, acepta la herencia, empieza esta á contemplarse patrimonio suyo propio y á gozar del privilegio que á aquel compete, y asi pierde su antigua naturaleza, y se constituye privilegiada (4); al modo que la que lo es pierde el privilegio luego que llega á poder del que no lo goza (5). Es verdad que la ley 57. tit. 6. Part. 1. dice: *otro-si, cuando el clérigo hereda los bienes del ome lego, é otro alguno ha demandado contra aquel lego por razon de aquel haber, ó de daño que hubiese fecho, tenuto es el clérigo de facer derecho ante aquel juzgador seglar, dó la faría aquel, de quien hereda el haber, si fuera vivo;* mas esto se entiende cuando el pleito se movió al difunto, y se le citó; pues basta la citacion, aunque no hubiese contestado la demanda (6); en cuyo caso y no en otro, la instancia empezada con él pasa á su heredero, segun por derecho (7) está decidido; y por el contrario si el lego hereda al clérigo, y con este se principió la instancia ante su juez debe el lego proseguirla ante él (8).

15. Estando yacente ó sin aceptar la herencia en este caso, como el heredero representa al difunto (sea ó no privilegiado),

las leyes 1 y 2. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec. ; debiendo saberse ademas que no solo las chancillerías conocen de los pleitos sobre casos de Corte, como se previno por el capítulo 7 de las Ordenanzas de Medina de 1489 (Ley 9. tit. 1. lib. 5. Nov. Rec.); sino que tambien el supremo Consejo de Castilla admite las demandas que se presentan por las razones que expresa el señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones practicas*, part. 3. cap. 4. num. 19 y siguientes.

1 Ley *Hæres absens*, ff. *de jud.* y ley 32. tit. 2 Part. 3.

2 Dicha ley *Hæres absens*, ibi *Nulloque suo proprio privilegio excusatur*. Carlev. *de jud.* tit. 1. disp. 2. qæst. 5. num. 298.

3 Covarr. *Pract.* cap. 8. num. 4. Greg.

Lop. en la ley 57. tit. 6. part. 1. glos. 5. Carlev. ibi, num. 299 y 301.

4 *†. Licet autem, Instit. Quibus ex causis manumit. non licet, §. 1. Instit. de hæred. qualit. Leyes Sed si plures, 10. †. Filio, ff. de vulg. et pupil. substit. y Paterfam. 12. ff. de privil. cred. y cap. unic. §. fin. de jure patron in 6.*

5 Ley *Per procuratorem*, 89. ff. *de acquir. hæred et ibi Bart.* num. 3.

6 Greg. Lop. en la ley 57. inserta. glos. 5. Carlev. disp. 2, y qæst. 5 dichas, num. 308 al 318.

7 Le. *Si is, qui Romæ.* 34. ff. *de jud.* ley *Si cum hominem*, 34. ff. *de fidejus. y cap. Quia*, 11. ff. *de jud.*

8 Carlev. disp. cit. num. 310, 319, 20 y 21.

se le debe reconvenir en el propio lugar y ante el juez en cuya jurisdicción podía serlo el difunto, ya sea el de su domicilio ó aquel en donde existe la herencia ó la mayor parte de sus bienes; de modo que si se deduce en juicio acción real, debe demandársele ante el del pueblo en que está sita, y si acción personal ante aquel en donde el difunto podía serlo, ó su heredero si la hubiese aceptado (1).

16. La recusación, según mi propósito, es un remedio legal de que se vale un litigante contra un juez ú otro ministro á quien tiene por sospechoso, para que no conozca ó entienda en la causa.

17. Por derecho comun y de las partidas se debía recusar al juez antes de la contestación de la demanda, y no después, á menos que hubiese causa nueva para ello; pero hoy en cualquier estado del pleito se permite recusar al juez y al escribano ó escribanos de él, con tal que la sentencia no esté publicada (\*).

18. Muchas son las causas porque se puede conceptuar al juez de sospechoso, y ser por consiguiente recusado. La primera, por tener mucha familiaridad con la otra parte. La segunda, por tener con esta parentesco de consanguinidad ó afinidad; mas no si le tuviere igualmente con ambas. La tercera, cuando es teniente del juez ordinario, y se tiene á este por sospechoso con justa causa, aunque contra aquel no la haya; y lo mismo procede cuando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa á toda su familia. La cuarta, cuando quiere ser juez en causa propia. La quinta, cuando es enemigo capital del recusante, ó lo fue en otro tiempo, aunque esté reconciliado. La sexta, cuan-

1 Para comprender mejor cuanto se ha dicho acerca del fuero competente de los jueces, véase el cap. 2 del tit. siguiente, donde se trata de estos y de su jurisdicción.

\* *Auth. Offeratur, Cod. de litis contest. y leyes 22. tit. 4. y 8. tit. 10 Part. 3.* El señor Conde de la Cañada tratando con su acostumbrado juicio y solidez de las recusaciones, dice en orden á este punto lo siguiente: «Hay cierta diferencia entre la recusación que se pone al juez ordinario, y la que se dirige á los ministros de los tribunales superiores; y consiste en que los primeros pueden recusarse en cualquier estado del pleito, aunque esté concluso y dada la sentencia, con tal que no se haya notificado y publicado.»

«Esta es doctrina del señor Covarra-

bias (y otros autores que allí se citan), quienes se fundan en que la recusación no pide expresión de causa ni mas prueba que la del juramento, el cual puede hacer la parte en cualquier estado de la causa sin el inconveniente de dilatarla.»

«Como no hay ley que decida estos dos puntos, diria yo que el juramento que hace la parte de no recusar por calumnia ni con ánimo de alargar el pleito, no era suficiente para dar por recusado al juez que habia sido hasta entonces aprobado por la parte; y solo daria lugar á la recusación si adiciónase y extendiese aquel juramento á decir que la causa de sospecha habia nacido ó llegado nuevamente á su noticia en aquel tiempo en que hacia la recusación &c.» *Instituciones prácticas, part. 3. cap. 6. num. 55, 56 y 57.*

do es pariente del deudo de su enemigo, ó comensal suyo, ó de este ó su paisano, ú oriundo de su pais, y hallándose en tierra extraña se tratan como hermanos, bien que la amistad que solo proviene del paisanage no es causa suficiente para la recusacion. La séptima, cuando es súbdito de la otra parte por razon de la jurisdicción ú otro motivo, v. gr. vasallo ó sufragáneo, pues por temor puede hacer injusticia. La octava, cuando fue abogado de ella en aquella causa; mas no si lo fue en otra del todo diversa. La nona, cuando favorece demasiado á la otra parte y grava al recusante. La décima si tiene con él excesiva familiaridad. La undécima, si el juez procede injusta, animosa y extrajudicialmente contra el recusante. La duodécima, si tiene otro pleito igual al que pende ante él, pues se presume juzgará en este del modo que quiere se juzgue en el suyo. La décimatercia, si el recusante tiene algun pleito con el juez como persona privada. La décimacuarta, cuando el prelado quiere ser juez en pleito de su iglesia, porque se presume la tendrá excesiva afición. La décimaquinta, cuando fue consultor en la causa, aunque no haya sido abogado, y reveló su voto; mas no, si no lo hubiese hecho. La décimasexta, si fue electo por consultor á pedimento solo de la otra parte, ó testigo en la causa, y luego pasa á ser juez en ella. La décimaséptima, si es canónigo de aquella iglesia de la que lo es una de las partes; pero no, siéndolo ambas. La décimaoctava, si la parte contraria solicitó que su señor fuese su juez en aquella causa; ó el mismo juez procuró serlo, ó es socio suyo, ó ambos viven juntos. La décimanona, cuando el recusante tiene interpuesta apelacion de sentencia del propio juez, pues estando pendiente se hace sospechoso para otra sentencia. La vigésima, si recibió don ó 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 8. tit. 1. lib. 11. Nov. Rec. La vigésimapríma, cuando fue juez en primera instancia, pues no puede serlo en segunda. La vigésimasegunda, cuando por algun motivo puede redundar la causa en daño ó provecho del juez, v. gr. por estar obligado á evicción, ser fiador de la otra parte, &c. La vigésimatercia, cuando es imperito, y la causa ardua, ó excesivamente severo y cruel, ó indiscreto por costumbre. Y la vigésimacuarta, si es compadre de la otra parte, ó no quiere oír al recusante, aunque el pleito sea claro. Por estas causas, y por otras

cualquiera que baste para remover al árbitro y al procurador, puede ser recusado el juez.

19. Si el juez letrado es ordinario, ó delegado secular, no es menester expresar la causa de la recusacion, pues basta jurar que no se le recusa de malicia, ni por calumniarle, sino porque se le tiene por sospechoso (\*), y pedir con modestia se haya por recusado, y se acompañe conforme á derecho, mediante á no ser admisible la recusacion en el todo, pues no se le remueve ni quita el conocimiento, y únicamente se le prohíbe continuar en la causa sin el acompañarlo: siendo nulo lo que sin este practique despues de la recusacion. Esta debe hacerse por escrito, y no verbalmente; y si faltare el juramento expresado, no se admitirá la recusacion, aunque no se pida al recusante (1), sin embargo de que la ley (2) solo le precisa á hacerlo cuando la parte contraria lo pide. Lo mismo creo se debe practicar con el asesor necesario del juez lego, qual es el alcalde mayor en donde el corregidor es de capa y espada, el auditor de guerra, el asesor de alguna capitania general ó comandancia, y otros semejantes que son letrados y tienen jurisdiccion, á los cuales no se quita el conocimiento como á los asesores voluntarios, y así deben acompañarse como los jueces ordinarios.

20. 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. No habiéndole han de nombrar los regidores á dos de estos por acompañados, y si no se conviniere, ó no los hubiere, ha de elegir el juez cuatro hombres buenos de los mas ricos de él, los cuales deberán echar suertes sobre quienes 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. El recusante debe pagar sus derechos al acompañado, á lo que se le puede compeler por embargo y venta de bienes (4), porque da motivo á que se causen.

21. Siendo recusados los alcaldes de Corte que tienen provin-

\* El señor Conde de la Cañada es de opinion que seria mejor obligar al recusante á que expresase la causa de su recusacion, por las razones que alega y pueden verse en la obra citada, part. 3. cap. 6. desde el num. 1. al 18.

1 Ley 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. y en

ella Acev. Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Part. 3. glos. 4.

2 Ley 22. tit. 4. Part. 3.

3 Ley 22. tit. 4. Part. 3. y leyes 1 y 2. tit. 2 lib. 11. Nov. Rec.

4 Acev. dicha ley 1, que antes era del tit. 16. lib. 4. num. 11. y num. 2. al 25.

cia, 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 (1); porque en dicho caso no se distingue de aquellos para este efecto, como cuando juntos en sala entienden en algun negocio. Lo mismo practica hoy regularmente cualquier juez ordinario letrado, si hay otro en el pueblo, por evitar los rodeos de la ley, observando en cuanto al número de recusados lo dispuesto para con los asesores de los jueces legos, de que trataré mas adelante, pues por hombre bueno se entiende segun derecho (2) el juez ordinario.

22. 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; pero si no se apelar, será válida la que se da en favor del reo, excepto en los casos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias, y otros, en los cuales vale la que se pronuncia á favor de lo expresado, aun cuando tambien resulte favorable al actor; y antes de pronunciarla pueden elegir tercero, y lo que los dos resuelvan será sentencia, porque aquel se reputa juez ordinario (3).

23. 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 (4). Estos han de pronunciar juntos la sentencia, á diferencia del ordinario y su acompañado, que la pueden dar juntos á cada uno de por sí separadamente por no prohibírsele el derecho (5).

24. En las causas criminales y en las de libertad y servidumbre, si el juez ordinario y acompañados discordaren, valdrá la sentencia pronunciada 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 al parecer de estos es uno y no prevalece contra el del juez, á menos que uno de ellos se conforme con el de este, pues entonces como de mayor parte será sentencia (6).

1 Ley 21. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 22. tit. 4. Part. 3.

3 Leyes 17 y 18. tit. 22. Part. 3. ley *Inter pares*: y ley *Duo iudices*, ff. de re *judic.* y cap. fin. eod. tit.

4 Dicha ley 17. tit. 22. Part. 3. *Cur Filip.* art. 1. 4. 7. num. 15.

5 Aceved. *ibi*: num. 34. Gutierr. lib. 1. *Pract. qæst.* 94. num. 2 vers. *Ego veró.*

6 Ley 18. tit. 22. Part. 3. Paz tom. 1 par. 5. 4. 12. num. 53 al 57. Pisa in *Cur.* lib. 2. cap. 18. *Cur Filip.* part. 1. 4. 7. num. 15.

25. Debe asistir el juez acompañado con el recusado en su audiencia á dar la sentencia y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legitimo; y si no fuere juez, respecto á que se le confiere jurisdiccion, debe jurar tambien que usará bien y fielmente su encargo, y administrará justicia á las partes, pues siéndolo no necesita hacer el juramento, por haberlo hecho cuando entró á serlo, ni se estila, aunque la ley 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. manda indistintamente á todos los acompañados que lo hagan (1); pero no puede ser recusado sin probarse causa (2), porque no se le contempla sospechoso, sino antes bien imparcial.

26. El que solicitó que un juez determinado conociese de su negocio acudiendo á este fin al Soberano ó á su tribunal supremo, ó puso voluntariamente la demanda ante un juez, no puede recusarle despues sino por nueva causa de enemistad, ú otra que sobrevenga, aunque sea en la de reconvenccion puesta por el reo, porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ó de haber acudido ante él para que le administrase justicia, es visto haberlo aprobado y no tenido por sospechoso.

27. Si el juez ordinario es lego, debe nombrar á su arbitrio por asesor un letrado aprobado para proferir la sentencia definitiva ó auto interlocutorio que tenga fuerza de definitivo, y mandar se haga saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le propongan otro ú otros de quienes no tengan sospecha (pues no les debe ocultar, quien es, aunque algunos sienten lo contrario), como se prueba por la ley 2. tit. 21. Part. 3. Se les hace, pues, saber el nombramiento de asesor para que á 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 jurisdiccion, como el acompañado, para conocer de él por ser mero consultor; por cuya razon tampoco necesita jurar, como este, porque la ley no lo exige, y asi se observa. Pero despues de consentido tácita ó expresamente el nombramiento por las partes, y aceptado por el asesor, no se le debe recusar en aquel pleito; ni tenersele por recusado sin justificacion sumaria de causa que sobrevenga ó que haya sido ignorada hasta en-

1. Ley 22. tit. 4 Part. 3. y dichas leyes 2 y 2 tit. 2 lib. 11. Nov. Rec.

2. Auth. de exhibendis reis. 4. Si veor collat. 3. Greg. Lop. en dicha ley 22. los. 9.

tonces (1); según pare con los arbitrios y arbitradores ó compromisarios se dirá mas adelante. Si el pleito consiste en denuncias ó penas de ordananza, no necesita el juez luego asesorarse (2), ni tampoco para sustanciarlo, pues basta el escribano que debe saber los trámites de su sustanciacion.

28. Con motivo de hacer recusaciones generales de los asesores voluntarios algunos litigantes cavilosos, y conformarse solamente con el letrado que nombrasen el señor presidente ó gobernador del Consejo, ó los presidentes ó regentes de las chancillerías ó audiencias en cuyo distrito se seguia el pleito, conspirando con estas ilegales, vagas y maliciosas recusaciones á vejar ó molestar á sus contrarios, diferir la decision y á otros fines perniciosos; para evitar los gravísimos daños que con ellas se les causaban proveyó el Consejo á representacion fiscal el auto que dice así: *En la villa de Madrid á 13 de mayo de 1766 los señores del Consejo de su Magestad, dijeron: que para evitar los graves perjuicios que se experimentan por la facilidad y abuso de admitirse en los juzgados ordinarios de estos reinos 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 admittan recusaciones vagas de asesores, aunque sea con el pretexto de consentir en el que nonbrare el señor presidente del Consejo, los presidentes regentes ó decanos de las chancillerías y audiencias ó de otros cualesquiera superiores. Que solo se permita á cada parte la recusacion de tres abogados asesores para la final determinacion ó artículos de cada causa, quedando los demas de la residencia del juzgado y su provincia hábiles, para que el juez pueda nombrar de ellos, y no de otros, al que tuviere por mas conveniente, sin permitir sobre ello instancia, contestacion ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los litigantes y buea administracion de justicia (3). Adviértase que la recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente (como algunos litigantes de mala fe interpretan) para cada auto ó artículo, sino copu-*

1 Greg. Lop. en la ley 2. tit. 21 Part 3. glos. 9.

2 Scacia de sent. cap. 1. glos 3. quest. 9. y glos. 3. Bobad. lib. 3. Polit. cap. 8. num. 255. Aceved. en la ley 7. tit. 18. lib.

4. Rec. que es la 8 tit. 20. lib. 11. Nov. Rec. num. 105.

3 A consecuencia de este auto se expidió Real cédula en Aranjuez á 27 del propio mes (que es la ley 27. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.)

**fativamente para todos los artículos, autos y sentencias que en cada juicio ó pleito se provean; de suerte que si hacen la recusacion solamente para los artículos, puede ser de tres; si solo para la sentencia, de tres tambien. Si recusan á tres para algun artículo, ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa: si recusan para cada artículo el suyo hasta el número de tres, quedan hábiles todos los restantes para la sentencia y demas providencias, artículos y recursos que ocurran en el pleito ó juicio, ya sea posesorio ó petitorio; pues en cada uno, haya ó no artículos, no se debe recusar mas que á tres de los de la provincia, ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podria no quedar abogado en ella con quien pudiese asesorarse el juez, en cuyo caso vendriamos á incidir indirectamente en escollo que fue a evitar el auto inserto, y se frustraria y quedaria ilusorio; por lo que á excepcion de los tres todos los demas de ella quedan hábiles para que elija al que quisiere, lo cual he visto declarado varias veces, por ser conforme al espíritu del auto, y no concederles este tal facultad, asi se entiende por los tribunales del reino. Pero es de advertir que si el asesor tiene firmada y entregada al juez la sentencia, no puede ser recusado (1), ni por consiguiente vale su recusacion.**

29. El nombramiento de asesor se debe hacer saber á las partes como queda expuesto, las cuales han de pagar los derechos de asesoría, ya lo haga el juez de oficio, ó á instancia de ambas; pero si lo es á solicitud de una sola, ó aunque esta no la pretenda, si la providencia que se debe dar es á su pedimento los debe satisfacer, lo cual 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 excederse, pena de perdimiento del oficio y de pagar el exceso con el cuatrotanto (2).

30. Para recusar al juez eclesiástico ordinario ó delegado se ha de expresar ante él la causa, ya sea de amistad, enemistad, parentesco, interes ú otra. La recusacion es la primera excepcion dilatoria de que se debe usar antes de la contestacion, protestando poner las demas en su tiempo y lugar; pero si despues de esta vino á noticia del recusante la causa, ó es notoria, puede recusarle en cualquier tiempo y estado del pleito, jurándolo. Si le compete el beneficio de restitucion le puede recusar despues

1 Ley 9 tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 3. tit. 35. lib. 11. Nov. Rec.

de la conclusion, aunque la causa haya nacido antes de esta, y se debe admitir (1).

31. Siendo delegado del Papa, obispo ó de otro juez ordinario eclesiástico el recusado, ha de compeler á los litigantes á que elijan árbitros letrados, que conozcan de la causa de recusacion, y la decidan, señalándoles para ello término competente, y compeliéndoles á que nombren tercero en discordia. Estos árbitros han de asignar plazo á los litigantes para probarla, y si dentro del prefinido por el recusado no la determinaren, puede proceder este en el principal negocio sin embargo de la recusacion (2).

32. Declarando los referidos árbitros ser legítima la causa de la recusacion, si el juez recusado fuere delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su conocimiento, y no á otro aunque lo consienta el recusante (3), y si fuere obispo ú otro ordinario puede remitirlo al superior ú á otro consintiéndolo el recusante; como asimismo á otro no sospechoso antes de la eleccion de los árbitros, ó de que se pruebe la causa no obstante que esten electos (4). Si fuere subdelegado del Papa, se ha de examinar, probar y determinar la causa ante el delegado, y no ante árbitros (5); y si fuere vicario general ó delegado del obispo, ante este (6); pero se debe advertir 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 (7).

33. Los jueces árbitros ó compromisarios elegidos por las partes para dirimir y decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad nacida despues de su eleccion, ó descubierta entonces, aunque antes naciere, ó por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriéndoles el recusante á presencia de hombres buenos que no se entrometan á conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, nombrándola, y sino obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al juez ordinario de ellos recusándolos, expresando la causa de la recusacion, ofreciendo probarla incontinenti, y pretendiendo

1 Cap. *Insimuante*, 25. de *offic. deleg. oap. Pastoralis*, 4. de *except. Cum. speciali*. 61. de *apell. cap. Judex*. 5. y cap. *Si contra*, 14 de *offic. de leg.* in 6. y cap. *Quod sus-pacti*, 3. quæst. 1. Covarr. *Prac.* cap. 26 num. 2 al 4 Reinf. lib. 2 *Decret.* tit. 28. §. 2. num. 320. al 324. Paz tom. 2. part. 1. cap. 5. num. 6, al 8.

2 Cap. *Cum speciali*, 61. de *appell. cap. 4. de foro compet.* y 5 de *offic. deleg.* in 6 *Salg. de reg. part.* 2. cap. 10. num. 94.

3 Cap. 5 citado.

4 Dicho cap. 61. de *appell.* y cap. 5.

5 Cap. 27. §. 3. de *offic. deleg.*

6 Cap. 4. de *offic. de deleg.* in 6.

7. Cap. 5. citado.

que si constare de ella, les prohiba entender y proseguir en el negocio. El ordinario debe mandar al recusante que la justifique, y justificada ha de prohibirles la continuacion de la causa: si fueren tan tenaces que sin embargo de esta prohibicion prosiguiesen en ella, no valdrá lo que practiquen, ni está obligado el recusante á pasar por ello, ni por no obedecerlo incurre en pena (1). Si los árbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero teniendo facultad para nombrarle, y careciendo de ella, ha de apremiar el juez ordinario á las partes á que lo elijan; y se debe ejecutar lo que el mayor número resuelva (2).

34. En ninguna causa civil ni criminal puede ser recusado el juez *mero ejecutor*, porque nada hace de su autoridad propia (3); pero el *ejecutor mixto*, que tiene facultad para admitir excepciones, y determinarlas, y por consiguiente puede irrogar daño á los litigantes con sus procedimientos, puede serlo en los términos que el ordinario (4).

35. Puede ser recusado el juez de residencia, asi como 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 deja de mediar entre ellos cierto espíritu de parcialidad por la dependencia y connotado de parentesco, y asi se ha de acompañar con letrado de otro pueblo que no sea sospechoso (5). Si discordaren en la sentencia, ninguna de las dos se debe ejecutar, porque la contraria no lo es; pero en caso de querer ejecutar alguna, ha de ser la menos gravosa á los residenciados, y en los casos en que se permite ejecutar sin embargo de apelacion (6).

36. Para la recusacion de alguno de los señores ministros de los Reales Consejos, alcaldes de Corte, oidores y alcaldes de las Reales chancillerías y audiencias, cuando 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; 1.º 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

1 Ley 31. tit. 4. Part. 3.

2 Leyes 26 y 27. tit. 4. Part. 3.

3 Glos. fin. in cap. *Novi. de appellat.*  
Aved. in cap. *Prætor*, 23. part. 2 num. 10  
al fin.

4 Diego Perez en la ley 4. tit. 8. lib. 3.  
Orden.

5 Ley *Nam et magis*, ff. *de arbitr.*

6 Ley *locatio*; 9. 1. *Quod illicite*, 5 ff.  
*de publican. el vectigal.*

no se debe admitir; 2.º que contenga juramento de no recusarlos con malicia, sino por conceptuarlos sospechosos por tal causa (la que sea, pues se debe especificar); 3.º que se presente en el acuerdo y no en la sala, y se de al señor presidente, y no al escribano de Cámara; 4.º que sean honestas, moderadas, y no ofensivas al recusado, ni mal sonantes las palabras con que se le recuse; 5.º que se especifique con claridad la causa legítima que impele á la recusacion, v. gr. si es por parentesco de consanguinidad ó afinidad, en qué grado (contado por derecho civil, como acto civil y profano), y por qué linea; si es por amistad ó enemistad, de qué causa proviene, y desde cuándo &c.; pues no especificándose con esta individualidad, no se admitirán por estar prohibida la admision de causas no especificadas (1). La recusacion por parentesco de 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 cuarto grado, y cuarto con quinto tambien inclusive (2); 6.º que en vista (y lo mismo se practica en revista) la ponga el recusante dentro de treinta dias contados desde aquel en que se principiare á ver el pleito, y no de su conclusion, ó antes de los quince próximos é inmediatos al que se hubiere señalado para votarlo, 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 á su noticia, lo cual se entiende 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 debe hacerse votándose el dia prefinido, remitiéndose por discordias á otros jueces, pues estos no pueden ser recusados sino por causas nacidas despues de la remision (3). En todos estos casos lo ha de jurar así el recusante.

37. Se pueden probar las causas de la recusacion de estos señores ministros por cualquier medio legal, y uno de ellos es por posiciones del recusado, las cuales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieren venido á su noticia despues de la conclusion, jurando así y depositando la pena correspondiente. El recusado debe responder á ellas, no siendo criminosas (4); y para probarlas por testigos ú otro medio es arbitrario el término; pero no puede exceder de puertos acá de

1 Leyes 3, 4, 5 y 19. tit. 2 lib. 11.  
Nov. Rec.

2 Nota 4. á la ley 19. dicho tit. y lib.

3 Leyes 15, 19 y 26. tit. 2. lib 11. Nov.  
Rec.

4 Leyes 6 y 10. tit. 2. lib 11. Nov. Rec.

cuarenta dias y de puertos allá de sesenta: tampoco se pueden presentar ni admitirse sobre cada pregunta mas de seis testigos, ni despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada ó notificada, se debe admitir recusacion (1).

38. Es perentorio, y corre no solo contra los mayores de veinticinco años, sino contra los menores y demas privilegiados a quienes compete el beneficio de restitucion, el término para recusar á 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 del recusado (2). Aunque algun tercero opositor salga á la causa, coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que este, y asi la ha de tomar en el estado en que la halle (3).

39. El que recusa y no prueba causa legitima, si al señor presidente del Consejo incurre en la pena de ciento veinte mil maravedis; si á otro cualquier ministro de él, en la de sesenta mil; y si á alcalde ó audiencia, en la de treinta mil; y no dándose las causas por bastantes, en la de seis mil (4); pero si es pobre cumple con obligarse á su satisfaccion cuando tuviere bienes (5). Por esta razon es menester gran cuidado en dichas recusaciones; pues aun cuando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena (6), asi como el que se aparta pasados tres meses de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pasar las mil quinientas doblas; mas nó haciéndolo dentro de ellos (7): lo cual he visto practicar tambien en un recurso de injusticia notoria, y gobernarse el Consejo por la misma regla, sin embargo de no haber ley que de ello trate. Si es el fiscal Real el recusante, cumple el receptor de penas de Cámara con constituirse depositario de la mitad de ella porque la otra mitad toca al Real fisco (8).

40. El relator puede ser recusado sin que haya necesidad de expresar la causa por que se le recusa; pero no se le ha de quitar el conocimiento é intervencion en el pleito, ni sus derechos; antes bien los jueces ante quienes penda le han de dar acompañado, debiendo el recusante satisfacer enteramente los derechos que importare el trabajo de hacer el apuntamiento, y el asistir á la vis-

1 Ley 9. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 18. tit. y lib. dichos.

3 Ley 17 del mismo tit. y lib.

4 Ley 7. tit. dicho. y cédula expedida en Madrid á 29 de marzo de 1563.

5 Ley 8. tit. y lib. cit.

6 Ley 10. cap. fin. tit. 3. dicho lib.

7 Ley 2. tit. 22. lib. 11. Nov. Rec.

8 Quien desee adquirir mayor instruccion en esta materia de recusaciones de ministros togados, vea el tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. y la *Cur Filip.* part. 1. l. 7 num. 13. y siguientes hasta el 31.

ta del pleito, aunque nada haya trabajado en él (1). El pedimento de recusacion ha de contener el juramento de no hacerla por malicia, dejando al relator en su buena fama y opinion, sin embargo de que la ley no lo previene.

41. Para recusar al escribano originario del pleito, no es menester probar ni aun espresar causa; pues basta jurar no hacerlo de malicia, dejándole en su buena fama y opinion, y pedir al juez que le dé acompañado, porque sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en dicho pleito, á causa de hallarse radicado en su oficio, donde debe subsistir, y ser contra su honor el removerle, lo que no puede decirse de la recusacion; y lo que haga sin el acompañado es nulo (2). Pero este no puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidió al juez que lo nombrase (pues ninguna ley le permite proponérsele), es visto haber querido conformarse con el que eligiese; y respecto deberse presumir que en su eleccion procedió con imparcialidad y justificacion, es preciso que para remover al nombrado le haga ver el defecto que tiene é ignoraba; de lo contrario le hace injuria, y no debe admitirse la recusacion como voluntaria, maliciosa, y ofensiva al mismo juez. 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. Si el recusante se aparta como puede, de la recusacion, ha de cesar incontinenti el acompañado, por quedar habilitado el recusado, el cual siendo juez comisionado para la probanza puede admitir el apartamiento, y hacerlo saber al acompañado á fin de que le conste, sin necesidad de ocurrir al tribunal, de donde dimana su comision, para que lo declare, pues se vuelve al estado que tenia antes de ser recusado, y es lo mismo que si no lo hubiera sido para proseguir en las diligencias ulteriores.

42. Para la recusacion del escribano de diligencias en los pueblos en que los Reales actúan (acerca de lo cual nada dicen los autores ni las leyes), se ha de practicar la misma solemnidad, á excepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no se radica, como para con el originario que tiene oficio y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado el pleito. La práctica que sobre esto hay en la

1 Ley 6. tit. 20. lib. 4. Nov. Ree.

2 Greg. Lop. en la ley 22. tit. 4. Part 3 glos. 79. vers. *Item nota quod notarius*

Avend. in cap. *Prætor*, part. 2. cap. 23, num. 13. Paz in *Praxi* annotat. ult. de *tebellion*. num. 42. al 44.

Corte es proponer el recusante tres al juez á fin de que de ellos elija el que quiera, y el mismo elige á veces uno y á veces otro no propuesto, á su arbitrio. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el contrario recusarle, ó á todos, excepto al que nombre, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga* (que quiere decir por discordia de los litigantes, ó por recusacion general), á lo que difiere. Si recusa á todos los del pueblo, excepto á los que propone, no se le admite ni debe admitir la recusacion por ser maliciosa, y asi elige el juez uno de los recusados y no propuestos,

43. Pero dudan algunos ¿si nombrando el juez otro escribano de los no propuestos en cualquiera de los casos referidos ó de oficio *por vaga*, podrá ser ó no recusado? Mi opinion en este punto es que el nombrado de los no propuestos puede ser recusado sin causa como tambien el que elige el juez á su arbitrio, cuando la parte que recusa al primero que entiende en el negocio dice que le nombre; y las razones son: 1.<sup>a</sup> porque si puede recusar al juez mucho mejor al escribano que elija, pues en quanto á los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida darle acompañado, como se practica para con los originarios, ni para ello interviene el mismo motivo; 2.<sup>a</sup> porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido se entiende permitido. 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 que no pueden quitarle ni limitarles los litigantes, ni impedirle su uso ínterin no cesen en el pleito, y porque de lo contrario se eternizarian las causas: y se ocasionarian graves é irreparables perjuicios á los que litigan de buena fe.

44. La parte que recusa al escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque los devenga á instancia suya, y á ello le puede apremiar el juez por embargo y venta de bienes, sea antes ó despues de visto y sentenciado el pleito (1), al modo que cuando se recusa á los relatores lo manda la ley (2); pues aunque acerca de esto ninguna trata, milita la misma razon, y asi se practica.

45. Yara evitar los perjuicios que se causaban á algunos litigantes de suspender los jueces el curso de los pleitos cuando su

1 Aceded. en la ley 1. num. 19 al 23. tit. 16 lib. 4. Rec., que hoy es la lib. 11, Nov. Rec. *Cur Filip.* part. 1.

7. num. 33.

2 Ley 6. tit. 20. lib 4. Nov. Rec.

Magestad ó alguno de los tribunales superiores por queja de los contrarios les pidiere informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderla, porque lo prohiben las leyes (1); se expidió à consulta del Consejo Real cédula en el sitio del Pardo à 11 de enero de 1770, que dice: *que los tribunales y justicias del reino, así ordinarias como comisionadas ó limitadas à ciertas causas ó 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 ó 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 ó recursos que no sean conformes à derecho. Que si algunas se despachasen en contrario, se obdezcan y no se cumplan. Que cuando se pida de mi Real orden algunos informes sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento; pero entendiéndose 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 así se observa en la Corte.*

46. Con arreglo à esta Real resolucion se debe proceder tambien cuando alguno que està ejecutado, acude al Consejo pidiendo moratoria, y que se mande suspender las diligencias ejecutivas, y este da traslado llano al acreedor ó acreedores sin mandar al juez *que suspenda, ó no innove, ó 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, como lo he visto declarado por el Consejo y practicado repetidas veces, y debe hacerse por los jueces y escribanos, aunque se le muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias mientras no se les mande expresamente; lo que no procede cuando la moratoria se obtiene antes de empezarse la ejecucion, y el Consejo confiere traslado, mandando pasar la pretension à Sala de Justicia para que alli se examine si se ha de deferir ó no à ella;

1. Ley 11. tit. 4. Eb. 8. Nov. Rec. y otras del tit. 14 lib. 4. Rec.

pues en este caso hasta que se declare no haber lugar á su cesion, nada se debe practicar mediante á que el superior tomó conocimiento del negocio antes que el juez del ejecutado.

47. Las excepciones concernientes á la persona del actor son las de *legitimacion*, no solo para pedir sino para comparecer en juicio; como si el menor comparece sin intervencion de su curador, el tutor en nombre del pupilo, sin acreditar su encargo, el procurador sin poder, ó con él, pero diminuto, oscuro, y sin facultad específica cuando el negocio la requiere; el sustituto suyo careciendo de facultad para nombrarle; el excomulgado vitando; el hijo de familias 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 ejecutivo, extraordinario, plenario ó sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrépito ni figura de juicio, debe legitimar el actor su persona (1).

48. Pero se duda 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. Carleval que propone esta dificultad (2), conciliando los muchos autores que cita, distingue dos casos: el primero cuando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, v. gr. el heredero y donatario, los cuales no necesitan acreditar que lo son antes de la contestacion, y basta producir los documentos de tales antes de la sentencia; porque estos mas sirven para justificar lo que piden, que para legitimar sus personas, pues miran á los méritos del proceso para obtener en juicio: y esto se amplia al cesionario cuando litiga como tal en su propio nombre, ejerciendo las acciones útiles que el cedente le transfirió por la cesion; pero no cuando comparece en nombre y como mandatario de este, ejerciendo las directas que como dueño le competen. Mas esto tiene tres limitaciones, á saber: 1.<sup>a</sup> cuando el actor hace mencion en la demanda (como debe) de la cesion, donacion testamento &c., pues entonces ha de manifestarlo antes de la litiscontestacion, pidiéndolo el reo, para que este delibere en su vista si ha de continuar en el pleito ó separarse, á menos que jure no poder exhibirlo por no existir en su poder; 2.<sup>a</sup> en las causas ejecutivas, en las cuales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la ejecucion; 3.<sup>a</sup> si por la ley se requiere alguna cualidad para que sea admitido al juicio; pues en

1 Ley 9 y 24. Cod. de procurator.

2. De judic. tit. 2. disp. 4.

este caso debe acreditar que la tiene, y que es la misma que la ley exige, à menos que el reo no la excepcione, en cuyo caso bien se puede seguir el juicio sin este requisito.

49. El segundo caso es cuando el actor demanda en nombre y como procurador de otro: entonces, aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en el juicio antes de la contestacion, y de no hacerlo le bastará la excepcion *tua non interest* (esto es, no te importa ò no es de tu interes), y podrá el juez repelerle de oficio por carecer de accion, siendo injusto permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interes, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro, à mas de que seria burlarse del juez, y por eso nuestro derecho (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 ella, é impone pena á los escribanos y relatores del consejo y audiencias; á aquellos si pasan à estos los autos antes que los poderes esten firmados por bastantes por los abogados de las partes; y à estos si hacen relacion del pleito sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los jueces instruidos proveen este auto: *Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho se traiga. Y si se opone en nombre del reo sin su poder, dicen: Presentando esta parte poder competente, se le entreguen los autos que pide, por el término ordinario.*

50. Se estiman y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir previamente, las fianzas ó seguridades que se piden y deben dar en juicio, y son la de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado; la de no ofender, que es cuando alguno se queja de que otro le amenaza; pues puede implorar el oficio del juez, y justificando á un tiempo no solo la amenaza sino que el que la hizo suele poner en ejecucion las que hace (pues no basta la justificacion de una cosa sola), debe el juez compeler à este á que afiance y asegure que no hará daño al quereloso, sus bienes ni familia, por sí ni por medio de otro; la de *rato ó aprobacion*, 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; la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con

1 Leys 2 y 3. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

**motivo de pleito** se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion sea condenado, y este absuelto; *la de indemnidad* ó cuando el reo preso en cárcel estrecha pretende se le alivie y traslade á otra mejor, ó que por cárcel se le den villa y arrabales, y da fianza ó caucion ó seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el juez se lo permita; *la convencional* en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio si lo pactan los contrayentes; *la de mudanza de condicion*, v. gr. cuando el deudor que está obligado á pagar cierta suma á plazo determinado, va empobreciendo, pues para evitar que se le moleste, da fianza de que al tiempo estipulado la satisfará; la que el Soberano ó su consejo mandan dar al deudor que pretende espera ó moratoria para que durante esta no le persigan sus acreedores, sin la cual no vale ni le aprovecha, y segun la ley 1. tit. 33. lib. 11. Nov. Rec., no debe concederla el Consejo sin dar traslado á aquellos, ver su respuesta, y que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar cumplido el tiempo de la concesion; la que los jurisconsultos llaman *Muciana*, cuando el testador legó cierta cosa ó cantidad á dia fijo, ó con condicion, y su heredero afianza de que verificada esta, ó cumplido aquel, entregará al legatario su legado; *la de danno infecto* (daño no hecho), que es para asegurar y resarcir el daño que no ha sucedido, pero que puede suceder; *la de usufructo*; la que se da en las denuncias de obra nueva; la que debe dar el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la *quarta falcidia*; las de las leyes de Toledo y Madrid, y otras de que hacen mencion varias leyes del derecho civil y Real; todas las cuales son relativas á la persona del litigante, y en ella se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, y de lo contrario no valdrán, porque como obligaciones accesorias y subsidiarias no pueden subsistir sin las principales, ni verificarse ó surtir su efecto sino á falta de estas, por ser fianzas puras y simples.

51. Las excepciones concernientes á la causa son *la litispendencia* sobre el mismo asunto ante diversos jueces, ó ante uno y distintos escribanos; *la subrepcion* del rescripto, esto es, el haberse obtenido con relacion siniestra; *la de estar el libelo inepto ú oscuro*; *la de pacto temporal de no pedir*; *la de no tener el actor de accion para litigar, pedir antes que espire el plazo, ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes (1), las cuales debe poner el reo antes de la contestacion, á menos que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante, eo

1 Ley 9, tit. 2. Part. 3.

que el reo no haya intervenido, ó que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos, en cualquiera parte del juicio que las advierta, las pueda oponer, y de no hacerlo es visto que las renuncia.

52. En estas excepciones no tiene lugar la *acumulacion* que produce la litispendencia, pues no solo se puede pretender en cualquiera parte del juicio, aun fuera de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum*; y la razon es, para que la persona privilegiada no experimente vejacion en diferentes tribunales sobre una misma cosa (1). Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las cuales trata Felin. in cap. *Exception.* col. 9. vers. *Fal-lit, de except.* y Alex. in leg. *Ita demum, Cod. de procurator.*

53. En la acumulacion de autos y procesos por causa de la litispendencia, se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les irroque detrimento, ni haya sobre un mismo asunto dos sentencias tal vez contrarias, de manera que la dada en un juicio pueda servir de excepcion en el otro, ó que los jueces y escribanos consientan se traten accesoriamente por su privativa utilidad pecuniaria y regalia de jurisdiccion.

54. Para que haya *litispendencia* es menester que el juez que principi6 á conocer del negocio sea competente, y que el reo sea citado ó instruido plenamente de la demanda en tiempo y forma; ó que sino lo fuere tenga él la culpa, por no dejarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben aprovechar su dolo y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condicion que el obediente (2); y es de advertir 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 por casamiento ó de transaccion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado ó fideicomiso 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 débitos suyos y alimentos de su familia (3). Fuera de estos casos se ha de revocar y volver la cosa enagenada á su antiguo estado, y sino puede ser, subrogase otra en su lugar;

1 Carlev. tit. 2. disp. 2. num. 5 al 12.  
Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. num.  
61. Gutierr. lib. 1. Pract. quest. 52. num. 4.

2 Clementin. 2. *Utile pendente ect.* ibi

Inamol.

3 Leyes 13 y 14. tit. 7. Part. 3 y ley  
fin. Cod. de rebus litig.

y así el rescripto ó privilegio que durante el pleito se obtiene sin mencionarlo, no perjudica á la parte contraria por ser subrepticio; bien que por la litispendencia 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, quitándoselo sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño y poseedor.

55. Supuesto lo referido debo sentar que la acumulacion de autos y procesos se ha de hacer por cualquiera 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. La segunda por *litispendencia*, que es por razon de pleito pendiente sobre el dominio ó cuasidominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamen que tenga ó sobre posesion de ella), y así no debe continuar el juez segundo, estando principiada la causa ante el que previno el conocimiento. Lo mismo procede cuando el deudor forma concurso voluntario ante cualquier juez suyo, pues puede pedir y hacer que se unan y acumulen todas las causas que contra él penden ante otros, ya se hayan movido antes ó despues de formado, entablando esta pretension ante el del concurso en cualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido à él, ó el defensor nombrado, aunque esté pasado el término prescrito para oponer las excepciones dilatorias (1), porque como juicio universal avoca y atrae á sí á todos los particulares, segun en él diré. La tercera causa porque debe hacerse la acumulacion es para que no se divida la *continencia* de la causa, lo cual puede suceder en seis casos. 1.º Cuando concurren las tres identidades, de *persona* (aunque esté representada por otro) *juicio* y *cosa*; quiero decir, cuando es una la accion, y son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. 2.º Cuando la accion es diversa; pero la cosa y litigantes son los mismos. 3.º Cuando la cosa es distinta; pero la accion y los litigantes son los mismos. 4.º Cuando la identidad de la accion proviene de una causa contra muchos, aunque la persona y cosas sean diferentes; v. gr. la accion de tutela, por la cual se procede contra muchos tutores; ó cuando los acreedo-

1 Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 4. §. 2.

res litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad y obligacion á favor de todos, ó por la cosa en que son participes, ó cada uno por su crédito particular y privativo. 5.º Cuando la accion y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados* ó *mixtos*, por ser actores ó reos todos los litigantes; y son el de deslinde y amojonamiento de tierras y términos, aunque en ellas haya edificios ó árboles; el de division de herencia; el de particion de la cosa que pertenece á muchos; el de *tenuta*, y otros semejantes que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio y vejacion de las partes, y asi se han de tratar ante un juez, para que viendo à un tiempo el derecho de todos, pueda dar á cada uno el que le toca. 6.º Cuando los juicios son y se reputan como un género y especie, pues no deben dividirse (1).

56. Se exceptúan sin embargo siete casos, en los cuales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. 1.º Cuando la parte no lo pide, ni opondrá esta excepcion; pues el juez, como que no es interesado ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. 2.º Cuando actor y reo son absolutamente de diverso fuero, v. gr. uno del eclesiastico y otro del secular. 3.º Cuando el reo demandado ante el primer juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la excepcion y beneficio que le competia, á no ser que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su justicia, que entonces le recuperará con este acto. 4.º Cuando el juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo pleito, ó intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento; v. gr. si dos reos, uno clérigo y otro lego son cómplices de un delito, ó el negocio toca á entrambos, pues debe tratarse ante el juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, como vi decidido en el Consejo en pleito que seguí (\*). 5.º En las ejecuciones, pues el ejecutante puede acudir ante distintos jueces pa-

1 Carlev. *de judic.* tit. 2. y disp. 1. cit. num. 3, 4 y 11. Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 4. ff. 1, 2 y 3.

\* Sin embargo, siendo cómplices de un delito dos personas de distinto fuero, seria muy conveniente que no se diviese la continencia de la causa, porque realmente no debe ser mas que una, siendo una la sumaria, y unas las pruebas ó los medios de probar. En este caso seria muy oportuno para facilitar la brevedad de la causa, que ambos jueces hallándose en un pueblo, formasen un solo tribunal, en dou-

de se viese y sentenciase excusándose competencias, siempre muy perjudiciales para la recta administracion de justicia. Si estuviesen separados, deberia seguirla el que primero hubiese conocido en ella, dando despues al otro noticia de la sentencia para que le constase, ó para que la pusiese en ejecucion con respecto al reo de su fuero. Esto debe entenderse en cuanto á los delitos en que no se incurre en desafuero, pues de los otros debe conocer indispensablemente la justicia ordinaria. *Fébrero adicionado.*

ra la mas pronta exaccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin son compatibles, y la eleccion de uno no quita ni excluye al otro (\*). 6.º Cuando los procesos estan en diversas instancias, v. gr. uno en primera y otro en segunda ó tercera. 7.º Por razon del juramento del contrario, pues por él adquiere jurisdiccion el juez eclesiástico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero á fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, mas no seguir por ambos á un tiempo sobre la misma cosa.

57. Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales, pendientes ante escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó agraviados, ha de hacerse al del juez que debe conocer de la causa, el cual es el primero que empezó, aunque no sea tan condecorado, y si los escribanos son de un mismo fuero, al que principió á entender en ella, ya fuese á pedido de parte ó de oficio. Lo propio se ha de observar en la ejecucion de cosa juzgada, ó eviccion, cuando ante el escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un propio fuero. Con el auto en que se manda al escribano que vaya á hacer relacion y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, á quienes se ha de notificar el que se provea, declarando haber ó no lugar á la acumulacion, para que las conste y usen de su derecho, debiendo extenderle el que llamó al otro con quien se ha de concluir este artículo, como que por ante él, y no por ante el requerido, se principió.

58. Si los autos penden ante dos jueces, uno mas digno por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado y el otro no, ó si ambos lo son, pero consejero el uno, y el otro alcalde ú oidor de audiencia ó chancillería; y si el uno solo tiene los honores de toga y el otro destino en tribunal donde todos son togados &c. se ha de pretender ante el mas digno que el escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, y que los autos de este se acumulen á los del otro, ó al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrae á sí lo menos dig-

\* Sin embargo de que por la opinion unánime de todos los intérpretes ha pasado á ser como un axioma el que la litispendencia no se admite en los juicios ejecutivos, y que puede el ejecutante recurrir á diversos jueces para la mas pronta ejecucion de su crédito; dudo mucho que en el dia sigan los jueces sensatos esta doctrina, que no se apoya en ninguna ley nuestra ni en ninguna razon sólida. *Febrero re-*

*formado,*

Seria una accion poco conforme á los principios de humanidad, y contraria á la justicia misma, el que por una misma deuda se viesse un hombre vejado por diferentes tribunales. . . . Si tuviese lugar esta doctrina se complicarian las diligencias, se comprometeria la autoridad de los jueces, y el reo no podría acudir á un tiempo á defenderse en todas partes. *Febrero adicionado.*

no, 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 ó 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 la que es mas que el juez particular graduado; así lo he visto practicar siempre en la Corte, y es conforme á razon.

59. Declarando haber lugar à la acumulacion, debe el escribano à quien le quitan los autos, entregarlos íntegros y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, incluso los de hacer relacion; pero cuando 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. Asimismo 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 pendian en su oficio; y si unos y otros pendien 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: así lo he visto practicar siempre sin disputa. Por último mientras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta ó ejecutorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio hace suspender el progreso de los autos hasta que se declare.

60. Excepciones meramente *perentorias* se llaman las que extinguen el derecho del actor, v. gr. las de *no haberse entregado el dinero: la 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.

61. Se titulan *mixtas* ó *anómalas* las excepciones que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, v. gr. *la cosa*

1 Ley 12. tit. 15. lib. 7. Nov. Rec. vers.  
Rem de cualquiera proceso que se remitiese.

ver. Cur Filip. part. 1. l. 8. verb. Juicio.  
num. 11.

*juzgada: transacción: pleito acabado: paga, finiquito, prescripción*, y todas las que acreditan que el demandante procede sin acción por no competirle ó no tenerla ya aunque la hubiese tenido (\*).

62. Las excepciones llamadas *perjudiciales*, se comprenden entre las dilatorias, y son de dos clases: unas *absolutamente* y de suyo *perjudiciales*, y otras que lo son respectivamente. Las primeras se proponen sobre causa muy grave y de gran perjuicio, v. gr. sobre el estado de libertad, servidumbre é 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 perjudiciales de suyo por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *perjudiciales* cuando el hijo dice que no está bajo 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 estos por la acción perjudicial deben ser compelidos á obedecer á sus respectivos superiores.

63. Son perjudiciales respectivamente las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo cual sucede de diversos modos. 1.º Cuando se intentan dos, una principal y otra accesoria, pues aquella perjudica á esta porque se trata primero de ella. 2.º Por razon de su contrariedad, v. gr. cuando se instaura una y luego otra contraria, pues no se admite esta por el perjuicio que causa á la otra. 3.º Por la de mayoría y preeminencia, v. gr. cuando se intentan dos civiles, una particular y otra universal, pues aquella cede á esta porque el juicio universal, como mayor, es preferido al particular; ó cuando la una es civil y la otra criminal, y esta absorbe en sí á aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal por ser mayor, perjudica el curso de la otra. 4.º 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. 5.º Cuando alguno intenta la acción de division de herencia diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia; y esta excepcion perjudica á la acción intentada. 6.º Cuando

\* Entre las excepciones meramente perentorias pone Febrero las de prescripción y de paga que cubren asimis no despues entre las mixtas ó anómalas. Ademas dice que son de esta clase todas las que acreditan que el demandante procedió sin acción por no haberla tenido ó no tenerla ya, lo

cual puede decirse con toda verdad de las que coloca en la clase de meramente perentorias. Mejor fuera quitar de la division de las excepciones el miembro de mixtas ó anómalas, que en mi concepto menos que para dar claridad sirve para causar confusion. *Febrero reformado.*

intenta la de division de cosa comun, y se le niega ser comun la cosa cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño ó participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que la obtenga en juicio pasar á dividirse. 7.º Cuando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ó contra el fidei simple, porque si se le opone la excepcion de la excusion en el principal obligalo, debe hacerla primero, y esta perjudica á la accion. 8.º Cuando se opone al actor la excepcion de excoomunion mayor, de la cual se debe conocer antes que del principal negocio. 9.º Cuando no tiene accion ó no legitima su persona, ó se excepciona contra la del juez por incompetencia ó sospecha; de suerte que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ó por via de excepcion, de la cual debe tratarse antes que de la del actor, se llama *perjudicial*, porque detiene y perjudica su curso y conocimiento.

64. Explicada ya la naturaleza de todas las especies de excepciones pasará á tratar 1.º del orden con que deben proponerse, 2.º del tiempo que para ello consienten las leyes. Empezando, pues, por las dilatorias debe saberse que la primera que ha de proponerse antes que todas las demas, es la declinatoria de fuero ó incompetencia de juez por defecto de jurisdiccion; pues de omitirla el reo se sujeta á él, le prorroga la jurisdiccion en los casos en que puede prorogarse, y le constituye competente para conocer de las otras y del negocio principal; lo cual no sucede con la recusacion, porque esta requiere varias solemnidades, y á veces expresion y justificacion de las causas por que se hace, como se ha dicho. Asi que la declinatoria debe determinarse primero que todo, aun cuando exija mayor examen é indagacion: requiere especial y expresa declaracion, la cual no es precisa en otras excepciones, y de ella puede conocer el propio juez, sin que por esto se deba decir que lo es en causa propia; pues solamente se llama asi aquella de la cual se sigue daño ó provecho á alguno, y aqui ninguno se sigue al juez en declarar que es suya la jurisdiccion, y solo se amplía la de su oficio, debiendo esto entenderse, ya sea requirente ya requerido, especialmente si se controvierte entre partes.

65. Propuesta la declinatoria se impide el ingreso y curso del juicio, de tal suerte que el juez no puede pasar adelante interin no se declare espresamente por competente, y se consienta ó se ejecute el auto, y si precede sin esta declaracion expresa (pues no basta la tácita), es nulo el proceso. Si se pone la excepcion de litispendencia, de legitimacion de persona, ú otra

que impide el curso del juicio, de modo que recayendo declaracion sobre ella no puede expedirse el negocio principal, debe el juez hacerla expresa ó tácitamente. Cuando se opondre alguna otra dilatoria, que admitida anula todo lo actuado hasta allí, debe decidirse tambien incontinenti y no reservarse para el fin de la causa, á efecto de que esta no quede ilusoria, ni el reo sea vejado con espensas inútiles. Lo mismo se debe practicar cuando propone alguna perjudicial que de dejarse para definitiva se sigue gravamen irreparable por esta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte Salgado. Pero sobre las demas excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida; y lo que se practica es recibir el pleito á prueba sobre lo principal sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia tácitamente.

66. Si el reo forma artículo de no contestar y no impide que así se declare ante todas cosas, ni hace la propuesta de contestar la demanda á su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion y no de otra suerte, y el juez desprecia el artículo expresa ó tácitamente; ya no puede pretender término para contestarla por haberse pasado, en cuya atencion puede el juez recibir el pleito á prueba sobre lo principal, porque se tiene por contestada y por concluso para prueba; bien que no por esto se halla privado de articular y probar todas las excepciones perentorias que se dirijan á enervar y extinguir la accion del demandante, aunque no las haya expresado en la demanda. Pero si hace la protesta y pide declaracion expresa, no debe el juez recibir el pleito á prueba despreciando el artículo, sino mandarle que conteste dentro del término de la ley, y de lo contrario puede apelarse, como lo he visto observar.

67. Las excepciones perentorias deben oponerse despues de la contestacion (1), y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia definitiva que recaiga sobre el negocio principal absolviendo ó condenando al reo segun los méritos del proceso.

68. Las excepciones mixtas ó anómalas pueden oponerse antes ó despues de la contestacion, y á veces no solo antes de esta, como dilatorias, ó como mas haya lugar y puedan contribuir á la justificacion del artículo de no contestar que se forma, sino tambien despues en caso que aquel se desprecie y se man-

1 Mejor seria decir que se oponen en la contestacion, ó que se contesta con ellas; pues alegar, por ejemplo, el demandado que ha satisfecho la deuda, ó que se

obligó por haber usado el actor de dolo, no es otra cosa que contestar negativamente á la demanda. *Febrero reprimido.*

He contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para enervar la accion del demandante, que es el único fin á que se dirigen.

69. Si oponiéndose antes ofrece el reo probarlas incontinenti, que es en el término legal, y las prueba, deben decidirse, á menos que requieran mas escrupuloso examen ó indagacion, por ser intrincadas en el hecho (lo cual se deja al arbitrio del juez por no haber ley sobre esto), y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para definitiva, segun ha de hacerse tambien cuando se oponen despues de la contestacion como perentorias. Pero si la duda y dificultad es de derecho, deben determinarse al punto: lo uno porque acerca de la disputa de derecho no cabe ni se requiere orden judicial, y siempre ha de ser una la determinacion del juez; y lo otro porque para el pleito que consiste en mero derecho no conceden término las leyes por no ser necesario hacer justificacion, y estar resuelto en él lo que el juez debe practicar. Lo mismo se ha de decir de las excepciones dilatorias concarnientes á los méritos de la causa (1) (\*).

70. Tambien se deben resolver ó definir antes de pasar adelante las relativas al proceso, que llaman *emergentes ó incidentes*, como si se ha de conceder ó no un término, si se han de recibir ó no los testigos antes del probatorio, y otras semejantes.

71. Tratenos ahora del término que conceden las leyes para proponer las excepciones. Aunque una de Partida (2) ordena que si el juez conociere ser la intencion del reo dilatar el pleito con las excepciones, puede preñijarle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no haciéndolo, que pase adelante; sin embargo otra ley de la Nov. Rec. (3) prescribe el tiempo en que deben ponerse. Segun ella residiendo el demandado dentro de la jurisdiccion ó territorio del juez, de cuya orden se le emplazó, tiene nueve dias continuos y perentorios, contados segun la práctica inconcusa de los tribunales, desde el dia de la citacion ó emplazamiento exclusivo, para oponer y justificar las excepciones dilatorias, pasados los cuales no se deben admitir en calidad de tales ni por via de restitution del pri-

1. Cap. 1. de *litis contest. in 6.*

\* Es excepcion dilatoria concarniente á los méritos de la causa segun Carleval (num. 14. cit.) la de pedir el actor antes

del plazo estipulado.

2. Ley 9. tit. 3. Part. 3. verb. *Otrosí decim s.*

3. Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.

vilegiado á quien compete, á menos que de no admitirse se le siga un grave perjuicio, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces con conocimiento de causa puede el juez admitirlas. Pero si se halla fuera de la jurisdiccion se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del último y perentorio término que el juez en consideracion á la distancia le hubiere asignado para comparecer (1).

72. Para alegar y proponer las excepciones perentorias de cualquier calidad que sean, prefiere la ley otros veinte dias, los cuales empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo juré asi, como tambien que hasta entonces no llegaron á su noticia, en cuyo caso no probándolas en el término que el juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion, sin esperar a la definitiva, y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno (2).

73. En la instancia en que se opusieron alguna ó algunas excepciones dentro del término competente, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella, á no ser que quien la opone, pueda justificarla por escritura pública ó confesion de la parte contraria (3); ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto quedaria indefeso el colitigante, por no haber probado contra ella á causa de ignorarla; y asi se practica.

74. Lo espuesto no tiene lugar en los que gozan del beneficio de la re-titucion por entero, porque estos la tienen para poner y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder solo una vez con tal que sea antes de la conclusion para definitiva, pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (4). El juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga. Por último si consiste en hecho, es preciso oponerla; y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla.

1 Dicha ley 1. que dice: «contados del fin del término de la carta de emplazamiento.»

2 Ley 1, cit.

3 Leyes 1, 2 y 3. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.

4 Leyes 1 y 2, tit. 13. lib. 11, Nov. Rec.