



# **JURISPRUDENCIA CIVIL DE ESPAÑA,**

---

CONFORME

A LAS DOCTRINAS CONSIGNADAS EN LOS FALLOS

DEL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA,

POR

**D. MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA.**

---

PRESIDENTE DE SALA DEL MISMO TRIBUNAL.

---

**TOMO II.**

---

**MADRID.**

IMPRESA DE JOSÉ RODRIGUEZ CALLE DEL CALVARIO, NUM. 48.

1869.



185

JURISPRUDENCIA CIVIL DE ESPAÑA

JURISPRUDENCIA CIVIL DE ESPAÑA.

---

Esta obra es propiedad del autor, la cual está  
protegida por la ley de 10 de Junio de 1847.

---

B-1332

# JURISPRUDENCIA CIVIL DE ESPAÑA,

CONFORME

A LAS DOCTRINAS CONSIGNADAS EN LOS FALLOS

DEL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA,

POR

D. MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA.

---

**TOMO II.**

---

**MADRID.**

IMPRENTA DE JOSÉ RODRIGUEZ CALLE DEL CALVARIO, NÚM. 48.

1869.



# PARTE SEGUNDA.

DE LA JURISDICCION COMPETENTE, DEL EJERCICIO JUDICIAL  
DE LOS DERECHOS CIVILES, SU DISCUSION Y SU FALLO.

---

## LIBRO PRIMERO.

DE LAS CUESTIONES SOBRE COMPETENCIA DE JURISDICCION.

---

### TÍTULO PRIMERO.

*Del fuero, y de las contiendas de jurisdiccion, en  
asuntos civiles y criminales.*

---

#### CAPÍTULO PRIMERO.

*Reglas generales sobre esta materia.*

Vamos á entrar ya en la segunda parte de esta obra, cual es, la que se refiere á las formas, solemnidades y garantías establecidas por las leyes y autorizadas por la jurisprudencia, para hacer que se respeten los derechos y se cumplan las obligaciones. El estudio de esta materia suele ser el más desdeñado por los que aspiran á penetrar en la profesion del derecho, ya por lo árido, monótono y poco grato á la imaginacion lozana de la juventud,

y ya tambien porque existe en ésta la arraigada y funesta preocupacion, de que todo lo relativo á las formas de los juicios, es ageno á la parte científica del derecho y su conocimiento casi mecánico, bastando por consiguiente para adquirirlo el empirismo más superficial, ó la práctica de los negocios de la curia. Pero no consideran los que así discurren, que las solemnidades de los juicios no son una ritualidad meramente formularia, sino las garantías más esenciales de la justicia, lo mismo en el órden civil, que en el criminal; pues esta seria estéril, sin las esenciales precauciones que las leyes conceden para afianzar las relaciones de la familia y el goce pacífico de la propiedad, y para proteger la libertad civil, la seguridad personal y la honra de los ciudadanos, base de los más legítimos y sagrados derechos. Por eso tenemos el íntimo convencimiento de que todo cuanto se relaciona con esta importante parte de la ciencia, y por consiguiente con la jurisprudencia que á ella se refiere, es no ménos esencial que lo relativo á las materias tratadas en el tomo primero.

Aunque parezca innecesario, no creemos esté demas, repetir respecto de lo que va á ser objeto de esta segunda parte, lo que ya dijimos en la Introduccion de esta obra, á saber: que no vamos á formar un tratado completo de todo lo que ha de ser objeto de aquella, sino sólo á recordar, resumiendo con el método que nos sea posible, las doctrinas que haya consignado el tribunal á quien únicamente incumbe, darles vigor y publicidad autorizada. Se encontrarán, pues, muchas lagunas que llenar y algunos puntos acaso importantes, que habremos de pasar en silencio; pero esta omision es efecto de que la fuente generadora de esas mismas doctrinas no nos ha suministrado las que fueran de desear sobre problemas controvertibles de esta parte del derecho.

Como preliminar de todo lo que será objeto de este trabajo, vamos á exponer en este libro las que son referentes al fuero y á las cuestiones que se suscitan sobre la competencia de jurisdiccion y sobre la legítima autoridad para juzgar los litigios y los procedimientos criminales.

La diversidad de los fueros que han existido á pesar de haberse reducido algunos por la legislacion moderna, y no obstante la tendencia de la época hácia su disminucion, ha sido la causa principal de la frecuencia funesta y aun de la tenacidad con que se ha disputado el conocimiento de los negocios judiciales, entorpeciéndose el curso de la justicia, no sin grave daño de los intereses particulares y de la sociedad.

Á agravar este mal han contribuido no poco, la falta de buena fe con que han solido sostenerse las cuestiones de esta naturaleza, y la propension comun en todo cuerpo é instituto á ensanchar la esfera de sus atribuciones más allá de los límites que le están señalados; y tambien la multiplicidad de disposiciones legislativas ó reglamentarias sobre esta materia, que han llegado, singularmente respecto del fuero militar, á formar una especie de laberinto, agregándose á todo esto el olvido de las decisiones supremas en que se fijan las reglas que deben servir de guia, ó acaso el desvío y aun el propósito de no observarlas á pesar de ser obligatorias.

Pudo haber alguna excusa, aunque no disculpa bastante fundada, de la insistencia con que una y otra vez sostenian las diversas jurisdicciones su respectivo conocimiento, cuando por no fundarse los fallos del alto Tribunal, único regulador de los límites jurisdiccionales, y por no darse á aquellos ninguna publicidad oficial, era casi imposible conocer las razones en que se apoyaban; pero desde que el art. 77 de la real Instruccion de 30 de Setiembre de 1853 adoptó por primera vez el utilísimo pensamiento, reiterado luego en la ley general de sustanciacion civil, de haber de motivarse esta clase de decisiones, no ha podido haber excusa alguna para empeñar tales contiendas acerca de puntos, si ántes dudosos, despues resueltos de una manera inequívoca; ni debiera haberse dado el triste ejemplo, que á veces ha llegado hasta el escándalo, de sostenerse con una insistencia pertinaz, opiniones ya condenadas por la jurisprudencia de un modo claro, terminante é irrevocable.

Ha servido quizá de pretexto á esta marcada desobediencia, la equivocada idea, apoyada por algunos, de que las decisiones del

Tribunal Supremo acerca de estos conflictos jurisdiccionales, no forman reglas de jurisprudencia para los que administran justicia; y aunque en la Introduccion de esta obra combatimos esta asercion, para nosotros tan errónea, no podemos ménos de insistir ahora en impugnarla, á fin de evitar que el error cunda, contribuyendo á aumentar el mal que tan grave ha llegado á ser, de multiplicarse sin límites las cuestiones infundadas de competencia.

Demasiado sabido es, que con arreglo al párrafo 14, art. 30 del reglamento provisional y al decreto de las Córtes de 19 de Abril de 1813, restablecido en 30 de Agosto de 1836, corresponde al Tribunal Supremo dirimir las de las audiencias entre sí, de estas con jueces que no sean sus subordinados, y de los juzgados y tribunales, tanto ordinarios como especiales, que no tengan un superior comun; y que por consiguiente, el primer tribunal del Estado es el único que tiene potestad para resolver de un modo inapelable esta clase de cuestiones; potestad que ha sido confirmada por el art. 111 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Hay, pues, un centro de unidad en las doctrinas; y para que estas sean notorias á todos los que tienen interés ó deber de aplicarlas, se estableció el precepto de que hayan de fundarse las resoluciones y publicarse en la *Gaceta* y en la *Coleccion legislativa* (art. 111 y 112 idem). Por eso, y para que no sean estériles estas disposiciones, ha declarado el mismo tribunal en más de una ocasion, que él es el único competente, en su caso, para decidir las cuestiones jurisdiccionales: que cuando ha fijado la inteligencia de una ley, no es lícito á ningun tribunal ni juzgado insistir ya en sus apreciaciones particulares, para provocar ó sostener por ese medio cuestiones improcedentes, con las que se causa grandes daños á las partes interesadas: que sus determinaciones no solamente son obligatorias para todos los jueces y tribunales, cualquiera que sea su fuero y categoría, sino que son las únicas que forman jurisprudencia y que deben ser consultadas, ántes de promover contiendas infundadas é ilegales, con las que causan dilaciones y perjuicios á la buena

administracion de justicia (S. 13 Setiembre 1860; 30 Enero, 28 Noviembre y 23 Diciembre 1861; 25 Abril, 8 y 24 Mayo y 28 Agosto 1862; 8 Octubre 1863; 13 Junio 1867, y 12 Mayo 1868); y aun ha llegado el caso de imponer el mismo Tribunal Supremo condena de costas y apercibimientos, por sostener competencias con temeridad notoria, á jueces de diverso fuero; usando aquel para ello de las facultades que la ley le concede (art. 113 idem). Deben, pues, respetarse y seguirse las doctrinas de jurisprudencia, dictadas por tan autorizado Cuerpo al resolver esta clase de cuestiones; si bien conviene al mismo tiempo tener presente, que como la razon dicta, no pueden aquellas ser aplicables á casos en que no concurren iguales ó parecidas circunstancias, ó que sean completamente distintos. S. 27 Julio 1865.

Mas á pesar de que estos principios, que creemos elementales, no parece que pudieran ponerse en duda, es lo cierto, que no solamente se combaten por algunos escritores, sino que se desconocen por los que tienen obligacion de observarlos; de donde se sigue la constante reproduccion de multitud de controversias de dicha clase, que injustamente se sostienen, contra las leyes que fijan los límites de cada jurisdiccion, y á pesar de las doctrinas que deben servir de guia en los casos dudosos.

No nos lisonjea la idea de poder contribuir á la extirpacion de tan lamentable abuso; pero acaso á disminuirlo algo ayude la exposicion que vamos á hacer en el curso de este libro, de las doctrinas admitidas por la jurisprudencia sobre una materia, que aunque debiera ser sencilla, es todavía bastante complicada y oscura; y para ello las resumiremos con la claridad y orden que nos sea dado, simplificando el conocimiento de las reglas que se deducen de muchos centenares de resoluciones que habremos de citar, y que pueden estudiar más fundamentalmente en los fallos originales, aquellos á quienes no baste nuestra breve explicacion.

Con este objeto vamos á ocuparnos en este capítulo de ciertas reglas generales, extensivas á todas las cuestiones de este géne-

ro, ya se refieran á los pleitos civiles, ya á las causas criminales. <sup>1</sup>

Mas conviene ántes recordar, por muy sabido que sea, que cuanto digamos con relacion á las cuestiones de este género, no puede tener aplicacion á las que se promueven por los juzgados eclesiásticos y seculares entre sí, porque estas se convierten en recursos de fuerza en conocer, y se deciden con arreglo á las leyes, de un modo peculiar (S. 28 Diciembre 1863), que no es de nuestro objeto explicar aquí, porque á este punto no alcanza la jurisprudencia del Tribunal Supremo de justicia. <sup>2</sup>

---

1 Despues de haberse escrito todo lo que se verá en el presente libro, que tiene por objeto, como su epígrafe indica, tratar de las cuestiones de competencia de jurisdiccion, se ha realizado una reforma utilísima, reclamada por la opinion ilustrada, aprobada por los cuerpos colegisladores y aplaudida por toda persona sensata que conozca y estime cuánto vale en todo pais civilizado una expedita administracion de justicia. Aludimos á los decretos del Gobierno Provisional de 6 y 31 de Diciembre de 1868 sobre unidad de fueros, que no puede ménos de aplaudir toda persona imparcial y sensata. Con esta trascendental innovacion habrá de perder de interés é importancia una gran parte de las doctrinas comprendidas en el presente libro; y por esta razon hemos vacilado acerca de si convendria más haber suprimido su exposicion, y remitirnos únicamente á las profundas innovaciones en ambos decretos contenidas; pero nos hemos decidido al fin á dejar este tratado en los términos en que lo habiamos escrito, ya porque dando á conocer hasta qué punto habian llegado á ser complicadas las cuestiones jurisdiccionales, se conoce tambien la utilidad y trascendencia de la reforma, ya porque las doctrinas que la jurisprudencia habia sentado sobre esta materia pueden ser siempre útiles bajo el punto de vista histórico del derecho, y ya finalmente porque todavía puede encontrarse alguna enseñanza provechosa en determinadas materias. Mas para evitar errores, en todo el curso de este libro, insertaremos literalmente los artículos de los citados decretos con él relacionados, por cuyo medio puede tenerse á la vista á un tiempo la doctrina que ha venido rigiendo hasta ahora, y la disposicion suprema hoy vigente.

2 Conviene sobre este punto tener presentes los arts. 2.º y 3.º del mencionado decreto de 6 de Diciembre de 1868, que dicen así:

Art. 2.º Los tribunales eclesiásticos continuarán conociendo de las causas sacramentales y benéficas y de los delitos eclesiásticos, con arreglo á lo que disponen los sagrados cánones.

Hay una máxima general, que no es propiamente relativa á las cuestiones de competencia de jurisdiccion, sino á la esencia de las atribuciones privativas del orden judicial, pero que conviene consignar aquí, á saber: que á los tribunales solamente compete aplicar las disposiciones legales en los casos concretos y dudosos, y no entrometerse á hacer declaraciones generales que carezcan de aplicacion práctica. S. 18 Febrero 1867.

Es tambien un principio capital en esta materia, consignado en la ley 15, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, que «non deve valer juicio quando fuese dado contra alguno que non sea de su jurisdiccion;» pero sin embargo, esta regla legal no puede ser aplicable, si nada se alega ni discute en el respectivo litigio sobre este punto. S. 17 Abril 1868.

Hay otro principio, del cual debemos hacer mencion como base de todo lo que despues expondremos, porque de él derivan consecuencias trascendentales á todas las cuestiones de jurisdiccion; y es, que estas, sea cual fuere el concepto en que se sometan á la decision suprema, son de suyo graves, y siempre de suma importancia, porque ademas del interés privado que en ellas se ventila, entrañan profundamente principios de orden público, y la eficacia intrínseca de procedimientos judiciales; por lo cual, para la perfecta validez de estos, es el primero y más esencial requisito, entre todos los que han de concurrir en el juicio, que el juez intervenga en él con plenitud absoluta de ju-

---

Tambien será de su competencia el conocer de las causas de divorcio y nulidad de matrimonio, segun lo prevenido en el Santo Concilio de Trento; pero las incidencias respecto del depósito de la mujer casada, alimentos, *litis-expensas* y demas asuntos temporales, corresponderán al conocimiento de la jurisdiccion ordinaria.

Art. 3.<sup>o</sup> Los ordinarios y metropolitanos nombrarán libremente, con arreglo á los cánones, los provisosores y oficiales que hayan de ejercer su jurisdiccion, y los agraciados entrarán en el desempeño de sus funciones sin necesidad de cédula auxiliatoria.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los referidos prelados comunicarán al Ministerio de Gracia y Justicia los nombramientos, expresando las circunstancias y méritos que concurren en los nombrados.

jurisdiccion (S. 12 Junio 1865), pues es nulo, segun lo dispuesto en la ley 12 del mismo titulo y Partida, lo que se ejecute careciendo de ella; y como no teniéndola los que sobre la misma contienden, interin no se decida la cuestion de su competencia, obran sin facultades judiciales, se deriva de aquí la doctrina, de que es tambien nulo cuanto en aquel período se practique con relacion al punto litigioso (S. 10 Junio 1865). Por consiguiente, no producen efecto alguno las providencias dictadas por un juez, despues de haberse promovido una cuestion en que se pone en duda su competencia para conocer del asunto. S. 15 Febrero 1862.

No corresponde al tribunal que dirime una contienda de esta naturaleza, estimar cuestiones que afecten al fondo del punto judicial que la motiva, las cuales deben reservarse íntegras para que en su caso y tiempo puedan ser examinadas y resueltas por el juez competente (S. 28 Julio 1863); y aunque las decisiones del mismo Tribunal Supremo son irrevocables, como ántes indicamos, porque no cabe contra ellas ulterior recurso, no por eso puede decirse que siempre tienen el carácter de una verdadera ejecutoria, pues á veces aunque contienden entre sí jurisdicciones, que ambas pueden llegar á ser incompetentes, y se declara por el momento la preferencia de alguna de ellas; puede, sin embargo, resultar más adelante, que haya otro juzgado ó tribunal con mayor competencia que aquellas. Por eso hemos visto decirse alguna vez (S. 12 Mayo 1865), que en el estado que á la sazón tenia el asunto correspondia su conocimiento á cierto juzgado; pero que de esta declaracion no podia inferirse, que quedaba establecida su competencia absoluta, y no hubiese otro juez ó tribunal con más razon legal para conocer, pues por el curso del mismo negocio podria tal vez deducirse luego más preferente competencia. S. 19 Febrero 1859.

Cuando hay alguna razon fundada para sostener esta clase de cuestiones, conviene no olvidar algunas reglas, que pueden servir de norma para el acierto en la resolucion; y vamos á recapitularlas aquí en breves períodos.

La jurisdiccion de los jueces de primera instancia se limita

siempre al partido ó distrito que les está asignado, y por consiguiente, separado un pueblo de su antigua demarcacion, y agregado á otra, cesa en él la jurisdiccion del antiguo juez, y la adquiere sin la menor restriccion el del segundo (S. 20 Febrero 1860): seria, pues, una temeridad sostener competencias contra una regla tan terminante.

Hay otra que nunca debe olvidarse, cuando se trate de cuestiones de esta naturaleza con jurisdicciones privilegiadas, á saber: que la ordinaria, es la que tiene siempre la presuncion á su favor, pues es la comun, y las otras son casos de excepcion, que deben justificar los que á ellas intentan acogerse (S. 25 Octubre 1856; 26 Mayo 1857; 29 Julio 1858, y 25 Junio 1860). <sup>1</sup> Con-

---

<sup>1</sup> El principio arriba consignado ha alcanzado toda su extension en el título I del citado decreto de 6 de Diciembre de 1868, que dice así:

*De la refundicion de los fueros especiales en el ordinario.*

Artículo 1.º Desde la publicacion del presente decreto, la jurisdiccion ordinaria será la única competente para conocer:

1.º De los negocios civiles y causas criminales por delitos comunes de los eclesiásticos, sin perjuicio de que el gobierno español concuerde en su dia con la Santa Sede lo que ambas potestades crean conveniente sobre el particular.

2.º De los negocios comunes civiles y criminales de los aforados de Guerra y Marina de todas clases retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en el activo.

3.º De los delitos comunes cometidos en tierra por la gente de mar y por los operarios de los arsenales, astilleros, fundiciones, fábricas y parques de marina, artillería é ingenieros, fuera de sus respectivos establecimientos.

4.º De los delitos contra la seguridad interior del Estado y del órden público, cuando la rebelion y sediccion no tengan carácter militar; de los de atentado y desacato contra la autoridad, tumultos ó desórdenes públicos y sociedades secretas; de los de falsificacion de sellos, marcas, moneda y documentos públicos; de los delitos de robo en cuadrilla, adulterio y estupro; de los de injuria y calumnia á personas que no sean militares; de los de defraudacion de los derechos de aduanas y contrabando de géneros estancados ó de ilícito comercio cometido en tierra, y de los perpetrados

secuencia de este principio es, que para que se declare corresponder el conocimiento de un asunto á una jurisdiccion especial, es necesario que resulte acreditada alguna causa legál en que esta declaracion haya de fundarse, pues de otro modo es indispensable decidirse por la jurisdiccion ordinaria, que, como acabamos de decir, forma la regla general. S. 22 Agosto 1867.

Debe, pues, presumirse que los juzgados y tribunales comunes proceden con facultades naturales y propias, mientras de un modo indubitado no aparezca que alguno de los excepcionales tenga preferencia, ya por la naturaleza del asunto, ya por el fuero privilegiado de las personas, y aun en este último caso, no puede invocarse dicho fuero, sin que haya un motivo ó título fundado para gozarlo, ó si las personas á quienes corresponda se han sometido á la jurisdiccion ordinaria (S. 5 Noviembre 1854); punto sobre el cual nos extenderemos más en el capítulo siguiente, y cuando tratemos de la jurisdiccion militar; pero anticiparemos aquí la doctrina, de que aunque verdaderamente exista derecho á disfrutar el fuero y no haya habido sumision al comun, es preciso tambien, que el que lo invoca lo haya adquirido ántes de realizarse el acto que da motivo al procedimiento judicial. S. 6 Mayo 1857.

El juez competente para conocer del asunto principal, lo es

por los militares ántes de pertenecer á la milicia, estando dados de baja en ella, durante la desercion ó en el desempeño de algun destino ó cargo público.

5.º De las faltas castigadas en el libro III del Código penal, excepto aquellas á las que las ordenanzas, reglamentos y bandos militares del ejército y Armada señalan una mayor pena, cuando fueren cometidas por militares, que serán de la competencia de la jurisdiccion de Guerra y la de Marina.

6.º De los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados ó transeuntes.

7.º De los negocios de Hacienda y de los delitos de contrabando, defraudacion y sus conexos, excepto el de resistencia armada á los resguardos de costas.

8.º De los negocios mercantiles.

igualmente para entender y resolver sobre cualquiera incidencia del mismo (S. 22 Julio 1858; 30 Mayo 1860; 5 Diciembre 1865, y 28 Mayo 1868). Así sucede por ejemplo, respecto del pago de costas (S. 14 Marzo 1854), y de las pretensiones relativas á la defensa por pobre (S. 9 Setiembre 1862; 5 Marzo 1863, y 11 Setiembre y 3 Octubre 1866). De igual manera, el juez que se ha tenido por competente para conocer de determinado asunto, lo es asimismo para sustanciar y decidir las tercerías que acerca de él se propongan (S. 23 Diciembre 1855; 21 Febrero, 13 Mayo y 9 Junio 1854; 28 Octubre 1858; 2 Marzo y 27 Setiembre 1859, y 30 Mayo 1860); y el que ha tenido competencia para dictar un fallo, la tiene tambien para su ejecucion y para todos los incidentes á que esta diere lugar. S. 22 Marzo 1858; 27 Setiembre y 4 Noviembre 1859; 29 Abril 1860; 19 Noviembre 1861; 5 Mayo, 30 Junio y 9 Noviembre 1863; 12 Mayo 1866; 17 Noviembre 1867, y 6 Julio 1868.

Dúdase en algunas ocasiones, si el paraje en que se ejecutó el hecho ó acto que da lugar al procedimiento judicial, corresponde á determinado partido ó distrito; y en este caso para decidir cuál es el juez á cuya jurisdiccion corresponde el conocimiento, debe tenerse presente el pueblo en que se paga la contribucion territorial, por el sitio ó campo en que el hecho ó el acto se ejecutara (S. 17 Marzo 1865, y 9 Marzo 1866). Tambien debe considerarse de la jurisdiccion de un pueblo y partido judicial, un término, si se hace constar que en el juzgado y en el concepto de hallarse dentro de su distrito, se ha vendido en público remate un terreno comprendido en el mismo término jurisdiccional (S. 30 Mayo 1866): y cuando sirve de límite á dos jurisdicciones un rio que se divide en dos brazos, mientras estos existan, forman ambos el lindero y la consiguiente division de aquellas, y las islas que haya entre uno y otro, corresponden á la jurisdiccion donde se halla el sitio á que las mismas pertenezcan. S. 19 Setiembre 1865.

Quando en un juzgado ó en una audiencia llega á radicarse legalmente el conocimiento de un asunto, por haberse incoado la primera instancia ó admitido el recurso dealzada de la sentencia

del juez inferior, no puede ya negarse á este ó á aquel tribunal respectivamente su jurisdiccion y competencia para fallarlo. S. 11 Setiembre 1857, y 31 Marzo 1861.

Terminaremos estas observaciones indicando, que no puede entablarse ninguna competencia, ya en lo civil, ya en lo criminal, despues de dictada una sentencia firme. S. 6 Julio 1868.

Bastan por ahora estas reglas generales, y vamos á tratar en el siguiente capítulo de las relativas á la renuncia de fuero y sumision á jurisdiccion extraña.

## CAPÍTULO II.

### *De la renuncia del fuero y sumision á jurisdiccion extraña.*

Como base general en esta materia declara el art. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, que es juez competente para conocer de los pleitos á que dé origen el ejercicio de las acciones de todas clases, aquel á quien los litigantes se hubieren sometido expresa ó tácitamente; regla que es extensiva á los juicios ejecutivos, y de la cual no están excluidos los que se sigan ante los juzgados militares. S. 19 Octubre 1860.

Pero esta regla general tiene, como todas, sus excepciones. En efecto, como la legislacion moderna y las doctrinas que de ella emanan propenden á la unificacion de fueros, en cuanto sea posible, por ser tan ventajosa para la buena administracion de justicia, aquel principio está modificado por otro, que ha llegado á ser incontrovertible, á saber: que la próroga de jurisdiccion ó la sumision á diverso juez, que el natural y propio de las personas, no puede hacerse sino á la jurisdiccion ordinaria, y de ningun modo á las especiales ó privilegiadas, siendo nulo y de ningun efecto lo que en contrario se ejecute. Así lo previenen terminantemente los arts. 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, y así lo confirman diversos fallos del Tribunal Supremo, y entre otros, los de 27 Enero, 15 Febrero y 22 Julio 1858; 9 Abril y 12 Mayo 1862; 27 Agosto 1864, y 30 Agosto 1866.

En el mismo sentido está declarado tambien (S. 13 Mayo

1861), que las personas que dependen de la jurisdiccion comun, no pueden someterse á otra privilegiada, sino en virtud de disposicion especial que así lo prescriba; y que no existe ninguna que someta á un paisano á alguna jurisdiccion de esta clase, en el caso de haber de procederse criminalmente contra él, por atribuírsele falso testimonio en causa seguida ante un juzgado especial. Pero del mismo modo que la renuncia del fuero no puede hacerse, sino sometiéndose á la jurisdiccion comun, los militares tampoco pueden renunciar el suyo, sometiéndose á la ordinaria, como veremos al tratar de la jurisdiccion especial de guerra, porque solamente es renunciabile el fuero puramente personal (S. 15 Julio 1858), y no lo es el concedido á una clase entera, como la militar.

No sucede así respecto del fuero de extranjería, el cual es personal y no de clase, y puede renunciarse, como veremos más adelante, cuando hablemos expresamente de este fuero especial. S. 9 Enero 1854; 20 Junio 1859, y 25 Octubre 1863.

Sólo, pues, es lícita la sumision á la jurisdiccion ordinaria, y esto no siendo militares los que la hacen; y cuando se trata de causas comunes y de dos juzgados correspondientes á esta misma jurisdiccion, no hay razon legal, ni ventaja para la administracion de justicia, en que la de uno de ellos se prorogue en perjuicio de la del otro. S. 20 Febrero 1860.

La sumision á un juez extraño, en el supuesto siempre de que sea de los ordinarios, puede hacerse, ya expresa, ya tácitamente. Repútase expresa, cuando los interesados renuncian clara y terminantemente el fuero propio, designando con toda precision el juez á quien se someten (art. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil); y éste es en tal caso competente para conocer de los litigios á que dé origen el ejercicio de toda clase de acciones (S. 11 Junio 1858). Pero el simple acto de obedecer á un llamamiento judicial y de comparecer en juicio, no es bastante claro y preciso para indicar la voluntad de someterse á un juez diverso del propio (S. 5 Junio 1858); ni tampoco la sumision á uno incompetente obliga al que la ejecuta «á haber de someterse tambien al mismo en otro asunto distinto;» ni la que hace una persona á

la jurisdiccion ordinaria, puede privar á la administracion de su competencia en asuntos que se hallen pendientes. S. 30 Enero 1860.

Cuando en la constitucion de un censo se somete expresamente el censatario á la jurisdiccion ordinaria de cierta localidad, haciendo extensiva esta sumision á los que fueren sus sucesores en la posesion de la finca acensuada, quedan estos sujetos á la misma jurisdiccion, mediante la obligacion constituida por la persona de quien traen causa (S. 11 Junio 1858, y 5 Abril 1865), pues el sometimiento á jurisdiccion extraña pactado en un contrato subordina todo lo relativo al mismo al conocimiento del juez á quien la sumision se ha hecho; pero esto no obliga á la mujer del contrayente á haber de acudir al mismo juez á quien se sometió su marido, para reclamar su dote ó bienes parafernales (S. 20 Setiembre 1865); ni tampoco el sometimiento á jurisdiccion extraña, como acto de deliberada voluntad, puede ejecutarse por los que no tienen actitud legal para contraer; y por consiguiente los menores necesitan para ello la intervencion de sus legítimos ó legales tutores ó curadores. S. 18 Noviembre 1858.

Dijimos ántes, que la sumision á un juez que no sea el propio, puede, con arreglo á la ley, hacerse tácitamente (S. 11 Junio 1858), si bien entendiéndose siempre en el caso de ejercer aquel jurisdiccion ordinaria (S. 27 Agosto 1864); y ahora debemos añadir, que se entiende haber dicha sumision tácita respecto del demandante, por el hecho de acudir al juez interponiendo su demanda, y en cuanto al demandado, por hacer, despues de personado en los autos, cualquiera gestion que no sea la de proponer en forma la declinatoria de jurisdiccion (art. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil). Pero el promover la continuacion de un pleito paralizado, no es plantear una nueva demanda; y en este caso, si se suscitase contienda jurisdiccional, debe contraerse al estado que aquel tenia en su curso anterior, y por consiguiente el conocimiento corresponde al juzgado ó tribunal donde se hallaba incoado, mayormente si así lo ha reconocido el litigante adversario. S. 13 Febrero 1854.

Como en explicacion de los casos en que hay sumision tácita, segun lo prescrito por dicha ley, rigen algunas doctrinas que vamos á resumir. Cuando se presenta una demanda con arreglo á la misma ley, y sin darle el carácter mercantil, se contesta sin oponer la excepcion de incompetencia, hay reconocimiento tácito de la jurisdiccion del juez de primera instancia para entender en aquel asunto, y quedan á él sometidas las partes (S. 25 Noviembre 1861). Lo mismo sucede, cuando un litigante apela de una providencia, y no utiliza el recurso, pues entónces consiente lo que el juez ha mandado, y se entiende por este acto sometido á su jurisdiccion. S. 26 Mayo 1857, y 22 Marzo 1860.

Hay igual sometimiento por interponerse una demanda ante un juez ordinario, aun en el caso de reservarse éste el proveer, para cuando el demandante pida en forma (S. 30 Mayo 1860), pues el hecho de presentarse reclamacion ante la jurisdiccion ordinaria, sin poner en duda su competencia, equivale á reconocer tácitamente que la tiene; y obra por consiguiente aquella con facultad bastante para entender en el negocio, aunque hubiera podido á no intervenir esta circunstancia, cuestionarse si era ó no competente (S. 26 Mayo 1857, y 24 Noviembre 1866). Del mismo modo hay sumision tácita, cuando el ejecutado formaliza la oposicion, alegando excepciones propias del juicio ejecutivo, sin proponer en forma la declinatoria de jurisdiccion (S. 20 Febrero 1861), y cuando demandada una persona ante un juez ordinario, no usa de dicha declinatoria en el tiempo y forma que previene el art. 239 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y contesta derechamente á la demanda (S. 24 Febrero 1862), pues entónces queda radicado legalmente el pleito en el juzgado en que la demanda se interpuso, y tienen obligacion, tanto el demandado como sus herederos, de continuarlo en el mismo. S. 2 Octubre 1861.

El juicio de testamentaria es sabido que como universal atrae á sí las reclamaciones contra los bienes hereditarios, al juzgado en que radica, mientras aquella se halle pendiente; y hay por lo tanto una sumision tácita, si bien cesa esta, cuando dicho juicio queda fenecido. S. 15 Febrero 1858.

Pero no puede haber dicha sumision tácita:

1.º Cuando en el momento de ser uno emplazado ante un juez que no es el suyo, acude á él proponiendo la declinatoria de jurisdiccion. S. 22 Marzo 1865.

2.º Cuando se constituye una persona fiadora de otra que disfrute fuero privilegiado. S. 7 Marzo 1857.

3.º Cuando no se hace más que obedecer al llamamiento judicial, y comparecer en juicio, pues este no es motivo bastante que indique la voluntad de someterse á otra jurisdiccion. S. 5 Junio 1858.

4.º Cuando acude el demandado ante el juez del domicilio del demandante, ejercitando contra este una accion personal, pues por este hecho no puede estimarse que se somete á él para otro distinto juicio. S. 28 Marzo 1865.

5.º Cuando se presenta un escrito ante un juez de primera instancia, oponiéndose á la solicitud deducida en un expediente de jurisdiccion voluntaria, aunque este sea preliminar de un juicio contencioso. S. 8 Abril 1865.

6.º Tampoco se entiende tácitamente sometido á una jurisdiccion extraña, el heredero de un aforado, que ofrece presentar en un juzgado ordinario el testamento de su causante, por haber sido requerido á ello, pero sin personarse en los autos, ni hacer ninguna gestion. S. 20 Abril 1864.

7.º Lo mismo sucede respecto de la pretension deducida judicialmente para que se prohíba enagenar ó gravar una finca, lo cual no constituye una verdadera demanda, ni tiene otro carácter que el de una medida provisional precautoria, la cual no constituye por lo tanto dicha sumision tácita, segun la entiende el art. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento. S. 10 Julio 1862.

Si una de las partes reconoce la competencia con que el juez procede, ya sea expresa, ya tácitamente, no puede promoverse la cuestion jurisdiccional, porque así como aquellas carecen de derecho para hacer variar á su arbitrio las condiciones de los juicios, y las formas externas de cada uno de ellos, tampoco lo tienen para reconocer, y á la vez negar, la competencia, á un mismo juez. S. 1.º Diciembre 1863.

Cuando se reclama el fuero en asunto criminal ántes de la contestacion á la acusacion fiscal, no hay razon para deducir que haya habido sometimiento (S. 5 Diciembre 1853). Pero si no media esta reclamacion, no puede extrañarse que un paisano quede sometido á la jurisdiccion especial que estuviere procediendo, porque la prohibicion de someterse á una que no sea la ordinaria, es sólo referente á los asuntos civiles y no á los criminales.

Todo lo expuesto hasta aquí, así como lo prescrito sobre reconocimiento de jurisdiccion extraña en los artículos anteriores al 6.º de la Ley de Enjuiciamiento, debe entenderse, segun lo preceptuado en este, sin perjuicio de lo que la misma dispone para casos especiales (S. 9 Junio 1859). En este concepto, pues, como los juzgados de primera instancia no tienen competencia para conocer del incidente en que pide se le oiga, el que ha sido condenado en rebeldía, ni tampoco la tienen las audiencias para hacerlo por apelacion, pues estas sólo pueden entender en la instancia única, segun el art. 1199 de dicha Ley, y es radical por consiguiente en el primero y segundo de estos casos la incompetencia de dichos juzgados y tribunales, no puede subsanarse ésta por el consentimiento de las partes interesadas, el cual sólo prorroga la jurisdiccion, cuando ella es por sí prorogable; y no lo es para legalizar instancias y recursos extraordinarios que las leyes no autoricen. Bajo este supuesto, los artículos relativos á sumision, como son el 2.º, 3.º y 4.º de la misma ley, es preciso entenderlos y aplicarlos dentro del procedimiento y de los trámites autorizados legalmente, subordinándolos á las prescripciones que determinan las instancias y recursos de los juicios: por consiguiente, en los no autorizados por las leyes, los actos de sumision y consentimiento de una parte, no bastan para prorogar jurisdiccion, por no ser ésta en tales casos prorogable. S. 12 Octubre 1860.

Otras muchas doctrinas generales podrian exponerse acerca de la renuncia de fuero y sumision á jurisdiccion extraña; pero las que acabamos de mencionar son las que hallamos autorizadas por la jurisprudencia que nos sirve de guia.

## TÍTULO II.

### ***Del fuero competente en lo civil, segun la clase de accion que se ejercita.***

#### CAPÍTULO PRIMERO.

##### *De la competencia para conocer de las acciones personales.*

Como la Ley de Enjuiciamiento civil es aplicable á todas las jurisdicciones que no tengan un sistema especial de tramitacion, lo que vamos á exponer en este titulo es no sólo referente á la jurisdiccion ordinaria, sino á las privilegiadas ó especiales: por consiguiente las doctrinas que expondremos en este y en los demas capitulos nada prejuzgan, acerca de cuál es competente entre aquellas y estas para el conocimiento de los asuntos en general, sino cuál es el juzgado, ya sea ordinario, ya especial, que tiene la preferencia, aun suponiendo que el demandado goce algun fuero privilegiado, segun el lugar en que se haya ejecutado el acto ó contrato de que nazca la accion, ó segun el en que se haya convenido que la obligacion se cumpla, ó bien segun el punto donde la cosa se halle situada.

Establece el párrafo 3.º, art. 5.º de dicha Ley de Enjuiciamiento, que fuera de los casos de sumision expresa ó tácita de que tratan los artículos anteriores, y de los cuales nos hemos ocupado ya, es juez competente para conocer de los pleitos en que se ejercitan acciones personales, primero y por regla general, el del lugar en que deba cumplirse la obligacion, y no habiéndose expresado cuál haya de ser éste, á eleccion del demandante, el del domicilio del demandado, ó bien el del lugar donde se celebró el contrato, si hallándose en aquel el mismo deman-

dado, aunque sea accidentalmente, puede ser emplazado; y añade el mismo artículo, que no teniendo una persona domicilio fijo, puede ser demandada en el lugar en que se encuentre, ó en el de su última residencia: precepto que virtualmente está conforme con lo que prevenia la ley 32, tit. II, P. 3.<sup>a</sup>, que designó como competente el fuero del domicilio del demandado y el del lugar donde este hubiere de cumplir alguna cosa prometida. S. 51 Mayo 1859.

Cuando una demanda en que se ejercita una accion personal se dirige contra tres personas conjunta y solidariamente, y dos de ellas la contestan ante el juez de su domicilio, á éste corresponde entender en el asunto, á fin de que no se falte al principio de unidad que debe haber en los juicios, ó como dicen los prácticos, para que no se divida la continencia de la causa (S. 15 Diciembre 1868), pues si hubiera de acudir el demandante al domicilio de cada uno de los demandados, seria necesario duplicar ó triplicar los juicios y fraccionar el procedimiento, dándose lugar al absurdo de que recayesen sentencias contradictorias sobre una misma cuestion litigiosa.

Antes de pasar más adelante sobre este punto, conviene advertir, que la cuestion sobre competencia entre el juez del domicilio y el del lugar del cumplimiento del contrato, sólo procede cuando contienden jueces de una misma jurisdiccion (S. 6 Mayo 1867), pues el citado art. 5.<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento sólo fija la competencia de los jueces de la misma clase, segun la naturaleza de las acciones que se ejercitan, y por lo tanto no es aplicable al caso en que disputan juzgados de distinto fuero. S. 22 Mayo 1857.

Parecian tan claras las disposiciones de dicho artículo, que no debia esperarse hubiese ninguna cuestion sobre competencia, respecto del conocimiento de las demandas en que dicha accion se ejercita; pero sin embargo, han sido tantas las suscitadas sobre este punto, como vamos á ver por las decisiones del Tribunal Supremo que habremos de anotar; en todas las cuales viene á sentarse la misma doctrina legal que se desprende de los preceptos citados, sin que se añada apenas alguna idea á la prescrip-

cion terminante de aquella. En este concepto se expresan las S. 7 Diciembre 1853; 11 Octubre 1856; 26 Junio, 15 Julio y 5 Agosto 1857; 5 Junio, 24 Agosto y 25 Diciembre 1858; 24 Enero, 3 Febrero, 9 Setiembre y 5 Diciembre 1859; 15 Febrero y 23 Julio 1860; 14 Diciembre 1861; 7 Agosto, 9 Setiembre y 14 Octubre 1862; 1 Marzo, 28 Julio, 18 y 25 Agosto, 10 Setiembre, 20 Octubre, 10 Noviembre y 28 Diciembre 1863; 8 Enero y 7 Mayo 1864; 30 Enero, 8 Marzo, 8 Abril, 22 y 26 Mayo, 22 Junio y 14 Noviembre 1865; 11, 13 y 16 Enero, 15 Marzo, 11 y 13 Abril, 19 Julio, 12 Setiembre y 1.º Diciembre 1866; 1 y 23 Marzo, 3 Abril, 18 Julio, 14 y 22 Agosto 1867, y 1, 3 y 27 Febrero, 1 y 28 Abril, 18 Junio y 5 y 9 Octubre 1868.

Solamente se ha añadido en algunos fallos para explicar el citado art. 5.º, lo que parecia innecesario decir por ser tan óbvio, á saber: 1.º, que la accion nacida de un contrato es personal (S. 11 Octubre 1856): 2.º, que tratándose de una obligacion en que no se ha determinado el lugar en que deba cumplirse, ni se ha formalizado un contrato que afecte á ella determinados bienes, debe proponerse precisamente la demanda ante el juez del domicilio del demandado, como por punto general sucede, cuando se trata del cumplimiento de obligaciones comunes; no pudiendo usarse la eleccion ó alternativa que en el párrafo 3.º establece el citado art. 5.º, porque para ello es indispensable, que hallándose el demandado en el lugar del contrato, aunque sea accidentalmente, pueda en él ser emplazado (S. 23 Diciembre 1858): 3.º, que cuando una persona se ha obligado á remitir á otra un documento, el lugar donde ésta reside es el del cumplimiento del contrato, y por lo mismo puede entablarse en él la demanda para que se lleve á efecto (S. 24 Enero 1859): 4.º, que con la práctica de diligencias preparatorias para una demanda, no se prejuzga cuestion alguna de competencia para el caso de entablarse aquella en forma (S. 14 Diciembre 1861): 5.º, que cuando no se acompaña á la demanda por accion personal documento alguno justificativo de ella, no hay otro fuero que el del domicilio del demandado (S. 30 Enero 1865), porque entónces

no consta donde debe cumplirse la obligacion si en efecto existe: 6.º, que la accion que se ejercita derivada del contrato de sociedad, es puramente personal; y no habiéndose designado en dicho contrato el lugar en que deban cumplirse las obligaciones, es competente el juez del domicilio del demandado (S. 15 Marzo 1866): 7.º que cuando no consta el lugar en que la sociedad deba cumplir una obligacion, debe ser el competente el en que se haya empezado á cumplir el contrato, ó el en que la misma tenga su representacion ó dependencias (S. 27 Febrero 1868): 8.º, que el juez de un abintestato es el único competente para conocer de las demandas que se deduzcan contra los herederos del difunto ó sus bienes, despues de prevenido el juicio, y de las ejecutivas ú ordinarias por accion personal, pendientes en primera instancia contra el difunto (S. 22 Agosto 1867); y 9.º, que el lugar en que el demandado tiene su domicilio y el que se expresa en el contrato para su cumplimiento, son causas que surten fuero; y en concurrencia de los dos, puede elegirse cualquiera de ellos, eleccion que no es de la facultad del demandado, porque su derecho en esta parte se limita á exigir que se le reconvenga ante el juez para él competente; y por el contrario, debe conformarse con ser demandado ante el del actor, porque presentando éste su demanda ante cualquiera de los dos que tenga competencia, satisface la obligacion que en él supone aquel derecho del demandado, pues que ambos jueces son para éste competentes, y donde la obligacion concluye, empieza la libre facultad. S. 25 Setiembre 1857.

La calificacion de lo que debe entenderse por lugar del contrato, ha ocasionado alguna vez cuestiones sobre competencia; y se ha declarado (S. 10 Diciembre 1868), que por tal se entiende aquel en que las personas legítimamente autorizadas para contraer, prestan su consentimiento, y no el en que se ratifique por alguno de los interesados, si tal circunstancia se hubiere exigido para su validez; y que en los contratos en que no se expresa el punto de su cumplimiento, ha de entenderse éste aquel en que haya de prestarse el servicio y de verificarse el pago de las obras ejecutadas.

En algunas ocasiones ha sido preciso para determinar la competencia del juez, calificar la clase de acción que motiva el procedimiento; y en este concepto se han hecho, aunque parecia tambien innecesario, varias declaraciones; cuales son: 1.<sup>a</sup>, que la acción dirigida á obtener la rescisión de un contrato, es personal, y debe por consiguiente conocer de ella el juez del domicilio del demandado (S. 28 Marzo 1865): 2.<sup>a</sup>, que la naturaleza de la acción personal no depende de los medios con que la obligación haya de cumplirse, sino del compromiso que se impusiera la persona que deba ejecutarla; y que no habiéndose determinado el lugar donde esto haya de hacerse, no está en arbitrio del demandante, acudir al juez del territorio donde radiquen los bienes objeto del contrato, pues hasta que se ejecutorie el derecho que de éste nazca, no lo hay sobre los mismos bienes, ni por consiguiente existe acción real (S. 23 Diciembre 1858): 3.<sup>a</sup>, que siendo personales las acciones que nacen del contrato de arrendamiento, es fuero competente para ejercitarla el del lugar en que deba aquel cumplirse, y no estando designado, el del domicilio del demandado, si este no se halla accidentalmente donde se otorgó el contrato (S. 30 Setiembre 1859): 4.<sup>a</sup>, que es acción personal la deducida en juicio ejecutivo contra los bienes de un deudor, sin determinar ningunos especialmente, para el pago de una cantidad que adeuda en virtud de acción de dicha clase (S. 28 Febrero 1862): 5.<sup>a</sup>, que lo es igualmente la que se ejercita demandando el pago de varias cantidades prestadas, de mejoras hechas en una finca y de perjuicios ocasionados por haberse privado de ella al afrendatario ó aparcerero (S. 19 Mayo 1862): 6.<sup>a</sup>, que la acción para demandar el pago de dividendos de una sociedad minera, es igualmente personal (S. 9 Noviembre 1861): 7.<sup>a</sup>, que tambien lo es la nacida única y exclusivamente de una escritura de compromiso, en que se obliga una persona con sus bienes al cumplimiento de un laudo arbitral (S. 26 Octubre 1860): 8.<sup>a</sup>, que la acción intentada para que se declare á uno hijo natural de una persona que ya ha fallecido, es tambien personal, y nace de ella la existencia de derechos contra la herencia, en perjuicio de los herederos, siendo por tanto competente

el juez del lugar en que deba cumplirse la obligacion, ó el del domicilio de los mismos herederos demandados (S. 12 Diciembre 1861): 9.<sup>a</sup>, que es asimismo competente para conocer de los pléitos en que se ejerciten acciones respecto á la gestion de los guardadores, el del lugar en que se hubiese administrado lo principal; regla que es más atendible, cuando el guardador y el menor no tienen un mismo domicilio (S. 11 Setiembre 1857): 10, que es accion personal así en su forma como en su objeto, la que se dirige á exigir el cumplimiento de una obligacion contraida por el esposo, de aumentar la dote de su esposa, debiendo aquella cumplirse en el lugar del domicilio de los cónyuges; y que el lapso de tiempo trascurrido sin deducirse una accion personal, no produce alteracion en cuanto al juzgado que debió conocer desde el vencimiento de la misma; así como la obligacion de restituir la dote debe cumplirse en el lugar en que el matrimonio se disuelve (S. 22 Setiembre 1856): 11, que los daños causados por las empresas de ferro-carriles deben reclamarse, por ser personal la accion, donde se han ocasionado (S. 3 Abril 1867): 12, que las demandas sobre la nulidad de un contrato deben sustanciarse en el domicilio del demandado (S. 8 Enero 1868): 13, que es tambien personal la accion que procede de la falta de cumplimiento de un contrato de venta, bien sea para pedir que se lleve á efecto lo pactado, ya para reclamar su rescision y devolucion del todo ó parte del precio de la cosa vendida (S. 14 Agosto 1867): 14, que el obligado á dar cuentas en virtud de un contrato, por el que se encargó de una administracion, puede ser demandado sobre ellas ante el juez del lugar de la misma, aunque se halle el reconvenido en el lugar del mismo contrato, porque el de la administracion es el más propio para la comprobacion de los actos administrativos, así bajo el aspecto de la buena como de la mala fe (S. 12 Octubre 1853): 15, que cuando la accion personal por haber muerto el que contrajo la obligacion de donde ella emana, se ejercita contra sus herederos, es potestativo en el demandante acudir al juez del domicilio de cualquiera de estos, y allí tienen que personarse todos los demás, por no poder dividirse la continencia de la causa (S. 25

Febrero 1859); 16 y finalmente, que cuando el citado de evicción sale á la voz y defensa del comprador, debe hacerlo en el fuero de éste, que es el verdadero demandado. S. 6 Marzo 1866.

Lo expuesto hasta aquí es lo que consideramos de algun interés respecto de las cuestiones sobre competencia en el conocimiento de los juicios promovidos por acción personal. Como se ve por lo que dejamos consignado, es muy esencial saber para la decision de estas mismas cuestiones, qué es lo que se entiende por domicilio legal, punto de mucha influencia siempre que se trate de calificar cuál es el que surte fuero respecto del demandado; mas para evitar repeticiones, nos referimos á todo lo que sobre este particular dejamos dicho en la primera parte de esta obra, cap. 2.º, tit. I del primer libro.

## CAPÍTULO II.

### *De la competencia para conocer sobre acciones reales.*

Las doctrinas referentes á esta materia son muy sencillas, pues generalmente no hacen más que reiterar lo establecido en los párrafos 1.º y 2.º, art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, que siguiendo el espíritu de la antigua legislación, disponen, que fuera de los casos de sumision expresa ó tácita, es juez competente para conocer de los pleitos en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, el del lugar en que esté la cosa litigiosa, ó cualquiera de ellas, si fueren varias; y de los en que se haga uso de las mismas acciones sobre bienes muebles ó semovientes, el del lugar en que se hallen, ó el del domicilio del demandado, á eleccion del demandante.

Antes de publicarse dicha Ley de Enjuiciamiento y de regir por consiguiente este precepto, no era tan clara la division que despues se ha hecho de las cosas muebles é inmuebles para el efecto de poder elegir el demandante, respecto de las primeras, el juez del lugar en que la cosa se halle ó el del domicilio del demandado; y por eso no es extraño, que aun tratándose de bienes inmuebles, se hubiese sentado la doctrina (S. 5 Noviembre

1853), de que en todas las acciones reales son igualmente legítimos el fuero del domicilio y el del lugar donde esté la cosa objeto del litigio, si bien bajo el concepto de que nunca compete la eleccion al demandado. Pero siempre ha sido doctrina inconcusa, así conforme á la antigua como á la moderna legislacion, que dichas acciones reales pueden proponerse ante el juez del distrito en que radican los bienes que son objeto de ellas (S. 29 Julio 1858, y 6 Marzo 1866); y tratándose de inmuebles, es indudable que dicho juez es el único competente, con arreglo al párrafo 1.º, art. 5.º de la citada ley, y si fueren varios los expresados bienes, el del lugar donde se halle sito cualquiera de ellos (S. 19 Diciembre 1862, y 20 Setiembre y 5 Octubre 1865). Si la accion real se dirige á la reclamacion de muebles ó semovientes, ya hemos dicho que tiene jurisdiccion para conocer de ella, el juez del lugar en que se hallen, ó el del pueblo en que el demandado tiene su domicilio; y por lo tanto con mayor razon será competente el del punto donde se encuentre la cosa reclamada, si en el mismo está aquel domiciliado. S. 6 Marzo 1866.

No puede haber duda en ello, pero sin embargo, se ha declarado alguna vez, que la reivindicacion del dominio útil de una finca envuelve el ejercicio de una accion real (S. 31 Marzo 1860); y que por consiguiente, el juzgado en que debe ejercitarse, es el del pueblo donde la cosa se halle situada. Tambien corresponde á dicha clase de acciones la que ejercita el poseedor de unos bienes, para libertarlos del gravámen que sobre ellos estuviere pesando. S. 27 Setiembre 1859.

Aunque se trate del valor y eficacia de un contrato, sucede á veces que se ejercita una accion real, y no una personal. Así lo vemos, por ejemplo, cuando se propone una demanda para que se declare rescindida una venta y cancelada la escritura en que se consigna, pues se dirige evidentemente á la rescision del contrato, y por lo tanto la accion es principalmente real, y el conocimiento del litigio corresponde al juez del lugar donde se halle la cosa litigiosa, con arreglo al párrafo 1.º del art. 5.º, repetidamente citado. S. 19 Noviembre 1868.

Á tan sencillos términos podemos reducir las doctrinas relati-

vas á esta materia, la cual por fortuna ocasiona muy pocas cuestiones sobre competencia de jurisdiccion.

### CAPÍTULO III.

#### *De la competencia para conocer de las acciones mixtas.*

Previene el párrafo 4.º, art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, que, salvo los casos de sumision expresa ó tácita, sea juez competente para conocer de los pleitos en que se ejercitan acciones mixtas, el del lugar en que esté la cosa, ó el del domicilio del demandado, á eleccion del demandante: precepto que, á pesar de no deberse poner en duda, ha sido controvertido y está reiterado por la constante jurisprudencia. S. 31 Mayo y 27 Setiembre 1859; 21 Febrero, 31 Marzo y 15 Diciembre 1860; 9 Febrero y 1.º Octubre 1864, y 21 Diciembre 1866.

Entiéndese accion mixta, la que en parte es real y en parte personal, ó la que procede juntamente del derecho real y personal (S. 9 Febrero 1864); pero hay sin embargo, ocasiones en que se cuestiona sobre la verdadera naturaleza de dicha accion, y en estos casos son dignas de atencion las siguientes reglas.

1.ª La constitucion de hipoteca en un contrato de préstamo, produce la accion hipotecaria ó mixta, que participando de la real, puede intentarse en el lugar donde la cosa hipotecada radica, sin que obste para aplicar esta doctrina, el suponer que el que la hipotecó no estaba facultado para ello, pues en el caso de suscitarse esta cuestion, corresponde el conocimiento al juez que entienda del negocio principal. S. 22 Octubre 1858.

2.ª La accion intentada para exigir el pago de obras ejecutadas en un camino de hierro y el abono de daños y perjuicios, participa del doble carácter de real y personal, y bajo el primer punto de vista, tratándose de objetos inmuebles, es juez competente el del lugar en que se hallen situadas las cosas litigiosas ó alguna de ellas. S. 5 Mayo 1860.

3.ª La querrella de inoficioso testamento, es una especie de

peticion de herencia que se deduce contra los herederos instituidos, y en tal concepto debe clasificarse entre las acciones mixtas de real y personal. S. 6 Noviembre 1867.

4.<sup>a</sup> Corresponde tambien á la misma clase la accion en virtud de la cual se pide la liberacion de un gravámen que pese sobre unos bienes, y ademas la presentacion de títulos y la restitucion de los frutos. S. 27 Setiembre 1857.

Cuando se hace uso á la vez de una accion real y de otra personal, debe considerarse, segun declaracion expresa del Tribunal Supremo (S. 31 Marzo 1860), lo mismo que si se ejercitara una accion mixta, y seguirse por consiguiente la regla que acerca de ella dejamos expuesta. Pero contra esta declaracion encontramos otra (S. 9 Febrero 1864), en que se sienta en opuesto sentido, que cuando se ejercitan á la vez diferentes acciones, unas por sí solas personales y otras meramente reales, no pueden amalgamarse para constituir una accion mixta; y que no procede por tanto en este caso la eleccion del demandante para deducirlas en el lugar en que esté la cosa ó en el domicilio del demandado. No alcanzamos los fundamentos en que se apoye esta decision opuesta á la que ántes citamos, y convendria que la jurisprudencia fijara determinadamente, cuál de las dos indicadas doctrinas es la que debe seguirse.

Entre tanto, basta lo expuesto hasta aquí, para saber todas las que se han consignado acerca de la competencia jurisdiccional sobre el conocimiento de los juicios, segun la clase de accion que se ejercita.

**TÍTULO III.*****De la competencia de la jurisdiccion ordinaria en lo civil.*****CAPÍTULO PRIMERO.*****De la competencia de la jurisdiccion ordinaria en los asuntos comunes.***<sup>1</sup>

Dijimos al sentar las doctrinas generales extensivas á los juicios civiles y criminales, que la jurisdiccion ordinaria es la comun y las especiales las que forman la excepcion, y que por consiguiente la presuncion está siempre en favor de la primera, mientras no conste de un modo positivo la competencia de las segundas. Mas á pesar de este principio de jurisprudencia, que observado extrictamente evitaria muchas cuestiones sobre facultades para conocer de los negocios judiciales, se disputa muy frecuentemente á los jueces ordinarios su competencia; y conviene por tanto tener muy presentes las reglas que la jurisprudencia ha establecido en algunos casos en que aquella se ha puesto en duda.

Es preciso evitar en todo juicio, que se fraccionen los puntos litigiosos, para que haya en ellos la debida unidad, y no se divida la continencia de la causa. Por esta razon, cuando es demandado un aforado de guerra, simultáneamente con otra persona

---

<sup>1</sup> Para evitar errores, y sin perjuicio de lo que exponemos en este capítulo, conviene tener presente lo que disponen los párrafos 1.º, 2.º, 6.º, 7.º y 8.º, art. 1.º del decreto de 6 de Diciembre de 1868, que dejamos copiado en el cap. 1.º del tit. I del presente libro.

del fuero comun, compete el conocimiento á la jurisdiccion ordinaria y no á la militar; en primer lugar, porque esta no tiene declarada por la ley la atraccion en lo civil, y en segundo, porque es forzoso que todos los demandados litiguen ante una sola de las dos jurisdicciones, único medio de evitar que se quebrante la unidad de la cuestion litigiosa; y no habiendo disposicion legal que fije en este caso la preferencia entre ambas jurisdicciones, es, cuando ménos, dudoso cuál de ellas debe ceder; y en caso de duda, debe prevalecer la ordinaria, por ser la general y comun. S. 15 Octubre 1856; 25 Junio 1860, y 18 Julio 1864.

Tambien es privativo de la misma el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio y posesion de las riberas, segun lo establecido en el art. 296 de la Ley de aguas de 3 de Agosto de 1866. Del mismo modo lo es el de toda demanda contra el director ó representante de una empresa de ferro-carril, aun cuando personalmente goce algun fuero privilegiado, pues en este caso no debe atenderse á su cualidad personal, sino al fuero de la compañía que representa, que es y no puede ser otro más que el ordinario (S. 27 Junio 1867); y corresponde igualmente á los tribunales y juzgados comunes, con arreglo al art. 17 de la ley de 9 de Mayo de 1835, el conocimiento de todo lo relativo á bienes mostrencos (S. 20 Mayo 1858; 18 Diciembre 1863, y 10 Mayo 1867). Sobre este punto suele haber cuestiones entre aquellos y la jurisprudencia de marina acerca de quién ha de entender, respecto de los efectos salvados de naufragio y de los arrojados á las playas, que por no tener dueño conocido pertenecen al Estado; y se ha declarado en los tres fallos que acabamos de citar, de dicha pertenencia, como bienes mostrencos, los objetos que la mar arroje á sus playas, sean ó no procedentes de buques que hubieren naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido, conforme á lo dispuesto en el párrafo 3.º, art. 1.º de la mencionada ley; que si fijados edictos para que reclamen dichos efectos los que se consideren con derecho á ellos, pasaren los tres meses que designa el art. 13 de la Ordenanza de matrículas (la ley 10, tít. VII, lib. VI, N. R.), sin que nadie se presente á reclamarlos, el comandante de mari-

na debe remitir al juez ordinario copia de las diligencias practicadas y el inventario de todos los efectos salvados, poniéndolos desde luego á su disposicion, con reserva de los gastos y con las formalidades convenientes para su mútuo resguardo; y que si bien dicho comandante está facultado para publicar y hacer la entrega de los efectos al dueño de ellos que se presentare en tiempo, trascurrido éste sin que lo haya ejecutado, cesa en la jurisdiccion de marina la competencia para adjudicar tales efectos al Estado, porque todos los juicios sobre adquisiciones á nombre de éste son de la atribucion de la jurisdiccion ordinaria. Deslindadas de este modo las de esta y de aquella jurisdiccion especial, parece inverosímil que vuelvan á suscitarse entre ambas cuestiones de igual índole.

Es asimismo de la competencia de los tribunales y juzgados ordinarios el conocimiento de todo lo relativo á mayorazgos en posesion y propiedad; no pudiendo entender en estos asuntos los juzgados de guerra y de marina, con arreglo á las leyes 21, tít. IV, y 1.<sup>a</sup>, tít. VII, lib. VI, N. R.; pero debe advertirse, para evitar dudas sobre este punto, que á pesar de lo dispuesto en el art. 1.<sup>o</sup> de la ley de 11 de Octubre de 1820 sobre supresion de vinculaciones, tanto los artículos siguientes de la misma, como otras disposiciones relativas á esta materia, entre ellas la de 15 de Mayo de 1821, les han conservado el carácter vincular para los efectos de la division de los bienes que fueron de dicha clase, hasta el momento de entregarse al heredero del poseedor y al inmediato sucesor la mitad que respectivamente les corresponda (S. 29 Octubre 1857). La misma doctrina sobre competencia se ratifica en un fallo de 22 de Abril de 1864, en el cual se añade, que cuando se demanda un título de Castilla, bajo el concepto de pertenecer al demandante, se ejercita una accion real de naturaleza vincular, cuyo conocimiento corresponde, como todas las de esta clase, á la jurisdiccion ordinaria.

Del mismo modo es privativo de ésta entender en las demandas sobre inquilinato y desahucios, con arreglo al art. 656 de la Ley de Enjuiciamiento civil (S. 3 Marzo 1854; 14 Enero 1864, y 19 Junio 1866); en todo lo relativo al nombramiento de tu-

tores y curadores y sus incidencias, segun los arts. 1207 al 1276 de la misma ley (S. 17 Mayo 1864); é igualmente en cuanto se refiere á capellanías incóngruas, pues estas, que segun lo prevenido en la ley 2.<sup>a</sup>, tit. XVI, lib. I, N. R. se han declarado legados pios, nunca deben reputarse beneficios eclesiásticos, por lo cual es manifiesta la competencia de los juzgados y tribunales ordinarios. S. 30 Octubre 1865.

Aunque ya hicimos alguna indicacion de ello en la primera parte de esta obra (cap. 2.<sup>o</sup>, tit. III del lib. I), no está demas repetir aquí, que segun los arts. 1207 y 1208 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es privativo de aquellos mismos juzgados y tribunales conocer de todo lo relativo al nombramiento de tutores y curadores, sus incidencias y consecuencias; y por consiguiente, de las demandas de remocion y de nuevo nombramiento para los expresados cargos. S. 11 Setiembre 1857; 22 Marzo 1858; 30 Junio 1859, y 17 Marzo y 15 Setiembre 1864.

Finalmente, corresponde á la misma jurisdiccion ordinaria el conocimiento de lo relativo á los pagarés que no reúnen las condiciones exigidas por el Código de Comercio para considerarlos mercantiles (S. 14 Noviembre 1862); de lo respectivo á letras de cambio que no se hayan girado entre comerciantes; y de las diligencias que se instruyan para recibir declaracion al librador de aquellas, á fin de preparar la accion que corresponda; lo cual compete al juez del lugar donde el mismo librador esté domiciliado. Pero debe ademas advertirse, que en dichas diligencias no cabe contienda de competencia sobre el conocimiento de la demanda que en virtud de ellas haya de deducirse, cuando todavía no se ha ejercitado accion contra persona determinada. S. 23 Marzo 1863.

En otra multitud de asuntos es incuestionable que corresponde conocer á la jurisdiccion ordinaria; pero no entramos en su clasificacion, por no haber sobre ellos recaido resoluciones que formen doctrina, y nos limitaremos á tratar de los que habrán de ser objeto de los siguientes capítulos.

## CAPÍTULO II.

*De la competencia para conocer de los actos de conciliacion y sus incidentes.*

Una de las más útiles reformas introducidas en los procedimientos por la Ley de Enjuiciamiento civil, es la relativa á los actos de conciliacion. Los autores de la constitucion de 1812, excitados por un laudable celo, consignaron en su título V los juicios de esta clase, aunque exagerándolos hasta el punto, de que no pudiera entablarse pleito alguno sin que se acreditara haberse intentado la avenencia: principio que despues de abolida dicha ley fundamental, aceptó tambien el reglamento provisional para la administracion de justicia, y que fué luégo confirmado por el real decreto de 30 de Agosto de 1836 en que se restableció la ley de 3 de Junio de 1821, por la de 25 de Enero de 1837, y por el decreto de las Córtes de 29 de Mayo y ley de 26 de Agosto del mismo año. Pero la experiencia dió á conocer la necesidad de reducir el acto de conciliacion á determinados casos, y de confiar su celebracion á una autoridad especial; y la Ley de Enjuiciamiento lo limitó á los términos convenientes, confiando su autorizacion á los jueces de paz creados por real decreto de 22 de Octubre de 1855.

Esta nueva judicatura, que no puede considerarse como correspondiente á la jurisdiccion ordinaria, sino como especial, es la única competente para entender en todos los actos de dicha clase y en la ejecucion de lo en ellos convenido, cualquiera que sea el fuero de las personas y la naturaleza del asunto; pero sin embargo, se ha disputado su competencia para entender, ya en los actos conciliatorios sobre asuntos mercantiles, ya en aquellos en que son demandados los aforados de guerra y marina.

En efecto, suscitóse contienda de facultades para conocer, pretendiéndose que para proponer una demanda sobre asunto de comercio, era preciso acudir préviamente al respectivo juez avenir, conforme al código respectivo y á la Ley de Enjuiciamiento mercantil; mas el Tribunal Supremo de justicia decidió, que

correspondía dicho acto de conciliación á una de los jueces de paz; fundándose para ello, en que se hallan esencialmente modificadas las disposiciones de dicho Código y Ley, y en que los jueces de paz, creados por el citado real decreto, son los únicos competentes para autorizar los expresados actos. S. 22 Enero 1864.

La jurisdicción militar sostuvo también su competencia para la ejecución de lo convenido en un acto de conciliación respecto de sus aforados; y tuvo que declarar el mismo Tribunal, que no existen jueces de paz fuera de la jurisdicción ordinaria, y que á ellos corresponde exclusivamente dicha ejecución, si el punto cuestionado no pasa de 600 rs., y al juez de primera instancia respectivo, con arreglo al art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento civil, si excede de esta cantidad (S. 25 Noviembre 1858). Como la ley ántes citada de 1821 atribuía á la jurisdicción militar la ejecución de lo convenido en la conciliación, todavía se pretendió sostener la eficacia de esta disposición, á pesar de las innovaciones introducidas en dicha Ley de Enjuiciamiento; y fué necesario que nuevamente se declarase (S. 5 Febrero 1861), que aquella disposición de las Córtes no puede ya invocarse, porque no está subsistente, después de publicada la citada ley, mediante la absoluta derogación que esta contiene en su art. 1415.

Del mismo modo defendió también su competencia la jurisdicción de marina; é igualmente declaró el Tribunal Supremo (S. 19 Noviembre 1859, y 6 Julio 1868), que el conocimiento de las actuaciones necesarias para llevar á efecto lo convenido en un acto conciliatorio, no pertenece al fuero de marina, porque esta facultad es propia de dichos jueces de paz, á quienes la encarga el citado art. 218, cuando lo que se cuestiona no pasa de la cantidad expresada, y á los jueces de primera instancia si excede de ella; añadiendo, que esta inteligencia del mencionado artículo se confirma por el 220, que designa como tribunal de apelación del juez de primera instancia, á la audiencia del territorio, lo que no es aplicable á las jurisdicciones especiales, cuyas apelaciones no van á aquel tribunal.

Tales son las constantes doctrinas que han venido rigiendo so-

bre este punto, cuando con grande extrañeza de los hombres que desean orden y unidad en la legislacion y en la jurisprudencia, apareció publicada en la *Gaceta* la real orden de 17 de Febrero de 1868, expedida por conducto del ministerio de la guerra, en cuyo art. 1.º, aunque se reconoce que todo militar está obligado á comparecer á los actos de conciliacion, previene que se les haya de citar por conducto de la autoridad de la misma clase. Prescindimos de este punto, á pesar de las graves consideraciones á que da lugar una diligencia tan innecesaria y embarazosa para la buena administracion de justicia; pero no podemos ménos de llamar la atencion sobre el art. 2.º de la misma real orden, en el cual, como si no existiera la Ley general de Enjuiciamiento, y como si nada hubiera declarado sobre este punto la única potestad, á quien incumbe despues de la legislativa, se previene, que la ejecucion de lo convenido ante los jueces de paz es propia y privativa de la jurisdiccion militar, cuando el demandado gaza fuero de esta clase, segun está prevenido en la real cédula de 15 de Agosto de 1799, y como respecto de lo convenido en la conciliacion dispone el art. 8.º de la citada ley de 1821 restablecida en 1837. Increible parece que así se haya tratado de derogar por medio de una real orden las prescripciones de una ley general y las doctrinas autorizadas por la única potestad á quien aquella atribuye la decision de los conflictos jurisdiccionales entre todos los tribunales, aun los más privilegiados; pero, como debia esperarse, la publicacion de dicha disposicion ha empezado á ocasionar ya nuevos conflictos, pues los jueces militares se creen en el deber de obedecerla, la jurisdiccion ordinaria tiene precision de prescindir de sus preceptos, y el Tribunal Supremo, custodio inflexible del cumplimiento de la ley, se ha visto precisado á denegar su observancia, porque como dijimos en el título preliminar de la primera parte de esta obra, las leyes no pueden ser derogadas por reales órdenes (S. 21 Octubre y 3 Noviembre 1853; 22 Junio 1854; 28 Noviembre 1861, y 12 Mayo 1868), segun habremos de ver, en un fallo de competencia sobre el conocimiento de un juicio de faltas; que citamos en uno de los capítulos del presente libro.

## CAPÍTULO III.

*De la competencia en los juicios verbales.*

Previene el art. 1162 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que toda cuestion entre partes cuyo interés no exceda de 600 rs., se decida en juicio verbal, en primera instancia ante los jueces de paz, y en segunda ante los de partido; y dispone el art. 1414 que los jueces y tribunales, cualquiera que sea su fuero, que no tengan ley especial para sus procedimientos, los arreglen en los pleitos y negocios civiles de que conozcan, á las disposiciones de la misma ley, quedando derogadas, segun el artículo siguiente, todas las que contengan reglas para el Enjuiciamiento civil. Pero á pesar de estas disposiciones tan terminantes, la jurisdiccion militar, del mismo modo que hemos dicho en el capítulo anterior respecto de los actos de conciliacion, se ha obstinado en negar á la ordinaria su competencia para el conocimiento de dichos juicios verbales; sosteniendo la de marina que á ella corresponden los de sus aforados, segun el espíritu del art. 18, cap. 5.º, y 31, tit. 1.º de la ordenanza de matrículas de 1802, y con arreglo á las reales órdenes posteriores hasta la de 10 de Junio de 1832, y á la base 8.ª, art. 1.º de la ley de 13 de Mayo de 1855 y al art. 1414 de la de Enjuiciamiento civil, sin que el 1162 de esta sea derogatorio de la legislacion especial de marina. Pero el Tribunal Supremo no ha podido ménos de declarar por el contrario (S. 1.º Marzo y 10 y 14 Setiembre 1858), que la expresada base 8.ª de dicha ley de 1855, autorizó al gobierno para hacer extensiva la de Enjuiciamiento á todos los tribunales y juzgados, cualquiera que sea su fuero, que no la tengan especial para sus procedimientos: que de entenderse dicha base del modo pretendido por aquella jurisdiccion especial, sucederia que para una clase de juicios, deberia atenderse á dicha ley general, y para otros á lo dispuesto en la ordenanza, rompiéndose la unidad que debe existir en el sistema de sustanciacion: que por el mencionado art. 1162 se somete en primera instancia á los jueces de paz, el conocimiento de las cuestiones entre partes, cuyo

interés no exceda de 600 rs., lo cual excluye toda jurisdicción especial, porque no se conocen otros jueces de paz que los ordinarios; y que por consiguiente, á estos corresponde decidir aun los relativos á los aforados.

Estas mismas doctrinas fueron reiteradas respecto de la jurisdicción de marina y la de guerra en S. de 4 Marzo, 14 Abril, 5 Mayo, 9 Junio y 29 Agosto 1859; 11 Mayo 1860; 8 y 22 Mayo y 28 Agosto 1862, y 5 Octubre 1868; añadiéndose en la de 5 de Mayo 1859, que la ejecución de las providencias dictadas en juicios verbales, corresponde también á la autoridad que las dicta, pues aunque fué antes una excepción de este principio, lo que disponía la real orden de 8 de Setiembre de 1830, no puede esta ser ya aplicable, porque el art. 1180 de la Ley de Enjuiciamiento civil derogó la ley 23, tít. IV, lib. VI, N. R. á que aquella se refería, y encargó á los jueces de paz la ejecución de dichas sentencias.

Todavía se ha insistido después en atribuir á la misma jurisdicción militar el conocimiento de los juicios verbales de sus aforados; y ha vuelto á confirmarse la doctrina de que según la base 8.<sup>a</sup> de la citada ley de 1855, es general para todos los fueros que no tengan procedimiento especial, la de Enjuiciamiento civil; añadiéndose (S. 8 Febrero 1860, y 8 Mayo 1862), que la real resolución de 16 de Marzo de 1796, extractada en la nota 2.<sup>a</sup> á la ley 8.<sup>a</sup>, tít. III, lib. XI, N. R., no es una ley especial de procedimientos en el sentido de la indicada base 8.<sup>a</sup>, porque esta se refiere á un sistema completo de Enjuiciamiento, y en aquella se previno que en los juzgados militares se determinasen en juicios verbales las cuestiones cuyo interés no pasara de 500 rs.; y declaróse por último, que la citada real resolución de 1796 se halla derogada por el art. 1415 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y también por el ya citado 1162, en que se establece que toda cuestión entre partes, cuyo interés no exceda de 600 rs. se decida en juicio verbal, y se determina sin excepción alguna, que su conocimiento en la primera instancia corresponde á los jueces de paz, lo cual excluye toda jurisdicción especial.

Tan constante y uniforme es la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre una cuestion que ni debiera haberse promovido; pero como si no bastase el infundado empeño de algunos jueces militares en promover competencias destituidas de toda razon, ha venido tambien á aumentar la perturbacion en este punto la real órden de 17 de Febrero de 1868 que citamos en el capítulo anterior, previniéndose en su art. 8.º, que en todo asunto entre partes, cuyo interés no exceda de 600 rs., siendo el demandado aforado de guerra, conozca la jurisdiccion militar, arreglándose en estos juicios á la citada real órden de 8 de Diciembre de 1796 y nota 2.ª, ley 8, tit. III, lib. XI, N. R.; sin tenerse en cuenta, que segun ántes queda expuesto, han sido derogadas por la de Enjuiciamiento civil, y que la real órden de 3 de Febrero de 1857 se halla en el mismo caso.

Pero aparte de esto, no siempre que se trate de una cuestion sobre asunto cuya cuantía no exceda de 600 rs., puede tratarse en juicio verbal, y ante los jueces de paz, pues estos no son competentes para conocer de las demandas comprensivas de varios extremos, algunos de los cuales no caben dentro de sus facultades, aunque puedan decidir respecto de los otros (S. 27 Abril 1858); ó cuando el objeto del juicio envuelve el cumplimiento ó anulacion de medidas extrañas al ejercicio de las funciones que la ley les atribuye y ajenas al conocimiento de la jurisdiccion ordinaria S. 16 Febrero 1860, y 15 Setiembre 1863.

Indicaremos por último, que aunque por regla general, el conocimiento de los juicios verbales corresponde solamente á los jueces de paz, y en su caso, á los de primera instancia; cuando el demandado renuncia implícitamente el beneficio de una ejecutoria obtenida en un juzgado de paz, en el mero hecho de concurrir despues en otro juicio sobre la misma reclamacion, celebrado ante otro juzgado, no puede entónces haber disputa alguna de competencia. S. 27 Octubre 1868.

Creemos que ya no puede haber cuestion sobre los puntos que abraza este capítulo; mayormente cuando en los decretos de 6 y 31 de Diciembre de 1868, y de 8 de Febrero de 1869 sobre unificacion de fueros, no se atribuye á la jurisdiccion de guerra ni

á la de marina la facultad de conocer de los juicios verbales.

#### CAPÍTULO IV.

##### *De la competencia de la jurisdiccion ordinaria para el conocimiento de los interdictos.*

Sobre este punto, tanto la antigua como la moderna legislacion y la práctica constante de los tribunales, han estado siempre de acuerdo en atribuir á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de todos los juicios sumarísimos de posesion (S. 6 Diciembre 1860); y prescindiendo ahora de la leyes recopiladas, debemos recordar, que con arreglo á lo dispuesto en el art. 44 del reglamento provisional para la administracion de justicia, los jueces de primera instancia son los únicos competentes para conocer de los interdictos de despojo, cualquiera que sea el fuero del despojante ó perturbador, no obstante haberse retardado el cumplimiento de la providencia de amparo, pues esta circunstancia no hace variar la naturaleza de la accion (S. 2 Diciembre 1855); y aunque la real instruccion de 30 de Setiembre de 1853 modificó el procedimiento de dichos juicios, estos subsistieron en su esencia, quedando vigente aquella disposicion del citado reglamento. S. 1.º Marzo 1854.

La misma fué trasladada al art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, segun el cual el conocimiento de los interdictos de todas clases corresponde, como ya hemos dicho, á la jurisdiccion ordinaria, cualquiera que sea el fuero de los demandados; y segun el art. 695 es juez competente en el interdicto de adquirir el del lugar en que se hallan sitos los bienes cuya posesion se pide ó se contradice, lo cual es conforme con lo dispuesto en el art. 5.º de la misma Ley, que declara juez competente para conocer en los pleitos en que se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles el del lugar en que radique la cosa litigiosa (S. 22 Setiembre 1857, y 19 Setiembre 1865). Pero no solamente para conocer de los interdictos de adquirir tiene exclusiva competencia la jurisdiccion ordinaria, sino para el de todos los demás que se

enumeran en el art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento, cuales son el de retener la posesion, el de recobrarla, y los que se dirigen á impedir una nueva obra, ó que una obra vieja cause daño. S. 15 Junio 1861.

Puede haber duda sobre si ciertos actos son propiamente materia de interdictos, ó de faltas, y por consiguiente, si se ha de instruir civil ó criminalmente el breve juicio que en uno y otro caso procede; pero cuando el hecho de haber entrado en una heredad ajena es denunciado, no como falta, sino reclamado como un interdicto de recobrar la posesion perturbada, y el juez y la audiencia conocen de él en sus respectivas instancias, lo hacen con competencia indisputable. S. 6 Diciembre 1860, y 22 Mayo 1862.

Nada más que estas sencillas doctrinas hallamos en la jurisprudencia acerca de una materia de tan frecuente aplicacion judicial.

## CAPÍTULO V.

### *De la competencia de los jueces ordinarios en los actos de jurisdiccion voluntaria.*

Todos los actos de jurisdiccion voluntaria deben ejecutarse con arreglo á la regla 1.<sup>a</sup>, art. 1208 y al 1209 de la Ley de Enjuiciamiento civil y ante los jueces de primera instancia; siendo por consiguiente estos los únicos competentes para el conocimiento de los asuntos de dicha clase, que son los definidos en el artículo 1207, y ademas los prorrateos de pensiones forales, con arreglo al real decreto de 18 de Abril de 1857. Es por consiguiente contrario á la ley, el empeñar contiendas de jurisdiccion sobre este punto; y aunque en varias ocasiones las han suscitado algunos juzgados de guerra y de marina, el Tribunal Supremo las ha decidido siempre, como no podia ménos de suceder, en favor de la jurisdiccion ordinaria: de modo que, ademas del terminante precepto de la ley, viene en su apoyo la doctrina constantemente admitida por la jurisprudencia, como puede verse entre

otros fallos, en los de 17 Diciembre 1858; 17 Marzo 1859; 25 Enero 1860; 30 Enero 1861; 2 Junio 1863, y 29 Setiembre 1868.

Á pesar del precepto legal y de las decisiones uniformes que en este sentido se han dictado, todavía han empeñado las jurisdicciones privilegiadas tenaces controversias, sosteniendo corresponderles el conocimiento de las reclamaciones de alimentos provisionales; mas se ha resuelto del mismo modo por dicho Tribunal, que es exclusiva de la jurisdiccion ordinaria la competencia para entender en esta clase de cuestiones. S. 17 Diciembre 1858; 17 Marzo 1859; 21 Junio y 6 Agosto 1860; 6 Mayo y 31 Diciembre 1861; 2 Junio 1863; 1.º Abril 1865, y 30 Julio 1868.

Aun se ha querido disputar á dicha jurisdiccion hasta el cumplimiento de sus providencias sobre la prestacion de los mismos alimentos, sosteniéndose, que para ello tratándose de una persona aforada, era necesario impetrar el auxilio de sus propios jueces, con arreglo á lo que establecia la ley 23, tít. IV, lib. VI, N. R.; pero se ha declarado sin embargo, que tanto por corresponder á la jurisdiccion ordinaria todo lo relativo á esta materia, como por lo especialmente dispuesto en los arts. 1215 y 1218 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dicha ejecucion compete á los jueces de primera instancia, sin necesidad de impartir el auxilio de ningun juez especial. S. 6 Mayo 1861.

Tambien ha sido preciso declarar en cuanto al depósito de personas, que éste corresponde exclusivamente á la jurisdiccion ordinaria, con exclusion de todo fuero (S. 3 Julio 1868); y que si se trata de mujer casada, compete el conocimiento al juez del domicilio de ésta, que es el mismo que el del marido, mientras no se decrete legalmente el divorcio; pero que cuando se dicta la providencia de depósito, y despues de presentarse la demanda para la declaracion de aquel, se dicta sentencia constituyendo el depósito definitivo, ya cesa la jurisdiccion del juez sobre este punto, y no es admisible, sino mal formada la cuestion de competencia. S. 10 Junio 1868.

Respecto de jueces de primera instancia entre si se han sostenido alguna vez cuestiones de esta clase, suponiéndose equivocac-

damente, que aun para tratar de la designacion de alimentos provisionales, debe precisamente acudirse al juzgado del domicilio de la persona contra quien se hace la reclamacion, en cumplimiento de las reglas consignadas en el art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil; mas como era consiguiente se ha declarado (S. 4 Octubre 1867), que estas reglas no son aplicables á los actos de jurisdiccion voluntaria, puesto que todas ellas se refieren á juicios contenciosos entre partes: que estableciendo en general el art. 1208 que las actuaciones de aquellos actos se practiquen en los juzgados ordinarios, sin determinar ninguno, debe estimarse competente el del lugar donde resida la persona que ante él reclame los alimentos provisionales, para decretarlos en su caso con arreglo á derecho, y para llevar á efecto la providencia, sin perjuicio del recurso de apelacion que por el art. 1214 se concede.

Dichos actos de jurisdiccion voluntaria quedan fenecidos con la designacion de la cantidad alimenticia, sin que procedan más actuaciones ulteriores que las necesarias para la ejecucion de lo juzgado (S. 31 Diciembre 1861). Pero si despues, usando de su derecho las personas interesadas, propusieren demanda ordinaria para obtener alimentos permanentes, conviene advertir para evitar equivocadas interpretaciones que puedan dar lugar á conflictos infundados, que dicha demanda envuelve el ejercicio de una accion puramente personal, y debe por tanto proponerse ante el juzgado del fuero del demandado, y que por consiguiente si éste es militar, es competente el respectivo de guerra, pues no es caso de excepcion con arreglo á la ley. S. 28 Marzo 1860. <sup>1</sup>

Todo lo relativo al nombramiento de tutor y curador, el discernimiento del cargo y sus consecuencias, son tambien actos de jurisdiccion voluntaria, y por consecuencia, del exclusivo conocimiento de la jurisdiccion ordinaria. Esto no puede ponerse en

---

<sup>1</sup> Esto, sin embargo, no procede despues del decreto sobre unidad de fueros, de 6 de Diciembre de 1868.

duda; mas si se han suscitado algunas cuestiones de competencia sobre puntos incidentales; y el resultado de ellas ha sido declararse, que previniéndose en el art. 1250 de la Ley de Enjuiciamiento, que discernido el cargo de curador ejemplar, se le entregue el caudal del incapacitado, debiendo hacerse inventario de él, y entregársele igualmente los títulos y documentos necesarios para administrar los bienes; es competente para todas estas diligencias el mismo juez que hizo el nombramiento, por ser una consecuencia de él, y necesario todo para el ejercicio de la curatela (S. 30 Junio 1859). De igual modo se ha declarado (S. 7 Octubre 1863) tambien, que la rendicion de cuentas por un tutor es una consecuencia de la tutela: que por consiguiente el juez que discernió el cargo de ella es el competente para entender en las resultas de su ejercicio; y que el mismo juez es tambien el que debe conocer de las cuestiones que se promuevan sobre la remocion del tutor ó curador. S. 18 Abril 1863, y 15 Setiembre 1864.

No puede ponerse en duda, que con arreglo á la ley, las diligencias necesarias para la apertura y protocolizacion de los testamentos son actos de jurisdiccion voluntaria, propios por lo tanto de los jueces de primera instancia; pero sin embargo ha sido necesario que así se declare (S. 1.º y 8 Agosto 1859, y 23 Mayo 1860); <sup>1</sup> añadiéndose en la primera de las tres decisiones citadas, que dicha protocolizacion debe hacerse precisamente en el regis-

---

1 Debe tenerse presente sin embargo, lo dispuesto en el art. 7.º del decreto de 6 de Diciembre de 1868, segun el cual, la prevencion de los juicios de testamentaria y abintestato de los militares y marinos muertos en campaña ó navegacion, corresponde á los jefes y autoridades de guerra y marina; entendiéndose para este efecto por prevencion de tales juicios, las diligencias expresadas en los arts. 351 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil; quedando archivadas en los archivos de las expresadas jurisdicciones cuando no hayan de continuarse en el juicio respectivo. Lo mismo está reiterado en el art. 1.º del decreto de 31 de Diciembre de dicho año, y en el 2.º del de 8 de Febrero de 1869.

tro del notario autorizante del testamento, siempre que sea posible, con arreglo al art. 1400 de la ley.

Tales son las doctrinas que más directamente se refieren á la competencia sobre asuntos de jurisdiccion voluntaria, sin perjuicio de las que por incidencias se exponen en los demas títulos de este tratado.

Pero no podemos terminar este capítulo, sin volver á hacer mencion de la real orden ántes citada, expedida por el Ministerio de la Guerra en 17 de Febrero de 1868, en la cual, entre otras disposiciones de que nos haremos cargo en sus respectivos lugares, se establece en su art. 11, que en los expedientes de dicha clase correspondientes á los aforados de guerra, no se apliquen las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, mediante á que la prevencion 1.<sup>a</sup> de la real orden de 12 de Marzo de 1856 tuvo por único objeto uniformar la tramitacion y solemnidades de los procedimientos forenses en los negocios comunes ú ordinarios, que en la jurisdiccion militar y de extranjería no tuvieran establecido por las ordenanzas y leyes un método de proceder especial. De manera que segun se da á entender en esta real orden, los actos de jurisdiccion voluntaria tienen una sustanciacion especial por las leyes y ordenanzas, y por consiguiente su conocimiento corresponde, cuando son interesados los militares, á la jurisdiccion de guerra. Pero semejante real resolucion es opuesta visiblemente á la Ley de Enjuiciamiento civil, y á las doctrinas de jurisprudencia que dejamos consignadas; y por consiguiente, ni la jurisdiccion ordinaria, ni mucho ménos el Tribunal Supremo, que es el más fiel custodio de la ley, podrán obedecerla, porque como ha dicho en varias ocasiones, y nosotros recordamos en el título preliminar de la primera parte de esta obra, las leyes no pueden ser derogadas por reales órdenes, y á aquellas por consiguiente y no á estas, deben atenerse los tribunales en el cumplimiento de su severo cargo y del juramento que tienen prestado todos los magistrados y jueces. Por fortuna el decreto de 6 de Diciembre de 1868, que tantas veces hemos citado, ha venido á resolver estas cuestiones de un modo concluyente.

## CAPÍTULO VI.

*De la competencia de las salas de las audiencias para conocer de la segunda instancia, y de la de los regentes para asistir á las vistas.*

Para que en punto á cuestiones de incompetencia haya ejemplares de todas clases, ha llegado el caso de negarse su jurisdiccion á la sala de una audiencia para conocer en segunda instancia de un asunto; y se ha elevado la cuestion hasta el recurso de casacion fundado en la causa 7.<sup>a</sup> del art. 1013. En efecto, sustanciada una segunda instancia, la Sala dejó sin efecto la providencia apelada, y mandó que volviesen las actuaciones al juez para que procediera con arreglo á derecho; y verificado así se remitieron los autos á la misma Sala en virtud de nueva apelacion; mas una de las partes le negó su competencia para decidirla, en atencion á que ya habia prejuzgado la cuestion, dictando una sentencia segun la cual habia formado su criterio, y no podian los litigantes tener garantía de que se les administrase justicia, ni de que los razonamientos de los mismos hiciesen variar la opinion de la Sala. Mas no habiéndose inhibido ésta, elevado el asunto al Tribunal Supremo, se declaró (S. 7 Febrero 1868,) que segun la regla 1.<sup>a</sup> del art. 58 del reglamento provisional, corresponde á las audiencias conocer de los pleitos que los jueces de primera instancia de su territorio les remitan por apelacion: que habiendo tocado el asunto por repartimiento á una sala, no podia quedar inhabilitada por acordar la devolucion de los autos al juez para que pronunciase nueva sentencia con arreglo á derecho, ni prejuzgó la cuestion en el fondo; y que por consiguiente es infundado suponer que en la segunda apelacion intervino sin jurisdiccion, pues la tenia completa para el conocimiento y fallo del asunto.

Extraño parece tambien, que haya habido necesidad de fijarse doctrina sobre el segundo punto á que se refiere el epígrafe de este capítulo, por haberse puesto en duda la jurisdiccion y com-

petencia de los presidentes de los tribunales superiores para intervenir en la vista y fallo de las segundas instancias; y que hayan llegado á sostenerse recursos de casacion, suponiéndose que por dicha intervencion se ha incurrido en nulidad. Pero tal es, como muchas veces hemos indicado, la propension á ponerlo todo en duda, aun lo más claro y evidente, y el empeño de sostener recursos de todas clases, aun los más destituidos de fundamento. Sabido es, que segun el art. 25 de las ordenanzas de las Audiencias, los regentes pueden asistir diariamente á la vista en cualquiera de las salas; facultad por más de un concepto ventajosa. En cumplimiento de esta disposicion, constantemente hicieron aquellos uso de ese derecho, hasta que al empezar á aplicarse la Ley de Enjuiciamiento civil, algunos dejaron de hacerlo, porque determinando el art. 56 de ésta, que en caso de discordia uno de los dirimientes sea siempre el regente, se creian como excusados de esta obligacion y aun impedidos de la asistencia, para quedar exentos de todo compromiso y poder concurrir á dirimir las discordias que pudiera haber. No hemos dudado nunca de que los que así han solido proceder, lo habrán hecho animados del mejor deseo, y llenos de celo por el cumplimiento de la ley; pero no nos ha parecido acertada esa abstencion, porque si alguna rara vez, asistiendo el regente, ocurre una discordia, claro es que no pudiendo él mismo dirimirla, puede hacerlo en su lugar el presidente que le reemplace. No todos los regentes han dado, sin embargo, esa desacertada interpretacion al ejercicio de sus deberes, y por el contrario han continuado asistiendo alternativamente á alguna de las salas; y con este motivo se ha intentado en dos ocasiones negarles su jurisdiccion y competencia para ello, sosteniéndose recursos, fundados, ya en el párrafo 7.º art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento, que señala como causa de nulidad la incompetencia de jurisdiccion, ya en el 8.º del mismo artículo, que determina tambien como motivo de igual nulidad el haber concurrido á dictar sentencia uno ó más jueces cuya recusacion intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado siendo procedente. Pero como debia esperarse, ni en uno ni en otro de los expresados recursos ha podido prevalecer una interpretacion tan errónea

de los dos expresados párrafos; y por el contrario, se ha declarado: que la asistencia del regente á la vista de un pleito, no vicia la jurisdiccion de la sala considerada colectivamente, porque en la Ley de Enjuiciamiento no hay disposicion que expresamente le dispense de cumplir el citado art. 25 de las Ordenanzas (S. 19 Noviembre 1863): que tampoco se puede conceptuar prohibido tácitamente en el art. 56 de aquella ley, el intervenir en dichas vistas, ni por consiguiente deducirse de su intervencion en ellas la incompetencia de una sala, porque el sentido de esta regla debe entenderse en términos hábiles, es decir, que en caso de discordia, cuando no sea discordante, ni concurra en él impedimento legitimo que lo estorbe, el regente ha de ser siempre uno de los dirimientes, como sucede con los demas ministros de la sala en que radica el pleito, que no han concurrido á la vista en que se causó la discordia; y por último, que no siendo recusado el regente en el expresado caso de asistir á aquel acto, no hay el menor motivo para negarle su competencia, ni para fundar el recurso en el citado párrafo 8.º del art. 1013. S. 13 Octubre y 19 Noviembre 1863.

De esta manera ha sido explicada la ley y sentada la buena doctrina, aunque parecia lo uno y lo otro innecesario por la claridad de aquella y lo inconcuso é indisputable de ésta; y es de esperar que no se reproduzca tan inoportuna cuestion, ni se eximan con este pretexto los regentes de asistir á las salas, pues no hay ningun impedimento legal que los inhabilite.

## CAPÍTULO VI.

### *De la competencia en los asuntos que tienen algun roce con la administracion.*

No entran en los límites de esta obra los conflictos que tan frecuentes son entre las autoridades administrativas y las judiciales, pues como estos no se resuelven por el Tribunal Supremo, sino por el Consejo de Estado, con sujecion á la legislacion especial que acerca de ellos rige (S. 10 Abril 1865), las doctri-

nas relativas á esta materia no forman parte de la jurisprudencia civil á que se contrae nuestro trabajo. Pero sin embargo, como sobre este punto se han consignado incidentalmente algunas reglas emanadas de las mismas leyes administrativas, por el alto Cuerpo judicial que nos sirve de norma, vamos á resumirlas en este capítulo, porque todas ellas enseñan cuándo debe abstenerse la jurisdiccion ordinaria de conocer de asuntos que no son de su incumbencia, y aun de promover por consiguiente conflictos de jurisdiccion sobre materias que no son de sus atribuciones.

Es demasiado sabido, y ya lo dijimos en el cap. 4.º, que la instruccion y fallo de todos los interdictos comprendidos en el título XIV de la Ley de Enjuiciamiento civil, corresponden exclusivamente á la jurisdiccion ordinaria, como ántes de la publicacion de aquella lo habia establecido el art. 44 del reglamento provisional para la administracion de justicia de 26 de Setiembre de 1835 (S. 2 Diciembre 1853; 1.º Marzo 1854; 22 Setiembre 1857; 6 Diciembre 1860; 15 Junio 1861; 22 Mayo 1862, y 19 Setiembre 1865); pero no puede tampoco ignorarse, que los incidentes sobre las ventas de bienes del Estado y sobre el cumplimiento de las reales órdenes relativas á este punto, corresponden á las autoridades administrativas; y es igualmente conocida la real resolucion de 8 de Mayo de 1839, que prohíbe la admision de dichos interdictos contra los acuerdos que las autoridades y corporaciones administrativas dictaren en el ejercicio de sus atribuciones; así como el real decreto de 4 de Junio de 1847, por el cual se autoriza á los gobernadores civiles para entablar cuestiones de competencia, á fin de evitar que la jurisdiccion ordinaria proceda por medio de interdictos para entorpecer la ejecucion de aquellos acuerdos. Por consiguiente, aunque en estos casos las personas interesadas en los negocios de que se trate se sometan voluntariamente á dicha jurisdiccion, no puede esta privar á las autoridades administrativas de su competencia en los mismos asuntos cuyo conocimiento les corresponda. 30 Enero 1860.

Tampoco es lícito á los jueces ordinarios entrometerse en el conocimiento de todo lo relativo á contribuciones, por cuya ra-

zon contra la exaccion de estas, como atribucion propia de la administracion activa, debe reclamarse gubernativamente por los medios establecidos al efecto. S. 11 Junio 1864.

Lo mismo sucede en cuanto á la imposicion y exaccion de multas, que ocasione la ocultacion de bienes, á que se refiere la Ley de desamortizacion de 1.º de Mayo de 1855, lo cual debe decidirse administrativamente; y contra las resoluciones de esta clase dictadas por las direcciones generales, que causan estado, sólo puede reclamarse por la via contencioso-administrativa. S. 25 Abril 1862.

De igual indole administrativa son las cuestiones sobre expropiacion por causa de utilidad pública é indemnizacion y aprecio de las fincas que se hayan de expropiar; y así, mientras no se decide en la esfera gubernativa lo correspondiente á estos particulares, no se puede entrar en las controversias relativas al dominio, que son propias del conocimiento de los tribunales de justicia. S. 7 Abril 1866.

Segun dijimos al tratar de la propiedad de las aguas en la primera parte de esta obra, como es atribucion de las corporaciones municipales la distribucion de las de comun aprovechamiento, ni este punto, ni lo relativo á los abusos que puedan cometerse acerca de la concesion de las mismas, son de la competencia de los tribunales ordinarios, aun en el caso de que las disposiciones de aquellas envuelvan alguna infraccion legal. S. 18 Marzo 1862.

Tambien es propio de la administracion, aunque en la via contencioso-administrativa, decidir las cuestiones sobre el uso y distribucion de los bienes provinciales ó comunales, con arreglo al párrafo 1.º, art. 83 de la ley de 25 de Setiembre de 1863; pero tratándose de la propiedad de esos mismos bienes, los tribunales comunes son los únicos competentes. S. 23 Abril 1868.

En todos estos casos y en los demas en que puedan ocurrir cuestiones sobre competencias jurisdiccionales entre los jueces ordinarios y las autoridades administrativas, la resolucion corresponde al poder supremo, prévia audiencia del Consejo de Estado, y con arreglo á la legislacion especial de esta materia.

con exclusion, por consiguiente, de los tribunales ordinarios, los cuales no tienen potestad, ni aun para declarar si el conocimiento de dicha clase de negocios compete á la administracion. Pero sin embargo, como todas las cuestiones de esta clase son por su naturaleza de órden público; si bien los mismos tribunales y jueces deben declararse incompetentes para el conocimiento de los negocios puramente administrativos, siempre que se someta á su decision alguno de esta naturaleza, y aun inhibirse de él, aunque no medie reclamacion de autoridad extraña; tienen precision de verificarlo, en su caso, con audiencia del ministerio fiscal ó á excitacion de este, segun determinan los arts. 4.º y 5.º del citado real decreto de 4 de Junio de 1847. S. 22 Mayo 1862, y 10 Abril 1865.

Sin embargo de lo expuesto hasta aquí, es siempre propio de los juzgados y tribunales de justicia el conocimiento de toda cuestion que verse sobre puntos de derecho, aun cuando traiga origen de un asunto gubernativo ó administrativo ya terminado (S. 15 Febrero 1865); porque todas las providencias que acuerda la administracion dentro de los límites de su competencia, dejan siempre á salvo el derecho de que los interesados se crean asistidos, para ejercitarlo ante los tribunales de justicia en juicio ordinario (S. 14 Octubre 1867), y á ellos tambien corresponden las cuestiones promovidas entre particulares y que tienen por objeto las personas y los bienes en sus relaciones de individuo á individuo: por consiguiente, cuando en un litigio no se trata de intereses que afecten á la administracion, no es aplicable el párrafo 8.º, art. 8.º, de la Ley de 2 de Abril de 1845, relativo al uso y aprovechamiento de las aguas de los pueblos. S. 22 Marzo 1864.

Lo mismo sucede en cuanto á los litigios concernientes á la legitimidad y antelacion de créditos contra algun Ayuntamiento, los cuales están reservados al conocimiento de la jurisdiccion ordinaria por el real decreto de 12 de Marzo de 1847; y aunque la citada ley de 1845 declarara de la competencia de los consejos provinciales el conocimiento de las consecuencias y efectos de los contratos celebrados con la Administracion, no puede invo-

carse dicha ley, cuando se trata de la reclamacion de un particular que con aquella nada ha estipulado. S. 25 Abril 1860.

Estas sencillas doctrinas son las únicas que entran en los límites de nuestro trabajo, pues las varias y complicadas establecidas por el Consejo de Estado, tanto en la resolucion de las contiendas jurisdiccionales, como en la esfera de lo contencioso, son propias de un tratado de jurisprudencia administrativa que no ha llegado aun á escribirse, y que importa mucho se publique por alguna persona competente. <sup>1</sup>

## TÍTULO IV.

### *Del fuero competente para el conocimiento de los juicios universales.*

#### CAPÍTULO PRIMERO.

##### *Del fuero competente para los juicios de testamentaria.*

Á excepcion de la prevencion de los juicios de testamentaria y abintestato de los aforados de guerra y de marina que mueren en campaña ó abordo, todos los de esta clase, incluso los de los eclesiásticos, corresponden á la jurisdiccion ordinaria; mas aun entre los jueces de esta se promueven frecuentemente controver-

---

<sup>1</sup> Hace algunos años, que un celoso empleado en el Consejo de Estado, y luégo digno fiscal del mismo, D. Juan Sunyé, empezó á publicar con merecida reputacion un utilísimo trabajo de esta clase, con el título de *Jurisprudencia administrativa*; pero desgraciadamente no lo terminó, y sólo dió á luz el tomo I, que alcanza hasta el año de 1847. Varios otros libros conocemos sobre esta materia; pero ninguno contiene acerca de ella un tratado completo.

sias sobre el conocimiento de estos juicios, á pesar de que las disposiciones legales sobre este punto son muy claras y sencillas.

Por regla general los juicios de esta clase, ya sean voluntarios, ya necesarios, corresponden al juez del domicilio del testador (art. 410 de la Ley de Enjuiciamiento civil), salvo el caso de sunision tácita ó expresa de los interesados, siempre que sea á un juez ordinario (art. 411 id.), pues ya hemos dicho, que no puede hacerse á ninguno de los especiales [ó privilegiados. Esta disposicion legal, á pesar de ser tan terminante, ha sido reiterada por multitud de fallos, entre otros de 18 y 23 Noviembre 1858; 11 Abril 1859; 29 Setiembre y 9 Noviembre 1860; 7 Setiembre 1863; 2 Agosto 1866; 10 Mayo 1867, y 24 Enero y 6 Junio 1868, y ademas se ha aclarado ó explicado por algunas decisiones, de las cuales se desprenden varias reglas que vamos á resumir.

Siempre es el domicilio del difunto, y no el de los herederos, el que produce fuero (S. 23 Noviembre 1858); principio que no se altera por la circunstancia de residir y haber fallecido accidentalmente el testador en otro pueblo, y ménos en país extranjero, segun lo demuestra el art. 412 de dicha Ley de Enjuiciamiento (S. 11 Abril 1859 y 24 Enero 1868), que dispone, que el juez del lugar en que ocurra la muerte debe prevenir el juicio, y remitir al del domicilio los autos que haya formado, para que éste los continúe con arreglo á derecho.

Para el mismo efecto indicado, debe considerarse como domicilio propio, el lugar donde tuviere el testador algun establecimiento ó bienes, cuando no consta que lo hubiese perdido; y no puede servir de obstáculo el haber fallecido accidentalmente en otra parte (S. 9 Noviembre 1860, y 7 Setiembre 1863). Cuando muere una persona en país extranjero, y no hay datos bastantes por los cuales se demuestre que hubiese trasladado allí su domicilio, ni consta el que tuviera, debe entenderse que se hallaba domiciliado en el lugar en que quedó establecida su familia, y que su ausencia era accidental é interina. S. 2 Agosto 1866.

Con igual objeto de reputar cuál es el domicilio en caso de

cambio de él, se entiende, como dijimos en el lugar oportuno de la parte primera de esta obra, suplida la manifestacion expresa del domiciliado, por su residencia habitual por más de un año con casa abierta, cuando no se ha expresado el deseo de conservar el domicilio anterior. S. 10 Mayo 1867.

El juicio de testamentaria como universal atrae á sí todas las reclamaciones que contra los bienes pertenecientes á la misma se dirijan; y por lo tanto la decision de todas ellas corresponde al juez ante quien dicho juicio se halle legitimamente radicado (S. 15 Febrero 1858; 1.º Febrero 1864; 14 Setiembre 1865, y 17 Diciembre 1866). Tambien es competente el juez de la testamentaria, para conocer de las demandas que se ejerciten por acciones nacidas de hechos ú obligaciones procedentes de la misma (S. 18 Octubre 1864); y á dicho juicio deben acumularse todas las incidencias, pues de ellas es siempre competente el juez que de la misma testamentaria estuviere conociendo (S. 3 Abril 1857; 26 Marzo 1861; 28 Julio 1863, y 30 Julio 1868); aunque fuere por sumision tácita de los interesados (S. 23 Noviembre 1858); pero cesa toda atraccion, luégo que el juicio queda fenecido. S. 15 febrero 1858.

Si á la muerte de un cónyuge no se promueve el juicio de testamentaria, y continúan los bienes proindiviso hasta despues del fallecimiento del otro cónyuge, debe conocer de ambas testamentarias el juez del domicilio del que falleció últimamente, pues siendo la operacion de la division de los bienes muy compleja, no seria fácil practicarla de otro modo, sin dividirse la continencia de ambos juicios, y ademas sin ocasionar graves perjuicios á los herederos, y contravenir á las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento. S. 23 Noviembre 1860.

Las diligencias practicadas en un juzgado á instancia de parte, previniendo un juicio de testamentaria, ántes del fallecimiento del testador, son contrarias á lo prescrito en el art. 114 de dicha ley, y por consiguiente no pueden bajo ningun concepto apreciarse para decidir una cuestion jurisdiccional. Pero cuando en un juicio de esta clase ya incoado, uno de los herederos se somete voluntariamente á un juez especial, desistiendo de conti-

nuar ante el ordinario las diligencias promovidas, no puede despues impugnar la competencia de aquel, si ademas ha consentido las providencias, y se ha aprovechado de sus efectos, pues esto seria contrariar el principio relativo á la fuerza que tiene la cosa juzgada. Del mismo modo es extemporánea la cuestion de competencia despues de aprobadas y protocolizadas debidamente las particiones (S. 30 Mayo 1860); pues como dijimos en el capitulo 1.º, tit. I de esta primera parte, no proceden los incidentes de esta naturaleza en los juicios fenecidos. S. 6 Julio 1868.

Cuando los testamentarios se obligan condicionalmente á la entrega de los legados, no puede decirse que están sometidos á un juzgado como depositarios, ni á la entrega de ellos por la vía ejecutiva; y cualquier cuestion que se suscite acerca de si aquellos caben ó no en la herencia, debe ventilarse ante el juez del lugar donde el testador otorgó su testamento y falleció. S. 20 Diciembre 1853.

Contra los herederos en particular no puede dirigirse ninguna demanda, hasta despues de haberse terminado la testamentaria, pues antes es ésta la que debe ser demandada. S. 28 Diciembre 1853.

Cuando no consta que el causante de la herencia tuviese fuero privilegiado, debe reputarse que su testamentaria tampoco lo tiene, y por lo tanto deben los herederos comparecer ante la jurisdiccion ordinaria, porque el fuero personal de estos no puede aprovecharles en este caso. S. citada de 28 Diciembre 1853.

En estos juicios universales, lo mismo que en los de abintestato, son partes conexas el inventario y la particion, y por lo tanto el juez que es competente para conocer de la una, lo es tambien para todo lo demas. De aquí se deduce, que la unidad de estos juicios exige una completa reciprocidad: por manera, que siendo la jurisdiccion ordinaria la competente para las particiones de la herencia de los militares, debe conocer tambien del inventario de la misma. S. 8 Octubre 1856.

Pero la reclamacion de los honorarios de un abogado por los trabajos que hubiere prestado en una testamentaria, no puede decirse que es un incidente de la misma, porque no afecta á los

intereses de ella, sino á los particulares entre quienes se ha distribuido la herencia. S. 8 Abril 1865.

Debemos consignar por último, que no puede calificarse de testamentaria, el juicio que se ventila entre dos de los herederos sobre reclamacion de una herencia, y en el cual no son citados, ni intervienen los demas interesados. S. 6 Junio 1868.

Vamos á terminar este capítulo, haciéndonos cargo de una cuestion, que una sola vez hemos visto tratada en el Tribunal Supremo, acerca de la jurisdiccion competente para el conocimiento de las testamentarias y sus incidencias, de españoles domiciliados en pais extranjero, ó bien de extranjeros domiciliados en España, que no hayan perdido su propia nacionalidad. Ya expusimos en el título preliminar de esta obra la regla general admitida en el derecho internacional privado, segun la cual el estatuto personal, no mediando algun tratado, debe regir todos los actos que se refieren en lo civil á la persona del extranjero, y subordinarse éste á las leyes vigentes en el pais de que es súbdito, decidiéndose por él todas las cuestiones de aptitud, capacidad y derechos personales; porque en otro caso se introduciria la perturbacion y la facilidad de burlar las disposiciones de las leyes patrias que protegen los derechos de los súbditos, al mismo tiempo que les imponen las obligaciones correlativas. En este concepto, cuando un español con simple domicilio en un pais extranjero, otorga válidamente su testamento en cuanto á las solemnidades extrínsecas, arreglándose al estatuto formal, ó lo que es lo mismo, á las solemnidades exigidas en el pais en que testó, los tribunales de éste son competentes para todas las actuaciones de apertura del testamento y para dictar las oportunas diligencias respecto á evitar el riesgo de los bienes y asegurarlos y conservarlos. Pero la reclamacion de los legatarios ante el mismo tribunal extranjero, y la citacion de los herederos nombrados, no forman, ni pueden formar la prevencion del juicio universal de testamentaria, pues carece aquel tribunal de toda competencia, desde el momento en que por deferencia á los mandatos judiciales, se presenta ante él una de las partes interesadas, no para someterse á su jurisdiccion, sino para reclamar que el conoci-

miento de las cuestiones jurídicas que afecten á lo intrínseco del testamento, pase al tribunal del país de donde era ciudadano el testador y donde lo son sus herederos, y ante el cual se halla deducida la oportuna demanda. Solamente podría el tribunal extranjero tener competencia para el conocimiento de cuestiones que afectan al fondo del testamento, si el testador hubiese obtenido carta de naturaleza en aquel país, ó por lo ménos un verdadero domicilio, al que segun las leyes de la misma nacion estuviera anejo el goce de todos los derechos civiles. Y no basta para la impugnacion de estos principios, que el mismo testador, titulóndose ciudadano español, hubiese manifestado los motivos particulares que le impidieran naturalizarse en el país de su residencia, y que dejase un legado para su naturalizacion póstuma; mayormente no constando que por el mero domicilio ó residencia de mayor ó menor número de años, conceda la legislacion de aquel mismo país derechos civiles sobre sucesion. Tampoco puede servir de objecion, el consistir la herencia en bienes ó valores moviliarios, pues tal circunstancia, léjos de conceder jurisdiccion al juez del distrito de la residencia del extranjero, fija la de la nacion á que éste pertenece; porque en este caso tiene lugar el estatuto personal, y todo lo que él comprende es inherente á la persona y no á la residencia. En este sentido están dictadas las disposiciones del Código francés y las decisiones de sus tribunales; y por todas estas razones es indudable, que aunque la prevencion de las primeras actuaciones se haya ejecutado en el país donde falleció el testador, el conocimiento de su testamentaria, de la accion ó querella de inoficioso testamento, y de la consiguiente peticion de declararse éste nulo en cuanto á la institucion de heredero, competen al juzgado respectivo del país de donde el testador era natural y súbdito. Así se ha declarado por el Supremo Tribunal en un notable fallo (6 Noviembre 1867), que no dudamos servirá de doctrina de jurisprudencia en los casos análogos que puedan repetirse.

## CAPITULO II.

*De la competencia de la jurisdiccion ordinaria en los juicios abintestato.*

Dispone el artículo 354 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que sea juez competente para conocer de los juicios de abintestato el del domicilio que tuviera el difunto de cuya herencia se trate, y si lo tenia en el extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, ó donde esté la mayor parte de sus bienes. Pero aunque es tan claro y terminante este precepto, no se han podido evitar sin embargo algunas cuestiones de competencia acerca del conocimiento de esta clase de juicios; y ha sido necesaria la confirmacion de aquel precepto legal, en algunas decisiones del Tribunal Supremo. S. 30 Junio 1859, y 29 Setiembre 1864.

Tambien se ha tratado de interpretar en muchas ocasiones dicha disposicion de un modo erróneo, cuando el difunto de cuyo intestado se ha intentado conocer ha sido un aforado de guerra; mas la jurisprudencia, en reiteradas decisiones, ha venido á corroborar el precepto de la ley, sentando las doctrinas que deben regir sobre este punto. En efecto, de muy antiguo vienen sosteniéndose cuestiones sobre competencia para conocer de los asuntos en que son interesados los militares; y con el laudable propósito de evitarlas ó de disminuirlas al ménos, se expidió la real cédula de 8 de Marzo de 1793 (ley 21, tit. IV, lib. VI, N. R., reiterada en real orden de 5 de Noviembre de 1817), en que se resolvió, que los jueces militares conocieran privativa y exclusivamente de todas las causas civiles y criminales en que fuesen demandados los individuos del ejército, ó se fulminasen de oficio, exceptuándose únicamente las demandas de mayorazgo en posesion y propiedad y *las particiones de herencia*, como estas no proviniesen de disposicion testamentaria de los mismos militares. Parecia pues exento de toda duda, que cuando los juicios incoados para la particion de las herencias

provineran, no de testamentos otorgados por los mismos aforados, sino de abintestato, no disputaría su conocimiento la jurisdicción de guerra á la ordinaria; pero sin embargo, se ha sostenido con demasiada insistencia como ahora veremos, que dichos juicios de abintestato relativos á militares, correspondían á los jueces de su fuero especial. La primera vez que el Tribunal Supremo tuvo que entender, al ménos desde que sus decisiones se publican, en una contienda de esta clase, á pesar de que la jurisdicción militar estaba conociendo en el intestado de un aforado, nada resolvió aquel para evitar la usurpacion de las facultades exclusivas de la jurisdicción ordinaria: por lo ménos así se deduce de un fallo de 11 de Abril de 1854; pero despues de éste, en que nada se declaró directamente, se ha visto precisado á consignar una y otra vez, que con arreglo á la citada ley recopilada, corresponden á la jurisdicción ordinaria las particiones de las herencias que provengan de intestados militares. S. 15 Febrero 1859; 23 Febrero y 13 Abril 1860, y 31 Enero, 8 y 12 Junio 1861.

Debia esperarse que con resoluciones tan terminantes, no volverian á sostenerse cuestiones análogas; mas á pesar de estas reiteradas declaraciones, ha insistido la jurisdicción militar en atribuirse el conocimiento de dichos abintestatos, fundándose para ello en la disposicion del art. 5.º, tit. XI, tratado VIII de las ordenanzas del ejército, y sosteniendo, que no está derogado por la ley 21, tit IV, lib. VI, N. R.; que esta debe entenderse en el sentido de que solamente los abintestatos de un paisano cuyo heredero sea militar, corresponden á la jurisdicción ordinaria; y que la real órden de 17 de Enero de 1835 confirma lo determinado en el expresado artículo de las ordenanzas. Pero contra tan errónea asercion insistió el Tribunal Supremo en ratificar las doctrinas ya expuestas, añadiendo (S. 28 Noviembre 1861), que si bien dichas ordenanzas concedían á los jueces militares el conocimiento de las testamentarias y abintestatos de los aforados de guerra, está fuera de duda que las modificó la citada ley recopilada: que esta no puede entenderse en el sentido indicado de que los abintestatos propios del conocimiento de la

jurisdiccion ordinaria son únicamente los de paisanos cuyos herederos sean militares, pues terminantemente expresa que se exceptúan de la jurisdiccion militar «las demandas de mayorazgo en posesion y propiedad y *las particiones de herencias*, como éstas no provengan de disposiciones testamentarias de los mismos *militares*;» palabras que repitió la real órden de 5 de Noviembre de 1817, renovando su inviolable observancia: que aunque es cierto que en la real órden de 17 de Enero de 1835 se dice que los juzgados militares deben conocer de los abintestatos de los aforados de guerra, esta real disposicion aclaratoria se refiere á otras que no cita, y por ningun concepto puede tener fuerza derogatoria de una ley terminante; y por último, que el mismo Supremo Tribunal, al resolver varias contiendas de esta especie, singularmente en 15 de Febrero de 1859; 23 Febrero y 13 de Abril de 1860, y 30 de Enero de 1861, declaró que la jurisdiccion ordinaria es la única competente para entender en los juicios de abintestatos, aunque las herencias provengan de militares; y fijó de una manera preceptiva la inteligencia y aplicacion de la citada ley recopilada, sin que á ningun tribunal ni juzgado sea lícito ya sostener por este medio cuestiones improcedentes, con las que se causa grave daño á las partes interesadas. Pero á pesar de esta declaracion tan terminante, todavía insistió en su tenaz propósito la jurisdiccion militar, y fué preciso que se dictaran en igual concepto otras decisiones en 7 de Agosto y 5 de Diciembre de 1862, en 26 Febrero de 1863, y en 8 de Abril de 1865.

Tambien algunos juzgados de marina se han obstinado en sostener su competencia respecto al conocimiento de los abintestatos de los matriculados y otros aforados de su jurisdiccion, fundándose en el art. 24, tít. VI de la ordenanza y en una real órden de 17 de Enero de 1835; sin considerar que otra real cédula análoga á la ántes citada y de la misma fecha de 8 de Marzo de 1793 (ley 1.ª, tít. VII, lib. VII, N. R.), con el fin de evitar tambien cuestiones sobre competencia que, segun expresa, duraban tres, cuatro y más años, con grave perjuicio de la administracion de justicia, fijó los límites del fuero de marina, exceptuando

de su conocimiento las particiones de herencias, como estas no proviniesen de disposicion testamentaria. Así es que el Tribunal Supremo, en corroboracion de este precepto, ha declarado con sobrado fundamento: 1.º que las sucesiones de los matriculados son casos no comprendidos en el fuero militar segun la citada real cédula y ley, en las palabras «exceptuando las particiones de herencias, como estas no provengan de disposiciones testamentarias de matriculados,» pues ha de verificarse en ellos la circunstancia de no haber testamento, que es lo que caracteriza la excepcion: 2.º que si el expresado artículo de la ordenanza, que es la ley 11 de dicho título y libro, amplió el fuero á los abintestatos, con la modificacion del art. 2.º, tit. V de aquella, contenido en la ley 7.ª del mismo título y libro, la real órden de 5 de Noviembre de 1817 con fuerza de ley, por la época en que se expidió, volvió á limitarlo, renovando la inviolable observancia de dicha real cédula, con la declaracion expresa de que no estaba derogada: y 3.º que la real órden de 17 de Enero de 1835 debe conceptuarse por su fecha, únicamente como recordatoria de las disposiciones entónces vigentes en la materia, en las que la misma real cédula estaba tambien comprendida: de todo lo cual dedujo el Tribunal, que el conocimiento de dichos abintestatos corresponde exclusivamente á la jurisdiccion ordinaria (S. 26 Junio 1860). Lo mismo sustancialmente vino á decidirse en otra sentencia de 8 de Abril de 1865, sin que hayamos visto con posterioridad promoverse nuevas cuestiones de igual naturaleza.

Pero á pesar de todo lo expuesto no ha dejado de verse en alguna ocasion que un juzgado de marina entienda en el abintestato de un aforado suyo con la aquiescencia y tolerancia del Tribunal Supremo, segun se deduce de una decision de éste (de 6 Octubre 1860), en la cual se dijo, que hallándose dicho juzgado conociendo de un abintestato, y pudiendo por tanto decretar legitimamente el despacho de un exhorto, para que la jurisdiccion ordinaria inventariase é hiciese tasar bienes del mismo, estaba obligada ésta á su cumplimiento, sin haber tenido motivo fundado para promover competencia. Pero de esta decision nada pue-

de deducirse contra las doctrinas legales expuestas, porque en este caso, como acabamos de indicar, la jurisdiccion de marina entendia sólo de hecho y sin oposicion; y sin duda por esta razon el Tribunal Supremo no se entrometió á negarle sus facultades. De cualquier modo, este es un precedente aislado, que no puede formar regla general de jurisprudencia.

Hemos expuesto todo lo que precede, por no omitir ninguna doctrina que pueda interesar sobre esta materia; pero debemos sin embargo recordar lo que ya hemos dicho con referencia á los decretos ántes citados de 6 y 31 de Diciembre de 1868 y 8 de Febrero de 1869, á saber; que sólo incumbe ya á la jurisdiccion de guerra ó de marina la prevencion del juicio de testamentaria ó abintestato de los aforados muertos en campaña ó en navegacion.

### CAPÍTULO III.

#### *Del fuero competente para el conocimiento del juicio de concurso.*

Lo mismo que hemos dicho en el capítulo anterior en cuanto al juicio de testamentaria, puede repetirse ahora respecto del de concurso: las reglas que determinan la competencia del juez que de este último deba conocer, son aplicables no sólo á la jurisdiccion ordinaria, sino á la de guerra y de marina, si el deudor concursado disfruta de fuero especial; y cuando hay diversos acreedores de una misma persona, deben todos seguir el fuero que tenga el deudor comun (S. 8 Julio 1858); pero siempre en el concepto de estar estos juicios sometidos á la jurisdiccion ordinaria, segun el decreto de 6 de Diciembre de 1868.

Para conocer del juicio voluntario de concurso, es juez competente el del domicilio del deudor que se presente promoviéndolo (art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento civil); y si el concurso es necesario, corresponde declararlo á cualquiera de los jueces que estén conociendo de las ejecuciones contra el deudor (art. 522 id.). Ántes de ahora no era siempre privativo de la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de estos juicios, pues podia corresponder

tambien á alguna de las privilegiadas, por razon del fuero que tuviese la persona concursada (S. 8 Octubre 1859; 1.º Marzo y 13 Noviembre 1862, y 25 Febrero 1865). Pero repetimos, que en el dia no hay más que un fuero, que es el comun, para toda esta materia.

El juez del concurso está obligado por los arts. 519 y 524 de la citada Ley de Enjuiciamiento á dictar las providencias necesarias para el embargo y depósito de los bienes del deudor, y es de su competencia, segun el art. 520, el conocimiento de los incidentes que por consecuencia de aquellas se susciten (S. 13 Noviembre 1862). Este juicio de concurso, ya sea voluntario, ya necesario, es universal como el de testamentaria, y por esta razon tiene con arreglo á derecho la cualidad de atraer á sí todas las reclamaciones judiciales pendientes sobre responsabilidades pecuniarias, que afecten á los bienes del concursado; pero sin embargo, esta atraccion no procede mientras dicho juicio no quede legítimamente constituido, mediante la declaracion de estar bien formado el concurso, hecha en virtud de la conformidad expresa ó tácita de todos los acreedores ó de los que á aquel concurrán, ó decidiendo ejecutoriamente la oposicion que sobre el particular se presentare en virtud de la citacion que de todos ellos debe preceder (S. 13 Diciembre 1853, y 27 Mayo 1854). Consecuencia de dicha atraccion es, que el juez del concurso sea el competente para disponer y acordar todo lo que relativamente á los bienes del concursado proceda (S. 21 Febrero 1861); y asimismo para conocer, no sólo de los autos principiados ante otros jueces con anterioridad á la formacion del concurso, sino también de los que se empiecen despues con relacion á los bienes del concursado: doctrina consignada en el párrafo 3.º, art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al prescribir que cuando haya concurso, se acumulen á él todas las demandas que se promuevan contra el concursado; lo cuál siempre procede en juicios universales, segun el art. 163 de la misma ley. S. 7 Junio 1867.

Pero no debe darse tanta latitud á la atraccion expresada, que se lleve más allá de lo justo y conveniente, pues con arreglo al

art. 523 de la ley, sólo es precisa la acumulacion de los pleitos ejecutivos pendientes en otros juzgados contra el concursado (S. 20 Diciembre 1859, y 6 Setiembre 1864); y no puede darse aquella calificacion á las diligencias necesarias para el cumplimiento de una sentencia ya ejecutoriada. Dicha S. 6 Setiembre 1864.

## TITULO V.

### *Del fuero y jurisdiccion militar y de extranjeria, en los asuntos civiles.*

#### CAPÍTULO PRIMERO.

##### *Del fuero militar, en lo civil.* <sup>1</sup>

Á pesar de que en buenos principios este fuero debiera haber estado limitado solamente á la parte criminal y aun eso por deli-

---

<sup>1</sup> Cuanto vamos á exponer en este capítulo pierde mucho en interés despues de publicado el decreto que hemos citado tantas veces, de 6 de Diciembre de 1868, en cuyo art. 1.º se establece, que la jurisdiccion ordinaria es la única competente para el conocimiento de los negocios comunes civiles de los aforados de guerra y marina de todas clases retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados, aunque estén en el activo. Más terminante nos parece el decreto de 31 de Diciembre del mismo año, segun el cual solamente compete á la jurisdiccion de guerra la prevencion de las testamentarias y abintestatos de los militares muertos en campaña, y el conocimiento de todos los negocios civiles de las personas residentes en las plazas fuertes de África. Lo mismo dispone en cuanto á la prevencion de las testamentarias y abintestatos de los marinos el decreto ya citado de 8 de Febrero de 1869; de lo cual debemos deducir, que aun

tos puramente militares ó cometidos durante el servicio activo del ejército y de la marina, ha subsistido, sin embargo, en materia civil y criminal, no solamente en favor de los que se hallaban sirviendo, sino de los que se retiraban con el goce de dicho fuero: de lo cual se seguían tantas cuestiones sobre competencia jurisdiccional, como puede deducirse del cúmulo de decisiones que habremos de citar en todo este título, ocasionándose además por precisa consecuencia, la dilacion y el aumento de gastos en los litigios con grave daño de la administracion de justicia.

Todavía podia haber tenido algun remedio este mal, aun subsistiendo dicho fuero en principio, si se hubiese permitido al que lo disfrutaba, poder renunciarlo, pues es seguro, que conociendo sus propios intereses habria prescindido de un privilegio, que si alguna vez pudo ser beneficioso por varios motivos que no es ocasion de exponer ahora, de seguro no era ya ventajoso, ántes bien perjudicialísimo por más de un concepto á los mismos aforados. Pero, sin embargo, así como el goce de ese privilegio se ha tenido por cosa favorable, con igual carencia de fundamento se ha sostenido también la máxima, de que por estar aquel concedido á la clase en general y no á las personas, no podia el que lo disfrutaba renunciarlo, ni someterse á una jurisdiccion diferente de la propia.

Lo más extraño es, que el tit. I, trat. VIII de las Ordenanzas del ejército de 22 de Octubre de 1778, contenido en la ley 14, tit. IV, lib. VI, N. R., en que se recapitulan todas las exenciones y preeminencias del fuero militar, y se expresan las personas que lo gozan, nada dispuso terminantemente sobre este sometimiento ó renuncia; y sin embargo, por reales órdenes de 8 de Noviembre de 1830 y de 31 de Enero de 1847, cuando ya

---

los negocios comunes de los militares en activo servicio competen á la jurisdiccion ordinaria, á pesar de que el párrafo 2.º, art. 1.º del citado decreto de 6 de Diciembre, limita esta competencia á los pleitos de los retirados y de las viudas é hijos. Como quiera que sea, todavía creemos de alguna utilidad la exposicion de las doctrinas que han regido sobre esta materia.

parecía que por las ideas dominantes sobre la extension de la jurisdiccion ordinaria, debiera esperarse que se dejara en libertad á los interesados, de renunciar ó no á ese supuesto beneficio, se les prohibió que pudieran hacerlo; como si el sometimiento al fuero comun fuese ofensivo y gravoso á toda la clase militar. No debemos extrañar por tanto, que el Tribunal Supremo haya tenido que sostener en sus decisiones esta misma doctrina, que ha venido ya á quedar confirmada por la jurisprudencia. S. 15 Febrero y 10 Octubre 1859; 28 Octubre 1861; 11 Octubre 1864, y 25 Febrero 1865.

Dícese en la primera de estas sentencias, que la citada real orden de 1830 prohíbe á los militares la renuncia de su fuero, para evitar que progresivamente se atente á los privilegios que la Ordenanza y posteriores resoluciones conceden á esta clase; y que la otra real orden de 1847 declara, que la renuncia del mismo es contraria á la legislacion vigente, añadiéndose despues en el mismo fallo, que léjos de haberse tenido como potestativa dicha renuncia, están los militares en la obligacion de defender su privilegio, segun la referida ley recopilada; y que por consiguiente, como la renuncia del fuero propio y la sumision á otro de que tratan los arts. 2.º, 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento, suponen aptitud legal para hacerla, y los aforados militares no la tienen en perjuicio de su clase, corresponde á la jurisdiccion de guerra el conocimiento de los asuntos civiles sobre el cumplimiento de obligaciones hipotecarias contraidas por aquellos, aunque hayan renunciado su propio fuero sometiéndose á un juzgado ordinario. Estos fundamentos han venido reproduciéndose más ó ménos expresamente en algunas de las demas decisiones citadas, á pesar de que la parte de la ordenanza en que se apoyan, y está contenida en dicha ley, no prohíbe tal renuncia, sino expresa sólo, que algunos militares á quienes estaba concedido el fuero «que deberian defender,» lo renunciaban por ignorancia. Pero como quiera que sea, tal es la doctrina que ha venido sustentando la jurisprudencia.

Habia, sin embargo, algunos casos, en que no podia ménos de admitirse la renuncia del fuero militar y el sometimiento á un

juez extraño, como sucedia, por ejemplo, respecto de las obligaciones en que se constituía una fianza, pues en estas procedia toda la amplitud que quisieran darles los contratantes; y en consecuencia de este principio, el fiador que hacia suya la deuda, aceptando su total responsabilidad con sumision á otros jueces y renuncia de las leyes, fueros y derechos establecidos á su favor, se subrogaba en favor del deudor principal, y debia responder de su obligacion ante la jurisdiccion á que éste pertenecia. Así, pues, aunque la renuncia del fuero de guerra, y lo mismo del de marina, se consideraba prohibida, esto no impedia que se realizara una prorogacion inevitable, como era la que inducia la necesidad de continuar contra un fiador el juicio incoado contra el deudor principal. S. 19 Junio 1860.

Pero por lo mismo que el fuero militar es un privilegio limitativo de los anchos términos de la jurisdiccion comun, debe siempre considerarse como excepcional y de interpretacion estricta (S. 5 Abril 1854, y 22 Julio 1858); y no puede reconocerse en favor de persona alguna por meras suposiciones, sino que por el contrario es indispensable que resulte otorgado expresamente en el real despacho de su concesion, ó por otro de los medios establecidos al efecto (S. 26 Febrero 1862, y 27 Junio 1863); sin que basten conjeturas para tener por válido el goce de dicho fuero (S. 29 Noviembre 1867): y aun se ha añadido alguna vez (S. 7 Setiembre 1863), que es indispensable que la concesion resulte consignada en reales despachos ó en las licencias absolutas expedidas por las direcciones generales de las respectivas armas, segun previenen las leyes 1.<sup>a</sup>, 14 y 20, tit. IV, lib. VI, N. R., y real órden de 19 de Enero de 1844; y tambien (S. 21 Enero 1858), que es preciso hacer constar el goce de sueldo ó la concesion de fuero en los despachos de retiro; ó bien (S. 30 Abril 1861), que se presente el real despacho en que se haya hecho la concesion, ó que se justifique que dicho privilegio está consignado en las Ordenanzas ó reglamentos militares.

Estas buenas doctrinas, establecidas sin duda para evitar que se abusara del fuero, suponiéndose existir cuando no ha sido concedido, las vemos algun tanto contrariadas por un fallo en que se

dice (S. 24 Setiembre 1862), que cuando en un juicio de testamento se acredita que el testador sirvió un empleo de la milicia en virtud de real orden, y que sus hijos en calidad de herederos sostuvieron varios litigios ante la jurisdicción militar, la circunstancia de no aparecer el real despacho de aquel empleo, no es suficiente motivo para que estos se eximan á su instancia del fuero militar, ni para destruir las razones que persuaden, que cuando aquel murió disfrutaba de dicho fuero. Pero esta declaración no podía reputarse como trascendental á casos análogos, cuando en las decisiones posteriores que dejamos anotadas, se exigía una comprobación más terminante para acogerse al fuero privilegiado y eximirse de la jurisdicción ordinaria.

Por la razón indicada, de que el fuero militar es de interpretación estricta, está repetidamente declarado, que no corresponde á los que tienen concedidos los honores de alguna de las categorías del ejército ó del cuerpo jurídico-militar, á no ser que se les haya otorgado expresamente en una concesión especial, y que conste en el correspondiente real despacho, pues dichos honores sólo dan derecho á la consideración, el tratamiento y el uso del uniforme ó distintivo propios de la misma categoría en que consistan. S. 19 y 28 Diciembre 1855; 4 Enero 1854; 1.º Marzo y 12 Diciembre 1859; 5 y 16 Abril 1861; 7 Agosto, 20 y 30 Diciembre 1862; 27 Junio 1863, y 19 Junio 1868.

Por esta misma razón no disfrutaban fuero de guerra los que tienen honores de ayudante-médico del cuerpo de Sanidad militar, si no han obtenido una especial concesión (S. 30 Abril 1861); ni los que alcanzan empleos ó grados en la milicia, como meras distinciones honoríficas, si no prestan sus servicios, ni gozan el sueldo correspondiente á tales concesiones (S. 6 Febrero 1864); ni tampoco los que han obtenido el distintivo de subtenientes del ejército, concedido en ciertos casos á los milicianos nacionales, en virtud del decreto de las Cortes de 12 de Setiembre de 1823, restablecido en 14 de Marzo de 1837, pues como meramente honorífico no da derecho á las preeminencias y exención anejas al empleo ó grado. S. 1.º Marzo y 16 Abril 1859, y 12 y 25 Enero 1860.

Esta última declaracion de la jurisprudencia está conforme con el texto terminante de la real órden de 14 de Julio de 1859; mas como á pesar de lo dispuesto en ésta, se expidió otra en 6 de Octubre de 1848, reproducida en 21 de Junio de 1859, dió esto lugar á que fundándose en ellas, sostuviera la jurisdiccion de guerra una competencia en favor de un paisano, que habia obtenido el cargo de subteniente de la milicia nacional, y fué necesario que recayese otra decision del Tribunal Supremo (S. 22 Febrero 1860), en que se declaró, que la citada real órden de 1848 no era conforme al reglamento general de retiros del ejército, en el cual está fundada la jurisprudencia del mismo Tribunal, y que por lo tanto un subteniente de dicha milicia no podia disfrutar el fuero militar.

Lo mismo sucede, segun el reglamento de retiros de 3 de Junio de 1828 y ley de 28 de Agosto de 1841, respecto de las personas á quienes por gracia especial se concede cualquier otro grado del ejército, si en esta no se comprende específicamente el goce del fuero. S. 16 Abril 1859.

Pero así como debe restringirse éste respecto de las personas y casos en que expresamente esté establecido, no puede limitarse en todo aquello en que la ley no lo restrinja; y por consiguiente, es indudable, que subsiste el fuero, á pesar de las disposiciones contenidas en el art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues ésta en nada lo ha derogado. S. 27 Agosto 1856.

Con vista de estas consideraciones generales acerca del fuero de guerra, parecia que no habria de haber tantas cuestiones sobre competencia de jurisdiccion entre los jueces militares y los ordinarios. Verdad es, que no deja de ser bastante complicado el estudio de las disposiciones que han regido sobre esta materia, desde las Ordenanzas del ejército que hace un siglo se publicaron, hasta las últimas resoluciones de nuestros dias; pero esto no es disculpa legitima para jueces letrados que tienen obligacion de conocer á fondo la legislacion vigente, y que debieran evitar contiendas á todas luces infundadas. No ha sucedido así, sin embargo, como lo demuestra la multitud de decisiones que vamos á mencionar.

Por de contado, el fuero militar nunca ha tenido efecto, sino cuando ha sido demandado el que lo goza (S. 29 Diciembre 1865), pues el demandante es sabido que debe seguir siempre, ménos en materia del Erario ó de Hacienda militar, la condicion y fuero de aquel.

Gozan de él los que pasamos á enumerar:

1.º Segun la ley 14, tit. IV, lib. VI, N. R., compete á los oficiales que se hubieren retirado del servicio con real licencia y cédula de preeminencia; pero debiendo advertirse, que los despachos de retiro expedidos conforme al reglamento de 17 de Marzo de 1807 no envuelven declaracion alguna relativa al goce de dicho fuero en lo civil. S. 2 Diciembre 1858.

2.º El art. 9.º, tit. I, trat. VIII de las Ordenanzas del ejército, despues de declarar en su primer párrafo, que el fuero pertenece á los militares en activo servicio con goce de sueldo, añade, que se comprenden en esta clase, los retirados del servicio, que tuvieren despacho para gozar de sueldo. S. 31 Mayo 1858.

3.º Á un retirado no se le pueden suponer ni acreditar más concesiones que las que expresa la real cédula de retiro, pues el reglamento de 5 de Junio de 1828, en su art. 28, habla del fuero militar, concediendo el criminal al retirado que cuente veinte años en milicias provinciales; pero sin ampliarlo al civil aun en el caso de contar el agraciado más años de servicio. Así lo declara una sentencia de 14 de Enero de 1863, que virtualmente está conforme con otra anterior de 16 de Abril de 1859, en que se dice, que el citado reglamento de retiro, y la ley de 28 de Agosto de 1841, fijan los años necesarios de servicio para que los militares retirados puedan obtener el fuero criminal. Mas sin embargo, en otras decisiones (de 25 Mayo 1859, y 2 Marzo 1865) se añade, que obteniendo los militares su retiro con el sueldo que les corresponde por sus años de servicios, disfrutan el fuero militar completo conforme al reglamento citado, á las disposiciones vigentes y á la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, en otra decision (4 Octubre 1867) se expresa, que si bien la ley 14, tit. IV, lib. VI, N. R. (art. 8.º, tit. I, tra-

tado VIII de las Ordenanzas) requiere como indispensable para el privilegio del fuero en los militares retirados, el requisito de que tengan real despacho para disfrutarlo, la 20 del mismo título y libro que es posterior, establece el principio de que los oficiales retirados con real despacho y sueldo, gocen del expresado fuero. S. 4 Octubre 1867.

4.º Constando según su diploma, que un individuo está condecorado con la cruz de San Fernando de 1.ª clase, disfruta fuero militar. S. 1.º Marzo 1860.

5.º Lo mismo sucede respecto de los que se hallan honrados con la placa de San Hermenegildo, pues requiriendo esta cuarenta años de servicios, no se puede dudar que tienen el fuero completo militar, aunque no presenten los reales despachos de retiro. S. 1.º Febrero 1861.

6.º Si bien las milicias provinciales de las Islas Canarias, como todas las demas de los dominios españoles, fueron recibiendo desde su creación, preeminencias y prerogativas iguales ó parecidas á las que ya disfrutaba la de Castilla, el goce de fuero hubo de ajustarse necesariamente á las distintas condiciones en que se hallaban unos y otros cuerpos. S. 20 Agosto 1860.

7.º La real orden de 14 de Marzo de 1808, concedió el fuero militar á todos los dependientes seculares de los juzgados castrenses del reino, aunque reputándose sólo dependientes de ellos, los que hayan obtenido el título correspondiente, con fija y precisa plaza, lo cual supone residencia en la población en que el juzgado existe; no correspondiendo, por consiguiente, el fuero al notario castrense que [no resida en dicho pueblo. S. 5 Marzo 1854.

8.º Pero sí compete á los matriculados de mar, con arreglo á la real cédula de 8 de Marzo de 1793, ó sea ley 1.ª, tit. VII, lib. VI, N. R. S. 21 Noviembre 1863.

9.º También corresponde con arreglo al art. 8.º, tit. I, tratado VIII de las Ordenanzas, ó sea ley 14, tit. IV, lib. VI, N. R., á las hijas solteras de los militares aforados, mientras no tomen estado; y no lo pierden aunque accidentalmente residan fuera de

la casa de sus padres. S. 7 Mayo y 22 Junio 1859, y 21 Noviembre 1865.

10. Lo mismo sucede respecto de las viudas de los mismos militares, según el citado artículo de la Ordenanza, mientras permanezcan en este estado (S. 2 Agosto 1854; 3 Febrero y 22 Junio 1859; 30 Junio 1860; 19 Noviembre 1862; 21 Noviembre 1863; 31 Diciembre 1864, y 4 Octubre 1867). Acerca de este punto se ha cuestionado, si correspondería ó no dicho fuero á las viudas de militares, que habiéndose casado segunda vez, volverían á enviudar; y aunque la jurisdicción militar ha sostenido, que al volver á quedar viudas deben gozar el fuero, puesto que se les reintegra en el goce de la pensión, y que aquel va anejo al sueldo con arreglo á la real orden de 28 de Mayo de 1831, se ha declarado por el contrario (S. 22 Junio 1859), que aun cuando el goce del fuero, según la citada real orden, vaya anejo al del sueldo, esto se entiende respecto á los individuos del ejército, los cuales adquieren este derecho por razón de sus años de servicios, y no respecto á las pensionistas, entre las que hay muchas que disfrutan sueldo ó pensión, sin que les corresponda el fuero, como sucede á las madres de los militares; y se ha añadido además, que aunque la mujer de un aforado haya celebrado un contrato en unión de su marido, no pierde su fuero si queda viuda, á no ser que el negocio objeto del contrato sea mercantil, pues entónces no corresponde dicho fuero, por ser uno de los casos exceptuados en el art. 4.º, tít. II, trat. VIII de las Ordenanzas (S. 19 Noviembre 1862). No puede, sin embargo, reconocerse dicho fuero á las mujeres casadas con militares, cuando ha mediado un matrimonio celebrado ilegalmente, y en virtud del cual quedan los contrayentes sujetos á sanciones penales. S. 22 Octubre 1861.

11. Corresponde también el fuero de guerra á los criados de los militares, ya se hallen estos sirviendo en el ejército, ya estén retirados, siempre que disfruten sueldo (S. 31 Mayo 1858), y que, con arreglo al párrafo 9.º, ley 14, tít. IV, lib. VI, N. R., sirvan inmediatamente á sus amos y vivan en su casa con la familia. Por consiguiente, no corresponde á los que reciben un sa-

larario y viven independientes de los amos, encargados de las labores del campo (S. 5 Octubre 1861); ni tampoco á los padres de los mismos criados, pues á estos no alcanza la concesion del art. 9.º, tit. I, trat. VIII de las Ordenanzas. S. 11 Mayo 1863.

Así como los expresados hasta ahora indudablemente disfrutaban fuero militar, no lo gozan, ó bien lo tienen limitado sólo á lo civil, y no lo pueden reclamar, los que se hallan en los casos que pasamos á mencionar.

1.º Segun el art. 7.º, tit. I, trat. VIII de las Ordenanzas no compete dicho fuero á los oficiales meramente retirados, aunque lo sean con cédula de preeminencia; pues para su goce deben haberse retirado del servicio con sueldo, segun lo dispuesto en las reales resoluciones de 22 de Agosto de 1778 y 7 de Marzo de 1792; y ademas las reales órdenes que hablan de los aforados de guerra en general, tienen sólo aplicacion á los que disfrutaban el fuero completo, y no á los que sólo gozan del criminal. S. 29 Setiembre 1857.

2.º Tampoco corresponde á los militares retirados que no cuenten los años de servicio que marca la ley. S. 10 Noviembre 1864.

3.º No compete segun lo dispuesto en el art. 4.º, tit. II, trat. VIII de las mismas Ordenanzas, á los militares, en lo tocante á oficios ó cargos públicos en que voluntariamente se hubiesen mezclado. El mismo principio se halla consignado en la real resolucion de 8 de Diciembre de 1800, ó ley 23, tit. IV, lib. VI, N. R., y en la real orden de 5 de Octubre de 1819, que renovó el exacto cumplimiento de aquella; y de igual modo se declaró virtualmente en otra de 20 de Setiembre de 1842 (S. 13 Diciembre 1853; 16 Enero 1854, y 12 Abril 1859). Por esta razon, si bien es irrenunciable el fuero militar conforme á la real orden ántes citada, de 8 de Mayo de 1830, y á la jurisprudencia establecida, esto no tiene aplicacion, cuando el individuo del ejército ó de la clase de retirados, pasa á servir empleos de Hacienda pública, pues entónces pierde su fuero, segun expresa terminantemente la ley 9.ª, tit. IX, lib. VI, N. R. S. 6 Mayo 1861.

4.º El cargo público de perseguir malhechores bajo la inmediata dependencia de un alcalde, hace igualmente perder el fuero. S. 11 Febrero 1860.

5.º Lo mismo sucede por regla general, siempre que un oficial está dado de baja en el ejército, pues se halla excluido de él, y privado por consiguiente de los privilegios y derechos que como militar pudiera tener. S. 21 Febrero 1854.

6.º Tampoco disfruta fuero el facultativo que haya celebrado un contrato para la asistencia y curacion de los alumnos de un colegio militar. S. 30 Abril 1861.

7.º Ni alcanza respecto de deudas que se reclamen contra militares, anteriores á su entrada en el servicio, conforme al artículo 4.º, tít. I, trat. VIII de las Ordenanzas; aunque sí en cuanto á las contraídas mientras hayan servido y con ocasion de su empleo. S. 22 Mayo 1857.

8.º Cuando por sentencia ejecutoria de la jurisdiccion militar queda reconocida la jurisdiccion ordinaria, no puede aquella reproducir despues igual cuestion en el mismo negocio, y por consiguiente es inoportuno que reclame el fuero el que se cree con derecho á disfrutarlo. S. 6 Febrero 1864.

9.º Cualquiera que sea el espíritu y extension de las reales órdenes en que se concedan empleos, grados, fuero ó consideraciones, nunca pueden tener efecto para prorogar el fuero á litigios anteriores á la fecha de la misma concesion (S. 6 Febrero 1864), pues esto seria darles un efecto retroactivo que los buenos principios rechazan.

Estas son las reglas que podemos deducir del complicado laberinto de resoluciones del gobierno, y de sentencias del Tribunal Supremo relativas á una materia en que hubiera sido más conveniente, que se hubiese dictado hace algunos años otra más sencilla, cual es la abolicion del fuero de guerra en lo civil, que es la que hoy rige, merced al importante decreto de 6 de Diciembre de 1868, ampliado por los que ántes citamos de 31 del mismo mes y año, y de 8 de Febrero de 1869.

## CAPÍTULO II.

*De la competencia de la jurisdiccion militar, en lo civil.*<sup>1</sup>

Expuestas las doctrinas más acreditadas, que explican en qué casos y circunstancias ha estado vigente el fuero militar, vamos á exponer ahora las materias que por punto general han sido hasta ahora de la competencia de la jurisdiccion de guerra, de la de las milicias provinciales, de hacienda militar, y de artillería.

*Jurisdiccion ordinaria militar.*

La real cédula de 9 de Febrero de 1793, ó ley 21, tit. IV, lib. VI, N. R., establece por regla general, que los jueces militares conozcan privativa y exclusivamente de todas las causas civiles y criminales en que sean demandados los individuos del ejército, exceptuando únicamente las demandas de mayorazgos en posesion y propiedad, y las particiones de herencia, como éstas no provengan de disposicion testamentaria de los mismos militares (S. 22 Enero 1863); no estando comprendidas entre las excepciones de dicha ley, las reclamaciones sobre pago de rentas de casas, como no sean incidentes de algun juicio no sujeto al fuero militar (S. 27 Mayo 1862). Tampoco se exceptúa del conocimiento de esta jurisdiccion, segun la citada ley, y la real órden de 5 de Noviembre de 1817, que previene su literal observancia, el conocimiento de los juicios ejecutivos contra militares que gocen fuero (S. 19 Octubre 1860). Del mismo modo ha competido á dicha jurisdiccion, y no á la ordinaria, el conocimiento de las diligencias relativas á la exaccion de una multa que

---

<sup>1</sup> Todo cuanto contienen este capítulo y el siguiente está subordinado á la trascendental innovacion introducida por medio de los decretos tantas veces citados de 6 y 31 de Diciembre de 1868 y de 8 de Febrero de 1869.

aquella haya impuesto, por no querer someterse á la misma una persona que disfrute fuero militar. S. 3 Febrero 1859.

Si bien ha sido indisputable el derecho de un juzgado militar para entender en todos los incidentes de una ejecutoria dictada por él en pleito de que conociera, nunca ha tenido competencia para admitir demandas extrañas á éste, contra personas que no gozan fuero de guerra; y decretada legalmente por un juzgado ordinario la formacion de un concurso de acreedores, deben acumularse al mismo las diligencias de apremio contra el propio deudor, para el pago de derechos procesales devengados en pleito seguido en un juzgado militar, despues de haber sido acordado por éste como de su competencia dicho pago y apremio. S. 12 Mayo 1862.

La misma jurisdiccion militar es incompetente para el conocimiento de toda demanda contra personas que no gozan fuero de guerra, cuando no aparece motivo legal por el cual le corresponde conocer de ella (S. 28 Julio 1863); y asimismo para entender en los negocios mercantiles. S. 28 Agosto y 19 Noviembre 1862.

La demanda entablada contra un aforado de guerra en virtud de reserva hecha en una sentencia anterior, es un nuevo juicio cuyo conocimiento corresponde al fuero del demandado, aunque dicha reserva se haya hecho por la jurisdiccion ordinaria. S. 29 Diciembre 1865.

#### *Jurisdiccion de las milicias provinciales y de la guardia urbana.*

Aunque hoy no existen verdaderamente estas milicias, sino los batallones que forman la reserva, no está demas indicar, que á los jefes de aquellas correspondia el conocimiento especial y privilegiado de las causas civiles y criminales en que fuesen demandados ó procesados los individuos de sus cuerpos respectivos, segun lo dispuesto en la ley 21, tít. IV, lib. VI, N. R. S. 19 Enero 1861.

La guardia urbana de Madrid está suprimida, y la ha susti-

luido en su servicio la civil de su tercio; pero sin embargo, no queremos dejar de indicar, que sus individuos se hallaban sujetos al fuero de guerra en los mismos términos que los demas militares. S. 24 Abril 1858.

### *Jurisdiccion de hacienda militar.*

Suprimidos los juzgados de las ordenaciones militares por el párrafo 6.º, art. 2.º, del real decreto de 21 de Diciembre de 1852, se reasumió en la Intendencia general del ejército la jurisdiccion para conocer de todos los asuntos contenciosos de la Hacienda militar, y de las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus cargos los empleados en la misma administracion. Corresponde, pues, á la jurisdiccion expresada el conocimiento de dichos negocios, ya sea la misma Hacienda actora, ya demandada, siempre que tenga en ello algun interés, segun se hallaba dispuesto por real órden de 23 de Enero de 1854 (S. 28 Febrero 1854; 12 Junio 1860, y 12 Junio 1863): de manera que dicho juzgado militar goza del derecho de atraccion, tanto activa como pasiva; y llega esta á tal punto, que aun atrae los juicios universales, por ser preferentes y privilegiados los intereses públicos respecto de los de particulares. S. 2 Setiembre 1857.

Á la misma jurisdiccion especial están sometidos los dependientes de la administracion que ya gozaban fuero militar por la ley 1.ª, tit. IV, lib. VI, del suplemento á la N. R., y por la real órden de 10 de Julio de 1852. Este fuero es extensivo á las mujeres é hijas de dichos empleados, porque así está declarado por punto general en el art. 8.º, tit. I, tratado VIII de las Ordenanzas del ejército, y deben por consiguiente conservarlo á la muerte de aquellos, sus viudas é hijas mientras no tomen estado. S. 18 Marzo 1854.

Tambien los asentistas de víveres y provisiones del ejército, están subordinados á la misma jurisdiccion, en todo lo relativo al cumplimiento de las obligaciones que contraen; pero sin embargo, si los mismos asentistas celebran con cualquier particular un convenio para el surtido de las provisiones que necesiten, no

pueden atraer al fuero de guerra á la persona con quien hubieren contratado, en lo relativo al cumplimiento del mismo convenio, por no ser esto del interés de la Hacienda militar. S. 1.º Agosto 1839.

### *Competencia de la jurisdiccion de artillería.*

Pocas cuestiones sobre competencia jurisdiccional se han promovido en los juzgados de artillería; pero sin embargo, de ellas pueden deducirse algunas reglas de jurisprudencia que vamos á consignar aquí.

Si bien se establece por el art. 3.º del reglamento 14 de la Ordenanza general de dicho cuerpo, que sus juzgados en la córte y en los departamentos tienen jurisdiccion para conocer de todas las causas civiles y criminales incoadas contra los individuos, empleados y dependientes del mismo, no declara terminantemente en cuanto á lo civil, si dicho fuero tiene derecho de atraccion; por lo cual sólo les ha correspondido el conocimiento privativo de los pleitos en que eran demandados los que gozaban este fuero especial. Pero cuando lo sean ante la jurisdiccion ordinaria personas aforadas de artillería, y al mismo tiempo otras del fuero comun, es preciso que todas litiguen ante una misma jurisdiccion, para que no se divida la continencia de la causa; y no habiendo ninguna disposicion que diga cuál ha de ser la preferida, es dudoso la que ha de ceder á la otra, y en la duda debe prevalecer la ordinaria. S. 15 Octubre 1856, y 30 Noviembre 1866.

No sucede lo mismo en lo criminal, pues en este punto, el fuero de artillería tiene atraccion segun el art. 7.º, reglamento 14 de las Ordenanzas de este cuerpo, y por consiguiente, esta jurisdiccion especial, es competente para conocer, no sólo de los delitos de sus aforados, sino tambien de los complicados con ellos en las mismas causas. S. 31 Diciembre 1862.

Mas para gozar dicho fuero en las Islas Canarias, no basta hallarse inscrito en las compañías de artilleros, sino que es necesario estar destinado á servir con la tropa reglada del arma, se-

gun se previene en la real cédula de 26 de Febrero de 1782. S. 20 Agosto 1860.

### CAPÍTULO III.

#### *Del fuero de marina y de la competencia de los juzgados de este ramo.*

Inverosímil parecia que habiendo estado este fuero especial concedido por leyes expresas á determinadas clases, y para el conocimiento de asuntos especiales, se hubiesen, sin embargo, promovido tantas cuestiones sobre competencia de conocimiento; y que haya sido necesario dictar para resolverlas multitud de fallos, cuyas doctrinas vamos á extractar brevemente.

No ha podido haber cuestion acerca del fuero de los que están sirviendo en la armada, como sucede respecto de los que se hallan en servicio activo del ejército; pero no compete el civil á los oficiales de marina que han obtenido el real despacho de retiro, conforme al reglamento de 17 de Marzo de 1787, por no contener en su contexto, ni poderse deducir de su referencia al mismo que sólo trata de sueldos, declaracion alguna respectiva al goce del expresado fuero. S. 16 Noviembre 1855.

Aparte de este punto se han suscitado algunas dudas sobre el fuero que compete, y en qué casos, á los pilotos, á los matriculados y sus familias; y vamos á exponer lo que acerca de ellos se ha declarado.

1.º Segun el art. 1.º, tit. VIII de las Ordenanzas de matrículas de 12 de Agosto de 1802, los pilotos nombrados por el capitán general del respectivo departamento, inscriptos en la lista particular de su clase, gozan exencion perpétua del servicio militar, con el fuero y todos los privilegios de las matrículas, extensivo á sus mujeres legítimas (S. 3 Mayo 1860, y 22 Junio 1861); y por el hecho de inscribirse uno de aquellos en la matrícula de comerciantes, no pierde su fuero, ni queda libre de las obligaciones que como tal piloto tuviera. S. 3 Mayo 1860.

2.º Los segundos pilotos gozan tambien del mismo fuero,

segun el art. 1.º, tít. II, trat. V de las Ordenanzas de la armada, y conforme al 1.º, tít. V de las matrículas (S. 10 Mayo 1867); sin que lo pierdan por faltar á dos revistas. S. 31 Diciembre 1863.

3.º Con relacion á los matriculados de mar y sus viudas é hijas, es tambien indisputable su fuero de marina, por estarles concedido en la ley 1.ª, tít. VII, lib. VI, N. R. S. 21 Noviembre 1863.

4.º Segun esta misma ley, el fuero que deben disfrutar dichos matriculados, y tambien los asesores de los distritos de marina, es igual al militar general ordinario y con las mismas excepciones, á no ser que expresa y terminantemente se declare lo contrario. Aplicándose, pues, á los matriculados de mar esta regla, es indudable que á ellos es extensivo el principio establecido en la ley 14, tít. IV, lib. VI, N. R., de que los militares no tienen derecho á su fuero especial por deudas anteriores al tiempo en que hayan entrado en el servicio. S. 10 Diciembre 1857.

5.º Tratándose de un convenio celebrado por todos los vecinos de un pueblo para levantar las cargas vecinales del mismo, no pueden los aforados reclamar su fuero de marina, por no tener para ese caso más carácter que el de tales vecinos. S. 7 Octubre 1861.

6.º Segun el art. 26, tít. XI de las Ordenanzas, que forma parte de la ley 13, tít. VII, lib. VI, N. R., los individuos de marina de Castro-Urdiales, sólo disfrutan del fuero especial, en los asuntos peculiares al ejercicio de su profesion, como son los relativos al producto de su industria de mar ú otros actos de su oficio, ó á los fondos de su gremio; pero compete á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de los asuntos agenos á dicha industria. S. 6 Setiembre 1866.

7.º Las viudas de los aforados de marina con goce de sueldo y que permanecen en dicho estado, cobrando pension del Montepío, gozan del expresado fuero (S. 12 Noviembre 1862, y 30 Noviembre 1863). Del mismo modo lo disfrutaban las de los matriculados de mar, segun las leyes 14, tít. IV, y 1.ª, tít. VII, lib. VI, N. R. (S. 31 Diciembre 1864); y los hijos varones,

cuando siendo menores de diez y ocho años, se emplean en el ejercicio del mar, ó despues de haber cumplido dicha edad, son incluidos en el alistamiento, ó bien se hallan dedicados al estudio de la náutica en las escuelas establecidas al efecto (S. 27 Julio 1863); y tambien gozan dicho fuero las hijas de los mismos matriculados. Las razones legales en que se apoya esta última declaracion consisten, en que si á aquellas no está concedido el el expresado fuero por una disposicion especial, de una manera tan clara y explicita como lo fué el de guerra á las de los militares, es indudable que les favorece el espíritu de las Ordenanzas, puesto que gozando, conforme al art. 5.º, tit. V de la exencion de alojamiento, las mujeres y familias que estén á expensas de matriculados, de este privilegio participan las hijas solteras de los mismos; y aunque fuera contrario á esta interpretacion el espíritu, al parecer restrictivo, del art. 8.º, tit. VIII, ó sea el final de la ley 7.ª, tit. VII, lib. VI, N. R., por el cual se concedió fuero militar á los hijos de los matriculados, que se hallen en las condiciones ántes expresadas; desde que se promulgó la ley 1.ª de dicho tit. VII, lib. VI, los hijos é hijas de los matriculados se hallan, en cuanto á fueros y preeminencias, en el mismo caso que los hijos é hijas de los individuos del ejército, en los términos expresados por el Tribunal Supremo en su decision de 16 de Diciembre de 1857. Ademas, y con arreglo al art. 8.º, titulo I, trat. VIII de las Ordenanzas del ejército (ley 14, tit. IV, lib. VI, N. R.), y á la jurisprudencia establecida y consignada en sentencias de 18 Marzo 1854, y 7 Mayo y 22 Junio 1859, las mujeres y los hijos de todo militar disfrutaban de dicho fuero, y muerto aquel, lo conservan sus viudas y las hijas mientras no tomen estado. S. 19 Febrero 1861.

De todo lo expuesto se ha deducido la doctrina ántes indicada, de que las hijas de los matriculados gozan el mismo fuero que sus padres; y aun se ha añadido, como en otro capítulo indicamos (S. 21 Noviembre 1863), que no lo pierden por hallarse accidentalmente ausentes de la casa paterna, si permanecen solteras y no han salido de la patria potestad.

Pero por muy poderosas y convincentes que sean las razones

que apoyan estas doctrinas, parece mucho más aceptable el principio que en el cap. 1.º, tit. I de esta segunda parte recordamos como cimentado en una constante jurisprudencia, á saber; que la jurisdiccion ordinaria tiene siempre la presuncion á su favor, por ser la comun á todos los españoles, y las privilegiadas, casos de excepcion (S. 15 Octubre 1856; 26 Mayo 1857; 29 Julio 1858, y 25 Junio 1860), para los cuales es necesario que resulte acreditada alguna causa legal, pues de otro modo, es indispensable decidir la cuestion de fuero en favor de la jurisdiccion ordinaria. S. 22 Agosto 1867.

Á la manera que la ordinaria de guerra se ejerce por los capitanes generales de los distritos con sus auditores, la de marina se desempeña por los capitanes ó tenientes generales de los departamentos ó apostaderos marítimos, asesorados tambien por sus auditores respectivos, é igualmente por los comandantes de las provincias ó tercios navales con sus asesores, y por los ayudantes subalternos de los distritos. Compete á esta jurisdiccion el conocimiento, en cuanto á las personas, de todos los asuntos que se promueven contra los aforados de la misma; y respecto á la materia, los de navegacion, arribadas, naufragios, contratos y registro de propiedad de buques y pesca. <sup>1</sup>

Respecto al primer punto, la regla general que rige es la consignada en el art. 51, tit. I de la Ordenanza de matrículas de 12 de Agosto de 1802, inserto literalmente en la ley 5.ª, tit. VII, lib. VI, N. R., y en las 1.ª y 7.ª del mismo título y libro, que establecen, que los comandantes de marina, cada uno en la extension de su provincia, son jueces privativos de los matriculados de mar y de todos los individuos que gocen del fuero, y no se hallen en servicio activo, tanto en lo civil como en lo criminal,

---

<sup>1</sup> Debemos volver á hacer mencion aquí, para evitar errores, de lo dispuesto en el ya citado decreto de 8 de Febrero de 1869, y muy especialmente en su art. 2.º, que en cuanto lo civil solamente dice:—Corresponde á la jurisdiccion de marina la prevencion de los juicios de testamentaria y abintestato de los marinos muertos en campaña ó durante la navegacion.

salvo en los asuntos expresamente exceptuados (S. 24 Enero 1861; 28 Julio 1865; 1.º Diciembre 1866; 25 Enero 1867); como son, por ejemplo, los expresados en las leyes 1.ª y 2.ª del mismo título y libro (S. 1.º Diciembre 1866); esto es, las de mayorazgos en posesion y propiedad, las particiones de herencias que no provengan de disposicion testamentaria, las reclamaciones sobre las ganancias adquiridas en la negociacion de una nave, que corresponden á la jurisdiccion de comercio (S. 24 Enero 1861), y demas asuntos mercantiles, en los cuales, aunque el actor y el demandado sean aforados de marina, tiene preferencia la jurisdiccion de comercio. (S. 28 Junio 1866). Pero debe advertirse que, segun las leyes 1.ª, 2.ª y 7.ª, tit. VII, lib. VI, N. R., si bien estaban exceptuados de dicho fuero, como sucedia respecto del general de guerra, los juicios sobre mayorazgos en posesion y propiedad (S. 27 Agosto 1864); no en cuanto á la pertenencia de los bienes raices que no tuviesen aquella cualidad, pues siendo libres, siempre ha sido exclusivo el conocimiento de la jurisdiccion de marina (S. 29 Agosto 1859). No es de extrañar que todavía se haga mencion de dichos bienes que han sido vinculados, porque como hemos visto al tratar directamente de ellos en la primera parte de esta obra, hay aun muchas cuestiones litigiosas sobre el mejor derecho á la sucesion de los mismos.

Con relacion á la materia que sea objeto de actuaciones judiciales, compete á la misma jurisdiccion, el conocimiento de los asuntos siguientes:

1.º Sobre varadas, naufragios, averías y cualesquiera otros fracasos ó accidentes de mar, conforme á lo establecido por la real órden de 29 de Mayo de 1804, citada en la ley 10 del mismo título y libro; á lo que determina el art. 17, tit. VI de dichas Ordenanzas de matrículas, y á lo que previene la real órden de 30 de Diciembre de 1824 (S. 24 Diciembre 1862, y 28 Octubre 1864). En estos casos, es privativo de dicha jurisdiccion todo lo expresado; si bien en estos accidentes desgraciados pueden estar comprometidos intereses y negocios mercantiles, acerca de los cuales han entendido los tribunales de comercio, sin per-

juicio de que todo lo referente á buques averiados deba quedar sujeto á la apreciacion facultativa de los comandantes y juzgados de marina. Debe tambien tenerse presente, que las disposiciones de dicho código relativas á los capitanes de naves, no son aplicables en su recto y estricto sentido á los prácticos de puerto; y en el caso de serlo las del art. 676, que hace á aquellos civilmente responsables de todos los daños que sobrevengan á las naves y su cargamento por impericia ó descuido de su parte, es preciso que preceda la declaracion de la responsabilidad del práctico, por dichos motivos de descuido ó impericia; declaracion que compete á la jurisdiccion de marina, es decir, la sustanciacion del juicio, dirigida á determinar si las averías sufridas por un buque al salir del puerto, son imputables al práctico que lo dirigia. S. 19 Noviembre 1862.

2.º Corresponde á la misma jurisdiccion prevenir las actuaciones con motivo de haber la mar arrojado á la playa algun cadáver. S. 28 Octubre 1864.

3.º Con arreglo al art. 18 de las citadas Ordenanzas, que forma parte de dicha ley 10, tit. VII, lib. VI, de la N. R., á los comandantes de marina compete el depósito, reconocimiento, tasacion y publicacion de edictos, anunciando los objetos hallados en el mar, y entregarlos á sus dueños, si se presentan en tiempo oportuno; pero trascurrido éste, cesa su competencia para adjudicarlos al Estado, ó al que los hubiese hallado, pues esto compete, como á su tiempo dijimos, á la jurisdiccion ordinaria. S. 14 Febrero 1854; 27 Junio 1857; 25 Abril 1861; 7 Febrero y 19 Noviembre 1862, y 14 y 22 Diciembre 1863.

4.º Es tambien atribucion exclusiva de la de marina, el otorgamiento ó negacion del permiso para formalizar las escrituras de renuncia, venta ó traslacion de dominio de las embarcaciones, y las providencias en que se decreta el embargo de las mismas (S. 22 Marzo 1860); pero todo lo relativo á la construccion de buques mercantes, mientras no se matriculen para la navegacion, es impropio de dicha jurisdiccion de marina. S. 24 Enero 1861.

5.º Las anticipaciones hechas por un naviero al capitán de una nave por cuenta de su sueldo, produce una obligacion mer-

cantil, y por consiguiente, las cuestiones relativas á este punto son de la atribucion de los juzgados que entienden en los asuntos de este ramo. S. 22 Marzo 1860.

6.º Pero si compete á la jurisdiccion de marina, segun los arts. 51 y 42, tít. I de las mismas Ordenanzas, el conocimiento de todo litigio sobre cuentas y particiones en la propiedad de una nave, siendo aforado el que haya de darlas (S. 8 Julio 1858, y 16 Abril 1859); aunque no, las reclamaciones sobre las ganancias que la misma haya producido, pues este punto compete á la jurisdiccion que conoce de los negocios de comercio. S. 24 Enero 1861.

7.º Es asimismo propio de la de marina el conocimiento de todo lo correspondiente á la navegacion y á la trasgresion de las reglas prescritas sobre esta materia por las Ordenanzas (S. 23 Mayo 1859, y 30 Agosto 1860); pero sin embargo, no puede exagerarse este principio hasta el punto de sostenerse, que una barca establecida en un rio para servir de comunicacion entre dos riberas ó dos pueblos, se halle tambien comprendida en dicha jurisdiccion marítima. S. 7 Octubre 1861.

8.º Compete tambien á las autoridades de marina, con arreglo á ley 1.ª y siguientes del título y libro citados de la N. R., y á las reales disposiciones de 10 de Setiembre de 1815 y 27 de Mayo de 1854, ejercer la jurisdiccion que les está concedida dentro de la zona señalada, no sólo en todo lo relativo á la navegacion, presas, arribadas y naufragios, sino en lo que corresponde á la pesca, policia de los puertos, construccion de buques y demas materias, que en las mismas disposiciones se expresan; pero no en cuestiones de propiedad ó mistas entre individuos no aforados, respecto á fincas ó terrenos situados en la demarcacion de la misma zona (S. 23 Mayo 1859). Si, pues, la autoridad de marina concede autorizacion para explotar una cantera situada dentro de aquella, como obra en su límite jurisdiccional, no puede ser anulada esta determinacion por un juez ordinario, pues ya hemos dicho que contra los actos administrativos no caben interdictos. S. 30 Noviembre 1861.

La jurisdiccion de marina se ejerce tambien por las ayudantias de distrito, aun cuando se consideren como una dependencia de

la comandancia respectiva; y en ejercicio de su autoridad le compete corregir cualquier falta ó exceso que se cometa desacatándola. S. 30 Agosto 1860.

#### CAPÍTULO IV.

##### *Del conocimiento de las testamentarias de los aforados de guerra y de marina.*

Ya hemos dicho en anteriores capítulos, y conviene repetir ahora, que según el art. 7.º del decreto de 6 de Diciembre de 1868, el párrafo 1.º, art. 1.º del de 31 del mismo mes y año, y el art. 2.º del de 8 de Febrero de 1869, corresponde á la jurisdicción de guerra, ó á la de marina respectivamente, la prevención de los juicios de testamentarias y abintestatos de los militares y marinos muertos en campaña ó navegacion; entendiéndose por tal prevención, las diligencias expresadas en los arts. 351 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil. Fuera, pues, de estos casos, todos los demas juicios son hoy privativos de la jurisdicción ordinaria; mas, sin embargo, vamos á consignar aquí las doctrinas que hasta ahora han regido sobre fuero en materia de testamentarias y abintestatos.

Las leyes 21, tit. IV, y 1.ª, tit. VII, lib. VI, N. R., que redujeron algun tanto la amplitud que el fuero de guerra y de marina tenia por las Ordenanzas generales del ejército y de la armada, dejaron, sin embargo, vigente el precepto de que todo lo relativo á division de bienes de herencias testamentarias de los militares, fuese de la exclusiva competencia de los juzgados de guerra. Tan terminante era esta disposicion, que parecia increíble pudiera de buena fe ponerse en duda; y sin embargo, lo mismo que ántes dijimos del injusto y tenaz empeño con que los jueces militares sostenian indebidamente su competencia para conocer de los juicios abintestato de sus aforados, puede aplicarse á la jurisdicción ordinaria, la cual con una importunidad é insistencia vituperables ha pretendido una y otra vez corresponderle el conocimiento de dichos juicios, en casos que notoriamente es-

taban eximidos de su jurisdiccion, y confiados privativamente á las de guerra y de marina. Ha sido, pues, preciso recordar dicho precepto legal, y reiterar las doctrinas que de él se desprenden, en multitud de decisiones del Tribunal Supremo, cuales son las de 22 Enero y 2 Agosto 1854; 27 Agosto 1856; 18 Mayo 1857; 3 Febrero, 10 Junio y 10 Octubre 1859; 12 Junio 1861; 24 Julio 1862; 26 Febrero 1863; 11 Octubre y 31 Diciembre 1864, y 16 Setiembre 1865; añadiéndose en una de 8 Junio de 1861, que la expresada doctrina legal debia entenderse, como la razon dicta, si el testador se hallaba al tiempo de morir en el goce del fuero.

Ademas de estos preceptos y doctrinas, se han consignado al mismo propósito ciertas reglas en algunas de las decisiones que dejamos citadas, y conviene exponerlas aquí, para completar el conocimiento de esta materia. En la calificacion de militares deben comprenderse, no solamente los individuos del ejército y armada, sino tambien sus mujeres, y por consiguiente éstas participan del mismo fuero de sus maridos para los juicios de testamentaria (S. 2 Agosto 1854; 3 Febrero 1859; 31 Diciembre 1864; 4 Octubre 1867, y 30 Julio 1868). Sin embargo, conviene repetir lo que ya dijimos, sobre que no puede reconocerse dicho fuero á las mujeres casadas con militares, cuando ha mediado un matrimonio celebrado ilegalmente, y en virtud del cual los contrayentes quedan sujetos á sanciones penales. S. 22 Octubre 1861.

Como segun expusimos en la primera parte de esta obra, y es demasiado sabido, la institucion de heredero no es necesaria en España, con arreglo á la ley 1.<sup>a</sup>, tit. XVIII, lib. X, N. R., para la validez de los testamentos, cuyas disposiciones y cláusulas tampoco se invalidan, ni anulan, por el hecho de premorir el presunto heredero ó de no aceptar la herencia; en tal caso, aunque la designacion de heredero deba verificarse segun las leyes que reglan la sucesion intestada, el juicio que haya de incoarse, existiendo testamento, no puede ser el de abintestato, sino el de testamentaria; y por consiguiente, el conocimiento de él ha correspondido á la jurisdiccion militar si como ántes dijimos, el tes-

tador se hallaba á su muerte en el goce de dicho fuero. S. citada 8 Junio 1861, y 31 Diciembre 1864.

Aunque se hubiese propuesto ante un juez de primera instancia como único competente con arreglo al art. 692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el interdicto de adquirir la posesion de los bienes de una herencia de un aforado de guerra, no podia esto impedir á la jurisdiccion militar, que entendiera en la testamentaria del mismo aforado, y en las diligencias consiguientes (S. 18 Mayo 1857, y 24 Julio 1862); y cuando el heredero testamentario de un militar era demandado por accion personal, en virtud de obligaciones contraidas por el testador, si no estaba finalizado el juicio de testamentaria en que entendiese la jurisdiccion de guerra, ésta era la competente para el conocimiento de dicha demanda. S. 10 Junio, y 10 Octubre 1859.

Siendo el testador soldado al otorgar su testamento y al tiempo de su muerte, ocurrida ántes de obtener su licencia absoluta, el juzgado de guerra era el único competente para conocer de su testamentaria y de la validez ó subsistencia de su última voluntad, con las solas excepciones determinadas por las leyes; y á la misma jurisdiccion competia el conocimiento de toda demanda que tuviese íntimo enlace con el juicio de testamentaria y con la validez ó nulidad del testamento; pues las disposiciones del art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil no derogaron el fuero de guerra. S. 27 Agosto 1856, y 16 Setiembre 1865.

Tan preciso ha sido, hasta la reciente reforma de fueros, seguir ante la misma jurisdiccion que entendiera en el juicio de testamentaria, todos los incidentes que con ella tuviesen íntima connexion, que el conocimiento de las demandas fundadas en disposiciones testamentarias de algun aforado de guerra, correspondia á los jueces militares; y entónces, al ejercitarse la accion ante la jurisdiccion ordinaria, aunque hubiese sumision expresa por parte del aforado, no atribuia á esta competencia para conocer del pleito que con tal motivo se suscitara, porque dichos aforados no han tenido aptitud legal para renunciar su propio fuero y someterse á otro extraño, como ya dijimos con referéncia á las S. 15

Febrero y 10 Octubre 1859; 28 Octubre 1861; 11 Octubre y 12 Noviembre 1864, y 25 Febrero 1865.

Todo lo que hemos expuesto respecto de las testamentarias de los aforados de guerra, debe igualmente entenderse de los de marina. Así, pues, las particiones de herencia procedentes de disposicion testamentaria de estos, correspondian á la jurisdiccion de este ramo; mas no, si procedian de un abintestato, segun establecen las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, tit. VII, lib. VI, N. R., y la real órden de 1.<sup>o</sup> de Noviembre 1817 (S. 22 Febrero 1858; 28 Julio 1863; 20 Abril 1864). Por consiguiente, siempre que se ha tratado de discutir y resolver la eficacia de alguna cláusula de un testamento de un aforado de marina, ha competido esto únicamente á los tribunales especiales del ramo (S. 28 Julio 1863). Pero la circunstancia de ser una persona albacea de dicho aforado, no era bastante para que, en las obligaciones que celebrase con terceras personas, atrajera estas al fuero de la testamentaria, si no contraia dichas obligaciones expresa y señaladamente en nombre de la misma (S. 29 Enero 1859). De igual manera el contrato de préstamo, celebrado por el sindico de una testamentaria concursada de aforado de marina, debia ser considerado como realizado entre particulares no aforados, y por consiguiente, las cuestiones relativas á su cumplimiento no han sido de la competencia de esta jurisdiccion especial. S. 24 Noviembre 1865.

Estas son las doctrinas que han estado rigiendo sobre fuero en materia de testamentaria y abintestato, hasta la radical innovacion consignada en el tantas veces citado decreto de 6 de Diciembre de 1868.

## CAPÍTULO V.

### *Del fuero y jurisdiccion de extranjería, en lo civil.*

Como si no bastase la existencia del fuero militar de guerra y marina, en toda la innecesaria latitud que hasta ahora ha conservado, para producir las contiendas jurisdiccionales que tanto em-

barazan el curso de la justicia, ha regido por mucho tiempo á consecuencia de estipulaciones y tratados con otras naciones, la extraña concesion de que los extranjeros que residian en nuestro pais, gozaran como un privilegio especial el ser juzgados por los tribunales militares. Consignado este derecho en varias leyes antiguas, vino á confirmarse por el real decreto de 17 de Noviembre de 1852, en el cual se definió, quiénes debian entenderse extranjeros; se establecieron las disposiciones que habian de observarse para su ingreso y residencia en España; se declaró la condicion civil de los domiciliados y transeuntes y sus derechos y obligaciones; y se prescribió que mientras que una nueva organizacion judicial no lo impidiera, conocieran en primera instancia de los pleitos y causas contra los mismos extranjeros domiciliados y transeuntes los jueces militares, y en la segunda y tercera, el Tribunal Supremo de Guerra y Marina. Expresóse asimismo, que dicho fuero era meramente pasivo, y que no se extendia á los juicios sobre operaciones mercantiles, ni á los delitos de contrabando, sedicion y demas que deben ser juzgados con arreglo á la ley de 17 de Abril de 1821, ni á los cometidos á bordo y en alta mar, ni á los de tráfico de negros, ni á las faltas; y por último, dispuso el citado real decreto, que en los gobiernos civiles se llevase un registro de dichos extranjeros, y otro en los consulados de las respectivas naciones; y que no hallándose inscritos en ellos, no tuvieran derecho á ser considerados como tales.

Parecia que estas claras y terminantes prescripciones habrian de excusar las contiendas de competencia en los pleitos y causas que se incoaran contra extranjeros; pero no ha sucedido así, y ántes por el contrario, se han promovido multitud de cuestiones de esta naturaleza, que han venido á la alta decision del Tribunal Supremo, el cual, confirmando los preceptos de dicha real disposicion, ha fijado las doctrinas que vamos á resumir.

Como hemos dicho respecto del fuero militar, han perdido aquellas casi toda su importancia, desde que el art. 1.º del decreto de 6 de Diciembre de 1868, al enumerar las atribuciones de la jurisdiccion ordinaria, determina en su párrafo 6.º que esta es la única competente para conocer de los negocios civiles y causas.

criminales de los extranjeros domiciliados ó transeuntes. Pero sin embargo, para dar á conocer aquellas doctrinas, las vamos á exponer, dividiéndolas en los puntos siguientes:

1.º Quiénes son considerados extranjeros.

2.º Quiénes reúnen las condiciones de domiciliados ó transeuntes.

3.º Qué extranjeros son reputados vecinos.

4.º Necesidad de inscribirse para gozar el fuero en la matrícula de extranjeros.

5.º Asuntos en que competía el fuero, y en que éste no alcanzaba.

Y 6.º Jurisdicción á que corresponde el fuero de extranjería.

Son considerados como extranjeros los que designa el citado real decreto, y también los hijos de ellos, que se hallen bajo la patria potestad (S. 12 Agosto 1858), y las viudas de los mismos extranjeros (S. 15 Febrero 1862). Pero en cuanto á los hijos que hayan nacido en España, si bien conservan la condición del padre, mientras se hallen bajo la patria potestad, la pierden, y adquieren la cualidad de españoles, si optan por algún empleo ó cargo público, pues en España solamente los españoles pueden obtenerlos, según el espíritu y la letra del art. 5.º de la Constitución de 1845, el texto expreso del 27 del citado real decreto y las disposiciones especiales que reglan las diversas carreras del Estado. Además, una vez adquirida la cualidad de ciudadano español, no puede perderse por sola la voluntad del interesado, hallándose dentro de España. S. 16 Julio 1860.

No está comprendido en ninguno de los casos del art. 1.º del mismo real decreto, ni por consiguiente puede ser considerado como extranjero un español, por el hecho de haberse expatriado, aunque haya vuelto á España con pasaporte de la legación de una nación extranjera, y ménos titulándose vecino del pueblo en que reside, y disfrutando como tal de los derechos civiles y políticos que corresponden á los españoles. S. 26 Junio 1860.

En cuanto á la cualidad de domiciliado ó transeunte, circunstancia indispensable para que el extranjero disfrutara fuero privilegiado, es indudable que, según el art. 5.º del citado decreto,

son tenidos como tales, los que residen en España sin carta de naturaleza ó que no han llegado á ganar vecindad (S. 17 Febrero 1865), ó bien los que vienen á estos reinos de paso y sin ánimo de permanecer en ellos (S. 14 Noviembre 1859). Y aunque se ha pretendido algunas veces extender el fuero á los extranjeros que no tenían residencia en España, se ha declarado, como era consiguiente (S. 17 Octubre 1853, y 9 Abril 1862), que nuestra legislación sólo concedía dicho fuero á los transeuntes ó domiciliados en el reino, y no á los que residían fuera de él, y estaban avecindados en su país.

Es indudable que no competía el fuero á los extranjeros que se hallaban establecidos en España por espacio de muchos años, como vecinos de algun pueblo, y que bajo este carácter obtenían algun privilegio del Gobierno (S. 28 Enero 1854); y lo es asimismo que deben ser considerados como vecinos del pueblo en que residen, segun la ley 3.<sup>a</sup>, tit. XI, lib. VI, N.<sup>o</sup> R., los extranjeros que establecen su domicilio en el reino, aun cuando hayan hecho su inscripcion en los registros de transeuntes; siendo prueba suficiente de la vecindad el ser contratista de obras públicas, y estar reputado como vecino, titulándose él mismo como tal (S. 29 Agosto 1861). Además, y segun la citada ley, entre las circunstancias que acreditan la vecindad de un extranjero, deben contarse la de tener casa abierta por espacio de diez años, la de arraigarse adquiriendo bienes y posesiones, y la de tener cargos de cualquier género que sólo pueden desempeñar los naturales del reino. S. 14 Noviembre 1859, y 3 Julio 1868.

Los extranjeros que residían en España sin haber obtenido carta de naturaleza, ni ganado vecindad, tenían derecho á disfrutar del fuero de extranjería, siempre que se hallaran suscritos, ya como domiciliados, ó ya como transeuntes, en el doble registro de que ahora trataremos; siendo de advertir, que el haber ejercido un oficio ó industria por cierto número de años en una poblacion, no supone la vecindad, sino únicamente el domicilio. S. 23 Julio 1868.

Per o no bastaba para obtener el fuero privilegiado, ser el ex-

tranjero domiciliado ó transeunte, sino que era preciso que, con arreglo á los art. 9 y 10 del mismo real decreto de 1852, se hallase inscrito en la doble matrícula del consulado de su nacion y del gobierno civil de la respectiva provincia (S. 9 Mayo 1854; 15 Enero, 30 Mayo y 10 Diciembre 1859; 16 Noviembre 1860, y 14 Noviembre 1866); y por consiguiente, no tenia derecho, segun el art. 12 del mismo, á ser reputado como tal extranjero, ni á disfrutar el fuero, el que no se hallase inscripto en la clase de transeunte ó domiciliado en los dos expresados registros (S. 28 Diciembre 1855; 9 y 28 Enero y 28 Febrero 1854; 29 Octubre 1857; 8 y 24 Marzo 1858; 15 Mayo 1859; 23 Noviembre 1863, y 2 Diciembre 1864); aunque se matriculara con posterioridad á la prevencion del asunto en que intentase reclamar dicho fuero. S. 25 Setiembre 1862.

Ha querido á veces darse tan estricta interpretacion al precepto que exigia dicha doble matrícula para gozar del fuero especial, que se ha pretendido no corresponder éste á un náufrago, que al experimentar el accidente desgraciado que le trajo á las playas españolas, no ha podido, ni tenido ocasion de llenar aquel requisito; pero se ha declarado como el buen sentido dicta (S. 25 Junio 1860), que la necesidad de llenar aquella formalidad, sólo debia entenderse, cuando hubiese habido términos hábiles para ello; no estando en este caso el encontrarse un extranjero como náufrago en un punto subalterno del litoral.

Se ha suscitado tambien alguna duda acerca de la provincia en cuyo registro ha de hacerse dicha inscripcion; y se ha declarado sobre este punto (S. 4 Junio 1866), que atendido el espíritu del art. 12 del mismo real decreto, no puede ménos de entenderse que el registro á que este se refiere, ha de tener lugar en el respectivo consulado del extranjero y en el gobierno de la provincia donde haya de residir, porque de otro modo, ni se concibe la necesidad ó conveniencia de hacer constar el domicilio, en donde no habia de tenerse; ni se llenaria el objeto de la confrontacion de los registros, establecida en los arts. 10 y 11 del mismo decreto, si no hubiera aquel de residir en la provincia en cuya matrícula se inscribiese. Se ha añadido ade-

mas (S. 17 Diciembre 1865), que no puede admitirse como supletoria la inscripcion en el respectivo consulado de otro punto en que anteriormente hubiere residido el extranjero, porque esto falsearia el espíritu de las disposiciones vigentes, y contra las mismas podrian los extranjeros atribuirse, ya la cualidad de vecinos, ya la de domiciliados ó transeuntes, segun más acomodase á sus fines ó miras particulares, mayormente si el interesado se ha titulado á sí mismo en un documento público, vecino hacendado y labrador de un punto de España.

En el tenaz empeño de acudir los extranjeros al fuero de guerra, por la preocupacion que han tenido de que les era beneficioso, y en la insistencia de la jurisdiccion militar de querer ampliar sus facultades, acogiendo sin razon á todos los extranjeros, se ha pretendido que aquella es competente para conocer de una demanda entablada contra un extranjero ingeniero de una compañía de ferro-carril, por actos y obligaciones procedentes de este cargo; mas se ha declarado (S. 27 Junio 1867), que dirigida la demanda contra el extranjero, no por actos suyos personales, sino como director y representante de una empresa, y por servicios prestados á la misma, esta era en realidad la persona jurídica demandada, y en tal concepto no podia atenderse al fuero que tuviera personalmente el representante por ser extranjero, sino al que correspondiese á la compañía su representada.

Parecia imposible haberse puesto en duda, que en los negocios mercantiles no cabia otro fuero que el de la jurisdiccion de comercio; pero sin embargo se ha cuestionado sobre ello, y ha sido preciso declarar (S. 7 Enero 1854, y 3 Octubre 1857), que segun la excepcion 2.<sup>a</sup>, art. 31 del citado real decreto, no se extendia el fuero de extranjería á los juicios procedentes de operaciones mercantiles: que (S. 16 Marzo 1857) aquel era meramente pasivo, y no alcanzaba á los juicios de la expresada clase; y que (S. 23 Noviembre 1865) aun correspondiendo dicho fuero, no podia extenderse á los socios en comun, cuando se trataba de demandar á una sociedad mercantil. Pero sin embargo, para que el mismo fuero se entendiese en sus justos límites, se declaró tambien (S. 14 Noviembre 1866), que la disposicion 2.<sup>a</sup> del ci-

tado art. 31 respecto al desafuero por operaciones de comercio, era únicamente relativa á los actos mercantiles en el sentido legal, y á las controversias civiles que por razon de tales actos pudiesen suscitarse.

Se ha pretendido por el contrario, privar á un extranjero de su fuero, por delito cometido durante el servicio en un camino de hierro; pero decidiéndose imparcialmente esta cuestion, se declaró (dicha S. 14 Noviembre 1866), que los casos de desafuero consignados en la Ley de policía de ferro-carriles de 14 de Noviembre de 1855, y en el reglamento para su ejecucion de 8 de Junio de 1859, se referian á las faltas que por los concesionarios ó arrendatarios de las vías férreas se cometiesen, y á los delitos ó faltas contra la seguridad y conservacion de las mismas, que eran los únicos casos de desafuero, á que aquellas disposiciones se contraian; y que por consiguiente, en los demas no podia perder el fuero el extranjero contra quien se procediese.

Lo mismo ha sucedido respecto de los concursos no formados por operaciones mercantiles, sino por negocios comunes, respecto de los cuales, si era extranjero el concursado y se hallaba en los casos anteriormente expuestos, tenia competencia el juzgado militar de extranjería, por no ser dichos juicios de los exceptuados. S. 15 Enero 1859.

Á diferencia de lo que ántes dijimos respecto del fuero militar, el de extranjería se ha estimado como un privilegio personal; y siendo un principio de derecho que cualquiera puede renunciar el que está concedido en su beneficio, á no ser que la ley disponga lo contrario (S. 20 Junio 1859); este fuero ha sido renunciabile, y por lo mismo cabia respecto al que lo gozaba la prorogacion, ya tácita, ya expresa á la jurisdiccion ordinaria (S. 25 Octubre 1863). Deducíase de esta doctrina, que contestando un extranjero á la demanda contra él propuesta, se entendia prorogada tácitamente la jurisdiccion, perdiendo el fuero de extranjería á que en otro caso pudiera tener derecho. S. 9 Enero 1854.

Sin embargo, la sumision á otro fuero en un juicio de concurso debia ser personal del concursado, y no bastaba que los acreedores se sometiesen á un juzgado que no fuese el del fuero del

deudor comun (S. 15 Enero 1859); ni tampoco la denuncia de un hecho efectuado por un extranjero obrando como actor, era bastante para considerar que renunciaba á su propio fuero. §. 16 Junio 1864.

Expuestos todos los casos en que ha correspondido á los extranjeros el expresado fuero, y aquellos en que no gozaban este privilegio, réstanos sólo repetir lo que al principio indicamos y establecía el citado real decreto 1852, conforme con la legislación recopilada, á saber; que la jurisdicción competente para el conocimiento de toda demanda y acusación contra los extranjeros á quienes el fuero alcanzaba, ha sido la de los respectivos juzgados de guerra. S. 16 Junio 1864, y 24 Agosto 1865.

## TÍTULO VI.

*De la jurisdicción y competencia para conocer de los negocios especiales de comercio y de hacienda.*

### CAPÍTULO PRIMERO.

*De la jurisdicción y competencia en los negocios mercantiles.* <sup>1</sup>

La jurisdicción privativa que el Código de comercio atribuye á

---

<sup>1</sup> Aunque es sabido que por decreto del Gobierno Provisional de 6 de Diciembre de 1868 fueron suprimidos los tribunales de comercio, hemos creído, sin embargo, conveniente dejar este capítulo en los términos que ya lo teníamos redactado, sin perjuicio de que las doctrinas que en él se exponen se subordinen á lo que previene el art. 40 de dicho decreto, que dice así:

Se suprimen los tribunales especiales de comercio.

los tribunales del ramo, no ha sido un verdadero fuero personal en favor de los que están dedicados á esta clase de industria, sino más bien especial para el conocimiento de las contiendas judiciales que ocurran sobre actos mercantiles, aunque las partes interesadas en ellos no sean comerciantes en los términos que los define el art. 1.º del mismo Código (S. 7 Octubre 1858); y aun cuando no haya tribunales de comercio, no por eso varía la naturaleza del asunto, pues si bien los jueces ordinarios entienden en todos los que son por su naturaleza mercantiles, ha de ser con sujecion á la legislacion especial del ramo, segun el art. 1179 del Código (S. 3 Octubre 1857; 10 Setiembre 1858; 25 Noviembre 1861; 28 Abril 1864; 14 Noviembre 1865, y 24 Noviembre 1866); pero no sucede lo mismo respecto de la jurisdiccion militar, la cual nunca tiene competencia para juzgar esta clase de negocios. S. 28 Agosto 1862.

Por razon de la naturaleza de estos es, pues, materia mercantil toda contienda judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de negociaciones, contratos y operaciones de comercio comprendidas en las disposiciones de dicho Código, si tienen los caracteres en ellas determinados para que puedan ser calificadas de actos comerciales (S. 10 Setiembre y 7 Octubre 1858; 28 Febrero y 29 Octubre 1859; 28 Abril 1864, y 30 Agosto y 24 Noviembre 1866). En este caso, pues, el asunto es mercantil, aunque las personas no correspondan á esta profesion (S. 4 Febrero 1865; dos de 30 Agosto 1866, y 27 Agosto 1868); y aunque tengan fuero militar, ya sea el general de guerra (S. 4

---

Conforme á lo prescrito en el párrafo 8.º del art. 1.º, la jurisdiccion ordinaria será competente:

1.º Para conocer en todas las contestaciones judiciales sobre obligaciones y derechos procedentes de negociaciones, contratos y operaciones mercantiles, ya estén comprendidas en las disposiciones del Código de comercio, por reunir los caracteres determinados en él, ya en leyes especiales.

2.º Para intervenir en los actos de jurisdiccion voluntaria que se funden en las disposiciones del mismo Código, ó que se refieran á las obligaciones que se mencionan en el párrafo anterior.

Mayo 1854; 29 Setiembre 1859, y 5 Abril 1861), ya el de marina (S. 28 Junio 1866), ó bien hayan gozado del de extranjería, pues esta jurisdiccion especial nunca ha alcanzado, segun el art. 31 del real decreto de 17 de Noviembre de 1852, á dichos negocios de comercio. S. 7 Enero 1854; 16 Marzo y 23 Setiembre 1857, y 24 Marzo 1858.

Es cuestionable en muchas ocasiones, si lo que da motivo á la cuestion sobre competencia corresponde ó no á la clase de mercantil, y está ó no sujeto por consiguiente á su legislacion especial: acerca de cuyo punto conviene, para evitar repeticiones innecesarias, tener presente lo que expusimos en los caps. 5.º, 6.º y 14, tit. III, lib. V de la primera parte de esta obra, con relacion á los contratos y operaciones que se consideran mercantiles.

Debe ademas, al tratarse de calificar y definir la naturaleza del asunto, considerar, que siendo el actor y no el demandado la parte que ha de alegar el derecho con que pide, es consiguiente admitir la calificacion de los hechos en los términos que por aquel sean apreciados, sin perjuicio de lo que corresponda resolver en definitiva, si en el curso del pleito aparece que sus apreciaciones no fueron exactas. En este concepto, pues, si por ejemplo el demandante supone que el crédito que reclama es mercantil, así debe considerarse, como no aparezca á primera vista lo contrario. S. 23 Noviembre 1863.

Pero á pesar de estas indicaciones, y de lo que expusimos en el lugar citado, sobre la calificacion de mercantiles ó comunes de ciertos contratos y negociaciones, conviene recapitular aquí algunas reglas que pueden aclarar las dudas, sobre los puntos siguientes: 1.º, asuntos que ántes competian exclusivamente á los tribunales de comercio: 2.º, los que siempre han sido de la competencia de la jurisdiccion ordinaria, aunque alguna vez se haya disputado que son mercantiles; y 3.º, cuál de los juzgados es competente, cuando dos disputan el conocimiento.

Segun el art. 1199 del Código de comercio, la jurisdiccion de los extinguidos tribunales era privativa para entender en los litigios sobre obligaciones y derechos procedentes de negocia-

ciones, contratos y operaciones mercantiles comprendidas en las disposiciones del mismo (S. 24 Agosto 1865; 28 Junio 1866, y 15 Febrero 1868). Por consiguiente, correspondian á los tribunales de comercio las cuestiones relativas á las reclamaciones sobre ganancias en la explotacion de un barco (S. 24 Enero 1861); las que trajesen origen de las anticipaciones hechas por un naviero al capitan de una nave, por cuenta del sueldo que le estuviera señalado (S. 22 Marzo 1860): las cuestiones sobre salarios devengados por tripulantes de buques, para cuyo servicio hubiese mediado contrato con el capitan del mismo, porque dicho contrato es mercantil, como comprendido en la seccion 3.<sup>a</sup>, título II, lib. III del Código, que trata de los oficiales y equipajes de las naves mercantes; y aunque el demandado y demandante gozaran del fuero de marina, era preferente la competencia de la jurisdiccion de comercio. S. 28 Junio 1866.

Ha correspondido igualmente á ésta conocer de las demandas dirigidas contra las sociedades mercantiles, sin que hiciese variar la naturaleza del negocio la cesion de bienes hecha por el socio liquidador de la misma sociedad (S. 4 Enero 1854); y tambien de los litigios sobre arribadas y averías de buques, con todas sus incidencias. S. 7 Enero 1854.

Como los vales ó pagarés á la orden, procedentes de operaciones de comercio, producen las mismas obligaciones y efectos que las letras de cambio, el conocimiento de los asuntos que con ellos tienen relacion competia tambien á la jurisdiccion mercantil, mayormente cuando los que han intervenido en dichas operaciones quedaban sujetos en las controversias que ocurriesen al Código de comercio, aun cuando no fueran comerciantes, pues no es necesaria esta cualidad entre los principales contrayentes, para calificar de mercantil la operacion que verdaderamente lo sea, como por ejemplo respecto del aval ó afianzamiento (S. 5 Agosto 1857). Lo mismo sucede acerca de la materia de letras de cambio procedentes de operaciones de comercio. S. 9 Diciembre 1861.

Las sociedades anónimas por acciones, constituidas con arreglo al Código y á la ley de 28 de Enero de 1848, son verdadera-

mente mercantiles, y por tanto los negocios judiciales respectivos á ellas, han correspondido siempre á los tribunales de este ramo. S. 29 Diciembre 1860.

Del mismo modo la quiebra de un comerciante es tambien asunto mercantil, propio de la jurisdiccion de la plaza en cuya matricula se halle aquel inscrito, y donde ejerza el comercio y estuviere empadronado en concepto de vecino. Por consiguiente, son aplicables al procedimiento las disposiciones del Código de comercio, y no las de la Ley de Enjuiciamiento civil, referentes á concursos de acreedores. S. 25 Octubre 1862.

Segun el art. 236 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil, para que este juicio universal de quiebra atraiga á sí los procedimientos ejecutivos contra el quebrado, es necesario que estos se hayan promovido ó que se hallen pendientes, despues de haberse proveido la providencia en que se declare en quiebra al deudor (S. 20 Diciembre 1859, y 14 Junio 1866). En este caso, y siempre que se acumulen á un juicio de dicha clase los autos de una ejecucion pendientes contra el ejecutado, las incidencias que se susciten deben seguir inseparables de la misma quiebra, y entender por consiguiente de ellas el juzgado que de la misma estuviere conociendo (S. 18 Agosto 1863). Esta regla es extensiva á las tercerías, respecto de las cuales es competente el juez que entienda en el juicio ejecutivo sobre las obligaciones mercantiles. S. 29 Diciembre 1860.

El cumplimiento de los compromisos contraidos por las sociedades de seguros es tambien de naturaleza mercantil, y si en la póliza de aquellos, no se expresa el lugar en que por parte de la respectiva compañía han de cumplirse las obligaciones que haya contraido, para decidir á qué juez corresponde el conocimiento de las demandas que para exigir el cumplimiento puedan intentarse, hay que atenerse á las reglas establecidas en el art. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, que rige como supletoria en los asuntos de comercio. Por consiguiente, no constando el lugar en que la obligacion deba cumplirse, y no pudiendo ser emplazados los directores de la compañía en el lugar del contrato, por no encontrarse allí, es necesario acudir al domicilio de ellos

(S. 14 Febrero 1863). Lo mismo sucede respecto de cualquiera otra sociedad mercantil: por consiguiente, si se reclama contra ésta algun crédito procedente de negociaciones de esta clase, es fuero competente el del lugar donde la sociedad demandada se halle establecida. S. 20 Diciembre 1859.

Cuando los síndicos de un concurso intenten demandar á una casa de comercio, para el pago de una cantidad que adeude el concursado por consecuencia de alguna negociacion mercantil, no hay razon para privar del conocimiento á la jurisdiccion que entienda en la demanda, y acumular el juicio al concurso, porque, segun el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sólo son acumulables á aquel los pleitos ejecutivos pendientes contra el concursado en otros juzgados, y porque no hay disposicion alguna especial que exceptúe á los síndicos de un concurso de la observancia de las reglas del fuero competente contenidas en los arts. 2.º al 5.º de la misma ley, cuando obran como demandantes en el ejercicio de su cargo. S. 20 Diciembre 1859.

Así como los asuntos de que hasta ahora hemos hecho mencion se reputan mercantiles, hay otros que corresponden á la clase de ordinarios, ya por su propia naturaleza, ya por la sumision expresa ó tácita. Si se previene un concurso ante un juzgado de primera instancia, éste es el obligado, segun los arts. 519 y 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, á dictar las diligencias necesarias para el embargo y depósito de los bienes del deudor; y es de su competencia, segun el art. 520, el conocimiento de todos los incidentes que por consecuencia de aquellos actos se susciten. S. 13 Noviembre 1862.

Tampoco corresponde á la clase comercial, sino que es asunto ordinario, todo lo relativo á la exaccion de costas procesales y gastos ocasionados en un juicio criminal, pues como son penas accesorias á la principal impuesta al procesado, no han podido hacerlas efectivas los tribunales de comercio, aunque aquel se constituya en quiebra y sea comerciante, porque la jurisprudencia mercantil no se extiende á los asuntos criminales (S. 24 Noviembre 1863). Ni alcanza tampoco, segun el art. 1201 del Código á las demandas intentadas por comerciantes, ni contra ellos,

sobre obligaciones ó derechos que no procedan de actos mercantiles; porque no es inherente á los que ejercen esta profesion el privilegio de convertir en comerciales las operaciones que no se ajustan á los preceptos de la ley que las regula (S. 14 Noviembre 1862). Lo mismo sucede respecto de todo asunto que interese á la Hacienda pública, pues ésta tiene fuero atractivo, y es la única competente, aunque alguno de los interesados sea comerciante. S. 28 Julio 1863.

No puede tomarse en cuenta para el fuero el lugar donde existió una sociedad mercantil, cuando el demandante no se funda en el derecho que pueda tener como individuo de la misma, ni tampoco lo deriva del contrato constitutivo de ella, sino del que hubiere celebrado al tiempo de su disolucion ó despues con las personas que la formaron: por consiguiente, en este caso corresponde el conocimiento á la jurisdiccion ordinaria como negocio comun, y á pesar de lo prevenido en los arts. 8, 12, y 113 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil (S. 4 Enero 1854). Lo mismo puede decirse respecto á la declaracion de si un juicio universal es ó no de espera. S. 4 Enero 1859.

La venta de granos ó de otros frutos procedentes de la cosecha del vendedor ó de otros labradores no comerciantes á quienes éste represente, no puede reputarse contrato mercantil, así como los pagarés y sus afianzamientos, los cuales deben acomodarse á la índole de las obligaciones, y por consiguiente, si proceden de ventas de dicha clase, no son mercantiles; y no correspondiendo á esta clase, no producen los efectos de las letras de cambio, segun el art. 558 del Código. Ademas, para que el afianzamiento sea comercial, es indispensable, segun el art. 412, que sean comerciantes los principales contrayentes, y mercantil el contrato que garanticen. Por lo tanto, cuando no concurren estas circunstancias, toca el conocimiento del negocio á los jueces comunes con sujecion á la legislacion general. S. 28 Junio 1859.

El que no tiene carácter legal de comerciante, no puede constituirse, ni ser declarado en quiebra, bajo la legislacion mercantil. Pero sin embargo, aunque el girar letras de cambio y pagarés, ó hacer otras negociaciones de crédito, no caracterizan

á una persona de comerciante, puede esta quedar sujeta á las leyes de este ramo, en cuanto á las controversias que ocurran sobre dichas operaciones. S. 25 Enero 1858.

Aunque por la ley de 28 de Enero de 1848 está declarado, que las empresas para la construccion y explotacion de las vias férreas son mercantiles, corresponde sin embargo á los jueces ordinarios el conocimiento de las demandas que por accion personal se dirijan contra un empresario particular en virtud de un contrato comun celebrado con el mismo. S. 24 Agosto 1865.

Como la sumision á la jurisdiccion ordinaria es lícita con arreglo á derecho, si á ella se somete tácita ó expresamente el demandado, es legal la sumision, aunque el asunto sea propiamente mercantil, y el demandado ejerza esta profesion. Sobre este punto debe tenerse aquí por reproducido todo lo que expusimos en el capítulo respectivo; pero sin embargo añadiremos, que cuando se siga ante dicha jurisdiccion comun un juicio ejecutivo para exigir el pago de una obligacion mercantil, y el ejecutado no reclama en primera ni en segunda instancia contra la incompetencia del juez, y se reserva para exponerla al tiempo de la vista, es indudable que ha habido una sumision tácita, de la cual no puede prescindir el mismo que la ha verificado, ni por consiguiente, es fundado el recurso que este mismo interponga, suponiendo que el juez procede con incompetencia. S. 20 Febrero 1861.

Tambien debe entenderse como prorogada la jurisdiccion ordinaria, aunque el asunto por su naturaleza merezca reputarse como mercantil, cuando el demandante presenta la demanda ante aquella jurisdiccion, y el demandado contesta sin alegar la excepcion de incompetencia, y reconociendo así la facultad del juez para conocer del asunto (S. 25 Noviembre 1861). Sin embargo, el fuero personal que á uno compete no puede prorogarse á los socios en comun. S. 23 Noviembre 1863.

Pero lo mismo que dijimos, respecto de que la sumision no puede hacerse sino á la jurisdiccion ordinaria, debemos repetir ahora; y así, aunque un extranjero que hubiese ejecutado una operacion de comercio, se sometiera al fuero de extranjería, el

conocimiento del asunto corresponderia ántes de su abolicion á la jurisdiccion mercantil, porque la sumision es nula no siendo á los jueces ordinarios, segun los arts. 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, y porque el conocimiento de los juicios entre comerciantes y sobre créditos que procedan de operaciones de su profesion, debe sujetarse al Código de comercio, con arreglo á lo prevenido en los arts. 1199 y 1200 del mismo (S. 30 Agosto 1866). Tambien debemos repetir lo que ya dijimos, respecto á que al someterse una de las partes á determinado tribunal, no por eso se priva de la facultad de someterse ó no al mismo en los demas asuntos que en lo sucesivo le ocurran. S. 7 Mayo 1864.

En muchas ocasiones, sin dudarse de la naturaleza mercantil del asunto, versa la cuestion jurisdiccional entre dos juzgados iguales; y en estos casos conviene tener presente las siguientes reglas:

1.ª Como consecuencia del contrato de transporte, cuando éste es calificado de mercantil, si el consignatario de los géneros ó efectos reclama su valor por haberse estos perdido, puede hacerlo, bien ante el juzgado donde el demandado tenga su domicilio, ó bien ante el del lugar que se hubiere expresado en el contrato para su cumplimiento (S. 25 Setiembre 1857); y en el caso de que pretendan ambos entender en él, es competente el último, aun cuando en el conocimiento ó resguardo nada se hubiese estipulado acerca de lo que debiera pagarse en caso de extravío, ni de consiguiente, dónde hubiera de hacerse el pago. S. 24 Setiembre 1861, y 14 Noviembre 1865.

2.ª Cuando una casa de comercio tiene dos establecimientos con un mismo objeto mercantil, en distintos pueblos, sin domicilio exclusivo en ninguno de ellos, y en ambos se solicita la declaracion de quiebra, corresponde su conocimiento al juez que hubiere principiado á conocer á instancia de acreedor legitimo y del quebrado, y hecho dicha declaracion ántes que el del otro lugar. S. 13 Octubre 1862.

3.ª Si en un contrato se determinan dos puntos diferentes para el pago ó cumplimiento de una obligacion, no puede de es-

to sólo inferirse que la eleccion corresponda al obligado al pago; y en este caso debe reputarse, para el efecto de la competencia, que el demandado se halla en el lugar del contrato, y que puede ser allí emplazado, cuando tiene en él su representante con quien se celebró el mismo contrato, habilitado de poder competente para ello y para acudir á los tribunales como actor á demandado. S. 29 Diciembre 1860.

4.<sup>a</sup> Cuando en la póliza de riesgos de una compañía de seguros no se establece el lugar en que haya de cumplirse la obligacion, debe ser dicha compañía demandada en su domicilio, entendiéndose por tal el fijado en sus estatutos; y no en el lugar del contrato, aunque tenga en él un encargado para hacer los seguros y cobrar su importe. S. 13 Mayo 1861.

5.<sup>a</sup> Sabido es que el fuero competente para ejercitar acciones personales, es el del lugar en que deba cumplirse la obligacion, y cuando se demanda el valor de mercancías extraviadas, que se hubieren entregado al capitán de una nave para trasportarlas á determinado punto, como la accion es personal, y el contrato de transporte marítimo, el conocimiento compete al juez del lugar en que deba cumplirse la obligacion, que es aquel donde segun el conocimiento deban entregarse las mercancías. S. 24 Setiembre 1861.

6.<sup>a</sup> Ya se ha dicho repetidas veces, que las acciones personales deben ejercitarse en el lugar del domicilio de la persona obligada; y si ocurre cuestion acerca del domicilio legal para evacuar las diligencias de protesto, debe decidirse en favor del que está designado en la letra, ó el que tenga el pagador, que es el competente. S. 3 Abril 1857.

7.<sup>a</sup> Traslados á la Península de comun acuerdo de todos los socios, los libros y papeles de una sociedad mercantil establecida en las posesiones de Ultramar, no puede reconocerse despues del trascurso de muchos años, que tenga derecho ninguno de los mismos socios para obligar á los demas á comparecer ante los jueces de la plaza donde ántes existia la sociedad, cuando dichos socios han consentido por sus actos el verificar la liquidacion de la misma en la Península ante el juez de su domicilio; y por

consiguiente, éste es en tal caso el único á quien corresponde el conocimiento. S. 9 Junio 1864.

Expuestas ya las reglas que preceden, sobre cuál es la jurisdiccion competente en los negocios expresados, terminaremos este capítulo, haciendo mencion de algunas doctrinas, aplicables á todas las cuestiones de competencia sobre asuntos mercantiles.

Podemos repetir á este propósito la regla general que en el lugar oportuno citamos, de que no puede promoverse una cuestion de esta clase, estando ya el juicio fenecido, como por ejemplo sucede, cuando un procedimiento ejecutivo queda terminado por la sentencia de remate, caso en el cual debe declararse extemporánea é improcedente la competencia. S. 28 Agosto 1862 y 28 Febrero 1866.

Igualmente debemos reproducir aquí la doctrina legal, de que una vez propuesta la declinatoria de jurisdiccion ante un juzgado de otro fuero, lo cual precisamente se ha de hacer dentro de los seis dias siguientes á la providencia en que se mandan entregar los autos para contestar á la demanda (S. 25 Noviembre 1861); no hay derecho alguno para pedir despues la inhibitoria ante otro juez; y que si se pidiere, debe éste abstenerse de admitir la reclamacion y de officiar al otro juzgado, porque con arreglo á la ley no hay términos hábiles para entablar la contienda jurisdiccional. S. 23 Mayo 1860.

Lo mismo en los negocios mercantiles que en los comunes, no puede ejercitarse una accion, si no es de las exceptuadas, sin haberse intentado la avenencia; y por consiguiente no es permitido ántes de haberse cumplido con esta diligencia preliminar, promover ninguna cuestion sobre competencia en el conocimiento del asunto. S. 9 Diciembre 1861.

En todas las cuestiones de esta clase en negocios de comercio, debe estarse á lo que prescribe la Ley de Enjuiciamiento civil, conforme al art. 462 de la especial sobre juicios mercantiles, puesto que ésta no contiene ninguna determinacion especial respecto á la preferencia de los mismos tribunales para entender en los asuntos de comercio. S. 14 Diciembre 1861, y 9 Diciembre 1862.

Terminariamos este capítulo, exponiendo las doctrinas referentes á la cuestion de si procede ó no el recurso de casacion en materia de competencia jurisdiccional sobre asuntos mercantiles, si no hubiéramos de tratar expresamente de esta materia en el libro IV, referente á esta clase de recursos extraordinarios. Por consiguiente, y para evitar repeticiones innecesarias, nos remitimos á lo que en dicho lugar habremos de exponer.

## CAPÍTULO II.

### *De la jurisdiccion y competencia en los negocios de Hacienda pública, en materia civil.* <sup>1</sup>

La jurisdiccion de Hacienda pública en materia civil ha sido privativa, segun la ley 7.<sup>a</sup>, tit. X, lib. VI, N. R., y la real orden de 24 de Agosto de 1840, para el conocimiento de todos los negocios en que tuviese algun interés presente ó futuro el Erario público, ó pudiera experimentar daño ó perjuicio en sus rentas, acciones ó derechos, y de todas las incidencias, anexidades ó conexidades que de los mismos procedieran. Con arreglo á este principio, base capital de esta materia, ha sido hasta ahora incompetente la jurisdiccion ordinaria para conocer de las demandas sobre negocios en que más ó ménos inmediatamente tuviese interés el fisco, aunque los demandantes fueran menores y usaran del be-

---

<sup>1</sup> Tambien este fuero especial es sabido que fué suprimido por el decreto tantas veces citado de 6 de Diciembre de 1868, cuyos arts. 8.<sup>o</sup> y 9.<sup>o</sup> dicen así:

Art. 8.<sup>o</sup> Se suprimen los juzgados especiales de Hacienda.

Los negocios de esta clase se sustanciarán con arreglo á lo que disponen las leyes comunes.

Art. 9.<sup>o</sup> Los delitos de contrabando y defraudacion se perseguirán conforme á lo ordenado en el decreto de 20 de Junio de 1852: en su consecuencia se aplicarán las penas allí establecidas, por los trámites que el mismo previene, conservándose al propio tiempo el procedimiento administrativo.

neficio de la restitucion *in integrum*. S. 28 Febrero 1854; 28 Abril 1860, y 9 Abril 1862.

Pero cuando se ha tratado de intereses de la Hacienda pública ó del Estado, en el concepto de propiedad ó dominio, las cuestiones han correspondido y corresponden á la esfera contenciosa, y su conocimiento compete exclusivamente á los tribunales ordinarios de justicia, con arreglo al art. 10 de la ley de contabilidad y administracion de 20 de Febrero de 1850. S. 17 Junio 1861.

No sucede lo mismo respecto de los intereses que afectando á la Hacienda ó al Erario, se resuelven administrativamente por medio de decisiones que causen estado, pues entónces sólo puede reclamarse contra ellas por la via contencioso-administrativa, segun lo dispuesto en la ley de 17 de Agosto de 1860: doctrina confirmada por la real órden de 13 de Julio de 1866, que modifica lo dispuesto en la regla 8.<sup>a</sup> art. 15 de la real órden de 10 de Junio de 1856. S. 28 Enero 1868.

Diremos finalmente para terminar este brevisimo capítulo, que el embargo de una finca, resuelto por ejecutoria á favor de un tercer opositor, en una causa sobre contrabando, impedia á la jurisdiccion de hacienda entender en las diligencias de remate de la misma finca, para la ejecucion de una sentencia dictada en otra causa por delito comun; aunque sin perjuicio de la facultad de hacer el juez ordinario las oportunas reclamaciones, para que no quedasen ilusorias las responsabilidades pecuniarias procedentes de la causa sobre contrabando. S. 19 Febrero 1862.

Escasas y de poca importancia son las doctrinas que dejamos expuestas; pero comprenden todo lo que la jurisprudencia ha autorizado con sus decisiones.

## TÍTULO VII.

### CAPÍTULO ÚNICO.

#### *Del procedimiento en las cuestiones de competencia sobre asuntos civiles.*

Es demasiado sabido, que en los asuntos civiles, á diferencia de lo que sucede en nuestro actual procedimiento criminal, las autoridades judiciales son absolutamente pasivas, y nada por tanto pueden hacer sino á solicitud é impulso de las partes interesadas: por esta razon los jueces no deben, segun las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento, promover de oficio ninguna cuestion sobre su competencia para conocer de un asunto civil (S. 27 Octubre 1860); y aun á instancia de parte, tampoco pueden proponerse estos incidentes por las personas que no tengan el carácter de litigantes, como demandantes ó como demandados: de manera, que si se suscita dicha cuestion por los testigos que aquellos hubieren presentado, no puede decirse que existe un verdadero conflicto de jurisdiccion, pues hay falta de personalidad para promoverlo. S. 30 Agosto 1866.

Como esta clase de cuestiones embarazan tanto el curso de la justicia, solamente proceden, cuando concurren fundados motivos para que cada uno de los jueces ó tribunales contendientes sostenga su pretension sobre el conocimiento de determinado asunto (S. 12 Julio 1866), y aun entónces, es necesario que se promuevan en forma legal, pues de otro modo no procede su resolucion, y debe declararse mal formada la competencia (S. 10 Enero 1866). Así sucede:

1.º Cuando se suscita la cuestion ántes de haberse intentado válidamente una accion en juicio (S. 9 Diciembre 1861).

2.º Cuando se trata de dos obligaciones distintas, que no tienen de comun más que ser uno mismo el deudor y una misma la garantía de la deuda, pues entónces puede entender en el procedimiento cada uno de los jueces que lo hayan prevenido (S. 13 Abril 1868). 3.º Cuando dos juzgados están conociendo de pleitos distintos, y no se reclaman mutuamente su competencia, ni las gestiones del uno impiden al otro llevar adelante sus actuaciones (S. 21 Febrero 1861). 4.º Cuando se ha reconocido la jurisdiccion de otro juez, ya sea por providencias expresas, ya por cumplimentar despachos ó exhortos del mismo (S. 3 Abril 1857). 5.º Cuando se promueve el incidente jurisdiccional fuera del período fijado por las leyes (S. 28 Noviembre 1865). Así sucede, por ejemplo, si pasado el plazo de la apelacion, queda la sentencia consentida de derecho sin necesidad de declaracion especial, pues entónces es extemporánea toda cuestion de esta clase, que se promueva en oposicion al fallo ejecutorio (S. 26 Mayo 1857; 29 Julio 1859, y 14 Enero 1864); y lo mismo siempre que se ha terminado y fenecido un juicio (S. 26 Mayo 1857; 17 Febrero, 15 Abril, 8 Agosto y 26 Octubre 1859; 25 Enero, 23 y 30 Mayo, y 14 Setiembre 1860; 11 Setiembre 1861; 28 Agosto y 1.º Octubre 1862; 20 Agosto 1864; 1.º Abril 1865; 28 Febrero 1866, y 1.º Octubre 1867). 6.º Cuando un juzgado privativo, despues de haber requerido de inhibicion al ordinario, reconoce la competencia de éste, para entender en el negocio que motiva la contienda, y le deja por tanto en libertad de obrar, pues entónces queda expedito el ejercicio de la jurisdiccion del requerido, y si éste falla ejecutoriamente el pleito, es ya improcedente y extemporánea toda cuestion que en tal estado se suscite (S. 23 Marzo 1861). 7.º Cuando dos acreedores entablan demanda contra un deudor comun en distintos juzgados, siendo éstos competentes, porque en este caso pueden conocer respectivamente del pleito ante ellos promovido, sin que haya motivo legitimo para una cuestion de competencia; pero si en los dos juicios se han embargado unos mismos bienes especialmente hipotecados, y por no ser bastantes para cubrir uno y otro crédito, disputan ambos acreedores sobre

su preferencia en el pago, entónces corresponde el conocimiento de esta cuestion al juez que primero empezó á proceder, siempre que no medie un juicio universal (S. 4 Marzo 1863). 8.º Finalmente, es extemporánea é inadmisibile la cuestion sobre competencia, cuando se promueve estando ya el pleito en la segunda instancia (S. 25 Noviembre 1861, y 31 Marzo 1862); y mucho más todavía cuando se suscita al proponerse el recurso de casacion (S. 17 Junio 1862). Ademas, si hallándose el asunto en dicha instancia, la audiencia, prescindiendo de la cuestion principal promovida y resuelta en la primera, decide en su lugar un incidente de competencia que no se habia promovido en forma ni oportunamente, infringe el art. 68 y otros de la Ley de Enjuiciamiento, y procede desde entónces la casacion y declaracion de nulidad de su sentencia. S. 10 Noviembre 1862.

Es, pues, preciso que el procedimiento acerca del cual se trata la contienda de jurisdiccion, se halle en estado que permita promoverse este incidente; y cuando así se verifica, tanto las antiguas leyes, como la de Enjuiciamiento civil, reconocen en la parte demandada la facultad de disputar al juez el derecho de conocer y juzgar de que le supone investido el demandante, y por consiguiente, la de promover dicha cuestion jurisdiccional por cualquiera de los medios que al efecto establece la misma ley (S. 12 Junio 1863). Son estos: 1.º, la inhibitoria, y 2.º, la declinatoria: en el primer caso debe proponerse ante el juez que se crea competente, pidiéndole que excite al que estime no serlo, para que se inhiba y le remita los autos; y en el segundo, ante el juez que se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio, y lo pase al juez tenido por competente (art. 82 de la Ley de Enjuiciamiento civil); pero una vez preferido unó de estos medios, no puede ya abandonarse y recurrir al otro, ni tampoco emplear ambos sucesivamente; pues es preciso pasar por aquel á que se haya dado la preferencia (artículo 83 id., y S. 15 Julio 1858). Es más aun, una vez propuesta por declinatoria la cuestion de competencia, no puede intentarse por inhibitoria, sin incurrir en la condena de costas (S. 23 Mayo 1860, y 28 Agosto 1862); y constando á un juez que

se ha usado ya el primero de aquellos medios, debe abstenerse de admitir el segundo, y de oficiar al que conozca del negocio requiriéndole para que se inhíba, por no haber ya términos hábiles para entablar dicha contienda (S. 23 Mayo 1863). Acerca de este particular se ha cuestionado, sobre si incurre en responsabilidad el que interpone la inhibitoria, y no expresa que no ha empleado el medio de la declinatoria; y ha recaído la oportuna declaracion (S. 27 Agosto 1856) de que esta falta no es más que una simple omision de lo que se debió manifestar con arreglo al art. 84 de la Ley de Enjuiciamiento, el cual sólo castiga con las costas la falsedad, en el caso de resultar lo contrario de lo que se haya afirmado; de modo que no habiéndose faltado á la verdad, sino sólo cometido una simple omision, no procede la condena de costas.

Si se desestima la declinatoria, y no se apela de la providencia, queda ésta consentida y ejecutoriada, y no hay ya medio de seguir la cuestion de competencia (S. 15 Julio 1858); y lo mismo sucede cuando dicha excepcion dilatoria es desestimada por la superioridad, sin promoverse ulterior recurso, pues entónces queda firme la facultad de conocer el juez contra quien se promovió la alzada. S. 29 Julio 1858.

Estos principios lo mismo rigen respecto de los juzgados militares, que de los ordinarios, porque las cuestiones de esta naturaleza entre jueces que ejercen diferente jurisdiccion causan desafuero, y se deciden por el único tribunal competente para ello, que es el Supremo, con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil (S. 14 Setiembre 1858), y segun dijimos en el cap. 1.º del título I de este libro.

Tambien en los juicios ejecutivos puede el ejecutado promover la cuestion de incompetencia por inhibitoria ó por declinatoria, cuando es requerido al pago, ó cuando se le cita de remate y se opone á la ejecucion, y por regla general ántes de dictarse la sentencia de remate; sin que obste para ello, que el juez requerido de inhibicion reciba el oficio despues de haber pronunciado dicha sentencia, ni tampoco el que no haya apelado de ella la parte ejecutada (S. 19 Noviembre 1864). Pero si esta formaliza

la oposicion, alegando excepciones propias del juicio ejecutivo, sin proponer en forma la declinatoria de jurisdiccion, se somete tácitamente á la del juez que conoce del negocio, y despues es ya extemporánea toda cuestion que sobre este punto se promueva. S. 20 Febrero 1861, y 13 Abril 1866.

Con relacion á los trámites sobre estos incidentes de competencia, poco tenemos que exponer; pero, sin embargo, indicaremos algunas doctrinas relacionadas con este punto. Cuando el demandado promueve la cuestion de competencia por medio de la inhibitoria, si se declara incompetente el mismo juez ante quien aquel haya acudido para proponerla, y el demandado que hace uso de ella apela de este fallo, el otro juez contendiente no debe remitir sus actuaciones al Tribunal Superior para la decision de este incidente, ni la sala debe admitir en él como parte al demandante (S. 19 Junio 1863), pues como no ha llegado á trabarse la cuestion entre los dos jueces, no hay para qué oír las razones de uno de ellos, ni de la parte que á él ha acudido.

Al ir á resolver el tribunal á quien corresponda las contiendas de esta clase, no pueden apreciarse las razones que se aleguen referentes al pleito en el fondo, pues deben reservarse íntegras, para que en su caso y dia puedan ser examinadas y resueltas por el juez á quien se declare competente (S. 28 Julio 1863). Así, pues, si se exponen con objeto de sostener una competencia, excepciones que á su tiempo podrán ser pertinentes y oportunas para repeler una demanda, pero que no afectan directamente á la cuestion jurisdiccional, debe decidirse lo que sea legal en cuanto á la competencia, como si no se hubieran opuesto tales excepciones. S. 21 Diciembre 1866.

Como en los incidentes nunca es necesaria la citacion de las partes al llamar los autos á la vista, á no ser que haya habido prueba (S. 12 Octubre 1862), en las cuestiones de esta clase promovidas por declinatoria, tampoco se requiere dicha citacion para la sentencia que haya de dictarse, segun los arts. 244 al 247 de la Ley de Enjuiciamiento. S. 6 Diciembre 1860.

Alguna vez se ha promovido cuestion, sobre si durante las vacaciones de estío pueden ó no resolverse las competencias; y

como era consiguiente se ha declarado (S. 25 Enero 1860), que al fijar la real orden de 23 de Junio de 1858 las reglas que han de observar las salas extraordinarias de vacaciones en la sustanciacion de los negocios civiles, dispuso de un modo explicito, que las mismas despachen todos los que taxativamente expresan los arts. 10 y 11 de la instruccion de 10 de Mayo de 1851, á cuyo número corresponden las competencias.

En cuanto á si procede ó no el recurso de casacion en los incidentes sobre estas cuestiones jurisdiccionales, nos parece más conveniente como en el capítulo anterior dijimos tratar de ello cuando nos ocupemos de todo lo relativo á esta clase de recursos, que será en el libro IV de esta segunda parte; limitándonos ahora á recordar que las leyes recopiladas no permitian ningun recurso contra las decisiones sobre controversias jurisdiccionales: por consiguiente, en los pleitos referentes á época anterior á la Ley de Enjuiciamiento, no procede el de casacion. S. 4 Noviembre 1859.

No encontramos otras doctrinas dignas de mencion en cuanto á las cuestiones jurisdiccionales sobre asuntos civiles, y pasamos ya á exponer en el siguiente título las que se refieren á los criminales.

## **TÍTULO VIII.**

### ***De las cuestiones sobre competencia de jurisdiccion en los asuntos comunes criminales.***

#### **CAPÍTULO PRIMERO.**

##### ***Doctrinas generales sobre las cuestiones de competencia en materia criminal.***

Vamos á exponer en este capítulo las doctrinas relativas á varios puntos extensivos á toda clase de cuestiones sobre el conoci-

miento de los juicios criminales. Mas ántes de todo, parécenos conveniente transmitir aquí una regla, que aunque trae origen, no de los fallos del Tribunal Supremo, sino del Consejo de Estado, cuyas decisiones no entra en nuestro propósito examinar, es de suma trascendencia, porque tiene inmediata aplicacion siempre que se trate de procesar á un empleado público.

Con arreglo á la moderna legislacion administrativa, una restriccion que no es nuestro objeto calificar ahora, coharta el libre ejercicio de la justicia, cuando es preciso formar un proceso por delitos cometidos por empleados, pues es sabido que respecto de estos, los jueces ó tribunales respectivos tienen precision de impetrar del gobernador de provincia, ó del gobierno supremo en su caso, prévia autorizacion para proceder determinadamente contra las personas que correspondan á aquella clase. Materia es esta que produce graves conflictos á las autoridades judiciales, y acerca de la cual rigen doctrinas de jurisprudencia administrativa, que como acabamos de indicar, no entran en el círculo trazado á esta obra. Pero entre las varias disposiciones que rigen acerca de este punto, es digna de notar la real órden de 17 de Junio de 1863, en que se previene, que cuando haya de formarse causa á un empleado ó cuerpo dependiente de la autoridad del gobernador de la provincia, por algun hecho que sea relativo al ejercicio de sus funciones administrativas, los jueces de primera instancia procedan á la práctica de cuantas diligencias sean precisas para comprobar la existencia del delito que intenten perseguir, y reunan todos los datos de culpabilidad posibles contra aquellos, *sin que tengan que solicitar la autorizacion para procesarlos, hasta que por el mérito de las actuaciones crean llegado el caso de proceder directamente contra alguno ó algunos de los repetidos agentes.* Bien sea porque no se tuviera presente la existencia de esta real disposicion, ó porque se creyera que no era aplicable al Tribunal Supremo cuando hubiera de proceder contra algun jefe administrativo, es lo cierto, que promovida querrela ante la sala segunda del mismo contra un gobernador civil, ésta, sin instruir la indagacion sumaria que dicha real órden previene, y para la cual no necesitaba autoriza-

ción de ninguna clase, reclamó del gobierno este permiso; y entonces, oído el Consejo de Estado con arreglo al art. 19 de la ley de 25 de Setiembre de 1863, recayó un real decreto sentencia en 10 de Junio de 1868, declarando, que no habia lugar por entonces á conceder ni negar dicha autorizacion, y mandando devolver las actuaciones á dicha sala, para que si lo estimase conveniente, recibiera informaciones sobre la mencionada querella, y en su caso pidiera de nuevo la autorizacion, si á su juicio procediese. Fundóse para ello el Consejo, en que segun la citada real orden de 1863, los jueces no sólo pueden legalmente, sino que deben practicar, ántes de pedir la autorizacion, cuantas diligencias sean indispensables para comprobar la existencia del delito, y recoger los datos que fuesen bastantes para presumir racionalmente la culpabilidad del empleado: que sólo cuando las actuaciones suministren fundamento para inducir la presuncion de ambos extremos, habrá llegado el caso de pedir la autorizacion, puesto que hasta entonces no ha tenido el juez necesidad de proceder directamente contra ningun funcionario público: que si bien dicha real orden fué dirigida á los regentes de las audiencias para conocimiento de los jueces y promotores fiscales, una fundada razon de analogía hacia presumir, que el espíritu y aun el texto de sus disposiciones eran aplicables á todos los tribunales de justicia; y que con relacion al caso concreto indicado, no habiéndose recibido por el Tribunal Supremo informacion alguna sobre la expresada querella, no existian méritos para deliberar con el acierto necesario, acerca de si debia ó no concederse la autorizacion solicitada.

Sensible es que el Consejo de Estado hubiese tenido que dar tan severa leccion, no ya á un juez de primera instancia ó á una Audiencia, sino al primer tribunal del reino, cuya sala segunda no hubo de fijar bien su atencion al impetrar dicho permiso, en que sus facultades se hallaban en este caso expeditas, puesto que aun no habia empezado á proceder contra determinado jefe de la administracion. Pero como quiera que sea, repetimos que nos ha parecido conveniente hacer mérito de esta decision del Consejo y de los razonamientos que la apoyan, por lo mucho que

puede influir en el libre ejercicio de la jurisdiccion ordinaria, en los casos en que ésta deba proceder contra empleados administrativos, por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo.

Entrando ya de lleno en las doctrinas emanadas de la jurisprudencia comun, es necesario recordar la máxima de derecho penal, de que ningun tribunal tiene competencia para conocer eriminalmente, más que de los actos ú omisiones que la ley haya calificado con anterioridad á su perpetracion de delito ó falta (S. 20 Octubre 1858). Tambien debemos recordar otro principio general, que ya expusimos con referencia á los juicios civiles, y que es igualmente extensivo á los criminales, á saber; que la jurisdiccion ordinaria es la regla general, la fuente comun de todas, y las especiales ó privilegiadas la excepcion, pues tiene aquella á su favor la presuncion de ser competente, y lo es siempre, salvo en los casos exceptuados por alguna disposicion legal. S. 29 Julio 1858, y 15 Setiembre 1863.

Por éste mismo principio, mientras de las actuaciones de un sumario no resulten indicios suficientes de la existencia de algun delito que cause desafuero, debe creerse que el que se persigue no sale de la esfera de los comunes, y su conocimiento corresponde por tanto á la jurisdiccion ordinaria. Sin embargo, esto no obsta para que los aforados contra quienes se proceda, sean entregados oportunamente al juez de su fuero, así que justifiquen que se hallan en el caso de disfrutarlo. S. 5 Enero 1864.

Consecuencia es del mismo principio, que la jurisdiccion comun sea la que en todas ocasiones tiene competencia para instruir las primeras diligencias en averiguacion de la criminalidad que pueda haber en la ejecucion de [todo hecho punible (S. 5 Agosto 1858, y 9 Julio 1868); y aunque alguna vez se ha consignado la doctrina de que esa misma jurisdiccion es la *única* á quien compete indagar si en la muerte de un aforado ha habido ó no delito, y para inquirir las personas que en su caso puedan ser responsables, mayormente si no aparecen méritos para proceder contra ninguno que goce fuero especial (S. 12 Agosto 1858); nos parece, sin embargo, aventurada esta regla, cuando en otras ocasiones se ha declarado reiteradamente (S.

1.º Octubre 1857, y 27 Febrero y 21 Setiembre 1861), que siempre que del curso de unas diligencias en el orden criminal pueda resultar que el conocimiento de ellas pertenece á jurisdiccion distinta de aquella á cuyo favor parece que se debe decidir la contienda, deben ambas continuar conociendo, hasta que se esclarezca el punto de que se trate: doctrina que en cierto modo ha venido á confirmarse con la aseveracion (S. 15 Abril 1862), de que toda autoridad que ejerce jurisdiccion, es competente para inquirir la existencia de un delito, sin perjuicio de poner á disposicion del juez ordinario las personas que puedan aparecer responsables y no disfruten fuero privilegiado. Lo más legal, pues, y lo que parece más ajustado á los buenos principios, es lo que consignan estas últimas decisiones; aunque por regla general, la indagacion de todo delito sea más propia de la jurisdiccion ordinaria; no pudiendo, por consiguiente, los jueces especiales promover cuestiones de competencia, cuando al instruir aquella un sumario, no intenta proceder contra ningun aforado (S. 24 Diciembre 1862, y 16 Junio 1868); sin perjuicio de que llegando á existir motivo para ello, someta entónces el conocimiento al juzgado que fuere competente. S. 20 Agosto 1864, y 9 Julio 1868.

Tampoco puede disputarse el conocimiento á la jurisdiccion ordinaria, cuando procede contra una persona, que aunque disfrute fuero á la sazón, no lo tenia cuando cometió el delito de cuya averiguacion y castigo se trate (S. 14 Agosto 1854, y 8 Mayo 1858), porque la concesion de este privilegio no tiene por punto general efecto retroactivo.

En los casos en que lleguen á suscitarse cuestiones sobre competencia, es necesario considerar la naturaleza del delito que se persiga, si en efecto existe, segun en su origen haya sido calificado; aunque sin perjuicio de lo que pueda resultar de ulteriores actuaciones y pruebas (S. 26 Abril, 11 Noviembre y 31 Diciembre 1861; 30 Noviembre 1865; 14 Marzo 1867, y 23 Julio 1868). Si pues formada causa á un paisano por un juzgado de guerra, apoya la jurisdiccion ordinaria su competencia en no estar bien demostrada la criminalidad que pudiera tener el presunto reo en

un delito de desafuero, no hay motivo bastante para que la segunda de dichas dos jurisdicciones se crea competente. Al mismo principio se atiende el Tribunal Supremo, al resolver cuestiones de esta naturaleza, pues atiende al carácter del hecho consignado en las primeras diligencias, sin prejuzgar por ellas la justificación del mismo, ni su calificación definitiva (S. 23 Diciembre 1861). Así es que la mayor ó menor prueba que desde luégo aparezca respecto de la delincuencia de un procesado, y que éste podrá alegar en tiempo oportuno, no altera la naturaleza del hecho criminal, para el efecto relativo á la cuestión del fuero que sea competente (S. 30 Noviembre 1865). Y si hay que resolverla por los datos contradictorios que presenten dos diversos sumarios, debe buscarse la mayor probabilidad en el exámen comparativo de los mismos. S. 24 Enero 1867.

Es principio constante de derecho, y lo hemos consignado ántes, que en todo juicio debe haber la debida unidad, sin dividir su conocimiento entre dos jueces, para evitar que recaigan resoluciones diversas y tal vez opuestas; pero aun más precisa es si cabe la observancia de este principio en el órden criminal; y por eso la jurisprudencia proclama la máxima, de que es ilegal y opuesto á los intereses de la justicia el dividir la continencia de la causa: que por consiguiente debe conocer un solo juzgado del delito que se persigue (S. 4 Setiembre 1858); y que la connivencia en un acto punible, como derivación del hecho mismo, debe ser juzgada por el tribunal que entienda en lo principal. S. 22 Diciembre 1858.

Algunas veces se ha faltado á este principio tan recomendado por la razon y por el derecho, declarándose, que procede la división de la continencia de la causa, cuando son diversos los fueros de las personas acusadas ó contra quienes se ha de obrar judicialmente, y que entónces pueden conocer distintos jueces á un tiempo del mismo delito y de sus incidencias (S. 29 Octubre 1857; 11 Mayo 1863, y 22 Febrero 1864). Este ha sido uno de los graves inconvenientes que ha ocasionado la diversidad de fueros, pues por respetarlos, se ha faltado á aquella buena máxima, y se ha cometido á veces la injusticia de que por un delito sean cas-

tigados con distintas penas acusados igualmente culpables. Pero afortunadamente la jurisprudencia, conociendo el grave mal que puede seguirse de desviarse de aquel principio, y de insistir en la doctrina que acabamos de exponer, ha declarado en otras ocasiones, que el juez que conozca del delito principal, debe incoar ó avocar á sí las actuaciones primitivas y originales, y remitir al juzgado competente aquellas que sean accesorias y ajenas á su jurisdiccion (S. 27 Mayo 1865); que el mismo juez debe entender igualmente de las faltas que con dicho delito tengan relacion (S. 11 Diciembre 1865), y que cuando uno de los acusados corresponde al fuero comun y otro á alguno especial, y las acusaciones son inseparables por razon del delito, como sucede, por ejemplo, respecto del adulterio, el fuero especial debe ceder al comun, porque éste, como fuente de todas las jurisdicciones, segun ántes dijimos, tiene un carácter general que no es propio de las especiales. S. 19 Junio 1868.

Siguiéndose el mismo espíritu se ha declarado tambien en otras ocasiones, que cuando se comete un delito como medio de ejecutar otro, debe conocer de ambos el juez que haya empezado á proceder respecto del principal de ellos (S. 4 Mayo 1860); y que siempre que no pueda dividirse el conocimiento dirigido contra unas mismas personas, aunque sean diversos los hechos punibles, por estar tan íntimamente unidos, que seria perjudicialísima á la division, conozca el juez que sea competente para el delito más grave (S. 4 Setiembre 1858; 19 Diciembre 1860; 14 Noviembre 1865, y 12 Julio 1866). Pero cuando los hechos son tan independientes entre sí, que forman dos delitos completamente distintos, no hay riesgo en que entienda de cada uno de ellos una distinta jurisdiccion, porque entónces no es de temer que se falte á la unidad del procedimiento, ni de que se divida su continencia. S. 2 Junio 1865, y 12 Noviembre 1866.

Es otro principio muy importante de derecho criminal, el que una persona no pueda ser juzgada dos veces sobre un mismo delito en diferentes sentencias, ó por dos diversos tribunales: de manera, que habiendo sido procesado y condenado un individuo por un delito, no puede volver á juzgarlo y condenarlo por el

mismo otro juez distinto, ni aun con el pretexto de tratarse de un hecho conexo. S. 28 Noviembre 1865.

Cuestionábase á veces en estos incidentes de competencia, no sobre la naturaleza del delito, ni sobre el fuero que pueda corresponder á los procesados, sino acerca del sitio en que se cometió aquel, ó del domicilio de estos, para poder deducir cuál de dos jueces de una misma jurisdiccion es el competente; y en estos casos pueden servir de norma para evitar que se empeñen contiendas infundadas, las reglas que vamos á compendiar aquí:

1.<sup>a</sup> Por punto general la actuacion del juicio y el castigo del delito corresponde de pleno derecho y con preferencia, al juez ordinario del territorio en que se haya cometido (S. 31 Octubre 1857; 30 Noviembre 1858; 12 Diciembre 1860; 24 Octubre 1861; 11 Enero 1862; 12 Mayo y 7 Diciembre 1865; 24 Marzo 1866, y 25 Mayo y 23 Diciembre 1868); salvo el caso en que el presunto reo goce algun fuero privilegiado (S. 30 Noviembre 1858); si bien entónces es necesario tener presente lo prevenido en el decreto de 6 de Diciembre de 1868; y no basta la aprehension de los delincuentes y de los objetos é instrumentos del mismo delito en otro punto diverso, para atribuir jurisdiccion á otro juez, mucho ménos siendo conocido el lugar de la delincuencia, y verificándose dicha aprehension por excitacion del primero (S. 31 Octubre 1857). Aun más indisputable es el conocimiento del juez del lugar del delito, si concurre tambien la circunstancia de que sea al mismo tiempo el del domicilio del reo (S. 11 Enero y 23 Junio 1862). Pero si hubiere duda acerca del sitio donde se ejecutó el hecho punible que da ocasion al procedimiento, es bueno tener presente, que se debe atender al lugar en que se consumó el delito, y no al de la perpetracion de algun hecho, que si bien ha contribuido á su ejecucion, no constituye por sí el delito mismo (S. 7 Mayo 1862). Debe tambien atenderse con preferencia al sitio donde ocurrió el acto que da origen al procedimiento, y no al en que se descubre. Si pues una persona, para suicidarse, se arroja á un rio en un punto determinado, y despues se encuentra su cadáver en el mismo rio,

pero en paraje correspondiente á otro juzgado, aunque los dos diversos jueces instruyan diligencias para ver si hay culpabilidad ó complicidad en aquel hecho, es competente el del punto donde este se ejecutó arrojándose aquella persona al agua, y no el del lugar donde se halló el cadáver. S. 7 Diciembre 1865.

2.<sup>a</sup> Si por las actuaciones judiciales no es dado descubrir con certeza el lugar donde se cometió el delito, puede resolverse la cuestion de competencia por el convencimiento moral que se adquiriera, en vista de los datos que arrojen de sí los mismos procedimientos de los dos juzgados contendientes (S. 6 Setiembre 1862); y si aquellos se han formado por daños ocasionados en alguna finca, el lugar que produce fuero para dar competencia al juez, es aquel donde se paguen las contribuciones impuestas sobre la misma finca perjudicada. S. 17 Marzo 1865, y 27 Febrero 1866.

3.<sup>a</sup> Pero tratándose de algun delito en que no fuere posible descubrir, ni deducir el lugar donde se cometió, debe atenderse al domicilio del reo, y es el juez de éste el competente para el conocimiento de la causa. S. 17 Octubre 1853; 23 Agosto 1858; 24 Octubre 1861, y 21 Abril 1864.

4.<sup>a</sup> La regla indicada de que surte fuero el lugar del delito y en su defecto el del domicilio del procesado, no puede aplicarse á las causas sobre abusos cometidos por alguna autoridad, pues de ellas debe conocer siempre el superior inmediato que ejerza jurisdiccion, y no el juez del lugar donde el delito se cometió, ni el del domicilio del reo. S. 30 Noviembre 1858.

Acerca de los delitos de falsificacion y de estafa, rigen algunas reglas especiales, que nos parecen propias de este capítulo.

Para que haya verdadero delito de falsificacion de un documento, es necesario que se haga uso de él, y en este caso es competente para su indagacion y castigo, no el juez del pueblo donde se ejecutara la falsificacion, sino el del punto donde se hubiere hecho uso del documento falsificado (S. 9 Marzo 1865). Si fuesen varias las falsificaciones cometidas, es juez competente el del lugar en que se ejecutó la mayor de ellas (S. 2 Diciembre 1858); y en el caso de haberse perpetrado como medio de come-

ter alguna estafa, el del pueblo donde dicha falsificacion se hubiere ejecutado, por ser este delito más grave y mayor su penalidad. S. 23 Junio 1862.

Cuando la estafa constituye por sí sola delito, es juez competente para el conocimiento el del lugar donde se celebró el contrato ó acto, ó se prestó y debia pagarse el servicio sobre que verse el hecho que constituya la estafa. (S. 25 Junio 1859). Pero no puede considerarse que esta se ha cometido, sino cuando los hechos en que consista llegan á tener efecto; como por ejemplo, si una persona intenta realizar este delito en las cuentas que esté obligado á dar, no puede considerarse que hay hecho punible, sino cuando llega á presentarlas. Esta explicacion es algunas veces de importancia, porque puede suceder que al prepararse el delito no disfrute fuero su autor, y que se halle ya en el goce de él al tiempo de consumarlo: así al ménos se deduce de la S. de 10 de Mayo de 1867.

Se ha dudado alguna vez, si cierto hecho punible constituye solo el expresado delito de estafa, ó bien el del hurto, como por ejemplo, el apropiarse un criado una cantidad que su amo le entregara para un objeto determinado; pero se ha declarado (S. 11 Diciembre 1862), que este hecho constituye hurto doméstico y no estafa, y que por consiguiente merece pena afflictiva: declaracion que tiene trascendencia para deducir si el conocimiento corresponde á la Sala correccional de la Audiencia de Madrid ó al juzgado respectivo.

Tambien debe atenderse para dicha calificacion á la naturaleza probable del mismo delito, y no á las modificaciones que pueda recibir por el resultado de las pruebas. S. 24 Febrero 1860.

La misma unidad que recomiendan los buenos principios para instruir el procedimiento y dictar el fallo, debe haber tambien para la ejecucion de éste. Por eso el juez que es competente para sentenciar una causa, lo es tambien para hacer ejecutar todo lo que tenga relacion con el cumplimiento de la sentencia que dictare: potestad que nunca incumbe á los tribunales que no ejercen jurisdiccion criminal. Así ha sido preciso que se declare en

S. 24 Noviembre 1865, por qué habiéndose tratado de exigir las costas y gastos del juicio á que fué condenado un comerciante fallido, un tribunal de comercio disputó el conocimiento de este incidente, bajo el pretexto de estar conociendo del concurso.

Tal es el empeño de sostener cuestiones de esta clase, sin el menor motivo para ello, que ha llegado el caso de disputarse entre la jurisdiccion ordinaria y la militar, cuál de ellas habia de reclamar cierto documento relativo á la responsabilidad en que hubiese podido incurrir un procesado; y ha sido preciso que el Tribunal Supremo declare (S. 6 Abril 1867), que las cuestiones de competencia de jurisdiccion únicamente pueden tener lugar, cuando entre los jueces contendientes existan fundados motivos de controversia acerca del conocimiento de alguna causa ó negocio; y que por consiguiente no puede ser objeto de esta clase de contiendas el resolver qué juzgado de dos que entienden en un proceso, ha de reclamar un informe facultativo para averiguar la criminalidad del procesado: por lo cual se declaró en este caso, y parece que debe hacerse lo mismo en los análogos, mal formada la competencia.

Terminaremos la exposicion de estas reglas generales, recordando una muy importante sobre esta materia, á saber: que la jurisdiccion á quien compete la persecucion y castigo de un delito, es tambien la que debe declarar si existe ó no éste, en virtud de actos ejecutados exclusivamente por las personas sujetas á la misma jurisdiccion. S. 6 Marzo 1857.

Hechas estas observaciones generales, y expuestas las doctrinas que son aplicables á toda clase de cuestiones sobre conocimiento en materia criminal, pasaremos ya en los siguientes capítulos á ocuparnos de las doctrinas concretas á determinadas jurisdicciones y á ciertos delitos especiales.

## CAPÍTULO II.

*De la competencia de la jurisdiccion ordinaria en los asuntos criminales.*

Hemos expuesto ya el principio general, de que la jurisdiccion ordinaria tiene siempre á su favor la presuncion de su competencia, salvo en los casos que expresamente estén exceptuados por la ley; y parecia por tanto innecesario especificar los delitos que son de su exclusivo conocimiento; pero se cuestiona en muchas ocasiones sobre algunos de ellos, y vamos á enumerar los que les corresponde por expresas decisiones de las leyes y del Tribunal Supremo. En esta clase se cuentan:

1.º Los cometidos por los desertores del ejército ó de la armada, cuando son aprehendidos por la jurisdiccion ordinaria, segun previene el decreto de las Córtes de 11 de Setiembre de 1820, restablecido en 30 de Agosto de 1836, aun cuando despues de cometido el delito, vuelva el reo á incorporarse en el cuerpo de donde desertara. Para este efecto se entienden aprehendidos por dicha jurisdiccion, los que lo son por la guardia civil (S. 6 Marzo 1857; 29 Julio 1858; 30 Enero y 25 Mayo 1860, y 17 Diciembre 1861). Pero luego que haya juzgado al reo la jurisdiccion ordinaria por el delito cometido despues de la desercion, debe dejarlo á disposicion de la militar para que lo juzgue por el otro delito. S. 27 Abril 1863.

Acerca de este desafuero de los desertores, dió lugar á algunos conflictos el empeño, que en más de una ocasion ha mostrado el gobierno de derogar leyes solemnes por medio de una real orden. Así sucedió respecto de la de 8 de Agosto de 1852, por la cual se quiso dar vigor á la ley 5.ª, tít. IX, lib. X, N. R., que sometia á los desertores á la jurisdiccion militar por los delitos que cometiesen durante la desercion, á pesar de que esta ley estaba derogada por la que ya hemos citado de 11 de Setiembre de 1820; pero el Tribunal Supremo, con una entereza que le honra, declaró (S. 18 Setiembre 1860), que la citada real

orden no pudo derogar una ley, y que por consiguiente esta debia regir.

2.º Corresponden tambien á la jurisdiccion ordinaria el quebrantamiento de prision, fuga y desercion de presidio, como delitos castigados en el art. 124 del Código penal, y segun lo prevenido en la real orden de 11 de Marzo de 1851. S. 28 Setiembre 1858; 11 Abril 1859, y 23 Mayo, 17 Julio y 13 Octubre 1862.

El sustraerse á la vigilancia de la autoridad es un nuevo delito; y el punto donde se verifica la fuga, que es donde el sentenciado sufria la condena, es el que sirve de base á la jurisdiccion competente para el conocimiento y castigo. S. 14 Noviembre 1868.

3.º Á la misma jurisdiccion competen los delitos que se cometan con motivo del alistamiento para el servicio del ejército, si no se hallan comprendidos como delitos militares en el artículo 109, tit. X, trat. VIII de las Ordenanzas.

Son, pues, del conocimiento de los juzgados ordinarios: 1.º El fraude ejecutado con objeto de libertar á un quinto, aprehendiendo á otro á quien se hace pasar como prófugo (S. 27 Mayo 1854). 2.º Todos los delitos ó faltas que se ejecuten en las operaciones del reemplazo, y estén comprendidos en el Código penal (S. 25 Febrero 1858, y 19 Octubre 1860). 3.º El uso de documentos falsos para la sustitucion de quintos, el cual no se halla comprendido en el citado art. 109, tit. X, trat. VIII de las Ordenanzas, cuyo objeto es sin duda evitar que ingresen en el ejército individuos que carezcan de los requisitos necesarios para el servicio militar (S. 29 Marzo 1860). 4.º La falsificacion cometida por un facultativo de medicina, en la certificacion de un reconocimiento, declarando útil á un voluntario para dicho servicio, si el que la ejecuta no goza fuero de guerra, y no consta que dicho reconocimiento se haya hecho por orden de la autoridad militar. S. 5 Setiembre 1861.

4.º Tambien son del conocimiento de la jurisdiccion comun todos los delitos y contravenciones de que tratan las Ordenanzas de montes de 22 de Diciembre de 1833, segun lo prevenido en

la real orden de 2 de Abril de 1835. S. 1.º Junio 1859; 29 Noviembre 1861; 24 Julio 1862, y 20 Marzo 1863.

5.º Los que se ejecutan en buques que no aparecen anotados en la lista de embarcaciones de los puertos marítimos, ni tienen patron matriculado. S. 14 Marzo 1867.

6.º Los daños, perjuicios y hurtos que se causen en los cuarteles, pues si bien el art. 1.º, tit. III, trat. VIII de las Ordenanzas atribuye á la jurisdiccion militar el conocimiento de las causas que se formen por haberse ejecutado robos ó vejaciones en aquellos, esto se entiende relativo á las vejaciones personales, pues los edificios no son susceptibles, sino de daños ó deterioros (S. 21 Noviembre 1865), y no puede extenderse á los hurtos definidos en el art. 437 del Código penal. S. 23 Julio 1868.

7.º El incendio, como previsto y penado por el mismo Código; y si bien en algunos bandos los capitanes generales se atribuyen en ocasiones determinadas el conocimiento de los procesos por esta clase de delitos, se refieren únicamente á los incendios por medio de los cuales se pretende turbar el orden público. S. 17 Diciembre 1857.

8.º Los atentados comprendidos en el art. 204 del Código penal, conforme á lo determinado en la real orden de 11 de Marzo de 1851. S. 21 Noviembre 1868.

9.º La vagancia; pues la real orden de 25 de Mayo de 1773 está derogada por la Real Ordenanza referente á vagos de 7 de Mayo de 1775, ó sea ley 7.ª, tit. XXXI, lib. XII, N. R., la cual declara como privativo de la jurisdiccion ordinaria el conocimiento por el delito de vagancia, y lo mismo el citado decreto de 11 de Setiembre de 1820. S. 9 Mayo 1864.

10. Todos los delitos penados por la ley de policía de ferrocarriles de 14 de Noviembre de 1855, pues su artículo 26 atribuye el conocimiento á la jurisdiccion ordinaria, cualquiera que sea el fuero de los acusados (S. 25 Noviembre 1865, y 14 Noviembre 1866). Sin embargo, no debe exagerarse tanto este principio general, que se entienda sometido al fuero comun un extranjero que comete el delito de estafa en una fonda si-

tuada en una estacion del ferro-carril: dicha S. 14 Noviembre 1866.

11. Los hechos punibles ejecutados por los escribanos, aun cuando ejerzan alguna comision ó encargo de la jurisdiccion militar, salvo en aquellos casos puramente de la misma comision, y que sean consecuencia rigurosa y natural de ella. S. 11 Agosto 1854.

12. Finalmente, las faltas ó delitos que cometan los guardias rurales. S. 30 Agosto 1860.

Estas son las declaraciones que ha tenido precision de hacer el Tribunal Supremo sobre este punto, por haberse puesto en duda la competencia de la jurisdiccion ordinaria en todos los casos expresados. Pero todavía hay otros muchos, de los cuales conviene tratar con separacion en los siguientes capítulos.

Es muy frecuente cuando se declara una provincia ó distrito en estado de guerra, someter el conocimiento de ciertos delitos que afectan más ó ménos directamente al órden público, á los consejos de guerra, sacándolos de la jurisdiccion natural, que es la ordinaria; pero desde el momento en que se alza aquel estado excepcional, cesan de hecho las atribuciones de dichos consejos especiales, y deben pasar las causas á los jueces comunes, aunque estuvieren incoadas y sin terminar (S. 1.º Junio 1859, y 27 Marzo 1867). Y aun hallándose una provincia declarada en estado de guerra, la autoridad judicial conserva sin embargo el pleno ejercicio de sus atribuciones en todo aquello que no tenga relacion con el órden público. S. 23 Setiembre 1858.

Hemos expuesto las doctrinas que rigen acerca de la extension de la jurisdiccion ordinaria en materia criminal; pero no podemos dejar de recordar, para evitar errores, la radical innovacion que en materia de fuero se ha hecho en los decretos de 6 y 31 de Diciembre de 1868 y de 8 de Febrero de 1869, que ántes hemos citado repetidas veces. Segun ellos, dicha jurisdiccion es la única competente por conocer de las causas criminales por delitos comunes de los eclesiásticos; de los perpetrados por los aforrados de guerra y marina de todas clases, retirados del servicio, y de los de sus mujeres, hijos y criados; aunque esten en el ac-

tivo; de los delitos comunes cometidos en tierra por la gente de mar y por los operarios de los arsenales, astilleros, fundiciones, fábricas y parques de marina, artillería é ingenieros fuera de sus respectivos establecimientos; de los delitos contra la seguridad interior del Estado y orden público, cuando la rebelion y sedicion no tengan carácter militar; de los atentados y desacatos contra la autoridad, tumultos ó desórdenes públicos y sociedades secretas; de los de falsificacion de sellos, marcas, monedas y documentos públicos; de los delitos de robo en cuadrilla, adulterio y estupro; de la injuria y calumnia á personas que no sean militares; de los delitos de contrabando y defraudacion cometidos en tierra, y de los perpetrados por los militares ántes de pertenecer á la milicia, estando dados de baja en ella, durante la desercion ó en el desempeño de algun destino ó cargo público; de las causas criminales contra extranjeros domiciliados ó transeuntes; pero no es propio de la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de los delitos de contrabando y defraudacion, cuando se cometen con resistencia armada al resguardo de guarda-costas.

### CAPÍTULO III.

*Del fuero competente por el delito de injuria, y por aquellos en que no se puede proceder de oficio.*

Al tratar en general del fuero competente para el castigo de los delitos, hemos dicho que lo es el del lugar en que éstos se cometen, y no pudiendo averiguarse dónde se han cometido, el del domicilio del acusado. Pero esta regla la hemos visto modificada en cuanto á los delitos de injuria y demas en que no se puede proceder de oficio, sino á instancia de la parte ofendida, pues respecto de ellos ha declarado el Tribunal Supremo, que está en el arbitrio del acusador, elegir el fuero del domicilio del reo, ó el del lugar donde se perpetró el hecho punible (S. 8 Noviembre 1858, y 24 Octubre 1861). Sin embargo, esta doctrina no podemos considerarla bastantemente autorizada, cuando habiéndose cuestionado otra vez sobre el conocimiento de un proceso sin-

truido por adulterio, que es uno de los delitos que no pueden perseguirse de oficio, decidió el mismo Tribunal (S. 24 Marzo 1866) corresponder al juez del lugar en que se cometió aquel, porque las leyes 5.<sup>a</sup>, tít. I, P. 7.<sup>a</sup>, y 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, tít. XXXVI, libro XII, N. R., establecen el principio de ser en lo criminal el fuero más preferente de todos, el del lugar en donde se hubiere perpetrado el delito. De modo que hay contradicción entre esta doctrina y la anteriormente sentada; y parece por tanto necesario, para que una de las dos pueda considerarse como admitida por la jurisprudencia, que obtenga confirmación del mismo Tribunal Supremo.

En cuanto á las injurias cometidas por medio de la imprenta, también se nota alguna divergencia entre las decisiones dictadas por aquel tribunal. La citada de 8 de Noviembre de 1858, que declara ser potestativo en el acusador elegir el fuero del lugar del delito ó del domicilio del procesado, se refiere á injurias y calumnias cometidas en un papel impreso; y otro fallo (de 28 de Setiembre 1860), sin insistir en la misma doctrina, sino dando á entender que sólo es competente el fuero del lugar del delito, declara que respecto de las injurias vertidas por medio de la imprenta, se considera como lugar de su consumación para el efecto de surtir fuero competente, el en que se publica el periódico ó papel que las contiene; añadiendo, que en el caso de someterse el acusado á un juez de distinto punto, no puede por ello privarse al del distrito donde se cometió el delito del conocimiento de él, puesto que se ha ejecutado dentro de los límites de su jurisdicción: de manera que no se deja en este caso á la elección del acusador la designación del fuero para la denuncia del impreso.

Como dicho delito de injuria es privado, y puede remitirse la ofensa, es preciso que preceda á toda querrela el acto de conciliación, aun en el caso de haberse cometido en algún impreso; y también ha habido alguna vez controversia sobre qué juez de paz es el competente para autorizar dicho acto: acerca de lo cual se ha declarado (S. 14 Diciembre 1864), que como en los asuntos criminales causa fuero preferente el lugar en que se comete el de-

lito, y en materia de imprenta éste lo produce la publicacion del impreso ó papel en que se consigna la injuria, es competente el juzgado del pueblo donde aquel se publica.

Tambien ha habido cuestiones entre los jueces ordinarios y los especiales de imprenta sobre el conocimiento de los delitos de igual clase, cometidos en impresos contra autoridades ó corporaciones en el ejercicio de sus cargos; punto acerca del cual se ha declarado (S. 25 Agosto 1863, y 14 Junio 1866), que comete delito de dicha clase el que publica hechos calumniosos ó injuriosos contra las personas y cuerpos que ejercen cargo, empleo ó funciones públicas: que es de la competencia de los tribunales de imprenta el conocimiento de aquellos hechos, cuando se refieren á los actos oficiales, ó de los funcionarios públicos en concepto de tales, y no en el de personas privadas; y que compete á los jueces ordinarios, cuando las injurias se refieren á los particulares ó á la vida privada de los funcionarios públicos.

De lo que brevemente dejamos expuesto se deduce, que contra la regla general de ser el fuero competente en materia de injurias ó calumnias el del lugar del delito, se ha declarado algunas veces, que es potestativo en el acusador elegir este fuero ó el del domicilio del acusado; doctrina que no puede tenerse por bastante autorizada: que en los mismos delitos cometidos por medio de la prensa, se reputa como lugar de su perpetracion aquel en que se publica el periódico ó impreso donde se consignan los hechos injuriosos ó calumniosos; y que si los mismos delitos se cometen contra particulares ó contra funcionarios públicos por actos de la vida privada, corresponde el conocimiento á los juzgados ordinarios; y á los jueces y tribunales de imprenta, cuando se calumnia ó injuria á autoridades, corporaciones ó funcionarios públicos en el ejercicio de sus respectivos cargos.

## CAPÍTULO IV.

*De la jurisdiccion para el castigo de faltas.* <sup>1</sup>

Este es uno de los puntos de derecho, en que más claramente está definida la jurisdiccion competente para la averiguacion y castigo de los hechos punibles calificados faltas, y en que sin embargo se ha disputado con más tenaz porfía y defendido con mayor empeño su competencia las autoridades militares. Previene la regla 1.<sup>a</sup> de la ley provisional para la aplicacion del Código, que los alcaldes, y sus tenientes en sus respectivas demarcaciones, conozcan en juicio verbal de las faltas de que trata el lib. III del mismo; y añade la regla 11, que de la sentencia que dieren dichos jueces, no haya lugar á otro recurso que el de apelacion, para ante el de primera instancia del partido. Y como si no bastaran tan claras y terminantes prescripciones, pare-

---

1 Despues de escrito este capítulo, se publicaron los decretos del Gobierno Provisional de 6 y 31 de Diciembre de 1868, y 8 de Febrero de 1869, en que se hacen esenciales prevenciones acerca de las faltas cometidas por los militares, tanto del ejército como de la armada; pero hemos creido conveniente dejar el texto de este capítulo en los mismos términos en que se halla redactado, sin perjuicio de que se tengan presentes las disposiciones que literalmente vamos á copiar. Art. 1.<sup>o</sup> del decreto de 6 de Diciembre de 1868.—Desde la publicacion del presente decreto, la jurisdiccion ordinaria será la única competente para conocer.—5.<sup>o</sup> De las faltas castigadas en el libro III del Código penal, excepto aquellas á las que las ordenanzas, reglamentos y bandos militares del ejército y armada, señalan una mayor pena, cuando fueren cometidas por militares, que serán de la competencia de la jurisdiccion de guerra y la de marina. Art. 4.<sup>o</sup> del decreto de 31 de Diciembre de 1868.—Las faltas castigadas en el libro III del Código penal, á excepcion de las que por ordenanzas, reglamentos y bandos militares del ejército tengan señalada una pena mayor, cuando fueren cometidas por militares, serán de la exclusiva competencia de la jurisdiccion ordinaria.—En los mismos términos está redactado el art. 4.<sup>o</sup> del citado decreto de 8 de Febrero de 1869, en cuanto á las faltas cometidas por los individuos que gocen fuero de marina.

ce como que se auguraban las cuestiones que habia de suscitar sobre este punto la jurisdiccion militar, y se quiso evitarlas, declarándose en la regla 56, que no se entendiera prejuzgada ni resuelta cualquiera indicacion que el Código hiciese sobre diversidad de fueros, sino que los tribunales se atuvieran á la legislacion entónces vigente, hasta que terminantemente se determinase otra cosa. Pero añadió la ley estas textuales palabras: «Exceptúase de lo dicho, lo dispuesto en las reglas 4.<sup>a</sup> y 11 respecto de la jurisdiccion de los alcaldes y tenientes sobre faltas.» Por manera, que el texto y el espíritu de la ley estuvieron claramente conformes, en que desde luego entrasen aquellas autoridades en plena y exclusiva jurisdiccion para la indagacion y castigo de dichos actos.

Pero á pesar de tanta claridad y precision en la ley, desde que ésta se publicó, no han cesado las cuestiones jurisdiccionales, promovidas por los jueces militares de guerra y de marina, para sostener una competencia que notoriamente no les correspondia; y así se observa, que desde que empezaron á publicarse las decisiones del Tribunal Supremo sobre estos conflictos, constantemente se ha venido sosteniendo por aquellos jueces la misma ilegalidad, y con igual insistencia ha reprobado su conducta el Tribunal Supremo, decidiendo siempre esas cuestiones en el sentido en que lo hace la expresada ley; ó lo que es lo mismo, declarando en todos los fallos que sobre esta materia ha dictado hasta ahora, que en conformidad con lo que disponen las reglas 4.<sup>a</sup> y 11, y el párrafo 2.<sup>o</sup> de la 56 de dicha ley provisional, corresponde á los alcaldes, y á sus tenientes en su respectiva demarcacion y *con derogacion de todo fuero*, el conocimiento de los juicios de faltas, por privilegiado que sea el fuero que tengan las personas denunciadas (S. 3 Diciembre 1853; 3 Marzo, 13 y 19 Mayo y 28 Junio 1854; 9 Marzo 1858; 15 Enero 1859; 14 Abril y 20 Octubre 1860; 26 Junio y 29 Julio 1861; 30 Agosto 1862; 8 Octubre 1863; 15 Enero 1864; 11 Abril, 31 Agosto y 21 Noviembre 1865; 24 Marzo y 11 Setiembre 1866; 22 Enero y 15 Junio 1867, y 20 Agosto 1868). En esta regla inconcusa están conformes todos los fallos que quedan citados; y

hasta se han consignado en un o, palabras tan terminantes, como la de que «la autoridad militar no puede eludir las disposiciones del Código penal, ni contrariar la jurisprudencia establecida y fundada por el Tribunal Supremo de Justicia en resoluciones análogas.» 8. 8 Octubre 1863.

Se ve, pues, por todas las citas que preceden, cuán constante y reiteradamente dicho Tribunal, fiel custodio de la ley, ha decidido conforme á los preceptos de ella, que corresponde exclusivamente á los alcaldes y sus tenientes, con derogacion de todo fuero, el conocimiento y castigo de las faltas.

Pero como ya dijimos en otro capítulo al tratar de los juicios verbales, vino á aumentar el conflicto entre las jurisdicciones contendientes, la real orden que allí citamos, expedida por el Ministerio de la Guerra en 17 de Febrero de 1868, en cuyo art. 10 se dijo, como si nada hubiera establecido sobre este punto dicha ley provisional, y como si no hubiesen precedido tantas decisiones del Tribunal Supremo, «que el conocimiento de las faltas cometidas por militares y aforados de guerra y extranjería, es propio, privativo y exclusivo de la jurisdiccion militar; no estando por consiguiente aquellos sujetos en los mencionados juicios á los alcaldes y sus tenientes, aunque voluntariamente se sometan á ellos, por no serles lícito menoscabar la integridad de la jurisdiccion militar de que dependen, ni renunciar su fuero;» y añadía esta notable real orden las siguientes palabras: «en consecuencia, prohíbe S. M. expresamente, que pueda entablarse, admitirse, ni sostenerse competencia jurisdiccional sobre esta materia, ni otra alguna civil ó criminal, en que los aforados de guerra sean demandados, debiendo cumplirse sin tergiversacion, ni interpretacion que lastime la integridad del fuero, la real cédula de 9 de Febrero 1795, y ley 21, tit. IV, lib. VI, N. R., cuya inviolable observancia se recordó por real orden de 5 de Noviembre de 1817.»

Creimos, sin embargo, al ver publicada una disposicion tan arbitraria, que no seria obedecida, y que se aumentarían los conflictos entre la jurisdiccion ordinaria y la militar; pues estábamos firmemente persuadidos de que el Tribunal Supremo no

podria faltar á su deber, ni á los precedentes que con tanta repetición habia consignado, dando cumplimiento á una real orden, que por muy respetable que fuese, no podria ser superior á la ley, ni á las doctrinas de jurisprudencia con ella conformes. Y en efecto, no se hizo esperar mucho tiempo un nuevo choque entre ambas jurisdicciones, pues suscitada una competencia entre la de marina y la ordinaria sobre conocimiento de un juicio de faltas, tuvo precisión el Tribunal Supremo de decidirla en favor de esta última (S. 12 Mayo 1868), por las siguientes consideraciones, que no podemos ménos de extractar, á pesar de que son un resúmen de lo ántes expuesto, ya por ser posteriores á la mencionada real orden, y ya tambien por la importancia que en sí tienen.

1.<sup>a</sup> Que segun las reglas 1.<sup>a</sup> y 11 de dicha ley provisional corresponde exclusivamente á los alcaldes, y á sus tenientes en sus demarcaciones respectivas, el conocimiento de las faltas, sin otro recurso contra sus fallo, que el de apelacion para ante el juez de primera instancia del partido, exceptuándose solamente las que sean incidencias del delito principal, conforme á lo dispuesto en los párrafos 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup>, regla 56 de la misma ley.

2.<sup>a</sup> Que segun lo prescrito en la regla 57, sólo quedaron á su publicacion en vigor y fuerza las disposiciones que regian sobre el procedimiento, en cuanto no se opusieran á las reglas establecidas en las mismas; y que por consiguiente quedó derogada la real resolucion de 10 de Marzo de 1796, extractada en la nota 2.<sup>a</sup>, tít. III, lib. XI, N. R.

3.<sup>a</sup> Que las leyes no pueden ser derogadas por reales órdenes, segun tiene declarado el mismo Tribunal en varias de sus decisiones.

4.<sup>a</sup> Que á éste está sometida por la ley, con exclusion de otro alguno, la facultad de resolver los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los tribunales y juzgados de fueros especiales y los del ordinario, siendo sus decisiones las únicas que forman jurisprudencia sobre el particular; y que segun ella el conocimiento de las faltas en juicio verbal corresponde á los al-

caldes y sus tenientes, como constante y uniformemente está declarado en repetidos fallos.

Lamentable es, que así hayan tenido que ponerse en oposicion potestades tan respetables é independientes entre sí, dándose á la nacion el triste espectáculo, de que el primer tribunal de ella tuviese que desobedecer, en cumplimiento de su elevado ministerio, una real resolucion poco meditada y opuesta á la ley. Si á tal extremo llegaba el empeño, de usurpar la jurisdiccion de guerra y marina atribuciones que no le corresponden, debiera haberse acudido al legislador, para que por medio de una nueva ley así lo declarase. Pero nunca dejará de ser censurable, que sin recurrirse á este medio, se hubiese comprometido á dicho tribunal, á dejar desautorizada la voz del gobierno, por el indeclinable deber de hacer respetar y cumplir las leyes.

No obstante todo lo expuesto, como apenas hay alguna regla general que no tenga su excepcion, el conocimiento de las faltas cometidas por un juez en el ejercicio de su ministerio, corresponde á la audiencia del territorio en que esté comprendido el juzgado, segun lo dispuesto en el núm. 2 del art. 58 del reglamento provisional para la administracion de justicia. S. 8 Agosto 1859.

Otro caso de excepcion es, cuando la falta viene á ser incidente de un delito, pues entónces, con arreglo á la regla 56 de la ley provisional, corresponde juzgarla al juez ó tribunal á quien compete conocer del mismo delito. S. 13 Noviembre 1858, y 15 Junio 1867.

Tampoco son de la competencia de los alcaldes las faltas especiales que se cometan por los militares en el ejercicio de sus funciones, ó que afecten inmediatamente al desempeño de las mismas, las cuales no deben confundirse con las comunes comprendidas en el lib. III del Código penal. No son, pues, de esta clase las lesiones causadas por un guardia civil estando de faccion; y por consiguiente, su castigo corresponde á sus respectivos jefes militares (S. 8 Febrero 1866). Ni tampoco, segun los decretos citados en la nota puesta al principio de este capítulo, las faltas

á que las ordenanzas, reglamentos y bandos militares del ejército y la armada señalan una pena mayor, cuando fueren cometidas por militares, pues entónces son de la competencia de la jurisdiccion de guerra y de la de marina (párrafo 5.º, art. 1.º del decreto de 6 de Diciembre de 1868, y art. 4.º del de 31 del mismo mes y año). Tambien corresponden al conocimiento de los juzgados de guerra las faltas comprendidas en los bandos que con arreglo á ordenanza pueden dictar los generales en jefe de los ejércitos (párrafo 10, art. 1.º del decreto de 31 de Diciembre de 1868); y por último, compete á la jurisdiccion de marina el castigo de las faltas especiales que se cometan por cualquier individuo de la armada en el ejercicio de sus funciones, ó que afecten inmediatamente el desempeño de las mismas: párrafo 10, art. 1.º del decreto de 8 de Febrero de 1869.

Hay ocasiones en que lo complejo y acaso grave del hecho culpable impide poder calificarlo á primera vista como delito, ó simplemente como falta; pero en este caso debe atenderse para determinar la jurisdiccion á quien incumbe el conocimiento, á la naturaleza probable del mismo hecho, y no á las modificaciones que pueda recibir su calificacion por el resultado de las pruebas. S. 24 Febrero 1860.

Ha habido duda alguna vez, aunque sin motivo fundado, acerca de la autoridad á quien corresponde el conocimiento de las faltas cometidas en la ejecucion de las operaciones del reemplazo del ejército; pero se ha declarado, como no podia ménos (S. 30 Junio 1860), que tanto aquellas como los delitos de esta clase, se hallan comprendidos en el Código penal, y que por consiguiente, su averiguacion y castigo competen á la jurisdiccion ordinaria, con exclusion de toda otra; y aun se ha añadido, que el reconocimiento y declaracion de aptitud de un individuo para el servicio militar, es una de dichas operaciones; y el declararse útil á uno que no lo es, en fraude de las mismas y mediante una retribucion, se halla comprendido en las prescripciones de dicho código, y por consiguiente, su castigo es peculiar de la misma jurisdiccion.

Háse declarado tambien (S. 15 Enero 1859), que cuando las

faltas están comprendidas en el Código penal, no pueden considerarse como delitos militares.

Hay algunos actos acerca de los cuales se ha puesto en duda si corresponden ó no á la clase de faltas; y se ha declarado, aunque siempre en el supuesto de que el hecho por su gravedad no se eleve á la esfera de delito, que merecen aquella calificación, el uso de pesas falsas para la expendición de sal en el estanco público (S. 14 Abril 1860); el de amenazar con armas un militar, cuando no se halla de servicio, por ser un caso previsto por el Código penal (S. 29 Julio 1861); los daños causados por los ganados en una finca, debiendo en este caso, para decidir á qué demarcación corresponde, y por consiguiente á qué alcalde, atenderse al punto en que se paga la contribución (S. 17-Marzo 1865). También debe calificarse como falta el hecho de tirar piedras á los edificios con daño de los mismos y peligro de las personas (S. 21 Noviembre 1865), y las irreverencias cometidas en un templo, cuando no impiden ó turban el culto. S. 24 Marzo 1866.

Pero sin embargo, el hecho de maltratar á un paisano unos guardias civiles en el acto del servicio, no puede calificarse de una de las faltas comprendidas en el Código, sino de un abuso de la fuerza pública, que debe ser juzgado por la autoridad militar de quien ésta dependa (S. 29 Agosto 1861); y aun se ha declarado á este propósito (S. 26 Junio 1861), que las faltas comunes no deben confundirse con las especiales que los militares cometan en el ejercicio de sus funciones, ó que afecten inmediatamente al desempeño de las mismas, las cuales deben ser juzgadas por la jurisdicción militar y penadas con arreglo á la ordenanza del ramo.

El juicio de faltas sobre injurias livianas también corresponde, según la regla 1.<sup>a</sup> de la ley provisional, á los alcaldes y sus tenientes. S. 30 Noviembre 1865.

Se ha puesto en duda alguna vez la jurisdicción de los jueces de primera instancia, en cuanto al conocimiento de la segunda en los mismos juicios de faltas; y se ha declarado (S. 15 Noviembre 1858, y 7 Marzo 1859), que la regla 11 de la ley provisional

dispone que dichos jueces conozcan de las apelaciones de las sentencias de los alcaldes y sus tenientes en los expresados juicios; y que no habiendo más jueces de dicha clase que los del fuero comun, es indudable que sólo á estos corresponde el conocimiento de las apelaciones, con exclusion de todo fuero privilegiado.

Terminaremos la exposicion de las doctrinas relativas á la competencia sobre esta clase de juicios, indicando, que es contemporánea una cuestion de esta clase, cuando se promueve despues de terminado el procedimiento y de haber quedado firme la sentencia, aunque haya sido dictada en rebeldía del acusado. S. 9 Junio 1854, y 5 Diciembre 1860.

## TÍTULO IX.

### *Del fuero y de las jurisdicciones especiales, en lo criminal.*

---

#### CAPÍTULO PRIMERO.

### *Del fuero militar general, y de las atribuciones de la jurisdiccion de guerra en asuntos criminales.*

El fuero militar criminal puede tener trascendencia, ya á las personas, por razon de la clase del servicio que prestan ó han prestado al Estado, ya á las cosas, en consideracion á la naturaleza del delito que dé ocasion al procedimiento. En cuanto á las personas, del mismo modo que en los asuntos civiles, gozan los militares, por regla general, el fuero de guerra: tambien lo disfrutan en lo criminal, no sólo mientras se hallan en servicio activo, sino en las reservas ó milicias provinciales; y aun hallándose retirados, si cuentan cierto número de años de servicio.

Nunca se ha puesto en duda este privilegio respecto de los que sirven en el ejército y, por consiguiente, la jurisprudencia no ha tenido que fijar ninguna doctrina sobre este punto; pero se han suscitado varias cuestiones acerca de los que se hallan en la reserva, equivalente hoy en cierto modo á las antiguas milicias provinciales; y acerca de ellas han recaído ciertas decisiones, de las cuales se deducen las reglas que pasamos á consignar.

Quando dichas milicias existian, sus individuos, cualquiera que fuese la clase á que pertenecieran, ya se hallasen, ó no, en provincia, y llevaran, ó no, uniforme, gozaban del fuero militar, como los demas individuos del ejército (S. 23 Noviembre 1858); y aun los pasados á la segunda reserva disfrutaban del mismo fuero (S. 21 Octubre 1867). Tambien las milicias provinciales de Canarias corresponden á dicha jurisdiccion, segun el art. 276 de sus especiales ordenanzas; y solamente se exceptúan con arreglo al art. 280, los procesados por robo, homicidio, incendio ú otro delito cometido en cuadrilla, los cuales están sujetos á la jurisdiccion ordinaria. S. 11 Agosto 1865.

Todo recluta corresponde tambien al fuero militar desde el acto de su filiacion, segun lo dispuesto en real órden de 7 de Noviembre de 1791 (S. 22 Junio 1859); y si bien, por el reglamento de enganches de 19 de Octubre de 1861, los mozos que aspiren á sentar plaza en el ejército, deben hacer constar, entre otros requisitos, el consentimiento paterno ó el de su curador, en los casos en que la ley lo exige; la omision de este particular, una vez ya soldados, no les exime de la observancia de la Ordenanza ni de la jurisdiccion militar, mientras no se declare oportunamente la ilegalidad del enganche. S. 5 Diciembre 1867.

Tienen, asimismo, fuero de guerra, en conformidad á la real órden de 17 de Junio de 1816, al reglamento de retiros de 3 de Junio de 1828, y á la ley de 28 de Agosto de 1841, los militares que cuenten quince años de servicio en el ejército ó veinte en las milicias provinciales (S. 19 Diciembre 1855; 15 Enero y 17 Diciembre 1858; 31 Diciembre 1862, y 16 Junio 1864); é igualmente los empleados de hacienda militar, sus mujeres é hi-

jos; conservándolo despues de la muerte del marido ó padre, la viuda é hijas, mientras no tomen estado. S. 18 Marzo 1854.

Sin embargo, todos los militares pierden su fuero, cuando desempeñan algun cargo público, político ó administrativo, ya municipal, ya del servicio del Estado, en cuanto tenga relacion con su ejercicio. Así lo determinan la ley 25, tit. IV, lib. VI, N. R., y las reales órdenes de 30 de Noviembre de 1795; de 8 de Diciembre 1800; de 5 de Octubre de 1819; 18 de Noviembre de 1831, y de 20 de Setiembre de 1842; y así lo declaran tambien las sentencias de 27 y 30 Enero y 28 Febrero 1857; 30 Junio 1859, y 14 Febrero 1862.

Pero no se entiende esta pérdida de fuero respecto de los escribientes de los escribanos de juzgados de guerra, los cuales, si cometen algun delito en el servicio á que están destinados, quedan sujetos á la jurisdiccion militar. S. 19 Enero 1861.

Alguna vez se ha sostenido que los militares pierden su fuero en los casos que á continuacion se expresan; pero la jurisprudencia ha venido á confirmar la opinion contraria, á saber:

1.º Por el exceso ó contravencion de ocuparse en juegos prohibidos, pues la real orden de 5 de Noviembre de 1817, encargó el cumplimiento del real decreto de 9 de Febrero de 1795 (ley 21, tit. IV, lib. VI, N. R.), en el cual no se comprende dicho caso como de desafuero, y por consiguiente, debe considerarse derogada la ley 14, tit. XXIII, lib. XII, N. R. S. 18 Febrero 1859.

2.º Por dejar de usar el uniforme, pues la real orden de 20 de Febrero de 1815 no establece en absoluto el desafuero, por el mero hecho de usar el militar traje de paisano, sino únicamente en los casos especiales y concretos en ella señalados; no debiendo, por tanto, hacerse extensiva á otros sus prescripciones, y ménos aún, despues de la citada real orden de 5 de Noviembre de 1817. S. 25 Noviembre 1858, y 28 Marzo 1867.

3.º Por el delito de detencion arbitraria atribuido á un oficial de la guardia civil, por haber detenido en la cárcel á un paisano sin forma de proceso. S. 14 Agosto 1862.

4.º Por el delito de rapto, sea cual fuere su gravedad, puesto que no se halla exceptuado en la ley 21, tít. IV, lib. VI, N. R. S. citada 28 Marzo 1867.

En cuanto al desafío, para que produzca el desafuero con arreglo á la ley 2.ª, tít. XX, lib. XII, N. R., es indispensable que concurren todos los requisitos y formalidades que constituyen el expresado delito. S. 29 Octubre 1858.

En sentencia de 27 de Abril de 1858, se declara que á la jurisdiccion militar corresponde conocer del delito comun de robo, siempre que aparezca como único reo, un soldado.

Ya dijimos al tratar del fuero militar en materia civil, que no compete, sólo por la circunstancia de tener una persona los honores ó consideraciones de alguna categoría; y lo mismo debemos repetir ahora respecto á la materia criminal, con relacion á los milicianos nacionales que han obtenido el grado de subtenientes del ejército. S. 1.º Marzo y 16 Abril 1859, y 12 y 25 Enero y 22 Febrero 1860.

Como ántes indicamos, dicho fuero está establecido, no solamente con relacion á las personas, sino tambien en consideracion á la clase y naturaleza de ciertos delitos de que vamos á hacer mencion. El art. 4.º, tít. III, trat. VIII de las Ordenanzas del ejército, declara pertenecer exclusivamente al conocimiento de la jurisdiccion militar las causas sobre incendios de cuarteles, almacenes de boca y guerra y edificios militares, y sobre robo en los mismos cuarteles; pero, sin embargo, no debe extenderse su disposicion á otros objetos no expresados en dicha ley; por cuya razon no corresponde á los tribunales de guerra el juzgar á los reos de daños hechos en una dehesa arrendada para la remonta de la caballeria (S. 23 Marzo 1857), ni á los que alteran la talla destinada á medir los mozos (S. 22 Febrero 1864), ni tampoco á los de hurto en los parajes mencionados (S. 3 Octubre 1865), como dijimos al tratar de los delitos sometidos á la jurisdiccion comun. Pero hay verdadero robo, y por consiguiente, desafuero, cuando al apropiarse lo ageno se hace fuerza en las cosas, pues esta circunstancia es la que esencialmente constituye el expresado delito. S. 15 Enero 1866.

Por razon de las cosas y sin consideracion al fuero de las personas, corresponde tambien á dicha jurisdiccion el delito de robo de pólvora (S. 27 Abril 1858). Del mismo modo, el hecho de encubrir la desercion produce desafuero, sometiendo el paisano encubridor á la jurisdiccion militar, con arreglo al art. 116, trat. VIII de las Ordenanzas. S. 21 y 30 Noviembre 1865.

Aparte de lo que dejamos expuesto, conviene recordar de nuevo el decreto de 6 de Diciembre de 1868. En su art. 1.º, párrafo 2.º, se priva del fuero militar á los aforados de guerra de todas clases retirados del servicio, y ademas á las mujeres, hijos y criados de los que permanecen en el activo. Pero no pierden su fuero y, por consiguiente corresponde hoy como ántes á la jurisdiccion de guerra el conocimiento de las causas criminales por los delitos comunes que cometieren los militares é individuos de los cuerpos auxiliares del ejército en activo servicio. Tambien es extensivo el fuero militar á los paisanos por los delitos de traicion, que tengan por objeto la entrega de una plaza, puesto militar ó almacenes de municiones de boca ó guerra al enemigo: por los de seduccion de tropa española, ó que se halle al servicio de España, para que deserte de sus banderas en tiempo de guerra ó se pase al enemigo: por los de seduccion ó auxilio á la desercion en tiempo de paz: por los de espionaje, insulto á centinelas, salva-guardias y tropa armada, atentado y desacato á la autoridad: por los de robo de armas, pertrechos, municiones de boca y guerra, ó efectos pertenecientes á la Hacienda militar, en los almacenes, cuarteles y establecimientos militares de cualquiera clase que sean, y por incendio cometido en los mismos parajes: por los ejecutados en las plazas sitiadas por el enemigo, que tiendan á alterar el órden público ó á comprometer la seguridad de las mismas: por los que se cometan en las fábricas y fundiciones de armas del Estado: por los delitos y faltas comprendidas en los bandos que con arreglo á Ordenanza pueden dictar los generales en jefe de los ejércitos: por los perpetrados por los prisioneros de guerra y personas de cualquiera clase, condicion y sexo que sigan al ejército en campaña: por los que cometan los asentistas de servicios militares, que

tengan relacion con sus asientos y contratas; y por último, en las causas criminales de las personas residentes en las plazas fuertes de África. Debe sin embargo advertirse, que cuando un paisano sea juzgado por la jurisdiccion de guerra por delitos previstos en el Código penal, deben aplicarse en su caso las penas que éste señale. Decreto de 31 de Diciembre de 1868.

## CAPITULO II.

### *Del fuero de marina, y de la jurisdiccion de este ramo en lo criminal.*

En lo criminal hay varios fueros especiales, como son el de artillería, el de marina, el de ingenieros y el de Hacienda pública. Nada diremos ahora del primero, porque no encontramos acerca de él ninguna doctrina de jurisprudencia de que haya que hacer mencion. Y concretándonos en este capítulo al fuero de marina, se observa con relacion á él, lo mismo que hemos dicho respecto del militar en general, á saber: que aquella jurisdiccion privativa ejerce sus atribuciones, ya por razon de las personas que disfrutan dicho fuero, ya en consideracion á la clase y circunstancia de los delitos.

Nadie pone en duda que corresponde el fuero de marina no solamente á los individuos de la armada, ya se hallen en activo servicio, ya retirados ó exentos, sino tambien á los matriculados de mar (S. 25 Enero 1867); y el mismo fuero corresponde á las viudas, si sus maridos lo disfrutaron hasta su fallecimiento; mas no, si lo perdieron estos y no lo recobraron antes de morir. S. 23 Mayo 1860.

Corresponde tambien dicho fuero, con arreglo á la ley 2.<sup>a</sup>, título VII, lib. VI, N. R., á los fabricantes de lona y jarcias para la marina; pero está limitado solamente al tiempo en que se hallen en actual servicio en los arsenales ó fábricas de la armada nacional. S. 31 Agosto 1859.

Igualmente corresponde, segun las Ordenanzas de matrículas, á los pilotos. S. 13 Junio 1863.

Como siempre debe atenderse, lo mismo que para la imposición de las penas, para calificar cual sea la jurisdicción competente, á la época en que se haya cometido el delito, corresponde á la jurisdicción de marina el juzgar á un aforado, aunque haya perdido el fuero al principiarse el procedimiento, si lo tenia cuando cometió el delito. S. 14 Octubre 1853.

Tambien compete el conocimiento á la misma jurisdicción, cuando un aforado de marina resulta ser único autor de un hecho por el cual se procede, sea ó no punible, sin participacion directa ni indirecta de persona alguna sometida á la jurisdicción ordinaria. S. 6 Marzo 1857.

Pero los confinados á presidio, destinados accidentalmente á los trabajos de un arsenal, no gozan del fuero de marina, como no lo tengan por cualquiera otro concepto, ó competa por la clase del delito; y aunque se cometa alguno dentro de un arsenal, no por eso debe conocer de él la autoridad de marina del establecimiento. S. 9 Noviembre 1860.

Así como corresponde á la jurisdicción ordinaria conocer del quebrantamiento de condena, cuando la sentencia procede de dicha jurisdicción, del mismo modo incumbe á la de marina entender en esta clase de delitos, cuando la condena fué impuesta por sus respectivos jefes; porque esta nueva infracción se reputa incidental de la anterior. S. 17 Julio 1862, y 15 Febrero 1864.

Gozan igualmente del fuero de marina, segun el art. 28, título I de las Ordenanzas de matrículas (ley 3.<sup>a</sup>, tít. VII, lib. VI, N. R.), los escribanos de las ayudantías de distrito. S. 30 Junio y 4 Julio 1854, y 6 Setiembre 1859.

Pero, segun el art. 1.<sup>o</sup>, tit. XI de las mismas Ordenanzas, la gente de mar de las costas de Vizcaya y Guipúzcoa dependen de la jurisdicción ordinaria, cuando pescan, navegan ó ejercen cualquiera otra industria de mar en los puertos y costas de sus provincias, y sólo quedan sujetos al fuero de marina en cualquiera otro caso como los demas matriculados. S. 27 Junio 1857.

Vemos consignada, respecto del fuero de que ahora tratamos, una doctrina que ataca en su base el principio, que debiera ser siempre tan respetado, de la unidad del procedimiento, para evi-

tar que se fraccione y divida la continencia de la causa. En efecto, en una decision (de 17 Diciembre 1853) dijo el Tribunal Supremo, que la jurisdiccion de marina es competente para conocer de los delitos comunes de sus aforados, y que los juzgados ordinarios tienen igual competencia respecto de los que, en el curso de un proceso, aparezcan culpados y no gocen de fuero especial; y esta misma doctrina, á nuestro ver no muy conforme con el buen principio ántes indicado, se reitera en otra decision (de 4 Julio 1854), en que se sienta que, por regla general, pueden conocer legitimamente de un mismo delito los jueces de distinto fuero, segun el personal de que gocen respectivamente los procesados.

Por razon de la materia ó de la naturaleza del delito, se extiende tambien el fuero de marina aun á las personas sujetas en lo general á la jurisdiccion ordinaria. Así sucede en caso de delito cometido á bordo de los buques, sean grandes ó pequeños, que se hallen en los puertos ó naveguen en alta mar; segun está prevenido en el art. 42, tit. I de las Ordenanzas de matrículas, inserto en la ley 5.<sup>a</sup>, tit. VII, lib. VI, N. R., y en las reales órdenes de 27 de Julio de 1847, y de 22 de Noviembre de 1848 (S. 27 Enero 1854; 27 Junio 1857; 23 Diciembre 1862; 12 Enero 1865, y 1.<sup>o</sup> Diciembre 1865). Lo mismo se reitera en real orden de 30 de Agosto de 1855, que, por la época en que se dictó, tiene fuerza legal, para suplir, aclarar y derogar las anteriores que con su tenor no se hallan conformes. S. citada 12 Enero 1865.

Tambien es competente la misma jurisdiccion para conocer de todo hecho ó suceso ocurrido dentro de los limites de las aguas del mar. S. 1.<sup>o</sup> Octubre 1857.

El delito de hurto cometido en tierra por los tripulantes paisanos de un buque, no causa desafuero, y por consiguiente los reos quedan sometidos á la jurisdiccion ordinaria; pero no debe confundirse este delito, con el que dichos terrestres puedan haber cometido por navegar ó tripular un buque no estando matriculados; exceso cuya correccion compete á la jurisdiccion de marina. S. 23 Junio 1858.

Es una circunstancia especial de este fuero, el atraer á sí á los cómplices en los delitos cometidos por los aforados; pero debe tenerse presente, que por la real resolucion de 21 de Noviembre de 1795 (nota 9.<sup>a</sup>, tít. VII, lib. VI, N. R.), se declaró, que dicho fuero atractivo no se extiende á los robos de dinero, alhajas ó efectos de los particulares, ni á aquellos delitos que sólo tienen relacion con la buena disciplina, gobierno y manejo interior de la tropa de tierra empleada en arsenales ó embarcada; y que dicha real resolucion no alteró lo que determinan nuestras leyes, especialmente las 1.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, tít. VII, lib. VI, N. R., sobre el fuero de marina de que deben gozar todos los matriculados. S. 25 Junio 1860.

Hasta aquí las doctrinas adoptadas por la jurisprudencia acerca de esta materia; pero ántes de terminar este capítulo, y siguiendo el mismo órden que en el anterior, vamos á recordar lo que acerca del fuero de marina y de la extension de la jurisdiccion especial de este ramo, previenen los párrafos 8.<sup>o</sup> y 12, artículo 4.<sup>o</sup> del decreto de 6 de Diciembre de 1868 y el 1.<sup>o</sup> del de 8 de Febrero de 1869. Segun lo dispuesto en ellos, sólo corresponde á la expresada jurisdiccion el conocimiento, con arreglo á las Ordenanzas navales y de matriculas, de las causas criminales por delitos que no sean de los exceptuados en los párrafos 3.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup> del art. 1.<sup>o</sup> del decreto de 6 de Diciembre de 1868, cuales son el de seduccion de tropa española ó que se halle al servicio de España, para que deserte de sus banderas en tiempo de guerra, ó se pase al enemigo, y el de traicion que tenga por objeto la entrega de una plaza, puesto militar ó almacenes de municiones de boca ó guerra al enemigo: el de traicion que tenga por objeto la entrega de una escuadra, de un buque del Estado, arsenal ó almacenes de pertrechos navales ó de municiones de boca ó guerra al enemigo: los de seduccion de tropa de marina ó marinería española ó que se halle al servicio de España, para que se deserte de sus banderas ó buques en tiempo de guerra, ó se pase al enemigo: los de espionaje, insulto á centinelas y tropa armada de marina, atentado y desacato á sus autoridades militares: los de seduccion y auxilio á la desercion en tiempo de paz:

los de robo de armas, pertrechos, municiones de boca y guerra, ó efectos pertenecientes á la hacienda de marina en los arsenales, establecimientos marítimos, cuarteles, almacenes y buques del Estado y el de incendio cometido en los mismos parajes: los delitos que se ejecuten en los arsenales del Estado contra el régimen interior, conservacion y seguridad de estos establecimientos: los comprendidos en los bandos que, con arreglo á Ordenanza, puedan dictar los almirantes á los buques de sus escuadras: los cometidos por los prisioneros de guerra y personas de cualesquiera clase, condicion y sexo que conduzcan los buques de la armada: los que cometan los asentistas de marina, que tengan relacion con sus asientos y contratas: las causas por delitos de cualquier clase ejecutados abordo de las embarcaciones mercantes así nacionales como extranjeras; y las presas, represalias y contrabando marítimo, naufragio, abordajes y arribadas: las faltas especiales que se cometan por cualquier individuo de la armada en el ejercicio de sus funciones ó que afecten inmediatamente al desempeño de las mismas; y finalmente las infracciones de las reglas de policía de las naves, puertos, playas y zonas marítimas, de las Ordenanzas de marina, y reglamento de pesca en las aguas saladas del mar. Pero debe tenerse presente, lo mismo que dijimos al tratar de la jurisdiccion de guerra, que cuando la de marina juzgue á un paisano por alguno de los delitos que causan desafuero, si estos están castigados por el Código, no se les puede imponer otra pena que la que éste determine. Art. 3.º del citado decreto de 8 de Febrero de 1869.

### CAPÍTULO III.

#### *De la jurisdiccion del cuerpo de ingenieros, en lo criminal.*

El cuerpo de ingenieros tiene su jurisdiccion especial militar, á la cual corresponden, segun el párrafo 5.º reglamento 10 de sus Ordenanzas y real órden de 23 de Agosto de 1805, los delitos cometidos en obras que se ejecutan á cargo del mismo cuerpo ó bajo su direccion, y siempre que los procesados son

dependientes de él ú operarios de las mismas obras. S. 23 Diciembre 1859.

Es igualmente propio de dicha jurisdiccion el conocimiento de las causas por los delitos de robo, incendio ó daños en los edificios ó establecimientos del expresado cuerpo, y cuando resultan complicados paisanos con individuos de él. S. 20 Octubre 1858.

Pero no corresponden á esta jurisdiccion especial las diligencias que se practiquen con motivo de la muerte de un aforado suyo, que no haya muerto en acto del servicio, ni en lugar perteneciente á su fuero privilegiado y de atraccion. S. 18 Marzo 1865.

#### CAPÍTULO IV.

##### *De la jurisdiccion criminal que ántes era de Hacienda, y del fuero de los carabineros.*

Dos puntos esenciales abrazan las doctrinas que vamos á exponer brevemente en este capítulo: uno es relativo á los casos á donde se extiende la jurisdiccion de Hacienda en materia criminal, y otro al fuero á que se hallan sujetos los individuos del cuerpo de carabineros, destinado á la persecucion de los delitos de defraudacion y contrabando, segun que dependan por sus actos de los jefes de Hacienda pública ó de los militares. S. 5 Octubre 1858.

Segun la legislacion contenida en el real decreto de 20 Junio de 1852, ha correspondido á la jurisdiccion de Hacienda pública, con derogacion de todo fuero, y corresponde hoy, por consiguiente, á la ordinaria, con arreglo al párrafo 7.º, art. 1.º del decreto de 6 de Diciembre de 1868, la averiguacion y castigo de los delitos de contrabando y defraudacion y de todos sus conexos: principio confirmado por la constante jurisprudencia, en decisiones de 27 Diciembre 1853; 1.º Junio 1854; 30 Enero y 25 Mayo 1857; 27 Febrero, 5 y 23 Agosto y 6 Noviembre 1858; 30 Agosto 1860; 28 Febrero, 13 Marzo, 30 Junio y 10

Octubre 1862; 27 Marzo y 17 Octubre 1865, y 18 Noviembre 1867; y aun los aforados de guerra quedan sujetos á la jurisdiccion de Hacienda, no sólo en cuanto á dichos delitos, sino tambien por cualquiera otro procedimiento en que se trate del reintegro de cantidades á la Hacienda ó por aquellos en que ésta tenga interés ó puede ser perjudicada (S. 7 Marzo 1854); y lo mismo respecto del encubrimiento y fuga de presos por contrabando. S. 1.º Junio 1854.

De la regla expresada no se exceptuan los individuos del cuerpo de carabineros, los cuales, aunque militares en cuanto á su organizacion y disciplina, están sujetos por los delitos conexos de contrabando y fraude á la misma jurisdiccion de Hacienda, segun el reglamento de dicho cuerpo de 18 de Marzo de 1850. S. 30 Enero y 25 Mayo 1857; 27 Febrero 1858; 30 Agosto 1860.

Á pesar de ser cosa fácil la calificacion de lo que debe entenderse por delito conexo, ha habido varias cuestiones sobre este punto; y por consecuencia de ellas ha venido á declararse, que con arreglo al citado decreto de 1852 corresponden á aquella clase, y por consiguiente quedan sujetos á la jurisdiccion de Hacienda, las omisiones y abusos de los empleados públicos y personas de cualquier condicion, que tengan el deber de perseguir é impedir el contrabando y fraude. (S. 30 Enero 1857; 28 Febrero y 30 Junio 1862); el hecho de dejar los carabineros en libertad á los reos é inutilizar una parte de los géneros aprehendidos (S. 28 Febrero 1862); las lesiones inferidas por los carabineros á contrabandistas en el acto de su aprehension, siempre que no se pruebe que estos hicieron resistencia (S. 30 Agosto y 6 Noviembre 1860); la fuga de los presuntos reos, si en ella tienen alguna responsabilidad los carabineros (S. 16 Febrero 1860); y el hecho de suponerse uno aprehensor de contrabando, en perjuicio de los verdaderos aprehensores (S. 27 Junio 1859). Pero no debe considerarse por el contrario como delito conexo, el suponer un jefe de carabineros en una revista la existencia de una plaza de caballo para obtener una gratificacion, pues este hecho no es un fraude que tenga por objeto disminuir las contribucio-

nes y rentas del Estado, sino un delito previsto y penado en el artículo 21, tit. IX, trat. III de las Ordenanzas militares del ejército, á las cuales están sujetos los carabineros, segun el artículo 98 de su reglamento de 11 de Noviembre de 1842. S. 18 Noviembre 1867.

Tampoco pueden reputarse como delitos propios de la jurisdiccion de Hacienda la defraudacion de arbitrios municipales (S. 26 Junio 1866), ni los abusos cometidos por los carabineros, que no consistan en verdadero delito de contrabando y defraudacion. S. 21 Marzo 1854.

Han sido, pues, propios de la jurisdiccion de Hacienda, y hoy lo son de la ordinaria, los delitos verdaderamente conexos cometidos por los carabineros en los actos del servicio; de tal suerte que las diligencias instruidas por un juzgado de guerra sobre dichos delitos, y el sobreseimiento dictado en ellas no pueden amenguar el mérito legal de las que en el círculo de sus facultades se formen por el respectivo juzgado, que es hoy el ordinario, y ménos impedir su continuacion, ni prejuzgar el fallo que en derecho deba recaer, sobreseyendo, absolviendo ó condenando á los presuntos reos. S. 10 Octubre 1862.

Teniendo los delitos de contrabando y defraudacion la consideracion de principales, el juez que deba entender en su averiguacion es el que ha de incoar ó avocar los procedimientos primitivos y originales, remitiendo en su caso al juzgado competente los accesorios que sean ajenos á su jurisdiccion (S. 27 Mayo 1865), como cuando del procedimiento resulte que un delito no es conexo al principal de contrabando ó defraudacion, ó cuando éste quede desvanecido; correspondiendo en ambos casos el conocimiento de los hechos á la jurisdiccion propia de los presuntos reos. S. 28 Marzo 1860.

No deben confundirse con los delitos conexos propios del conocimiento de los tribunales de Hacienda, otros cometidos por los carabineros y que por su naturaleza y circunstancias son meramente militares y quedan por tanto sometidos á los respectivos juzgados de guerra. Á esta clase corresponden el abandono del servicio (S. 27 Marzo 1866) y las faltas en que incurran los mis-

mos carabineros hallándose de centinela, mientras estén de faccion, en turno de fatiga ó en otro servicio calificado como tal. S. 4 Mayo 1854.

## TÍTULO X.

### *Del desafuero por razon de la naturaleza de ciertos delitos.*

---

#### CAPÍTULO PRIMERO.

##### *Del desafuero por resistencia, atropello, ultraje ó desacato á la justicia.*

El desafuero por estos delitos parece establecido como para dar á la jurisdiccion desacatada mayor seguridad de un justo desagravio, y como desconfiando de que se haga tan cumplida justicia por otra jurisdiccion que la ofendida. Como quiera que sea, son tan claras y terminantes las disposiciones legales que á esta materia se refieren, que no debian esperarse cuestiones acerca de su inteligencia; y sin embargo, se sostienen frecuentemente y con tenaz porfia, con especialidad por los jueces militares, pretendiendo el conocimiento de las causas que contra los aforados de guerra instruye la jurisdiccion ordinaria para la comprobacion y castigo de los expresados delitos. Y decimos que es clara y terminante la legislacion que rige sobre este punto, porque, en efecto, las leyes 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, tít. X, lib. XII, N. R., y la real órden de 8 de Abril de 1831 previenen de un modo explícito é incontrovertible el desafuero de toda persona por privilegiada que sea, que resiste ó desacata á los ministros de justicia, desde el más elevado, hasta el subalterno más ínfimo. Pero como estas leyes

recopiladas datan de los años de 1637 y 1784, y otra posterior, qual es la real cédula de 8 de Marzo de 1793 (ley 21, tit. IV, libro VI), al establecer los casos de desafuero de los militares, no hizo mencion del que nace del desacato; ha sostenido en varias ocasiones la jurisdiccion de guerra, que esta última es la ley vigente, y que por ella quedaron derogadas las dos citadas de anteriores fechas; sin tener presente, entre otras razones, que la mencionada real orden de 8 de Abril de 1831, expedida en tiempo en que el monarca ejercia omnímodo poder, restableció en todo su vigor la observancia de las primeras. Por eso el Tribunal Supremo se ha visto precisado á declarar con repeticion, que los mencionados delitos cometidos contra la justicia producen desafuero, y sujetan bajo la autoridad de la jurisdiccion ordinaria al que los comete. S. sin fecha inserta en la *Gaceta* de 14 Febrero de 1858, otra de 27 de Mayo del mismo año y otras de 28 Enero 1859, y 23 Diciembre 1861.

No han bastado sin embargo, ni aquellos explícitos preceptos, ni estas declaraciones, para evitar que una y otra vez haya vuelto la jurisdiccion militar á insistir en su tenaz é infundado empeño; hasta el extremo que se deduce de la multitud de decisiones que vamos á citar, en las cuales el mismo Tribunal Supremo ha reiterado la doctrina, de que por los mencionados delitos cometidos contra los ministros de justicia, toda persona de cualquier categoría que fuere, queda desaforada, por privilegiado que sea el fuero que disfrute. Así se halla declarado en S. 10 Enero, 18 Febrero, 24 Marzo, 22 Abril y 28 Julio 1854; 28 Enero, 24 Abril, 10 Setiembre, 30 Octubre y 25 Noviembre 1857; una, sin fecha, inserta en la *Gaceta* de 14 Enero de 1858; 28 Enero, 27 Mayo, 29 Julio, 12 Agosto, 26 Noviembre, 5 y 17 Diciembre del mismo año; 28 Enero, 9 Marzo, 4 y 12 Mayo, 21 Junio, 23 Noviembre, 7 y 12 Diciembre 1859; 30 Agosto, 13 Setiembre y 17 Octubre 1860; 18 y 20 Febrero, 30 Abril, 11 Mayo, 22 Julio, 21 Setiembre y 23 Diciembre 1861, y 25 Abril 1862. Despues de esta última fecha, aunque se han promovido no pocas cuestiones sobre varios puntos que tienen relacion con esta materia, como veremos en el curso de este capítulo, solamente una

vez ha vuelto á ponerse en duda la eficacia del principio general que dejamos consignado; y se ha declarado nuevamente, que en materia de desacato hay que atenerse precisamente á la citada real órden de 8 de Abril de 1831, que por la época en que se dictó tiene fuerza de ley, derogatoria de todas las anteriores en lo que fueren contrarias á ella (S. 25 Julio 1868.) Y aun todavía con motivo de la real órden de 17 de Febrero de 1868, que varias veces hemos citado en los precedentes capitulos, se ha pretendido que los militares conservan su fuero en el delito de que ahora tratamos; habiéndose resuelto (S. 25 Julio 1868), que, sea cual fuere el valor que pueda darse á esa real resolucion, es inaplicable á la desobediencia y desacato, pues sus disposiciones se refieren á juicios verbales, de conciliacion y de faltas. De esperar es que no vuelva en adelante á promoverse la misma cuestion.

Una sola vez se ha pretendido eximir á un extranjero de la regla á que todos, sin excepcion, están subordinados; pero como era consiguiente, se ha declarado tambien, que no los exceptúa de la pérdida de fuero por el expresado delito, el real decreto de 17 de Noviembre de 1852, en que se confirmó el de extranjería. S. 30 Abril 1861.

Uno de los particulares que más dificultad suele producir, ó que, por lo ménos, da lugar á más cuestiones, es la calificacion del delito por el cual los reos hayan de quedar desafortados; pero la jurisprudencia ha sentado algunas doctrinas, que podrán servir de norma y evitar que se reproduzcan análogas contiendas. Segun estas doctrinas, la misma calificacion de si un hecho determinado constituye ó no delito de desacato, es propia de la jurisdiccion ordinaria (S. 27 Mayo y 17 Diciembre 1858); y para determinar cuál es el fuero competente, debe influir la naturaleza del hecho imputado, y no los méritos probatorios que den de sí las primeras actuaciones del sumario (S. 26 Octubre y 8 Noviembre 1859). Por consiguiente, aunque el hecho en que consista la imputacion no esté suficientemente comprobado, siempre que haya motivo para proceder á su averiguacion, lo hay tambien para que los presuntos reos queden desafortados, aunque sin

prejuzarse nada sobre la prueba, ni sobre el giro que pueda tomar el proceso despues de concluido el sumario (S. 1.º Octubre 1859, y 25 Abril 1862). Son datos bastantes para proceder por este delito, y por lo tanto para producir desafuero, las aseveraciones de un juez de primera instancia á quien se haya desacatado, siempre que estén relacionadas con los hechos consignados en las primeras diligencias. S. 28 Enero 1858.

Pero cuando se trata de examinar y comprobar bien si, en efecto, hay motivo suficiente para la calificacion del desacato, es menester, cuando ménos, que el hecho ó dicho imputado pueda constituir este delito, pues sin esta circunstancia no debe suponerse su perpetracion para los efectos del desafuero y de la cuestion jurisdiccional.

Por esta razon no se puede presumir la existencia del delito de desacato, cuando la misma autoridad judicial que se cree ofendida por ciertas palabras, no pretende probar que éstas hayan sido directamente alusivas á su persona (S. 31 Diciembre 1862); y en el caso de no convenir exactamente las aseveraciones de dos sumarias instruidas por jurisdicciones distintas, es necesario deducir por las reglas de sana critica la verosimilitud de los hechos relatados (S. 15 Julio 1859): regla que puede ser aplicable á toda clase de cuestion de competencia.

Cometen el expresado delito, segun el art. 192 del Código penal, los que calumnian á la autoridad, la injurian, insultan, hacen fuerza ó violencia, ó la amenazan en el ejercicio de su cargo; y aunque lo dispuesto en el 391 pueda dar lugar á dudas, acerca de si dichos actos han de ejecutarse para constituir desacato, directamente y en presencia de la misma autoridad, siempre lo constituyen para el efecto del desafuero, cualquiera que sea la forma en que aquellos se ejecuten (S. 25 Noviembre, 22 Agosto 1859, y 10 Diciembre 1867). Cométese, pues, dicho delito, cuando se insulta á un juez ó se emplea contra él la fuerza, aunque en el acto no se halle ejerciendo las atribuciones de su ministerio (S. 17 Diciembre 1858, y 16 Agosto 1859): cuando se amenaza á un alcalde en el ejercicio de su cargo (S. 26 Octubre y 8 Noviembre 1859, y 11 Enero 1861); cuando se provoca

á duelo á una autoridad que ejerza funciones judiciales (S. 30 Marzo 1860); ó se profieren expresiones contra la misma, aunque no se halle presente (S. 17 Octubre 1860, y 21 Setiembre 1861); ó cuando se injuria en unos versos á la misma autoridad en el ejercicio de su cargo (S. 20 Diciembre 1859): y no obsta para que el hecho punible pueda considerarse como verdadero desacato, la circunstancia de hallarse procesado el juez contra quien se cometa, si este permanece en el ejercicio de su judicatura. S. 29 Julio 1858.

Pero no puede considerarse como tal delito, al ménos para el efecto de perder el fuero la persona contra quien empieza á instruirse la indagacion sumaria, el oponerse un carabinero con palabras respetuosas y en nombre de su jefe á las órdenes de un alcalde ó de su teniente (S. 10 Octubre 1862, y 13 Mayo 1863); ó bien el desobedecer á un juez, excusándose con el cumplimiento del deber que impone la cualidad de jefe, aunque subalterno (S. 6 Febrero 1866). Tampoco cometen el mismo delito los comandantes militares de plaza y sus asesores, pues no pueden ser reputados como simples particulares, cuando con el carácter de autoridad resisten los procedimientos de un juzgado ordinario; pues si entónces cometen algun abuso, deben responder ante sus respectivos superiores (S. 22 Julio 1861), lo mismo que cualesquiera otras autoridades independientes entre sí, que, con motivo del ejercicio de sus cargos, sostengan cuestiones más ó ménos acaloradas ó viertan expresiones inconvenientes. S. 29 Enero, 6 Febrero y 14 Junio 1861.

Cuando no se ejerce fuerza material ó violencia contra la autoridad judicial, no puede calificarse el acto como de resistencia, sino acaso como desobediencia, la cual no constituye desacato, ni por consiguiente causa desafuero (S. 7 Febrero 1867); ni puede tampoco considerarse como atentado contra aquella, el hecho de arrestar un sargento en el cuerpo de guardia á un alcalde, al presentarse allí con ánimo de ejecutar un reconocimiento, y sin distintivo alguno de su autoridad, la cual por otra parte no puede ejercerse en aquel sitio (S. 15 Julio 1859, y 28 Enero 1861). Por último, no debe calificarse como verdadero

desacato el hecho de entrar en un terreno contra la prohibicion expresa de un alcalde. S. 8 Febrero 1860.

Ya dijimos al principio de este capítulo, que para producir desafuero el delito de que hablamos, es preciso que se cometa contra los ministros de justicia; de modo que no basta para dicho efecto, que se haya desacatado á la autoridad ó sus agentes, sino que es preciso que éstos ejerzan funciones judiciales: de otro modo, si bien el hecho será siempre punible con arreglo á sus circunstancias y á las prescripciones del Código, los reos subsistirán, sin embargo, bajo la dependencia de sus propios jueces, sin perder su fuero. Mas esta doctrina legal, que parece tan obvia y exenta de toda tergiversacion, ha dado lugar á repetidas controversias, por no fijarse bien la consideracion en la cualidad esencial que, como hemos dicho, constituye el desafuero, cual es, la ofensa hecha á la justicia, ó lo que es lo mismo, á los jueces que la administran y á los agentes ó subalternos que los representan. Por eso creemos de alguna utilidad el exponer las reglas que se deducen de las diversas decisiones que han recaido sobre esta clase de contiendas jurisdiccionales.

Ya indicamos ántes, que constituye desacato la ofensa á un juez, aunque se halle procesado, si conserva el ejercicio de su cargo; y ahora debemos añadir, que su autoridad es de las calificadas de funciones permanentes, mientras se halle dentro de su demarcacion judicial, para los efectos del desacato y segun el Código penal, y que por consiguiente, siempre produce desafuero este delito, cuando se comete contra dicha autoridad, la cual nunca puede ser tenida como persona privada. S. 17 Diciembre 1858, y 16 Agosto 1859.

Aunque el cargo de alcalde y de teniente sea principalmente gubernativo y administrativo, como quiera que todavía está aneja á él una parte de atribuciones judiciales, porque á pesar de la creacion de los jueces de paz, conservan aquellos la jurisdiccion criminal para la prevencion de los sumarios y para los juicios de faltas, siguese que dichas autoridades son reputadas como funcionarios de justicia, y por consiguiente, todo insulto, atropello ó desacato que se cometa contra ellos, produce tambien desafuero.

Así se ha declarado en multitud de fallos, que pueden registrarse, y especialmente en los de 24 Marzo 1854; 28 Enero y 30 Octubre 1857; 12 Agosto, 26 Noviembre y 3 Diciembre 1858; 28 Enero, 9 Marzo, 4 y 12 Mayo, 21 Junio, 19 Setiembre y 7 Diciembre 1859; 9 Febrero, 30 Marzo, 15 Setiembre y 17 Octubre 1860; 11 Enero, 18 Febrero, 21 Setiembre, 11 Noviembre y 13, 25 y 31 Diciembre 1861; 13 Mayo, 24 Julio y 30 Agosto 1862; 2 y 27 Junio y 18 Noviembre 1865, y 19 Junio 1867.

Los alcaldes pedáneos vienen á ser unos delegados del alcalde de su respectivo distrito; y como segun el art. 189 del Código penal, no sólo se comete desacato contra las autoridades, sino contra sus agentes, el delito de esta clase ejecutado contra un pedáneo tambien produce desafuero. S. 31 Mayo 1854; 3 Diciembre 1858; 8 Febrero 1860, y 6 Setiembre 1866.

Por esta misma razon, aunque los regidores no son autoridades, ni ejercen atribuciones judiciales, si son desacatados cuando desempeñan debidamente algun cargo ó comision como, delegados del alcalde y ejecutando algun acto judicial, el delincuente queda desaforado. (S. 14 Abril 1860). Pero habiendo en el pueblo teniente de alcalde, que deba sustituirle en sus funciones judiciales, no puede en tal caso reputarse á un regidor como agente de justicia, y por lo tanto, el desacato contra el mismo no causa desafuero. S. 24 Mayo 1862.

Los jueces de paz están con razon reputados por ministros de justicia, y así ellos como sus suplentes, gozan de las mismas consideraciones y exenciones que los alcaldes, y por consiguiente, pierde su propio fuero el que los insulta ó desacata. S. 16 Enero 1862.

Aun los alguaciles, cuando van á ejecutar alguna diligencia judicial en representacion de la autoridad que se la encarga, son considerados, en este caso, como agentes de justicia, y queda igualmente desaforado el que los desacata. S. 21 Setiembre 1861, y 11 Setiembre 1866.

Tambien se reputan autoridades judiciales de funciones permanentes el asesor del juzgado de extranjería de Santander y los ayudantes de marina de los distritos, pues ejercen atribuciones

judiciales; y por lo tanto, el desacato contra ellos produce igualmente desafuero. S. 18 Agosto 1863, y 27 Agosto 1864.

En el mismo caso se hallan los promotores fiscales, como agente judiciales y parte integrante de sus juzgados, cuyas funciones son asimismo permanentes mientras se hallen dentro de su demarcacion judicial. S. 17 Diciembre 1858, y 12 Marzo 1867.

Pero no produce desafuero el expresado delito, cuando se comete contra ciertas autoridades, subalternos ó funcionarios que no ejercen cargo judicial, como son:

1.º Los alguaciles, cuando van comisionados para ejecutar alguna orden gubernativa, y no de justicia. S. 12 Agosto 1858; 12 Diciembre 1859, y 13 Diciembre 1861.

2.º Los cabos de matrícula, comisionados para llevar á efecto órdenes gubernativas de sus jefes, pues ni deben ser reputados como jueces, ni como justicias, por no ser judiciales las funciones que á la sazón desempeñan. S. 30 Junio 1860.

3.º Los agentes puramente administrativos y de vigilancia pública, en el ejercicio de su instituto. S. 25 Noviembre 1858, y 5 Junio 1866.

4.º Los serenos, si no ejecutan en el acto alguna comision de la autoridad judicial. S. 6 Marzo 1854, y 22 Noviembre 1866.

5.º Los regidores y concejales, pues tampoco ejercen funciones judiciales (S. 23 Mayo 1857, y 24 Julio 1862), salvo el caso ántes indicado, de que por no haber teniente de alcalde en el pueblo, sustituyan al alcalde en algun asunto judicial. S. citada 14 Abril 1860.

6.º Los procuradores sindicos de los pueblos. S. 23 Diciembre 1854.

7.º Los corregidores, que como autoridades puramente políticas y administrativas, no tienen el carácter de justicias. S. 11 Abril 1854, y 24 Julio 1862.

8.º Los secretarios de ayuntamiento, cuando por orden del alcalde desempeñan funciones administrativas, aun en el caso de hallarse éste presente al cometerse el acto que se intente calificar de desacato. S. 30 Agosto 1862.

9.º Los guardas celadores de montes y arbolados. S. 23 Diciembre 1858.

10. Los inspectores ó agentes de vigilancia y seguridad pública. S. 25 Noviembre 1857, y 25 Noviembre 1858.

11. Los encargados en atender á los suministros de los buques de la marina nacional. S. 27 Agosto 1864.

12. Ni finalmente, los jefes militares que no tienen el carácter de justicias. S. 28 Abril 1854.

Aunque se cometa, pues, algun desacato contra las autoridades, funcionarios ó subalternos que dejamos enumerados, no pierden su respectivo fuero los reos que lo cometan, ni quedan sujetos á la jurisdiccion ordinaria, si pertenecen á alguna de las privilegiadas.

Tal es el resúmen de la multitud de decisiones que dejamos anotadas, y de las cuales se puede deducir la doctrina legal, de que todo acto de insulto, atropello, fuerza, intimidacion, provocacion á duelo y demas que constituyen desacato, si son así calificados por la jurisdiccion ordinaria, en vista de las primeras actuaciones del sumario, y sin prejuzgar nada acerca de la completa prueba del delito, producen desafuero, cualquiera que sea la categoría y el privilegio que disfrute el presunto reo, siempre que el delito se cometa contra cualquiera de las autoridades que ejercen atribuciones judiciales, ó contra los agentes que por delegacion estuviesen encargados de ellas; y que, por el contrario, no procede dicho desafuero, aunque haya verdadero desacato, cuando éste tiene lugar contra autoridades, funcionarios y agentes meramente administrativos ó políticos y sin ninguna carácter judicial propio ni delegado.

Parece inverosímil que siendo tan claras estas doctrinas, todavía vuelva á insistirse en contrariarlas; pero no confiamos sin embargo en la eficacia de ellas, y tememos por el contrario que continúen sustentándose cuestiones de competencia sobre puntos análogos á los tan reiteradamente resueltos.

## CAPÍTULO II.

*Del desafuero por resistencia ó insulto á la fuerza armada.*

Del mismo modo que todo militar pierde su fuero, y queda sujeto á la jurisdiccion ordinaria, por cualquier desacato á la justicia, ó lo que es lo mismo, á los jueces y funcionarios que la representan, los paisanos pierden el derecho á ser juzgados por sus propios jueces, y quedan sujetos al fuero militar, por el delito de insulto á centinela, ó de atacar con arma blanca, ó con golpe de piedra ó de manos, ó de apuntar con arma de fuego, ó atropellar ó insultar á patrulla, aun cuando ésta fuere auxiliando á la autoridad; ó por resistir de cualquier modo á la fuerza armada. Así lo establecen la ley 16, tit. IV, lib. VI, N. R.; el art. 61, tit. X, y 4.º, tit. III, trat. VIII de las Ordenanzas del ejército, y las reales órdenes de 3 de Agosto de 1771; 22 de Noviembre de 1790; de 12 de Diciembre de 1856, é instruccion de 24 de Junio de 1857; y así lo confirman varias decisiones del Tribunal Supremo, entre otras las de 29 Noviembre 1853; 28 Mayo 1857; 12 Setiembre 1859, y 9 Octubre 1868.

Tan general y absoluto es este principio, que, aun cuando el atropello á la fuerza armada se haya hecho por un alcalde, produce desafuero y somete al que lo ejecuta á los tribunales militares. S. 23 Mayo 1857.

Es necesario, sin embargo, tener presente, que la privacion del fuero propio recae siempre sobre casos excepcionales, y que por tanto han de estar estos expresados en las leyes, y no pueden ampliarse (S. 23 Mayo 1859). Por eso no procede el desafuero, porque se considera que no hay verdadero insulto ó atropello á dicha fuerza: 1.º, cuando se hace á ordenanzas de los jefes militares (S. 16 Abril 1860): 2.º, cuando la resistencia se ejecuta por un reo á soldados que casual y oficiosamente traten de prenderle, si estos no se hallan de servicio, ni ejercen actos de su instituto (S. 27 Marzo 1867): 3.º, cuando el insulto no va dirigido contra un centinela ó salvaguardia, que es el caso de desafue-

ro con arreglo al art. 4.º, tit. III, trat. VIII de las Ordenanzas, y real orden de 8 de Febrero de 1800 (S. 27 Enero 1858). Por último, la falta cometida por un guardia municipal, no saludando á un jefe militar, no produce desafuero. S. 20 Octubre 1860.

Estas sencillas doctrinas rigen comunmente respecto del desafuero por insulto, atropello ó resistencia á cuaquier fuerza del ejército en general; pero con relacion á la guardia civil y al cuerpo de carabineros destinado á la persecucion del contrabando, han sido tan frecuentes las cuestiones de competencia, y han dado lugar á tantas decisiones, que conviene expongamos con separacion las doctrinas que á este punto hacen referencia. Empezaremos, pues, por el

### *Insulto ó atropello á la guardia civil.*

Conviene ante todo consignar, que el privilegio del fuero atractivo concedido á los individuos de dicho cuerpo en actos del servicio, y la consideracion de que se hallan de faccion permanente, segun las reales órdenes de 8 de Noviembre de 1846, y de 28 de Octubre de 1847, y el art. 32, cap. 1.º y 19 del 12 de la cartilla del mismo cuerpo, aprobada en real orden de 29 de Julio de 1852, deben entenderse en términos hábiles, y cuando se encuentren en aptitud de prestar un servicio propio de su instituto (S. 5 Octubre 1857). Así, pues, no se considera desacato ni ultraje á la guardia civil, ni produce desafuero, la amenaza ó insulto hecho por un paisano á un individuo de dicho cuerpo que no se halle de servicio, y ménos si está embriagado (S. 18 Setiembre 1857); ni el mismo exceso cometido cuando la guardia civil no se halla presente. S. 30 Enero 1866.

Pero en los demas casos, por regla general, todo insulto, amenaza ó resistencia á dicho cuerpo ó sus individuos, produce desafuero, y el que comete estos delitos, queda por tanto sujeto á la jurisdiccion militar. Esta es una máxima de jurisprudencia inconcusa; pero, que sin embargo, ha sido preciso reiterar en S. de 3 Noviembre 1853; 11 Marzo y 4 Agosto 1854; 6 Octubre 1857; 29 Abril, 26 Junio, 9 Noviembre y 25 Diciembre

1858; 9 Abril, 14 Mayo y 1.º Agosto 1859; 24 y 29 Febrero, 1.º Mayo, 23 Julio y 23 Noviembre 1860; 14 Junio, 6 Setiembre, 14 y 18 Octubre 1861; 14 Febrero, 13 Marzo, 23 Octubre, 17 Noviembre y 31 Diciembre 1862; 11 Diciembre 1863; 19 Mayo y 12 Agosto 1864; 25 Febrero 1865; 8 Mayo y 29 Setiembre 1866, y 9 Octubre 1868. Increíble parece haberse sostenido con tanta insistencia esta cuestion, y que haya sido necesario reiterar tan repetidas veces la misma doctrina.

Alguna vez, se ha dudado si obra ó no en el ejercicio de sus atribuciones la guardia civil en determinados casos, y se ha declarado (S. 29 Abril 1858), que procede con arreglo á sus facultades, cuando pide las licencias para cazar, ó recoge las armas á los infractores de los reglamentos, y los entrega á la autoridad: por consiguiente, el desacato ó resistencia en estos casos produce desafuero.

Pero hay otros muchos en que no causa este efecto alg una injuria ó amenaza á los individuos de dicho cuerpo. A este propósito se ha explicado, que la esencia de la amenaza consiste en el amago de un mal inmediato ó futuro; no pudiendo por tanto decidirse que la hay, cuando no existe dicha circunstancia: que entre los insultos y las injurias hay la notable diferencia, de que los primeros envuelven hostilidad ó agresion á aquel contra quien se dirigen, y las segundas se limitan á lastimar la estimacion ó menospreciar al que es objeto de ellas, sin ofenderle materialmente; y que sólo son causa de desafuero los insultos y amenazas, no las injurias, de las cuales, ya constituyan delito, ya falta, corresponde conocer á la jurisdiccion ordinaria (S. 8 Mayo 1866). Pero, sin embargo, en cuanto á las injurias, se habia dicho en otra decision por el Tribunal Supremo (de 5 Agosto 1858), que no producen desafuero, cuando no se profieren á presencia de algun individuo de dicho cuerpo, ni en ocasion de hallarse alterado el órden público: de donde podria inferirse que hallándose alguno presente, ó estando el órden alterado, aun las meras injurias producen desafuero.

No existe este cuando la resistencia que se hace á los individuos de dicho cuerpo, que obran por mandato expreso y como

auxiliares de un alcalde, va dirigida á la autoridad de éste, más bien que á la de aquellos (S. 23 Setiembre 1858; 7 Diciembre 1860; 17 Abril 1861, y 30 Junio 1865); pero esto no se entiende sino cuando el mismo alcalde se halle presente. S. 19 Diciembre 1860, y 18 Febrero 1862.

Tampoco producen desafuero los abusos de autoridad que pueden cometer los alcaldes y sus tenientes con los individuos de la guardia civil (S. 15 Octubre 1853); ni el acto de asirse un paisano inerme á un guardia civil, de quien ha recibido un golpe, para evitar otro y luchar (S. 24 Marzo 1857); ni el darle un ligero golpe casual y sin intencion de ofenderle; pues entónces no concurren las circunstancias que para el desafuero determinan los arts. 4.º, tít. III, y 61, tít. X, trat. VIII de las Ordenanzas. S. 30 Setiembre 1865.

Terminaremos éste punto de desafuero por insulto á la guardia civil, haciendo mencion de una doctrina, que no consideramos muy conforme al saludable principio de la unidad de la continencia de la causa; á saber, que el desacato, insulto ó atropello cometido distintamente contra la autoridad municipal y contra dicho cuerpo, corresponden á la vez á las dos jurisdicciones, ordinaria y militar, cada cual en la parte que le incumbe. S. 16 Setiembre 1857.

### *Insulto ó atropello á los carabineros.*

Este cuerpo, destinado á prevenir y perseguir el contrabando y la defraudacion de las rentas públicas, se reputa como una parte del ejército, cuando sus individuos están ocupados en el objeto de su instituto; y entónces todo atropello ó resistencia á los mismos produce desafuero, y los delincuentes quedan sometidos por este delito á la jurisdiccion militar, con arreglo al art. 4.º, título III, trat. VIII de las Ordenanzas. S. 31 Agosto 1859; 14 Febrero 1860; 16 y 26 Abril 1861; 14 Febrero y 19 Setiembre 1862; 24 Enero 1867, y 30 Marzo 1868.

Sin embargo, el hecho de proceder un alcalde al arresto de un cabo y varios individuos del cuerpo, no puede merecer la califi-

cacion de insulto ó atropello á centinela , ni por consiguiente, produce desafuero; sino que por el contrario está sometido al exclusivo conocimiento de sus superiores ordinarios. S. 20 Enero 1858.

Para la aplicacion de la regla general del desafuero, es necesario advertir, que no há lugar cuando el carabinero no desempeña actos del servicio (S. 2 Junio 1854, y 5 Marzo 1861); que sólo se reputan como soldados que se hallan de faccion , cuando ejercitan funciones propias de su instituto, segun el art. 97 del Reglamento del cuerpo, el art. 20 del real decreto de 20 de Junio de 1852, y real órden de 17 de Setiembre de 1855 (S. 24 Abril 1858); y que no puede considerarse que están en este caso mientras se hallan en el estado de embriaguez (S. 31 Agosto 1859); ni cuando intervienen casual y voluntariamente en un acto independiente de su cargo (S. 24 Febrero 1862). Se necesita , pues, que conste legalmente que al ser ultrajados ó resistidos, se hallaban en el servicio propio de su instituto (S. 23 Noviembre 1853, y 31 Agosto 1865). Y no puede considerarse que los carabineros se hallan ocupados en su peculiar servicio, cuando prestan auxilio á la autoridad local, pues entónces sólo cumplen con la obligacion en que está todo ciudadano (S. 13 Octubre 1859); ni cuando se ocupan de asuntos puramente privados. S. 13 Setiembre 1860.

Á falta de prueba de la verdadera indole del servicio que estuviere prestando un carabinero en el acto de ser insultado ó atropellado, debe reputarse para determinar la competencia de jurisdiccion , que se hallaba en servicio continuo de su cargo; doctrina que pretende apoyarse en la presuncion legal de que cada uno cumple con sus deberes, mientras no conste lo contrario. S. 14 Febrero 1860.

Finalmente, no hay verdadero desacato ó insulto á la fuerza armada , cuando el que ataca á un carabinero lo hace sin conocer que lo es, y bajo un equivocado concepto, que disculpa en cierto modo la agresion. S. 18 Junio 1859.

Estas son las doctrinas legales confirmadas por la jurisprudencia; pero conviene tener presente ademas, que producen desafue-

ro, y compete por consiguiente su conocimiento á la jurisdiccion de guerra, los delitos de atentado y desacato á la autoridad militar (párrafo 6.º, art. 1.º del decreto de 31 de Diciembre de 1868); y lo mismo corresponde á la jurisdiccion de marina el castigo de iguales delitos cometidos contra sus autoridades. Párrafo 4.º, art. 1.º del decreto de 8 de Febrero de 1869.

### CAPÍTULO III.

#### *Del desafuero en los casos de rebelion, de desórden público y de robo en cuadrilla.*

Aunque el Código penal ha previsto y castigado estos delitos, y sus prescripciones rigen en cuanto á la imposicion de las penas, están aun vigentes otras leyes publicadas en circunstancias excepcionales, respecto á la competencia jurisdiccional y al procedimiento por esos mismos delitos. Son estas: la 10, tít. X, y 8.ª, tít. XVII, lib. XII, N. R., y la de 17 de Abril de 1821, por las cuales se previene, que los reos de rebelion ó sediccion y de robo en cuadrilla, siendo aprehendidos por la tropa que expresamente destinaren á su persecucion el gobierno ó los jefes militares que al efecto comisione la competente autoridad, sean juzgados militarmente en Consejo de guerra ordinario; y lo mismo los delincuentes de igual clase, que, con arma de fuego, ó con cualquiera otro instrumento ofensivo, hicieren resistencia á la tropa, aunque la aprehension proceda de órden, ó requerimiento, ó en auxilio, de las autoridades civiles; pero que si no hay resistencia, y la captura se hace por disposicion ó en apoyo de éstas, y en cualquiera otro caso, sean juzgados por la jurisdiccion ordinaria, con derogacion de todo fuero: arts. 2.º, 5.º, 8.º y 13 de la citada ley de 1821.

Consiguiente parecia, en vista de tan terminantes preceptos, que segun las diversas circunstancias que en los mismos se distinguen, procediera á conocer la jurisdiccion militar ó bien la ordinaria, sin promoverse cuestiones sobre competencia; pero no ha sucedido así; y por el contrario, han sido tantas las contien-

das de esta clase, cuanto son numerosas las decisiones del Tribunal Supremo que habremos de citar en este capítulo; la mayor parte de las cuales no hacen sino reproducir, con más ó ménos extension, las mismas reglas consignadas en las tres citadas leyes, y muy especialmente en la de 1821, como pueden verse en las SS. 21 y 24 Octubre y 3 y 8. Noviembre 1853; 9 y 16 Enero, 22 Abril, 22 y 26 Junio y 14 Agosto 1854; 3 Abril, 8 Julio, 25 Noviembre y 19 Diciembre 1857; 12 Agosto, 20 Octubre y 23 Diciembre 1858; 1.º Agosto y 17 Setiembre 1859; 21 Abril, 12 y 22 Mayo 1860; 19 Enero, 15 Julio, 29 Agosto y 16 Diciembre 1861; 25 Abril 1864; 20 Abril, 3 Agosto, 21 Noviembre 1865; 12 y 22 Noviembre 1866, y 13 Agosto 1868. Pero en algunas de estas decisiones y en otras que citaremos, se hacen, sin embargo, ciertas declaraciones especiales, que conviene notar, por las doctrinas que de ellas se deducen, relativas: 1.º, al delito de rebelion y sedicion: 2.º, á la calificacion de robo en cuadrilla: 3.º, á la aprehension de los reos por la guardia civil, y la resistencia á la misma; y 4.º, á si se halla en vigor dicha ley de 1821, y si ha podido ser modificada por disposiciones gubernativas posteriores.

1.º Los reos de rebelion ó sedicion, que voluntariamente se presenten desarmados y pidiendo cuartel á la fuerza destinada á su persecucion, no hacen ninguna clase de resistencia y, por consiguiente, no incurrén en el desafuero previsto en el art. 3.º citado. Tampoco son desaforados los que sin armas se encuentren reunidos á los rebeldes, ni los aprehendidos por la tropa en su huida, ni los armados y ocultos fuera de sus casas despues de haber pertenecido á una faccion rebelde, cuando la autoridad no ha publicado el bando prescrito en el art. 4.º de la misma ley de 1821, para que inmediatamente se dispersen y se restituyan á sus hogares; ni finalmente, cuando la persecucion y captura se hace por una fuerza militar, que obra por orden, requerimiento ó en auxilio de las autoridades civiles. En todos estos casos, pues, la jurisdiccion competente para la formacion de la causa y el castigo del delito es la ordinaria, cualquiera que sea el fuero de los procesados. S. 22 Mayo 1860.

Sostúvose una vez, que se hallaba comprendido en los casos de la citada ley de 1821, y que, por consiguiente, producía desafuero, el delito de proferir canciones injuriosas contra las personas reales; pero no era posible dar á la ley una interpretacion tan violenta, y se declaró, que aunque esté previsto dicho delito en el art. 165 del Código penal, no produce desafuero: 1.º, porque no le son aplicables las disposiciones sobre desacato contenidas en las leyes 8 y 9, tit. X, lib. XII, N. R., y real órden de 8 de Abril de 1831; y 2.º, porque la privacion de fuero á las personas que no gozan de él, recae sobre casos excepcionales, que han de estar expresados en las leyes, y no se pueden aumentar; y el delito mencionado no está comprendido en la de 1821: y se añadió, que si bien las incidencias de cualquier desórden popular se hallaban ántes sujetas á la jurisdiccion ordinaria, con derogacion de todo fuero por la ley 4.ª, tit. XI, lib. XII, N. R., ésta fué derogada por la 21, tit. IV, lib. VI de fecha posterior, cuya literal observancia se previno por real órden de 5 de Noviembre de 1817. S. 25 Mayo 1859.

2.º En cuanto á la calificacion del delito, hemos dicho, que el de robo en cuadrilla produce desafuero, cuando los malhechores ó salteadores son capturados por la fuerza armada destinada á su persecucion, si ésta no ejecuta la captura excitada por la autoridad civil ó auxiliándola. Pero acerca de lo que se entiende por *cuadrilla*, se han suscitado dudas y ocasionado cuestiones de competencia, á pesar de que el art. 8.º de la misma ley de 1821 califica de tal el grupo de cuatro ó más; en cuyo concepto está conforme el párrafo último, art. 425 del Código penal, que dice: «hay cuadrilla cuando concurren más de tres malhechores;» y ha sido necesario reiterar la explicacion que parecia supérflua, de que se entiende por cuadrilla cuatro individuos, ó lo que es lo mismo, más de tres (S. 9 Enero 1854): que, por consiguiente, no hay desafuero por el hurto que ejecutan sólo tres hombres (S. 3 Agosto 1865, y 12 Noviembre 1866); y que el de bellotas, cometido de una vez por ocho ó más personas inofensivas ó desarmadas, no puede considerarse ejecutado por una cuadrilla, ni por salteadores ó malhechores (S. 25 Diciembre 1858). Alguna vez

se ha pretendido, que la ley de 1821 comprende solamente los reos de robo consumado, y no los de frustrado; y que alcanza á cualquiera que, aun sin cómplices, comete dicho delito en despoblado; sobre lo cual se ha declarado: 1.º, que la ley se refiere genéricamente á los ladrones, ó sea á los reos de robo, que lo son tambien tanto los del delito frustrado como los del consumado, y así en despoblado como en poblado (S. 20 Abril 1865); y 2.º que la ley recopilada se refiere á los malhechores habituales, salteadores conocidos de caminos, etc. (S. 21 Noviembre 1865); y que por consiguiente no puede ser aplicable á un reo que carece de estas circunstancias.

Debe por último tenerse presente sobre este punto, que las leyes que señalan los casos en que ha de tener lugar el desafuero de los reos de los delitos de que tratamos, son de interpretacion restrictiva; y que, por consiguiente, no pueden aplicarse á casos no comprendidos expresamente en sus disposiciones. Por esta razon es necesario estar, sin ampliarlo, al tenor del reglamento de milicias provinciales de Canarias, de 22 de Abril de 1844, que, de acuerdo con las leyes generales del reino, sólo declara el desafuero, en su art. 276 y siguientes, respecto de los delitos graves que aquellas designan, cometidos en cuadrilla. S. 25 Julio 1868.

3.º Como hoy por lo comun, los malhechores son aprehendidos por la guardia civil, y ésta forma un cuerpo militar, se ha querido deducir de aquí, que todo reo capturado por ella se halla sujeto á la jurisdiccion de guerra; mas sin embargo, las competencias que ésta ha sostenido con tan débil fundamento, se han decidido á favor de los jueces ordinarios, porque dicho cuerpo, aunque verdaderamente militar y dependiente del ministerio de la Guerra por lo respectivo á su organizacion, lo es del de Gobernacion en cuanto al servicio, y no debe considerarse bajo este punto de vista como fuerza del ejército, sino como un instituto dependiente de la autoridad civil (S. 8 Julio 1858, y 15 Julio 1861). Por consiguiente, los reos que aprehenda dicha guardia no quedan sujetos al fuero de guerra, cuando no hacen resistencia, ni cuando aquella obra, no por mandato expreso de la auto-

ridad militar, sino sólo en virtud de los deberes para que se halla establecida (S. 16 Diciembre 1861). Pero si aprehende á los ladrones en cuadrilla, hallándose comisionada al efecto por el director general del arma, corresponde entónces el conocimiento del proceso á la jurisdiccion de guerra (S. 12 Mayo 1860); pues toda aprehension ejecutada por la misma fuerza en virtud de órden de la autoridad militar, debe considerarse como hecha por cualquiera otra clase de tropa del ejército, destinada expresamente por los jefes militares á la persecucion de malhechores. S. 19 Enero 1861.

4.º Alguna vez se ha dudado, si se halla ó no vigente la citada ley de 1821; punto acerca del cual ha recaido una sola declaracion, que merece ser recordada, para que no se repita tan inmotivada duda. Dicese en aquella, que por la regla 17 de la Ley provisional para la aplicacion del Código, quedaron en su fuerza y vigor las leyes que regiañ sobre el procedimiento en cuanto no sean opuestas á dichas reglas, y que por esta razon, el conocimiento de las causas contra los reos de robo en cuadrilla debe continuar rigiéndose por la ley de 1821. S. 3 Abril 1837.

Se han promovido tambien cuestiones, sobre si ésta se halla modificada por ciertas resoluciones del gobierno dirigidas al fin que vamos á indicar. Como las leyes han hecho depender el fuero de los ladrones y malhechores y la extension de las jurisdicciones de guerra y la ordinaria de una circunstancia tan accidental, como es la de que la fuerza armada que los aprehenda, obre por disposicion directa de las autoridades militares, ó bien por órden ó en auxilio de las civiles; se acudió á cierto ardid, impropio de la circunspeccion y respetabilidad del gobierno, para que aparentando no faltarse á la ley, se consiguiera que siempre quedaran subordinados dichos criminales al Consejo de guerra, aun siendo aprehendidos por la autoridad civil ó de su órden; y en efecto, en una real resolucion dictada por el ministerio de la Gobernacion en 25 de Mayo de 1850, se dispuso, que «las órdenes é instrucciones para la persecucion y captura de los salteadores de caminos y ladrones en despoblado, se diesen siempre y direc-

tamente por la autoridad militar;» y como si no bastase un precepto tan depresivo de las facultades de los gobernadores de provincia y demas autoridades civiles, y tan restrictivo de la jurisdiccion ordinaria, prevínose en otra real orden de 21 de Julio del mismo año, <sup>1</sup> que «para que el objeto de aquella disposicion se llenara cumplidamente en todas sus partes, habia tenido á bien declarar S. M. la reina, á propuesta del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, y de conformidad con el parecer del Consejo de ministros, que en cualquier caso en que la persecucion y captura de los criminales de que queda hecha mencion proceda de las autoridades civiles, se entienda que éstas obran por delegacion de las militares.» Imposibles parecerian semejantes disposiciones, si esta última no se hubiese insertado en la *Gaceta*, y no la viéramos compilada en la *Coleccion legislativa*, pues repugna creer que en nombre de la corona, á propuesta de un Tribunal que llevaba el dictado de Supremo de Guerra y Marina y por acuerdo del Consejo de ministros, se hiciese una ficcion tan violenta y tan digna de severa calificacion, solamente para conseguir el objeto de barrenar la ley, á fin de que siempre y cualesquiera que sean las circunstancias de la aprehension de los malhechores, se entiendan éstos excluidos de la jurisdiccion ordinaria y sujetos á los consejos de guerra. Antes que esta idea tan repugnante en una nacion civilizada y regida por un gobierno representativo, dominase en los consejeros de la Corona, valdria más haber propuesto á las Córtes la modificacion de la ley de 1821, que por cierto bien merecia ser reformada, aunque en diverso sentido.

Pero sucedió, con motivo de esas incalificables disposiciones, lo que debe acontecer siempre que se pretende desvirtuar por medios tan irregulares y arbitrarios los preceptos de las leyes, cuando hay una alta potestad judicial, fiel custodio del cumplimiento de aquellas, y que por su elevada gerarquía, y la saludable independendencia de sus augustas funciones, sabe hacerse supe-

---

<sup>1</sup> La primera de dichas reales órdenes no está comprendida en la *Coleccion legislativa*.

rior á la voluntad arbitraria de los ministros: en varias ocasiones en que los jueces militares, pretendiendo procesar á paisanos, á consecuencia de lo prevenido en las dos citadas reales órdenes, han empeñado cuestiones de competencia con la jurisdiccion ordinaria, el Tribunal Supremo de Justicia ha declarado, como era consiguiente, para no faltar á su sagrado deber, que dichas reales disposiciones no han podido derogar la ley de 17 de Abril de 1821, «habiéndolo así entendido y declarado constantemente las salas del mismo Tribunal desde la publicacion de las citadas reales órdenes;» <sup>1</sup> añadiendo, que los salteadores de caminos y los ladrones en despoblado y aun en poblado, siendo en cuadrilla de cuatro ó más, sólo cuando son aprehendidos por la tropa del ejército permanente ó de la milicia provincial ó local, en alguno de los casos de que hablan los arts. 2.º y 3.º de dicha ley, deben ser juzgados militarmente. S. 21 y 24 Octubre, 3 y 8 Noviembre 1853, y 22 Abril, 22 Junio y 14 Agosto 1854.

Pero aun cuando es consolador el ver que haya un alto cuerpo judicial, que vele con laudable celo y entereza por la integridad de la ley, no deja de ser lamentable, que un abuso indiscreto de poder, provoque el grave conflicto de desautorizar al gobierno en cuyo nombre se dictan, poniendo en contradiccion la potestad judicial con el poder ejecutivo de la nacion: conflicto y contradiccion que ya ántes dijimos se han ocasionado muchas veces, por el empeño ilegal de dar mayor ensanche á la jurisdiccion de guerra, y de mermar las atribuciones de la ordinaria.

Afortunadamente todos estos conflictos deben ya cesar, despues de la publicacion del decreto de 6 de Diciembre de 1868 sobre refundicion de los fueros especiales en el ordinario; mayormente cuando en el párrafo 4.º del art. 1.º, se dispone que la jurisdiccion ordinaria sea la única competente para conocer de las causas criminales por los delitos contra la seguridad interior del

---

<sup>1</sup> Como ántes de Octubre de 1853 no se publicaban las decisiones de competencias, no conocemos las anteriores á esta fecha á que alude el Tribunal; pero se deduce de sus palabras que eran dictadas en el mismo sentido.

Estado y del orden público, si la rebelion y sedicion no tienen carácter militar, y de los atentados y desacatos contra la autoridad, tumultos y desórdenes públicos.

## TÍTULO XI.

---

### CAPÍTULO ÚNICO.

#### *Del procedimiento en las cuestiones de competencia, en materia criminal.*

No vamos á entrar en la explicacion de los trámites que tan sabidos son, y que se hallan establecidos por las leyes y la práctica de los tribunales para sostener y resolver las cuestiones de competencia, mayormente cuando acerca de ellos es tambien aplicable mucho de lo que ya hemos dicho con relacion á la parte civil; pero es preciso llamar la atencion acerca del período del procedimiento en que deben promoverse estas controversias jurisdiccionales.

Por el abuso que en cierta ocasion se cometió, de promoverse una cuestion de esta clase en el momento de ir á ser ejecutada una pena de muerte, y tener por esta causa que suspenderse la ejecucion, se dictó la real orden de 30 de Marzo de 1827, en que se mandó que no sirviera la reclamacion de fuero, si no se hacia desde el *principio* de la causa. Pero esta resolucion tan vaga dió lugar á que se dudara y se consultase, si por *principio* debia entenderse, el momento en que se toma la declaracion al reo y se le da á conocer el juez que ha de juzgarle, ó bien la contestacion á la acusacion fiscal; y se resolvió en real orden de 30 de Marzo, circulada en 14 de Abril de 1831, que el principio de la causa se debe entender hasta la contestacion á la acusacion fiscal, bien sea para que los procesados soliciten la inhibicion,

ó para que los jueces reclamen el conocimiento y promuevan la cuestion de competencia; añadiéndose, que pasado dicho tiempo, no se admita ni la una, ni la otra. Parecia que en vista de tan terminante declaracion, no volveria á suscitarse duda sobre este punto, ni á disputarse el conocimiento de un proceso despues del período expresado; pero no ha sucedido así, cuando se ve que en reiteradas decisiones ha tenido el Tribunal Supremo que declarar, que con arreglo á las expresas y no derogadas disposiciones de las citadas reales órdenes, no puede promoverse ni admitirse invocacion de fuero, ni denuncia de competencia en causas criminales, una vez contestada la acusacion fiscal; y que por consiguiente, toda reclamacion de dicha clase despues de este período, es extemporánea é inadmisibile. S. 4 Noviembre 1853; 23 Diciembre 1858; 14 Mayo, 1.º Junio y 26 Julio 1859; 28 Octubre 1861; 30 Junio 1862; 18 Agosto 1863, y 9 Diciembre 1864.

Tambien se ha tratado, por el contrario, de dar una interpretacion muy estricta á las mencionadas reales órdenes, y ha sido preciso explicar (S. 21 Abril 1864), que estas no expresan que ántes de llegar el trámite de la defensa no se admitan competencias, y que por consiguiente, en este primer período de las actuaciones, desde el momento en que se empieza á descubrir la verdad de los hechos y aparezca fundada presuncion de sus autores, no hay inconveniente razonable en que se pueda declinar la jurisdiccion del juez á quien se cree incompetente, y reclamarle que someta el conocimiento del asunto al que tiene para ello verdadera jurisdiccion. Al mismo propósito, se ha dicho (S. 22 Noviembre 1866), que cuando se invoca el fuero ántes de contestar á la acusacion fiscal, se hace en sazón oportuna, y no es extemporánea esta reclamacion; y que las diligencias empezadas y sobreseidas ántes de este mismo período, no son bastantes para tener por extemporánea la reclamacion del conocimiento de la causa (S. 29 Febrero 1860). Por el contrario, es inoportuna toda reclamacion jurisdiccional despues del período de la contestacion á la acusacion fiscal, y con mayor razon cuando ya se ha admitido la apelacion contra la sentencia dictada por el juez,

pues entónces concluye ya la jurisdiccion de éste para conocer, tanto del asunto principal, como de sus incidencias (S. 29 Julio 1858). Por consiguiente, es ilegal y extemporánea la reclamacion jurisdiccional hecha en una causa despues de terminada, y aun más todavía despues de haber cumplido el reo su condena (S. 28 Noviembre 1865). Sin embargo, no debe tenerse por terminado un procedimiento sólo por haberse sobreseido en su prosecucion, pues este sobreseimiento no es una sentencia definitiva y ejecutoria, que impida posteriormente el que pueda promoverse la cuestion de competencia. S. 16 Febrero 1860.

Cuando ya se ha requerido de inhibicion á un juez, queda su jurisdiccion en suspenso, lo mismo en las causas criminales que en las civiles, y por consiguiente, anunciada en forma la cuestion de competencia, no puede mandarse archivar el proceso. S. 15 Setiembre 1863.

Si uno de los jueces contendientes se inhibe del conocimiento, es práctica constantemente observada, que ántes de llevar á efecto esta inhibicion, se consulte con el tribunal superior inmediato, como encargado de defender y conservar en su integridad las jurisdicciones respectivas (S. 25 Agosto 1863), pues sin tal precaucion podrian ser éstas perjudicadas por un juez inferior, que en lo criminal no tiene facultades verdaderamente ejecutorias, ni por consiguiente ejerce por sí solo la plenitud de la potestad criminal.

En resúmen, es extemporánea toda cuestion de esta clase provocada despues de la contestacion á la acusacion fiscal, y siempre lícita ántes de este período: no puede promoverse cuando ha fenecido la jurisdiccion del juez por haber terminado la causa ó estar admitida la apelacion; y debe consultarse con el superior inmediato toda inhibicion que se decreta, para que no sean menoscabadas las atribuciones de cada jurisdiccion, por una providencia en que puede equivocadamente dejarse de sostener las atribuciones propias de cada juzgado ó tribunal.

Hemos terminado el libro referente á las contiendas jurisdiccionales; y por lo que en él dejamos expuesto se ve, qué inmenso cúmulo de competencias se han sostenido en el curso de pocos

años, y cuánto embarazo habrán ocasionado á la pronta y expedita administracion de justicia: males gravísimos que pudieran haberse evitado, si fijando su consideracion los legisladores sobre la urgente necesidad de suprimir los fueros especiales, ó por lo ménos de reducirlos á sus menores límites, hubiesen ántes llevado á cabo tan útil y necesaria reforma, como la que al fin vemos ya planteada en los importantísimos decretos ántes citados, de 6 y 31 de Diciembre de 1868, y de 8 de Febrero de 1869.

## LIBRO SEGUNDO.

DE LAS ACCIONES Y SU PRESCRIPCION, Y DE LAS DOCTRINAS COMUNES  
Á TODOS LOS JUICIOS Y PROCEDIMIENTOS.

---

### TÍTULO PRIMERO.

*De las acciones y su prescripcion.*

---

#### CAPÍTULO PRIMERO.

*De las acciones y de la plus-peticion.*

Antes de todo, y como preliminar de lo que habrá de comprender el presente libro, conviene exponer algunos dogmas jurídicos, que, aunque no corresponden propiamente á la sustanciacion de los juicios, pues se refieren más bien á los derechos, pueden, sin embargo, servir como de explicacion preliminar para la acertada reclamacion de estos. Nos referimos á las acciones y á la prescripcion que las extingue.

Aquel á cuyo favor existe un derecho, tiene indudablemente una accion; pero en este concepto y bajo tal significado, la accion y el derecho vienen á ser casi sinónimos, y han sido ya ob-

jeto de nuestras explicaciones en la primera parte de esta obra.

No vamos, pues, á tratar ahora de la accion bajo este concepto, sino considerada como el medio legal de pedir judicialmente lo que nos pertenece ó lo que por derecho nos corresponde, ya sea aquella real, ya personal ó mixta, que son las tres especies en que se suelen dividir todas las que entran bajo la denominacion general de civiles. Tan indispensable es que tenga una accion adecuada el que ha de reclamar cualquier derecho en juicio, que sin ella nada puede demandar legitimamente; pero, como veremos con más extension en el cap. 1.º del título siguiente, no debe confundirse la falta de personalidad para comparecer en juicio, con la falta de accion, pues son dos cosas perfectamente distintas y producen diferentes efectos, constituyendo la primera una excepcion dilatoria que afecta sólo á la forma, y la otra una excepcion perentoria que pertenece al fondo de la cuestion.

De tanta influencia es, en el curso de todo procedimiento y en el éxito de los derechos que se reclamen, la acertada eleccion de las acciones, que de proponerse una ú otra y del modo de hacerlo, puede depender muchas veces la obtencion ó la pérdida de aquellos: porque no es verdadera decision legal de un juicio, sino la que determinadamente recae y es consiguiente á una accion dada, ejercitada en forma (S. 27 Marzo 1858); y es ademas tan necesario fundarla con los documentos ó medios de prueba oportunos, que no es posible prospere, cuando se apoya en aseveraciones no justificadas, y ménos si se halla contrariada por las personas de quienes procede (S. 7 Octubre 1857): así como estando fundada y probada debidamente, debe ser estimada por el fallo que termina el juicio, y quedan por el mismo hecho excluidas las excepciones con que se pretenda hacerla ineficaz. S. 12 Febrero 1864.

Para que haya órden y claridad en la discusion escrita, previene muy oportunamente el art. 224 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en la demanda se fije con precision lo que se pida, determinando la clase de accion que se ejercite y la persona contra quien se proponga; y por consiguiente, si el demandante determina en dicho escrito la accion de que hace uso, llena en este

punto el precepto del citado artículo (S. 21 Enero 1865). La importancia de este artículo y de todo lo demas que la ley establece acerca del modo de ejercitar las acciones y excepciones, y del periodo en que han de fijarse los puntos de hecho y de derecho, objeto de la controversia jurídica, para que se concrete la discusion á términos precisos, es tanto mayor, euanto que despues no es ya posible alegar otros hechos, ni otras leyes ó doctrinas que no guarden relacion directa con los puntos oportunamente controvertidos. S. 12 Mayo 1865, y 15 Junio 1866.

Cada accion tiene su naturaleza propia, su significado, su trascendencia; y por más que quiera usarse de ella bajo diversa denominacion que la que propiamente le corresponda, como en ocasiones acontece, no puede, segun indicamos al tratar de la cosa juzgada, hacer variar su esencia la diversidad de motivos ó razones en que se funde. S. 27 Febrero 1861, 6 Octubre 1862.

Cada derecho produce su respectiva accion, la cual tiene su denominacion propia: así por ejemplo, del dominio nace la accion real reivindicatoria; de la servidumbre, la confesoria y la negatoria, etc. De todas ellas hemos hablado especialmente en su lugar, y por lo tanto no hay para qué repetir ahora, lo que ya tenemos dicho; pero haremos, sin embargo, mencion de algunas doctrinas relacionadas con el presente capitulo, para que con más facilidad puedan ser halladas cuando se busquen.

Concretándonos á la accion reivindicatoria, cuyo uso es tan frecuente en el foro, dijimos en el cap. 2.º, tit. III, lib. II de la primera parte, fundados en multitud de fallos que entónces citamos, que dicha accion compete al dueño de una cosa para reclamarla de cualquiera que la esté detentando ó en cuyo poder se halle; si bien en el caso de que el poseedor tenga á su favor algun titulo más ó ménos justo, es necesario que el que usa la accion deduzca préviamente otra para destruirlo y obtener á su favor la declaracion de nulidad. Esta misma doctrina tiene eficacia, siempre que las acciones se funden en la nulidad de un acto ú obligacion; y lo primero que entónces debe solicitarse es la declaracion de aquella, si ántes no se ha obtenido, y como consecuencia de la misma la de invalidacion de los demas derechos

á que dé origen (S. 26 Abril 1861; 14 Marzo 1862; 30 Enero y 9 Diciembre 1864, y 30 Abril 1868). No procede, sin embargo, esta doctrina, cuando una de las principales cuestiones suscitadas en un litigio anterior, ha sido la de nulidad ó validez del título ó motivo en que la accion se apoye (S. 24 Febrero 1865); ni cuando la nulidad no produce la accion, sino que es consecuencia indeclinable de estimarse la que se ha deducido (S. 30 Abril 1868); ni tampoco cuando la accion se funda en un documento público revestido de todas las solemnidades legales, pues entónces lleva éste en sí la presuncion de validez, mientras no se justifique su falsedad (S. 27 Octubre 1866). Pero si una de las partes sostiene que ha sido suplantado el documento que sirva de base á la pretension de la contraria, y entabla la accion criminal para el descubrimiento del delito, debe entónces, con arreglo al art. 291 de la Ley de Enjuiciamiento, suspenderse el juicio en el estado en que se halle, hasta que en el proceso que se forme recaiga ejecutoria. S. 9 Mayo 1865.

Indicaremos finalmente en cuanto á la accion reivindicatoria, que la sentencia que absuelve de una demanda en que aquella se ejercita, por no haber probado el demandante que haya poseido como dueño en tiempo alguno la cosa que trata de reivindicar, no infringe las leyes 14, tit. XIV, y 7.<sup>a</sup>, tit. XXIX, P. 3.<sup>a</sup> S. 18 Diciembre 1868.

En cuanto á la accion *communi dividundo* es necesario, para que pueda ejercitarse con éxito, la concurrencia de dos ó más dueños en todas y cada una de las partes de una cosa, que es lo que constituye la verdadera proindivision (S. 5 Abril 1867); aunque si ha habido asentimiento de los interesados en la exclusion de una cosa del inventario ó particion de los bienes de una herencia, entónces no compete el ejercicio de dicha accion á los herederos de aquellos. S. 29 Abril 1858.

Respecto á la peticion de herencia conviene no olvidar, por muy sabido que sea, que debe dirigirse la accion contra el que posee en concepto de heredero, mas no contra el que se halle poseyendo en virtud de alguno de los títulos singulares. S. 17 Diciembre 1864, y 28 Junio 1866.

La accion hipotecaria expresa, anterior á la causa y al embargo de la cosa hipotecada que no tenga la cualidad litigiosa, es preferente á la que nace de delito, la cual es por su naturaleza personal; y la sentencia contraria á este principio, infringe las leyes 13, 53 y 38, tit. XIII, P. 5.<sup>a</sup>, y 20, tit. XIV P. 7.<sup>a</sup> S. 4 Mayo 1866.

Respecto á la accion rescisoria, si bien no procede segun los arts. 56 y 58 de la Ley hipotecaria, contra tercero que haya inscrito los títulos de su derecho, esta disposicion no es aplicable al caso en que se presenta y provee una demanda de retracto con anterioridad á la anotacion preventiva de la escritura de venta de la finca retraida. S. 12 Junio 1866.

Como á su tiempo dijimos al tratar del contrato de compra-venta, nadie puede dudar que la accion redhibitoria es eficaz con arreglo á la ley 65, tit. V, P. 5.<sup>a</sup>, ya sea que el vendedor supiera el defecto de la cosa vendida y no lo dijese, ya que lo ignorase. S. 28 Marzo 1865.

La accion restitutoria que compete al menor de edad para promover el juicio especial de esta restitucion (S. 2 Junio 1858), es incompatible con la de nulidad (S. 29 Abril 1865); debiendo por consiguiente ejercitarse la una ó la otra.

Nada diremos ahora acerca de la accion vincular, porque ya en el lugar oportuno hicimos algunas indicaciones respecto de ella, y dijimos que no puede ejercitarse para hacer efectivos los derechos que nacen de las leyes desvinculadoras (S. 23 Mayo 1855), por ser improcedente desde el restablecimiento de estas (S. 26 Marzo 1863, y 19 Junio 1865); y que solamente compete la reivindicatoria segun el derecho comun.

Con relacion á la accion de daños y perjuicios, la que permite la ley para prevenir ó evitar contingencias futuras, no autoriza el ejercicio de otra reivindicatoria notoriamente improcedente (S. 30 Enero 1861); y si la accion civil de indemnizacion por los perjuicios originados con motivo de una causa criminal se intenta contra el juez que la formó, como nace de la responsabilidad en que el mismo haya incurrido, tiene el carácter de criminal con todas sus consecuencias (S. 22 Mayo 1861). Esta misma accion

de daño es siempre un efecto necesario de otras acciones, y puede ejercitarse, bien como subsidiaria de la principal, ó bien luego que ésta haya prosperado. S. 11 Noviembre 1865.

Después de un juicio sumario no procede la acción de nulidad, sino la ordinaria sobre lo mismo que haya sido objeto de aquel (S. 4 Enero 1858); y nunca puede intentarse contra actos propios, solemnemente reconocidos.

La de rescisión es improcedente, cuando no se deduce en tiempo hábil, ni se prueba la lesión enormísima en que se apoya. S. 28 Mayo 1864.

Es muy sabido, que la acción personal es la que nace de un contrato (S. 11 Octubre 1856), ó va dirigida al cumplimiento de una obligación (S. 22 Setiembre 1856); y por consiguiente, corresponde á esta clase la que se ejercita reclamando el valor de mercancías extraviadas, entregadas al conductor para que las lleve á un punto determinado (S. 14 Diciembre 1861). Esta misma acción personal debe ejercitarse primero contra el deudor, si la cosa hipotecada al pago de una deuda se halla en poder de un tercero, y solamente después de la excusión, es cuando se puede usar de la real contra éste; pero si el deudor posee la misma cosa gravada con la hipoteca, es árbitro el acreedor de hacer uso juntamente de la personal y de la real hipotecaria (S. 9 Diciembre 1865); y si la ejercita exigiendo el cumplimiento de una obligación impuesta sobre determinados bienes, es necesario que en el documento en que ésta conste aparezcan nominalmente todas las personas responsables, que son las que se hallen en posesión de los mismos bienes gravados. S. 9 Marzo 1861.

Lo dicho hasta aquí puede ser de alguna utilidad, no sólo acerca del modo de hacer uso de cada una de las acciones, sino también por la trascendencia que tiene en las cuestiones sobre competencia jurisdiccional, de que nos hemos ocupado en el libro precedente.

Réstanos sólo añadir ahora, que, al hacerse uso de las acciones, suele, á veces, pedirse más de lo que realmente se debe, ó más de aquello á que alcanza el derecho que se reclama; exceso que, como es tan sabido, se denomina *plus-petition*; pero con-

viene indicar, que, según está declarado, no la hay, como dijimos en el cap. 12, tit. I, lib. V de la primera parte, cuando se pide una cantidad fija como indemnización de perjuicios, ó bien la que en defecto de conformidad de las partes, señalaren los peritos con arreglo á las leyes (S. 9 Abril 1866), pues entónces, como la reclamación es hipotética y alternativa, no puede decirse que exceda de los límites de lo que se deba realmente; y sólo puede producir sus efectos legales la *plus-petition*, en el estado del juicio en que se fijan definitivamente los puntos de hecho y de derecho, objeto de la controversia jurídica (S. 6 Abril 1866), pues es sabido que con posterioridad no es lícito proponer nuevos particulares á discusión.

La ley 42; tit. II, P. 3.<sup>a</sup>, define los casos de la *plus-petition*; pero como no contiene ningun precepto, ni declara, ni niega derecho alguno, no puede ser infringida por una sentencia, ni dar lugar á que se funde un recurso en esta infracción (S. 2 Octubre 1866). La siguiente (43) de dicho título y Partida, que ordena se condene en costas al actor, en el caso de pedir más de lo que se le debiere, no tiene aplicación cuando el extremo de la demanda en que ha sido absuelto el demandado, debe estimarse como accesorio de la pretensión principal, que no contiene para el efecto de dicha ley una *plus-petition*. S. 17 Febrero 1866.

Por último, no puede ser aplicable, ni considerarse infringido el párrafo 35 *in fine*, tit. VI, lib. IV de las Instituciones de Justiniano, cuando al ejercitarse una acción no hay exceso que pueda calificarse con la denominación expresada. S. 26 Mayo 1866.

Dada esta breve idea acerca del ejercicio de las acciones, trataremos en el siguiente capítulo de la prescripción que las extingue por no hacerse uso de ellas á su debido tiempo.

## CAPÍTULO II.

### *De la prescripción de las acciones.*

Al exponer en el cap. 1.<sup>o</sup>, tit. IV, lib. II de la primera parte

de esta obra, las doctrinas generales acerca de la prescripcion, dijimos que esta palabra tiene en el derecho dos acepciones diferentes: una que se refiere á la posesion, por medio de la cual, durante cierto tiempo no interrumpido, se adquiere el dominio; y otra que consiste en la pérdida de un derecho, por no reclamarse dentro del plazo que las leyes señalan: diferencia notabilísima entre una y otra prescripcion, pero que sin embargo, no impide que á veces se confundan, con grave daño de los intereses privados y públicos. De la primera, es decir, de la prescripcion que sirve de medio para adquirir la propiedad, ya tratamos detenidamente en el lugar citado; y ahora es la ocasion oportuna de exponer las doctrinas referentes á la segunda, para saber en qué tiempo debe hacerse uso de las acciones, y cuándo quedan estas extinguidas por haber prescripto, esto es, por haber transcurrido el plazo legal dentro del cuál pueden aducirse.

Expusimos tambien, en el capítulo citado, algunas reglas generales sobre toda esta materia, y, por lo mismo, creemos ahora innecesaria su repeticion; pero, sin embargo, las ampliaremos en lo que fuere oportuno, añadiendo ademas las doctrinas respectivas á cada una de las clases de prescripcion de acciones que el derecho reconoce.

De tanta importancia es el ejercitarlas dentro del período respectivamente señalado, que dejándolo transcurrir sin hacer uso de ellas, se pierden los derechos por muy respetables que sean (S. 18 Junio 1864, y 29 Abril 1867), aunque no concurren los demas requisitos que para prescribir el dominio exigen las leyes 18, 19 y 21, tít. XXIX, P. 3.<sup>a</sup> (S. 7 Abril 1866); y es tal el influjo que el curso del tiempo tiene sobre el goce y ejercicio de esos mismos derechos, que, hasta los actos por sí nulos ó viciosos, vienen á quedar firmes de resultas de la prescripcion, si no se hace oportuno uso de la accion que compete para anularlos; y no es aplicable á este caso el principio, por lo demas tan cierto, de que «lo nulo por la ley no puede hacerlo válido el transcurso del tiempo» (S. 21 Enero 1861). Pero es siempre necesario para que produzca sus efectos dicha prescripcion, que el tiempo legal no se haya interrumpido; y se interrumpe, en efec-

to, entre otros casos, cuando el deudor paga parte de la deuda (ley 29, tit. XXIX, P. 3.<sup>a</sup>, y S. 20 Junio 1865), ó cuando esta se reclama ántes de haber pasado el plazo de la prescripcion, aunque no llegue á conseguirse el pago de aquella (S. 21 Junio 1862). Este plazo empieza á contarse desde que está expedito un derecho y ha podido hacerse uso de la accion. S. 13 Junio 1863, y 6 Abril 1866.

La prescripcion puede oponerse siempre por via de excepcion para extinguir ó anular el derecho que se reclama; pero si á la vez se usa de la excepcion de pago, son ambas cosas incompatibles entre sí, porque entónces se da por supuesta la certeza de la obligacion, cuyo cumplimiento se exige, y por consiguiente, viene á ser ineficaz la prescripcion que se alega. S. 21 Junio 1862.

La consignada en la ley 63 de Toro, ó sea 5.<sup>a</sup>, tit. VIII, libro XI, N. R., alcanza á toda clase de acciones, ya sean reales, personales ó mixtas (S. 17 Noviembre 1865); y es de tal importancia, que no puede renunciarse ni aun por medio de pacto, como ya expusimos en el lugar citado, por las razones de público interés que entónces indicamos (S. 17 Noviembre y 12 Diciembre 1865, y 30 Diciembre 1867). No nos cansaremos de repetir que es muy frecuente confundir la prescripcion por medio de la cual se adquiere el dominio, con la de la accion que hace que esta caduque por el trascurso de cierto tiempo; confusion de conceptos que debe cuidadosamente evitarse, teniéndose presente, que cuando no se trata de la primera, sino de la segunda, es inaplicable la ley 21, tit. XXIX, P. 3.<sup>a</sup>, que dice que por treinta años puede ganarse la propiedad de una cosa, sea con buena, sea con mala fe (S. 4 Diciembre 1866); así como no es tampoco referente la ley 63 de Toro que ántes citamos, cuando no es objeto del litigio la prescripcion de las acciones. S. 25 Enero 1867.

Concretándonos ahora á la accion real, es demasiado sabido, que puede ejercitarse por espacio de treinta años (S. 26 Mayo 1862; 24 Enero 1863, y 14 Octubre 1864); pero es, sin embargo, ineficaz contra un tercer poseedor que haya adquirido por

prescripcion el dominio de la cosa demandada, reuniendo todas las demas condiciones y requisitos exigidos al efecto por las leyes. S. 27 Marzo 1868.

Á pesar de ser una cosa tan notoria, como que está consignada explicitamente en la citada ley 63 de Toro, se ha sentado con repeticion por la jurisprudencia, y por eso lo reproducimos aqui, que la accion personal prescribe á los veinte años (S. 21 Enero 1863, 9 y 17 Marzo 1865), lo mismo que la ejecutoria que sobre ella recae (S. 8 Abril 1865); y que la ley 22, tit. XXIX, P. 3.<sup>a</sup>, está completamente derogada en cuanto á la prescripcion de acciones por la misma ley 63 de Toro, que ya se ha dicho es la 5.<sup>a</sup>, tit. VIII, lib. XI, N. R. S. 4 Diciembre 1866.

Es igualmente sabido, que las mixtas de reales y personales prescriben á los treinta años, con arreglo á la misma ley; y sin embargo, se ha repetido tambien por la jurisprudencia, aunque parecia innecesario, este precepto legal (S. 11 Marzo 1864; 21 Setiembre 1866, y 16 Enero 1867). Á esta clase corresponde la accion de peticion de herencia, y por consiguiente, no prescribe hasta pasado el referido plazo. S. 15 Enero 1867.

Tanto este, como todos los demas de la prescripcion, corren contra los menores de veinticinco años, segun la ley 9.<sup>a</sup>, título XIX, P. 6.<sup>a</sup>; pero sin embargo, pueden estos usar del beneficio de la restitution que la misma ley les otorga, por todo el tiempo transcurrido durante la menor edad, del modo que ya expusimos en el citado cap. 1.<sup>o</sup>, tit. III, lib. I de la primera parte, y como expresan las SS. de 1.<sup>o</sup> Mayo 1861; 11 Marzo y 25 Noviembre 1864; 12 Diciembre 1865, y 9 Marzo 1867.

Hay otras acciones que prescriben en término más breve, como son, por ejemplo, la que compete á los criados para reclamar contra sus amos los salarios que les deban; la cual se extingue con arreglo á la ley 10, tit. XI, lib. X, N. R., á los tres años contados desde que fueron despedidos, si durante este tiempo no han hecho reclamacion alguna (S. 16 Junio 1862, y 13 Febrero 1865); y no puede reputarse como impedimento para dicha reclamacion, el que por cualquier circunstancia los salarios que se adeuden hayan sido mandados retener de orden judicial, pues

esta retencion, si bien impide la entrega de la cantidad retenida, no estorba el uso del derecho para obtener una declaracion favorable. S. citada 13 Febrero 1865.

Todo cuanto dejamos expuesto está subordinado á las circunstancias de que en la discusion judicial y en el fallo haya sido motivo de controversia y de decision la prescripcion de que tratamos; pues cuando la absolucion de la demanda no ha tenido por fundamento este punto, es inoportuno invocar las leyes que á él hacen referencia. S. 1.º Abril 1868.

Siguiendo el órden que hemos observado en todo el curso de la primera parte de esta obra, terminaremos este capítulo, exponiendo las pocas doctrinas que acerca de la prescripcion de acciones vemos consiñadas por la jurisprudencia, respecto de algunas de las provincias en que rige legislacion especial.

En Cataluña, segun el *usatge* 2.º, tit. II de *prescriptions*, libro VII de las Constituciones, la accion de peticion de herencia prescribe por treinta años, sin distincion de que sea buena ó mala la razon, causa ó motivo por que se esté poseyendo (S. 8 Mayo 1861); y por la misma disposicion legal se extingue en igual tiempo la accion de nulidad de un contrato. S. 10 Diciembre 1861.

Tambien en Aragon prescribe á los treinta años la misma accion, y la sentencia que así lo declara, no infringe la citada ley 63 de Toro, el fuero *De prescriptionibus*, ni la jurisprudencia, que apoyada en estas leyes tiene aceptada el Tribunal Supremo. S. 20 Enero 1866.

Respecto de Vizcaya, la ley 1.ª, tit. XII de su fuero establece la prescripcion, como medio de liberacion y de extincion de acciones, y no como titulo de adquisicion de dominio ó de cualquiera otro de los derechos reales (S. 26 Noviembre 1864); y segun la misma ley, la accion mixta de real y personal caduca á los quince años, pudiendo por tanto tener allí aplicacion la citada ley 63 de Toro, ó 5.ª, tit. VIII, lib. XI, N. R. de Castilla. S. 31 Diciembre 1864.

En este breve resúmen hemos comprendido, al ménos segun nuestro modo de ver, todo cuanto la jurisprudencia tiene con-

signado sobre las cuestiones relativas á la prescripcion de las acciones.

## TÍTULO II.

### *Diversas doctrinas aplicables á todos los juicios y actos judiciales.*

#### CAPÍTULO PRIMERO.

##### *De la personalidad para sostener los derechos en juicio.*

No basta para presentarse en juicio á sostener un derecho y ejercitar una accion ó excepcion, el que exista efectivamente en favor de quien lo reclama ó defiende, sino que es preciso ademas tener personalidad para ello. Esta puede ser propia y natural, ó bien jurídica. De la última ya dijimos lo oportuno en el cap. 7.º, tit. I, y en el 2.º, seccion 4.ª, tit. II, lib. I de la primera parte de esta obra; y ahora, por referirse más directamente á los procedimientos, vamos á ocuparnos de la manera de acreditar y ejercer la personalidad inexcusable para comparecer en juicio.

Sabido es, que sólo se permite la comparecencia, á los que se hallan en el pleno ejercicio de sus derechos civiles; y que, por los que no están en este caso, deben presentarse sus representantes legítimos, ó los que con arreglo á las leyes deban suplir su incapacidad (art. 12 de la Ley de Enjuiciamiento civil): que dicha comparecencia debe hacerse, salvo en los casos exceptuados, por medio de procurador con poder bastante (art. 13); y que á toda demanda ó contestacion se deben acompañar dicho poder y el documento que acredite el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representacion legal de alguna persona ó corporacion, ó cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro trastimitido (art. 18). Es finalmente tan necesaria la personalidad en juicio, que faltando la del litigante ó la del procurador que invoque su nombre, los procedimientos son

nulos, y dan motivo á la casacion (párrafo 2.º, art. 1013). Por eso, no teniéndola en el demandante, es procedente la excepcion dilitoria de incontestacion. S. 4 Octubre 1858.

Tales son las principales disposiciones legales sobre esta materia, y á ellas se refieren generalmente las doctrinas que acerca de este punto vamos á exponer en este capitulo.

Poco podemos decir en cuanto á la personalidad del procurador, porque son escasas las cuestiones que han dado lugar á alguna decision sobre este punto.

Sin embargo, consignaremos en primer lugar, que no es siempre preciso que el procurador haya de tener poder en forma, autorizado por escribano, pues la ley 14, tit. 5.º, P. 3.ª, que determina «las maneras en que debe ser hecha la carta de personería,» autoriza á las partes para que puedan nombrar procurador ante el juez del litigio. S. 15 Noviembre 1868.

Pero ya con una, ya con otra clase de poder, es siempre indispensable, en todo juicio de mayor cuantía, comparecer por medio de procurador habilitado al efecto (S. 21 Mayo 1861); y si se ha conferido poder para un pleito, queda legitimada la representacion del apoderado en otro que se promueva como consecuencia de aquel (S. 30 Diciembre 1858). La falta de personalidad en el procurador del demandante se subsana oportunamente, en el caso en que haya sido despachada ejecucion á instancia de varios acreedores, sin que el procurador hubiese acompañado el poder que alguno de ellos le habia conferido anteriormente, presentándolo en el momento de oponerse á la ejecucion el demandado (S. 17 Abril 1861). Pero aunque una parte haya expuesto desde un principio en la primera instancia la falta de personalidad del procurador contrario, si no insiste en esta reclamacion, á pesar de no haber obtenido providencia alguna acerca de este particular, ni apela contra las dictadas en opuesto sentido, se entiende que consiente; y si el procurador presenta en la segunda instancia los documentos que acreditan su personalidad, y nada se opone á ellos, quedan legitimadas todas las actuaciones de la primera. S. 6 Octubre 1862.

Tampoco hay falta de personalidad en un litigante, cuando el

defecto que puede tener el poder que le autoriza para litigar, se subsana en debida forma, sin que oportunamente reclame sobre ello la parte contraria. S. 8 Febrero 1866.

Siendo una persona representada en primera instancia por un procurador en el concepto de curador *ad litem*, y en segunda por otro, á consecuencia del fallecimiento del primero, esta sustitucion no es más que la subrogacion en el cargo que aquel desempeñó, y por tanto, hay unidad en la representacion de ambos, y en el origen judicial de dicha representacion; y no es lícito al sucesor negar la personalidad á su antecesor, ni lo que con él se hubiere actuado. Ademas, segun se deduce de la ley 20, tit. V, P. 3.<sup>a</sup>, cualquier defecto que, por incapacidad personal de la madre para representar á sus hijos, hubiere habido en el procedimiento, queda subsanada con la presentacion del curador *ad litem* de los mismos. S. 11 Febrero 1864.

Parece excusado decirlo, pero es preciso consignarlo, porque así lo vemos declarado en un fallo, que el procurador no puede hacer en el litigio más que aquello que le hubiere sido otorgado: lo que ejecutare en contrario es nulo. S. 18 Diciembre 1863.

Alguna vez se ha tratado de confundir las obligaciones de un mandatario comun con las de los procuradores, invocándose la ley 19, tit. V, P. 3.<sup>a</sup>; pero deben distinguirse las dos diferentes representaciones, y fijarse bien la atencion en que la citada ley se refiere en la mayor y principal parte de sus disposiciones á los verdaderamente personeros para ejercer mandatos judiciales. S. 10 Setiembre 1864.

Aparte de la personalidad del procurador, y tratando ya directamente de la del litigante, la disposicion del art. 12 de la Ley de Enjuiciamiento que ántes hemos citado, debe entenderse en muchos casos en combinacion con otros artículos de la misma, relacionados con este punto. Sabido es, que segun el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 18 tambien citado, toda demanda debe ir acompañada del documento ó documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presenta en juicio, en el caso de tener representacion legal de alguna persona ó corporacion, ó cuando el derecho que

se reclama, provenga de habérselo transmitido otro (S. 12 Mayo 1865); y si no lo hace así, la omision en que un litigante incurra, dejando de legitimar su personalidad, es imputable al mismo, y las reglas del derecho y los principios de justicia le impiden aducir despues en provecho propio en un recurso los efectos de su propia negligencia. Del mismo modo, la ignorancia ó descuido de un litigante, en manifestar que ha variado su representacion ó personalidad durante el pleito, no debe perjudicar á la parte contraria (S. 26 Abril 1862). Sin embargo, la omision de una persona en justificar que es sucesora de quien su derecho deriva, no prueba que está incapacitada para ejercer sus derechos civiles; y no es esta por lo tanto la falta de personalidad á que alude la causa 2.<sup>a</sup> del citado art. 1013.

Hay ocasiones, en que la aquiescencia ó el consentimiento equivale á un reconocimiento explícito de la personalidad, que, en otra caso, tal vez se pondria en duda. Así sucede, por ejemplo, al citarse y emplazarse en forma á una persona demandada y sustanciarse el juicio con su audiencia, sin promoverse cuestion acerca de su personalidad hasta despues de las pruebas, pues este silencio da á entender que se reconoce aquella de un modo terminante. S. 14 Mayo 1867.

El que en un contrato ha intervenido como contrayente, tiene personalidad bastante para sostener sus derechos en juicio (S. 29 Marzo 1858). Por esta razon la tienen para ejercitar la accion personal de lo estipulado en el contrato de arrendamiento, los que han intervenido como dueños, ó los que de ellos traigan causa (S. 2 Marzo 1867), y asimismo el subarrendador de una finca para pedir el desahucio del subarrendatario, cuando el único título que á éste asiste para el disfrute de aquella, es el contrato de subarriendo. S. 11 Noviembre 1861.

La cesion de derechos produce personalidad en el cesionario para reclamarlos judicialmente; pero no estando reconocida por ejecutoria la cesion hecha por el demandante, no puede dicho cesionario tener personalidad para presentarse en el litigio. S. 18 Setiembre 1867.

Ya hemos dicho varias veces que la falta de personalidad de

una de las partes, por los vicios externos que concurran en la prueba de su representacion, suele confundirse con la carencia de accion para pedir lo que en juicio reclama; pero es necesario distinguir con mucho cuidado cosas tan diversas: la excepcion de falta de personalidad y la de accion, ó sea *sine actione agis*, son esencialmente distintas, pues aquella dice relacion á la forma, y no es referente en manera alguna, como ésta, á lo que pueda resultar del derecho que se litiga, sino á la absoluta ó relativa incapacidad personal del litigante para comparecer en juicio (S. 24 Diciembre 1868). Por eso se ha consignado en varios fallos la doctrina, de que la falta de personalidad á que se refiere el párrafo 2.º del art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento, no es la que puede fundarse en la falta de accion para demandar, sino la que nace de la privacion del pleno ejercicio de los derechos civiles, que es lo que constituye la incapacidad personal del litigante para comparecer en juicio, á que se alude en dicho párrafo, en concordancia con el art. 12 de la misma ley (S. 28 Setiembre 1863; 18 Octubre 1864; 14 Octubre y 16 Noviembre 1867, y 11 Enero, 7 Mayo y 27 Octubre 1868). Además, la falta de personalidad constituye una excepcion dilatoria, á la que se refiere el mencionado párrafo, para fundar en ella la nulidad del procedimiento; y como tal únicamente afecta á la forma del juicio; mientras que la falta de accion es una excepcion perentoria que corresponde al fondo del litigio (S. 7 Mayo 1866). En una palabra, la falta de accion por parte del demandante y la de personalidad á que se refiere dicho art. 1013, son de cosas distintas é inconexas que, como hemos dicho, no deben nunca confundirse, cuando se pretende anular un procedimiento por la falta de personalidad para litigar. S. 10 Mayo 1858, y 20 Enero 1866.

Esta falta de personalidad no puede tampoco dar motivo para anular el procedimiento, cuando se hace mérito de la de un litigante ó su procurador, para combatir el interés del mismo en el pleito, y no como reclamacion para que con arreglo á la ley se subsane la falta (S. 22 Junio 1864); ni cuando el demandante ejercita un derecho que le ha sido cedido, y no se le niega en el pleito su legitima representacion, pues entónces se reconoce vir-

tualmente el título por el cual reclama dicho derecho, y ya no puede alegar despues la falta de personalidad. S. 29 Octubre 1862.

Hay algunos casos en que se duda de la verdadera personalidad de los litigantes ó de los que los representan; y acerca de estos puntos conviene consignar aquí las siguientes reglas.

La personalidad de un alcalde para comparecer en juicio ó defender los intereses del comun de vecinos, y de la cual hicimos alguna indicacion en el lugar ántes citado, no nace de la deliberacion del ayuntamiento, sino de la ley que lo determina, y fija los casos y los requisitos necesarios.

Así, pues, corresponde al cargo de alcalde, ya sea como actor, ya como demandado, la representacion en juicio de un distrito municipal; y con el mismo carácter puede obrar el alcalde, sin prévia autorizacion para litigar, cuando los negocios del comun que hayan de ventilarse, sean por su calidad urgentes, como por ejemplo, lo son los interdictos. Además, los poderes otorgados por un alcalde á un procurador, para que represente en juicio derechos del comun, son suficientes en caso de ausencia de aquel con licencia, para gestionar en el mismo juicio á nombre del que le sustituya. En cuanto á la autorizacion para litigar, el desistimiento de la inhibitoria propuesta por un gobernador de provincia á un juez de primera instancia, subsana cualquier defecto que, por falta de dicha autorizacion, hubiera podido cometerse en el procedimiento. S. 11 Abril 1860.

Cuando se trata de derechos concedidos por una concordia á varios pueblos, en representacion de una comunidad de ganaderos, siendo estos inciertos y desconocidos, hasta que entran á disfrutar de hecho los pastos despues del repartimiento, á los pueblos ó á sus representantes toca litigar á su nombre y en el de los ganaderos mismos, cuando se suscite alguna cuestion respecto de los derechos concordados. S. 17 Octubre 1865.

Constituida una obligacion á favor de personas reunidas en sociedad, cualquiera de ellas tiene personalidad para reclamar su cumplimiento en provecho comun, si la firma y la administracion no están encomendadas á una de ellas especialmente (S.

14 Marzo 1865, y 23 Setiembre 1867). Además, en el caso expresado de una sociedad ó compañía, el hecho de mostrarse parte en un juicio el presidente de ella siendo demandado, alegando excepciones respecto del fondo del litigio, da á entender que aquel consiente en las actuaciones practicadas hasta entónces contra un dependiente de la misma sociedad; y en tal caso, admitida la subrogacion del presidente, con él deben seguirse las ulteriores diligencias del juicio. S. 11 Mayo 1865.

Con la reconvenicion del demandado se reconoce implícitamente la personalidad del demandante; y el que la tiene para reclamar un crédito, la tiene tambien para pedir los bienes, que prévios los requisitos necesarios, le hubiesen sido adjudicados en pago de lo que se le deba. S. 23 Junio 1863.

Cuando es reconocida por el demandante la personalidad del demandado, en el hecho de dirigir contra él la demanda, obligándole á comparecer en juicio, no le es lícito ya hacer la reclamacion, suponiendo que hay falta de personalidad. S. 10 Octubre 1866.

Ni puede esta atribuirse al que interviene en un juicio en virtud de poder eficaz, sin que se ejercite contra dicha intervencion reclamacion alguna. S. 2 Junio 1865.

Expuestos hasta aquí los casos en que por punto general hay personalidad, vamos á recordar ahora aquellos en que por el contrario se obra sin ella al comparecer en juicio.

Como ya dijimos en el lugar oportuno, no la tiene la mujer casada, pues el representante legítimo de ella es su marido (S. 3 Junio 1865), y él es quien tiene personalidad legal en las reclamaciones que se hagan contra los bienes de la misma (S. 17 Abril 1868). Sin embargo, cuando aquella comparece en un litigio sin estar autorizada para ello, y despues, á petition suya, es habilitada al efecto por el juez, y se presenta á sostener su derecho en segunda instancia, queda subsanada la falta de personalidad con que compareció en la primera (S. 11 Noviembre 1861). Y si el marido, como administrador legal de los bienes de su mujer, está en posesion de un derecho de ésta, y el hecho es reconocido por los tribunales, sin que contra su personalidad

en tal concepto se haya reclamado, no puede atribuírsele falta de representacion como demandante acerca del mismo derecho. S. 1.º Diciembre 1862.

Pero carecen de personalidad el tutor á quien no se ha discernido el cargo (S. 29 Marzo 1865), el abuelo del alimentista, cuando aquel no tiene obligacion de alimentar á éste (S. 4 Marzo 1864), y el que no ha sido parte en la primera instancia de un pleito, y comparece por su propio derecho en la segunda, sin haber sido citado y emplazado. S. 23 Marzo 1863.

Como, segun hemos dicho, es siempre necesario tener una representacion legal para sostener algun derecho en juicio, si los tribunales aprecian la falta de personalidad del demandante, por no haber éste justificado su entronque con los llamados en una fundacion vincular, sin que él exponga nada en contrario, pierde todo derecho á continuar actuando en el pleito (S. 22 Abril 1864). Del mismo modo sucede, cuando la sala consigna terminantemente que uno no tiene personalidad para presentarse en juicio solicitando el amparo en una posesion que jamás tuvo (S. 10 Marzo 1865). Igualmente la sentencia que califica de ilegal la cesion de una cosa litigiosa, hecha despues de principiado el pleito, y deniega al cesionario la personalidad, que apoyado en ella habia solicitado, lejos de ser contraria, es conforme á lo que prescriben las leyes 13 y 14, tít. VII, P. 5.ª S. 11 Noviembre 1862.

Aun cuando haya litigado en las anteriores instancias, carece de derecho y por consiguiente de personalidad para impugnar una sentencia, la persona contra quien no se hace mérito ni declaracion alguna en ella, y cuyos intereses no se lastiman bajo ningun aspecto. S. 4 Marzo 1864.

Es tambien notoria la falta de personalidad, cuando aparece que uno es demandante y demandado á la vez; y entónces la sala, al estimar el artículo de incontestacion fundado en dicha falta, no infringe los párrafos 2.º y 4.º, art. 237 de la Ley de Enjuiciamiento, que establecen sean sólo admisibles como excepciones dilatorias, entre otras, la falta de personalidad en el de-

mandante ó su procurador, y el defecto legal en el modo de proponer la demanda. S. 5 Marzo 1866.

Declara el art. 406 de la ley citada, que son parte legitima para promover el juicio voluntario de testamentaria los herederos ó cualquiera de ellos, el cónyuge sobreviviente, y los legatarios de parte alicuota del caudal: por consiguiente, no pueden tener personalidad para promover dicha prevencion, los que no son herederos, por más que se crean con derecho á serlo. S. 20 Enero 1866.

Al tratar, en el lugar respectivo de la primera parte, de las personas juridicas, indicamos la representacion que tiene la Hacienda pública; pero ahora que hablamos más directamente de la personalidad para comparecer en juicio, debemos añadir, que cuando se trata de cuentas pendientes entre particulares, en las que no media más que el interés de éstos, sin que la Hacienda pueda sufrir ningun menoscabo, carece de objeto la intervencion del fisco, y por consiguiente, no tiene representacion el ministerio fiscal. S. 19 Diciembre 1859.

No puede admitirse la excepcion dilatoria de falta de personalidad, cuando no se niegan á una persona las circunstancias exigidas por la ley para comparecer en juicio, ni á su procurador la autorizacion competente para representarle; y la sentencia que la deniega infringe el párrafo 2.º, art. 1013 que tantas veces hemos citado (S. 10 Abril 1867). Tampoco puede oponer la misma excepcion para ser demandado, el que con hechos repetidos se ha reconocido obligado á todas las responsabilidades del contrato que sirve de fundamento á la demanda. S. 9 Mayo 1860.

Dicha excepcion dilatoria debe proponerse, como todas las de su clase, dentro de los seis dias contados desde el siguiente al de la notificacion de la providencia en que se mandaren entregar los autos para contestar á la demanda; si bien, en este caso, no debe suspenderse el curso de aquellos (S. 23 Junio 1865). Pero la personalidad del demandado no puede cuestionarse como excepcion dilatoria, segun el citado art. 237 de la Ley de Enjuiciamiento (S. 17 Octubre 1865), cuya letra y espíritu parecen contrarios á aquella pretension.

El artículo ó incidente sobre la falta de personalidad se decide previamente, y la ejecutoria que sobre él recae desestimando dicha excepcion, no prejuzga, ni puede prejuzgar la cuestion principal ó del fondo del litigio, acerca del derecho que el demandante tenga para pedir lo que sea objeto de su demanda. S. 30 Octubre 1863, y 14 Setiembre 1867.

Alguna falta de coherencia podrá notarse en las doctrinas que dejamos apuntadas; pero este es un defecto las más de las veces inevitable, por el variado y poco congruente casuismo que por lo comun se advierte en las cuestiones que dan ocasion á los fallos de donde esas mismas doctrinas dimanen.

## CAPITULO II.

### *De la defensa de los pobres.*

Nuestra legislacion no establece en general la justicia gratuita; pero favorece á los pobres, concediéndoles este beneficio en el art. 2.º del reglamento provisional y en el 179 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Esta declaracion del derecho no basta, sin embargo, para que pueda invocarse incondicionalmente (S. 30 Octubre 1863; 27 Mayo 1865, y 25 Abril y 2 Junio de 1866), sino que es necesario, para aplicarla, atender á las disposiciones legales que determinan se reputen pobres para los efectos juridicos, los que sean declarados tales por los tribunales y juzgados; y que estos sólo pueden hacer semejante declaracion en favor de los que vivan de un jornal ó salario eventual, de un salario permanente ó de un sueldo, que no exceda del doble jornal de un bracero en cada localidad; ó de los que se mantienen del cultivo de tierras ó crias de ganados, cuyos productos estén graduados en aquella misma cantidad; ó bien en favor de los que subsistan sólo del ejercicio de cualquier industria, por cuyos productos paguen una contribucion inferior á la escala que la ley prefija (art. 182). Determina esta por último, que no pueda otorgarse dicho beneficio á los comprendidos en los casos expresados, cuando á juicio del juez, se infiera del número de criados que tengan á su

servicio, de la renta de la casa que habiten ó de otros signos exteriores, que poseen medios superiores al doble jornal expresado (art. 184). De manera que, en el caso de no graduarse la riqueza por la contribucion, queda siempre sometida al recto criterio de los tribunales, segun la prueba, la calificacion del verdadero estado social de los que aleguen su pobreza para gozar de las ventajas que la ley les concede.

Parecia que estas disposiciones tan sencillas no ofrecerian cuestiones, ni litigios en la práctica; pero léjos de suceder así, son tantos los que se promueven sobre este punto, cual vamos á ver en el cúmulo de cerca ochenta fallos que habremos de citar en este capítulo; sin que de ellos se deduzca, sin embargo, ninguna doctrina importante, pues casi no se ha hecho más que repetir el claro texto de la ley.

Es muy comun cuando los tribunales niegan la cualidad de pobre al que pide el beneficio de tal, acudir por medio de la casacion, suponiendo que, con aquella negativa se infringen, ya el art. 181, ya el 182, ya varios otros que aisladamente suelen citar. Pero no consideran, que las leyes no pueden aplicarse de este modo, sino en combinacion unas con otras, y conciliando sus diversas disposiciones, para deducir del conjunto de las relacionadas entre sí, el verdadero espíritu de sus preceptos. Así es, que en estos casos se ha declarado, que limitándose dicho art. 181 á consignar los beneficios que han de disfrutar los que sean reputados pobres, con arreglo á las disposiciones que establecen los artículos siguientes, no puede aquel considerarse infringido, cuando se niega dicha declaracion (S. 24 Abril 1865; 27 Mayo 1865, y 21 Diciembre 1866); y que lo prescrito en el 182 y 183 está subordinado á las facultades que concede á los jueces el 184, para la apreciacion de la verdadera riqueza del que se supone pobre, por los signos exteriores que la ley indica (S. 23 Octubre 1857; 30 Marzo y 5 Octubre 1860; 5 Mayo 1862; 30 Octubre y 22 Diciembre 1863; 5 Mayo 1865; 15 y 24 Abril y 8 Noviembre 1867, y 20 Octubre, 17 y 26 Noviembre y 4 Diciembre 1868). La misma doctrina se confirma en otras muchas decisiones, añadiéndose en la mayor parte de ellas, que es necesario estar á la apreciacion

que á los jueces concede dicho art. 184; y que por consiguiente, sobre este punto de hecho, no cabe alegar ninguna infraccion, pues que su prueba está sometida al buen juicio de los tribunales. Pueden verse en este concepto las sentencias de 12 Enero, 30 Octubre y 30 Diciembre 1865; 10, 23, 24 y 26 Marzo, 12 Junio, 3, 20 y 23 Octubre y 20 Diciembre 1866; 26 Febrero y 16 Octubre 1867, y 26 Febrero 1868.

Por lo que la ley prescribe y las doctrinas que dejamos expuestas se ve, que hay dos tipos para calificar la pobreza: uno es el vivir, el que invoque los beneficios concedidos por la ley, de un trabajo, renta ó granjería cuyos productos no excedan del doble jornal de un bracero en la localidad respectiva, y otro el ejercer alguna industria ó comercio, por cuyos rendimientos se pague una contribucion directa inferior á la cantidad que marca la misma ley. En el primer caso, sólo se puede declarar pobre, como ya hemos indicado, á los que viven de dichos productos, graduados en una suma menor que la expresada (S. 27 Junio 1859; 27 Noviembre 1862; 12 Noviembre 1864; 21 Enero y 24 Marzo 1865; 23 Noviembre 1866; 19 Setiembre 1867, y 28 Febrero 1868); y entónces, para la aplicacion del beneficio, por la corta entidad de la renta que el litigante posea, no hay para qué tomar por base de riqueza la expresada contribucion, ni ninguna otra; y si aquel se halla privado de los productos de los bienes que posea, hay justo motivo para declararle pobre mientras dure dicha privacion, y por consiguiente, cesando esta, debe cesar tambien el beneficio (S. 1.º Mayo 1863; 28 Febrero 1867). Sin embargo, la existencia de algun pleito acerca de los bienes que el litigante posea, no es motivo suficiente para que sus productos hayan de eliminarse de la computacion para la declaracion de pobreza, porque mientras por sentencia firme no sea despojado, nadie más que él puede ser considerado como dueño de esos mismos productos (S. 18 Setiembre 1865). Aun los bienes hipotecados ó dados en garantia, deben, como es natural, tomarse en consideracion, siempre que el interesado perciba sus rendimientos. S. 13 Marzo 1862.

Por consecuencia de lo expuesto, se infringe el párrafo 3.º

del art. 182 de la ley, cuando se niega la defensa por pobre al litigante cuyo capital líquido imponible no equivale en sus productos al doble jornal de un bracero, y no se hace constar que tenga otros medios de subsistencia. S. 24 Octubre 1861.

Pero cuando la cualidad de pobre se funda en el ejercicio de una industria por la cual se pague alguna contribucion, debe sólo tenerse en cuenta el tipo de ella que la ley prefija (S. 31 Enero 1866, y 19 Setiembre 1867); y si se deniega la defensa por pobre, atendándose no sólo á lo que el litigante paga por la contribucion de inmuebles, sino tambien por la de subsidio industrial y de comercio, y á lo declarado por testigos, no se infringe el citado art. 182 de la ley. S. 27 Mayo 1865.

El beneficio de litigar como pobre es individual, y no se extiende, por consiguiente, á las sociedades ó compañías mercantiles (S. 22 Diciembre 1860). Pero esta doctrina no puede ser aplicable á la sociedad conyugal, que se rige por tan diferentes principios; pues para los efectos de la declaracion de pobreza, deben computarse reunidos los productos de los bienes del marido y de la mujer, como lo están para todos los gastos comunes, segun las máximas generales de derecho sobre dicha sociedad y su legal administracion. Por consiguiente, la mujer, constante el matrimonio, siempre se halla en el concepto de pobre ó rica para litigar, segun sea la situacion de su marido; y la condicion de rico, que éste tuviese, no se altera por el mayor ó menor número de pleitos propios que sostenga, mientras sus medios no decrezcan del tipo fijado por la ley; ni tampoco puede ni debe alterarse por la coincidencia de que la mujer sustente litigios al mismo tiempo que el marido (S. 7 Junio y 18 Setiembre 1865). Es, pues, una consecuencia de la comunidad de bienes entre los cónyuges, que se atiende á ella para la declaracion de pobreza, sin que pueda alegarse que el uno es pobre y el otro rico (S. 24 Diciembre 1866); ni exige la ley que se averigüe para el efecto de dicha declaracion, de dónde provienen los bienes que producen su renta. S. 17 Junio 1865.

Como entre los padres y los hijos hay tan íntima union de in-

tereses, y aquellos tienen obligación de representar y defender á éstos mientras son hijos de familia, puede suceder que el padre, al litigar en nombre de uno de ellos, pretenda acogerse al beneficio de pobreza, bajo el pretexto de ser aquel pobre; pero si defiende los bienes ó derechos en el concepto de corresponder al peculio profecticio ó adventicio, como pertenece al padre el dominio del primero y el usufructo del segundo, protege en realidad sus propios derechos, y no puede hacerlo en concepto de pobre, si él no tiene esta cualidad, aunque la tenga su hijo. S. 16 Noviembre 1868.

Cuando litigan unidos varios que indudablemente tienen derecho á ser defendidos como pobres, debe autorizárseles para ello, aunque reunidos los productos del modo de vivir de todos, excedan de los tipos señalados en la ley (S. 16 Setiembre 1864). Del mismo modo, el hecho de litigar uno que pretende ser defendido como pobre, en union de otros que no gozan de este beneficio, no puede perjudicar á aquel, cuando no lo hace por su voluntad, sino en cumplimiento de mandatos judiciales. S. 17 Setiembre 1865.

Los establecimientos benéficos están, por regla general, considerados como pobres, pero no las iglesias. En efecto, en la real órden de 21 de Diciembre de 1857, que resume todas las anteriores sobre el beneficio de litigar como pobre, concedido á dichos establecimientos, no están comprendidas las iglesias parroquiales; y por consiguiente, la cuestion de pobreza queda reducida bajo este supuesto, al hecho de si el párroco ó la iglesia tienen la dotacion suficiente para gozar de dicho beneficio. S. 18 Octubre 1864.

No basta la declaracion de pobreza hecha en un pleito, para defenderse del mismo modo en otro, si á ella se opusiese el colitigante (S. 9 Octubre 1865), porque en juicio nunca puede perjudicar lo que se resuelve sin citacion y audiencia de las partes interesadas.

Cuando en una de las instancias ha estado un litigante defendiéndose como pudiente, si para proponer y seguir un ulterior recurso aspira á aprovecharse del beneficio concedido á los po-

bres, la razon dicta que haya de justificar haber venido á pobreza por algun acontecimiento ó desgracia posterior á dicha instancia; y así lo establece el art. 191 de la ley, y lo confirman las SS. 10 y 30 Octubre 1863; 15 Febrero 1864; 27 Enero, 22 Marzo, 9 Mayo y 16 Noviembre 1865; 30 Mayo, 2 Junio y 16 Octubre 1866. En este caso, si la justificacion se ofrece en segunda instancia, debe autorizarla la sala respectiva de la audiencia, y su apreciación es soberana (S. 30 Mayo 1866); y si la peticion se hace en el Tribunal Supremo para sostener un recurso de casacion, á él competen iguales atribuciones.

En rigor puede decirse, que la denegacion del beneficio de pobreza nunca produce una verdadera ejecutoria, pues aunque esté consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia en que se declare que un litigante no es pobre, puede, sin embargo, ser oido de nuevo sobre lo mismo, alegando y probando que despues ha venido á pobreza (S. 28 Abril 1860, y 3 Abril 1865). Pero así como debe protegerse el derecho del que reclama dicho beneficio por haber venido á ser pobre despues de la primera instancia, no puede permitirse que habiéndose defendido como rico, si cede su derecho al que no lo es, se aproveche éste del beneficio que la ley le concede, para perjudicar á la otra parte. Si, pues, se presenta en segunda instancia el cesionario de uno que se defendia como persona pudiente, ofreciendo informacion de pobreza, debe tenérsele por parte en el mismo concepto que el cedente litigaba, porque seria injusto dejar á voluntad de uno de los litigantes el perjudicar á su adversario, obligándole á seguir el pleito con persona de condicion distinta de aquella contra quien estaba litigando. Ademas, el beneficio concedido á la pobreza es y se ha considerado siempre como personalísimo, y lo otorga la ley únicamente al que trata de sostener ó sostiene derechos propios, y de ningun modo á los cesionarios cuando ya se halla pendiente el litigio. S. 30 Setiembre 1864.

En cuanto á las cuestiones de trámites, esto es, al modo de solicitarse la declaracion de pobreza, debe practicarse siempre la informacion, con arreglo al art. 187 de la ley, en el juzgado competente para conocer del pleito en que se trata de usar dicho

beneficio (S. 11 Setiembre y 3 Octubre 1866); y la tramitacion ha de acomodarse, cualquiera que sea la instancia en que se promueva la pretension, á lo establecido para los incidentes de los juictos ordinarios, segun los arts. 195 y 889 de la Ley de Enjuiciamiento. Tales incidentes, conforme al 343, han de recibirse á prueba, siempre que en ello hayan convenido las partes, ó lo hubiere pedido una sola, y creido el juez procedente, lo cual supone la necesidad de resolver este punto con la debida separacion del asunto principal, pues lo que se provea acerca de aquel, fija el estado de los autos y el modo de ordenar los trámites sucesivos, con arreglo á lo prevenido en los arts. 344 y 345, cuyas disposiciones requieren, que á la terminacion del incidente preceda la citacion para sentencia (S. 17 Noviembre 1866). Tan necesario es admitir á los litigantes las informaciones que ofrezcan para justificar su pobreza, que el no acceder á ellas, equivale á la denegacion de una diligencia de prueba que pueda producir indefension, y es, por tanto, causa fundada de casacion, comprendida en el párrafo 6.º, art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento civil. S. 28 Abril 1868.

En esta clase de informaciones, ya se promuevan en los juzgados, ya en los tribunales, es necesario, con arreglo á la real instruccion de 1.º de Octubre de 1851, que sean citados los administradores de Hacienda pública, pues dicha disposicion, vigente segun la real orden de 4 de Setiembre de 1852, no está derogada por los arts. 187 y 194 de la Ley de Enjuiciamiento, como lo declaró la real orden de 5 de Febrero de 1858; y por consiguiente, la omision de dicha citacion, ó la falta de emplazamiento del administrador respectivo, ya sea en primera, ya en segunda instancia, da lugar á la nulidad de la sentencia. S. 18 Marzo 1862.

Cuando el demandado promueve, al principio del pleito, la pretension de que se le declare pobre para litigar, y el demandante opta por la continuacion de aquel, debe disfrutar desde luego del beneficio concedido al pobre, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre este incidente (S. 17 Setiembre 1863). Y si en él se declara la pobreza, no por eso puede

considerarse prejuzgada la cuestion debatida en el pleito principal, sobre si pertenece ó no al litigante pobre la finca litigiosa. S. 10 Setiembre 1864.

Acerca de estos incidentes de pobreza procede siempre el recurso de alzada; pero en cuanto al de casacion rigen varias doctrinas, que podrán verse en el cap. 3.º, tít. I del libro IV de esta segunda parte.

Para terminar este capítulo debemos recordar, que el art. 200 de la Ley de Enjuiciamiento determina, que el declarado pobre está en la obligacion de pagar las costas expresadas en el artículo 199, si dentro de tres años despues de fenecido el pleito, viniere á mejor fortuna; pero aquel artículo sólo tiene aplicacion en este caso taxativo, y no en ningun otro. S. 23 Abril 1866.

Tales son las sencillas doctrinas que pueden deducirse del examen de los fallos que dejamos citados. De desear es, que el estudio de ellas evite la reproduccion de cuestiones impertinentes é infundadas, que tanto perjudican á los que de buena fe sostienen sus legitimos derechos.

### CAPÍTULO III.

#### *De la conciliacion.*

En el título VI, primera parte de la Ley de Enjuiciamiento se establecen las reglas generales á que deben ajustarse los actos de conciliacion ante los jueces de paz, disponiendo el art. 201 que dichos actos hayan de preceder necesariamente á todo juicio civil, salvo las ocho excepciones que el mismo artículo enumera. Nació de aquí la duda sobre la aplicacion de sus reglas á la accion criminal por injuria, y sobre el carácter del acto de conciliacion que en tal caso se celebrase; acerca de lo cual ha venido á resolverse que dicho acto, tratándose de la accion de injuria, es especialísimo, y no altera la naturaleza criminal de la accion, y que por consiguiente no le son aplicables las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino las reglas or-

dinarias del procedimiento criminal. S. 14 Diciembre 1864.

Hay avenencia en un acto de conciliacion, desde el momento en que los interesados convienen en el modo de arreglar sus diferencias, prestándose el demandado á satisfacer las reclamaciones del actor, y aceptando éste los términos del ofrecimiento que aquel haga; y cuando existe esta conformidad, debe llevarse á efecto lo convenido, con arreglo á lo dispuesto en la ley, sin que baste para separarse de ello, ni para promover un litigio, la indecision de algun punto incidental que debe resolverse al ejecutar lo pactado en el expresado acto (S. 10 Noviembre 1860); y sin que pueda contra esto admitirse otro recurso que la demanda de nulidad, segun lo dispuesto en el art. 217 de la misma ley (S. 20 Abril 1861, y 4 Enero 1866). Debe, sin embargo tenerse presente, que al prescribirlo así aquella, no ha prohibido que puedan ejercitarse las acciones que por otro concepto procedan legalmente; y que cuando la demanda y la sentencia no recaen contra lo convenido en el expresado acto conciliatorio, no es aplicable lo dispuesto en el citado art. 217. S. 4 Enero 1866.

Esta demanda de nulidad de que acabamos de hacer mencion, debe proponerse dentro de los ocho dias siguientes á la celebracion del acto, y fundarse en alguna de las causas que dan lugar invalidar los contratos (S. 12 Mayo 1865). En su consecuencia, si despues de dicho término se formula, se admite y se decide una demanda contra lo convenido en la conciliacion, se infringe el art. 218 de la ley (S. 10 Noviembre 1860); y por el contrario, la sentencia dictada en consonancia con lo convenido en dicho acto, no es opuesta á la ley 15, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, referente al valor del segundo juicio en contra del primero. S. 20 Mayo 1864.

En negocios anteriores á la Ley de Enjuiciamiento, se ha suscitado alguna vez la cuestion, de si el juez de paz podia llevar á efecto la providencia que entónces se dictaba en el juicio de conciliacion, cuando las partes no se aquietaban con ella; sobre lo cual se declaró, que dicho juez sólo podia llevar á efecto las providencias dictadas en aquel juicio, cuando los interesados esta-

ban con ellas conformes ántes de terminar el acto. S. 6 Marzo 1858.

Acerca de la ejecucion de lo convenido en el mismo, se ha cuestionado sobre si es permitido algun recurso contra las providencias que tengan ese objeto; y se ha dictado una decision, en términos negativos (S. 31 Enero 1863); fundada en el párrafo 5.º, art. 919 de la Ley de Enjuiciamiento; la cual no puede á nuestro juicio, servir de norma de jurisprudencia, porque el artículo 220 de la misma ley, permite la apelacion para ante el juzgado de primera instancia.

Si llegare á haber avenencia en el acto de conciliacion, y contra ella no se propusiere ningun recurso, el juez de paz ante quien se haya celebrado aquel, es el competente para llevar á efecto lo convenido. S. 6 Julio 1868.

Respecto á si el acto conciliatorio equivale á la citacion en juicio, diremos lo oportuno en el capítulo 5.º del presente título.

#### CAPÍTULO IV.

##### *De la manera de formular los escritos, de sus requisitos y presentacion.*

La claridad y sencillez, tan recomendables en las obras de la inteligencia, son muy necesarias en los asuntos judiciales para facilitar la discusion. Pero es necesario ademas que en los escritos, se llenen las prescripciones de la ley acerca de su fondo y de su forma, porque de otro modo, se expondría el que los redactase á que no fueran admitidos ó fuesen impugnados. Sin embargo, para que un escrito pueda considerarse como fundamento de un recurso en cuanto á su forma, es indispensable que la omision que en él se encuentre, sea de las previstas en la ley, ó tal su oscuridad ó ambigüedad, que no se comprenda lo que en el mismo quiere decirse. Esta buena doctrina que coarta, hasta donde es posible, las dilaciones indebidas á que pudieran dar lugar recursos capciosos, está confirmada por S. 23 Febrero 1863, en que se declara, que las meras incorrecciones de len-

guaje, que no alteran la esencia, ni oscurecen el sentido de un escrito, no tienen tal importancia, que pueda hacerse consistir en ellas la infracción de un precepto legal.

En cuanto á la entrega de los escritos en los tribunales, siendo este, como lo es, un acto de la mayor trascendencia, natural es que deba hacerse con todas las formalidades que las leyes y la práctica requieren, y por lo tanto, un escrito dirigido á un juez en carta particular, no produce efecto ni tiene eficacia legal en juicio. S. 17 Febrero 1862.

Ha sido objeto de discusión, si el proveer el juez de primera instancia sobre un escrito sin firma de letrado puede considerarse como causa de nulidad. Sabido es que por el art. 19 de la ley de Enjuiciamiento se previene, que no pueda providenciarse sobre ninguna solicitud que se aduzca ante cualquier tribunal ó juzgado, sin que lleve la firma de un letrado hábil para funcionar en su respectivo territorio, á no ser que dicha solicitud haga relación á alguno de los actos y juicios exceptuados en el mismo artículo. No cabe duda, por tanto, de que el proveer sobre solicitudes referentes á asuntos no exceptuados, y que no lleven firma de letrado, es un acto ilegal, que ocasiona un vicio en el procedimiento; pero como este vicio no es de los comprendidos en los casos del art. 1013 de la misma ley, tampoco puede ser motivo de nulidad. S. 11 Setiembre 1857.

Aunque las doctrinas de que va hecho mérito son de poca importancia, no hemos querido dejarlas en olvido, por si alguna vez pueden tener aplicación á los casos que en lo sucesivo ocurran.

## CAPÍTULO V.

### *De la citacion y emplazamiento.*

El emplazamiento y la citacion son actos tan esenciales en los juicios, como que su omision, en ciertos casos, anula los procedimientos é invalida los fallos que en ellos recaen; porque la razon dicta que la discusión jurídica para la defensa de los respec-

tivos derechos y las resoluciones de los litigios, se verifiquen siempre con pleno conocimiento de los que en estos actos tienen interés: lo contrario seria altamente injusto, pues podrian concederse ó negarse derechos, sin conocimiento ni audiencia de aquellos á quienes pertenece defenderlos ó impugnarlos.

Por esta razon, presentada una demanda formulada con claridad y acomodada á las reglas prescritas, debe el juez segun el art. 227 de la Ley de Enjuiciamiento, al mismo tiempo que admitirla y conferir traslado de ella á la persona contra quien se dirige, mandar que se emplace á ésta, para que dentro de nueve dias improrogables comparezca á contestar. Son, pues, el emplazamiento y la citacion de la parte ó partes interesadas, fórmulas de las más esenciales de los juicios, hasta el punto de viciar su defecto todo procedimiento judicial (S. 16 Marzo 1864). De tan absoluta necesidad son estos trámites, que es nula la sentencia dictada sin haberse emplazado á los demandados, cuando su domicilio es cierto y conocido, puesto que infringe el principio inconcuso de derecho, de que nadie puede ser condenado sin haber sido préviamente citado y vencido en juicio (S. 12 Noviembre 1866). Por esta razon, demandada una testamentaria, deben ser necesariamente citados y emplazados en el juicio, el heredero y legitimo representante de la misma. S. 16 Marzo 1864.

Este principio general tiene, sin embargo, alguna excepcion. Hay defectos graves que pueden subsanarse; y si bien la falta del emplazamiento y citacion, como acabamos de decir, son defectos capitales en los juicios, se pueden excusar cuando el interesado se presenta espontáneamente y es oido en justicia. S. 21 Setiembre 1861, y 18 Setiembre 1867.

El interés particular de los litigantes ha creido encontrar no pocas veces la salvacion de sus pretensiones denegadas, suscitando cuestiones sobre la validez ó nulidad de los emplazamientos, siendo una de ellas la de si son ó no válidos estos y las notificaciones que se hacen al procurador dimisionario, cuando aun no consta judicialmente que su desistimiento se ha hecho saber al poderdante; lo cual, como puede suponerse, se ha decidido afirmativamente. S. 20 Diciembre 1859.

Asimismo cuando hay nombrado defensor judicial, es legitima su citacion y son válidas las diligencias que con él se entienden. S. 5 Enero 1859.

Conocidos son de todos, los medios ordinarios de hacerse los emplazamientos y citaciones; mas como se haya puesto en duda si seria válida la hecha por hombres buenos á falta de escribano, el Tribunal Supremo ha declarado, que puede hacerse de este modo, y que la así hecha no produce nulidad, mientras no se pruebe que habia escribano público á quien encomendar su ejecucion. S. 13 Octubre 1864.

Ademas de estas cuestiones sobre la validez de dichas diligencias, se han llevado al Tribunal Supremo otras sobre su necesidad y la nulidad que su falta produce. Respecto del primero de estos puntos declara la S. de 12 Octubre 1860, que no es necesaria en los incidentes la citacion de las partes al llamar los autos á la vista, sino cuando ha mediado prueba. En cuanto al segundo, se ha discutido si la falta de citacion para inspeccion judicial produce nulidad; habiéndolo resuelto negativamente el Tribunal Supremo, fundándose en que dicha diligencia no tiene el carácter de probatoria (S. 19 Noviembre 1859). Tambien se ha decidido, que en una vista ocular no hay falta de prueba que pueda producir indefension, cuando se cita previamente á los procuradores de las partes (S. 20 Mayo 1862); y que la falta de emplazamiento á que aluden los párrafos 1.º, 3.º y 5.º de la real cédula de 30 de Enero de 1855, que puede producir nulidad, se refiere á las personas que son parte en el juicio; pero no á los que no habiendo litigado, tienen siempre su derecho á salvo y no pueden ser perjudicados por la sentencia (S. 8 Octubre 1863). Por razon contraria se ha declarado tambien, que puede haber nulidad, no citándose á las personas á quien hayan de perjudicar los compulsorios que se libren para llevar al juicio. S. 13 Setiembre 1859.

Háse cuestionado asimismo sobre si el trámite del emplazamiento, no prescrito por la Ley de Enjuiciamiento civil, en los expedientes de jurisdiccion voluntaria sobre prestacion de alimentos, es ó no de necesidad; punto acerca del cual se ha decla-

rado, en conformidad con la ley, que no es necesario dicho trámite. S. 20 Noviembre 1867.

Por último, está también fuera de duda que uno de los efectos de la citación, según la ley 13, tít. VII, P. 3.<sup>a</sup>, es el de anular la enagenación de la cosa objeto de la demanda, cuando el emplazado la enajena después del emplazamiento; y que, según las leyes de buena interpretación, no puede negarse hoy al juicio de conciliación seguido de la demanda el efecto que la ley de Partida atribuía á la citación, cuando aquel acto no se hallaba establecido. S. 30 Junio 1854.

Bastan estas breves observaciones para dar alguna idea de las doctrinas más autorizadas acerca de la citación y emplazamiento en los juicios.

## CAPÍTULO VI.

### *De las notificaciones.*

La Ley de Enjuiciamiento civil, que en sus arts. 21, 22 y 23, dispone el modo y forma de hacer las notificaciones, para que no adolezcan del vicio de nulidad, prescribe también en el 24, que las que no se hicieren con sujeción á las citadas disposiciones, se considerarán nulas, imponiendo al escribano la multa correspondiente y la obligación de responder de cuantos gastos y perjuicios se hayan ocasionado por su culpa; mas á pesar de esto, no se declaran de una manera terminante las consecuencias de la falta de notificación de un proveído cualquiera. No podían ser dudosas, sin embargo, porque señalada en la misma ley la pena de nulidad para las notificaciones que no estuviesen ajustadas á sus reglas, era consiguiente que las no hechas, no surtiesen efectos de ningún género. Así, pues, cuando elevada la cuestión al Tribunal Supremo, ha habido necesidad de resolverla, se ha declarado, que las providencias que no se notifican, no obligan á las partes. S. 15 Enero 1867.

Otra cuestión se ha debatido también acerca de las notificaciones. Tratábase de obtenerse declaración de nulidad de una

notificacion hecha con anterioridad al año 1837, porque no contenia á su pie la firma de la persona á quien habia de obligar. Sabido es que la ley de dicho año, así como la de Enjuiciamiento civil en su art. 22, exigen bajo pena de nulidad, que aquel requisito se llene en las notificaciones, ya firmando la persona á quien deben hacerse, ya otras que las mismas leyes determinan, ó ya un testigo á ruego; mas como la notificacion de que vamos tratando, no caia bajo el dominio de estas leyes, por haberse verificado con anterioridad á la de 1837, y como en la época en que se hizo, la práctica generalmente admitida era que no se firmasen; el Tribunal Supremo, despues de haberlo consignado así, declaró válida la notificacion, atendiendo á que de lo contrario se daria fuerza retroactiva á leyes que no la tienen. S. 30 Octubre 1865.

Esto es lo poco que ha establecido la jurisprudencia acerca de notificaciones.

## CAPÍTULO VII.

### *De los dias hábiles para las actuaciones.*

Aunque recopiladas en pocos artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil las doctrinas que son objeto de este capítulo, no por eso dejan de ser de importancia; porque importante es, y mucho, en el presente estado de nuestra legislacion, cuanto refiere á los dias hábiles para la ejecucion de las actuaciones judiciales, pues el faltarse á los preceptos legales que rigen sobre este punto, puede envolver el vicio de nulidad, ú ocasionar la caducidad de un derecho y por consecuencia, la pérdida de grandes intereses. Dicha ley en su art. 8.º prescribe que todas las actuaciones han de verificarse en dias y horas hábiles, bajo pena de nulidad; el 9.º define estos, diciendo que son todos los del año, ménos los domingos, fiestas enteras religiosas ó civiles, y los en que esté mandado ó se mandare que vaquen los tribunales; y el art. 10 prescribe, que se entiendan horas hábiles las que median desde la salida hasta la puesta del sol. Conforme á estos precep-

tos se ha consignado la doctrina, de que no son computables para las actuaciones judiciales los días en que los tribunales vaquen; (S. 8 Abril 1861); aunque debiendo entenderse, que estas vacaciones han de tener su origen en disposicion expresa, y ademas que no pueden considerarse al efecto como verdaderas vacaciones las del estío, porque durante este tiempo están los tribunales abiertos, y autorizados para actuar judicialmente S. 17 Junio 1868.

Al ver esta declaracion terminante, no era de esperar que se cuestionase sobre si son, ó no, días hábiles, aquellos en que accidentalmente están cerrados los tribunales para el arreglo mecánico de sus estrados; pero no ha faltado quien sostenga que estos días deben considerarse como de vacaciones para el efecto de las actuaciones judiciales. Sin embargo, no ha llegado afortunadamente á prevalecer una opinion tan destituida de fundamento, ni tampoco ha sido necesario que acerca de ella haya tenido que decidir el Tribunal Supremo.

Fundándose en el citado art. 10, se cuestionó una vez si ciertas actuaciones ejecutadas en horas hábiles, es decir, de sol á sol, pero firmadas con luz artificial, debian considerarse como válidas, y se resolvió que lo son, alegándose como razon la de que los actos válidos no se inutilizan, aunque sobrevenga algun accidente que en su tiempo hubiera impedido la celebracion de los mismos. S. 19 Abril 1865.

## CAPÍTULO VIII.

### *De los términos judiciales.*

Las doctrinas expuestas en el anterior capítulo, sobre días hábiles é inhábiles, tienen inmediata aplicacion y son de bastante trascendencia en la materia objeto del presente. Sabido es que, segun el art. 25 de la Ley de Enjuiciamiento, los términos empiezan á correr el día siguiente al en que se hubiese hecho el emplazamiento, citacion ó notificacion; debiendo contarse en ellos el del vencimiento, pero sin incluirse en este cómputo, segun el art. 26, los días en que no pueden tener lugar actuaciones judi-

ciales. Consiguientemente á estos principios, se ha declarado (en S. 16 Enero 1864), que no deben incluirse en los plazos los dias festivos; y que (S. 16 Noviembre 1860, y 12 Diciembre 1861) aquellos empiezan á correr desde el dia siguiente al en que se hubiese hecho el emplazamiento, citacion ó notificacion, excluyendo los inhábiles y contando el del vencimiento; y añadióse, que debe entenderse por dia natural, el espacio de tiempo que media de doce á doce de la noche. Tambien se ha declarado sobre este particular (S. 17 Junio 1858), que, si bien el art. 26 prescribe que en ningun término se cuenten los dias en que no pueden tener lugar actuaciones judiciales, este precepto sólo se refiere á los dias de fiesta religiosa ó civil en que se cierran los tribunales por disposicion expresa. Pero el precepto general de dicho artículo no es aplicable al plazo en que deben dar los jueces avenidores su laudo compromisario, pues este corre de momento á momento, como todos lo convencionales, sin exclusion de los dias feriados. S. 6 Marzo 1865.

Se ha debatido una vez la cuestion, de si cuando en un escrito ó recurso se expresa clara y formalmente su objeto, es eficaz para utilizar los términos hábiles, aunque contenga alguna equivocacion incidental y subsanable, acerca de lo cual la equidad exigia que lo accesorio cediese siempre á lo principal; y como el término en realidad está interrumpido desde que dentro de él se deduce alguna pretension, que no tenga un vicio legal incorregible, la decision ha sido, como era de esperar, afirmativa (S. 5 Junio 1867). La presentacion en juicio de todos los escritos debe hacerse en el término respectivamente señalado por la ley. Cuando tiene lugar en el mismo dia en que se han entregado los autos, no puede decirse que se ha hecho fuera del plazo debido. S. 9 Julio 1868.

Otras dos decisiones completan en esta materia la série de doctrinas que conviene tener presente. La primera viene á llenar un vacío que se notaba en la Ley de Enjuiciamiento civil. Ocupase ésta (arts. 27 al 32 inclusive) de los términos prorogables y de los improrogables, de las prórogas, de su concesion, y de los efectos del trascurso de los términos; pero no previene el caso de

que se reclame contra un término prorogable, despues haber transcurrido; y este punto ha sido objeto de decision por parte del Tribunal Supremo, declarándose, que dicho término, transcurrido sin haberse pedido próroga, debe considerarse como improrogable (S. 10 Diciembre 1864). La segunda de dichas decisiones (8 Enero 1862) resuelve tambien, como improrogable, de conformidad con el art. 30 en su párrafo 8.º, el término señalado en el 1022 para interponer el recurso de casacion, el cual ni aun por via de restitution puede abrirse.

No debe sin embargo olvidarse que habiendo prevenido la real órden de 23 de Junio de 1858, que las salas extraordinarias de vacaciones sólo actúen en los negocios indicados en la misma, ha podido sostenerse que durante ese período no corre el término para interponer el recurso á que nos referiamos, pues no podria ni aun darse cuenta de él S. 1.º Junio 1859.

## CAPÍTULO IX.

### *De los defectos de sustanciacion.*

Cuando los procedimientos no se arreglan á lo prevenido en las leyes, pueden adolecer de defectos que, por su mayor ó menor gravedad, deben considerarse, ya como meras faltas que no traen graves consecuencias á las partes, ya como excesos ú omisiones, de tal importancia, que llevan consigo la nulidad de lo actuado. Esto último, que como puede comprenderse, afecta en alto grado á los intereses de los litigantes, sólo debe tener lugar en los casos que la ley prescribe; porque de otro modo se llevaria á los juicios la inestabilidad y la confusion que tanto perjudican en toda clase de procedimientos. El art. 5.º del real decreto de 4 de Noviembre de 1838, prevenia la manera de reclamar contra los vicios de la sustanciacion, prescribiendo que las acciones á que pudieran dar lugar, habian de aducirse en tiempo y forma: doctrina confirmada por el Tribunal Supremo (S. 8 Julio 1841); y ninguna otra declaracion vino á ilustrar esta materia, hasta despues de haberse publicado la Ley de Enjuiciamiento,

promulgada la cual, se trabó discusion sobre el tiempo en que debia reclamarse contra los vicios del procedimiento que pudieran inducir nulidad; y se declaró, que por lo que hace á esta clase de defectos, puede entablarse reclamacion en cualquier tiempo. S. 16 Octubre 1858.

Las breves observaciones que preceden son las únicas que ahora podemos anticipar, para dar una idea de las diferentes clases de vicios que afectan á los procedimientos y del modo de subsanarlos; sin perjuicio de tratar más extensamente de este punto, cuando en el último libro, IV de esta segunda parte, nos ocupemos de los motivos de nulidad por defectos en la sustanciacion de los juicios, ó sea del recurso de casacion en la forma.

## CAPÍTULO X.

### *De la cuantía de la cosa litigiosa.*

Tiene en los pleitos alguna importancia la fijacion de su cuantía, porque segun ella, debe ser la tramitacion del juicio. La ley sólo ha tratado de este punto al hablar de los verbales y de menor cuantía; pero la jurisprudencia con sus explicaciones ha llenado el vacío que en aquella se nota, sentando algunas doctrinas de que brevemente nos ocuparemos en este lugar.

Antes de la Ley de Enjuiciamiento civil regia el art. 67 del reglamento provisional, que establecia la procedencia del recurso de súplica, cuando la cuantía de la cosa litigiosa excedia de 20.000 reales; y con motivo de una duda sobre la aplicacion de este artículo, declaró el Tribunal Supremo (S. 9 Diciembre 1856), que para saber si es ó no admisible dicho recurso, bastaba atenerse á lo que resultase de autos, cuando no se hubiese hecho prueba sobre este extremo.

Segun lo establecido en los arts. 1133 y 1135 de la misma Ley de Enjuiciamiento, toda cuestion litigiosa, cuyo interés no exceda de 3.000 rs., debe decidirse en juicio de menor cuantía; y si las partes no están conformes acerca del valor de la cosa que se disputa, corresponde al juez fijarlo, prévia audiencia verbal de

las mismas, determinando en su consecuencia la clase de juicio que haya de seguirse, contra cuyo fallo no es admisible la apelacion; y este mismo precepto legal lo vemos reiterado en S. 9 Mayo 1867.

La misma atribucion compete á los tribunales para apreciar la entidad del objeto que se demanda; y la apreciacion que de ella hagan es siempre legitima, mientras no se pruebe que al verificarla han cometido infraccion de ley ó doctrina (S. 20 Febrero 1866). Además, con objeto de saber á lo que ha de atenderse para fijar el valor de la cosa litigiosa, está declarado (S. 24 Marzo 1859, y 14 Marzo 1860), que no sólo debe tenerse en consideracion lo que se pide en la demanda, sino lo que en la reconvention se reclame; prescindiendo del derecho que asista á las partes, porque éste sólo puede ser apreciado por los tribunales despues de dilucidada la cuestion en el curso del pleito.

Pero cuando se trata del derecho á una pension, no debe computarse la cuantía solamente por la de las pensiones vencidas, sino por las que en adelante se devenguen (S. 14 Febrero 1848); y por el contrario, el importe de las costas, cuando hay condenacion de ellas, no debe tomarse en cuenta para aumentar el valor de la cosa litigiosa. S. 20 Marzo 1858.

Por último, cuando en una misma sentencia se deciden dos cuestiones, si consentida aquella respecto de una, se interpone despues recurso respecto de la otra, debe atenderse á la cuantía de ésta únicamente, y no á la de las dos acumuladas, para deducir si procede ó no la admision de dicho recurso. S. 27 Marzo 1857.

## CAPÍTULO XI.

### *De la acumulacion.*

Es regla general en materia de procedimientos, que cada jurisdiccion debe conocer de los asuntos que le correspondan, segun la naturaleza de ellos ó la calidad de las personas, á no ser que concurra alguna causa justa que persuada la conveniencia de

la acumulacion de las actuaciones judiciales. Por este motivo se ha declarado, que la acumulacion de autos no puede tener lugar, cuando se trata de hechos entre los cuales no existe conexion alguna (S. 9 Mayo 1864); doctrina que aplicada á un caso concreto, dió lugar á la decision de 5 Marzo 1866, por la que se declaró que no son cuestiones acumulables las de defectos de unas cuentas y particiones, nulidad de una escritura y declaracion de que un heredero ha perdido la herencia por suponerse haber faltado á una condicion; y que al declararse por la sala haber lugar al artículo de incontestacion por este defecto de la demanda, no se infringe el art. 157 en su regla 5.ª, ni el 158 en las 4.ª y 6.ª de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Mas como los litigantes podrian estar molestando continuamente á los jueces y tribunales con infundadas pretensiones de acumulacion, la ley, previsoramente, marcó fijamente las causas, por las cuales debe decretarse. No es nuestro ánimo tratar aqui de ellas, porque decididos, como lo venimos practicando, á no ocuparnos más que de las doctrinas de jurisprudencia que en vano se buscarian entre las disposiciones legales, omitimos todo aquello que no haya sido objeto de controversia jurídica, resuelta por el Tribunal Supremo. Por lo tanto, sólo diremos respecto de los motivos que pueden originar la acumulacion, que para la unidad de acciones bajo un sólo orden de procedimientos, es necesario que haya, entre otros requisitos, unidad é identidad en la cosa litigiosa. Esta doctrina, consignada en S. 27 Marzo 1857, es la única, al ménos que sepamos, que se ha dictado sobre el particular.

Conocida es la tramitacion que debe darse á las solicitudes de acumulacion de autos, así como, que declarada ésta procedente, el pleito más moderno ha de acumularse al más antiguo; salvo el caso de juicio universal, en el que la acumulacion se ha de hacer siempre á este, segun el art. 163 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Este precepto ha recibido en la práctica su complemento, declarándose en S. de 20 de Octubre de 1862, que segun el art. 523 de dicha ley, los pleitos terminados por sentencia ejecutoria, no están comprendidos entre los acumulables al

juicio universal de concurso; y ademas en otra S. de 20 de Agosto de 1868, que para que pueda tener lugar la acumulacion, es necesario que los pleitos se *hallen pendientes* al acordarse la declaracion de dicho concurso; doctrina en un todo conforme con la S. de 14 de Junio de 1866, en que se declaró que las cuestiones de competencia y acumulacion no pueden tener lugar en *pleitos acabados*.

La disposicion del art. 163 de la Ley de Enjuiciamiento de que llevamos hecho mérito, debe tener inmediata aplicacion, cuando existen ademas del juicio universal de acreedores, uno ó varios pleitos ejecutivos que se estén siguiendo contra el concursado, todos los cuales son acumulables segun lo prescrito en el art. 523; aunque conviene no confundir en este caso las diligencias dirigidas al cumplimiento de una ejecutoria con el verdadero juicio ejecutivo, y tener presente que aquellas no son acumulables (S. 6 Setiembre 1864). Mas en cuanto á si está ó no pendiente dicho juicio, conviene observar que algunas veces se ha sostenido, que los pleitos ejecutivos son acumulables despues de dictada la sentencia de remate, y otras veces se ha pretendido que sentenciados, no pueden ya ser acumulables; y que el mismo Tribunal Supremo ha contribuido en cierto modo á que ambas opiniones hayan podido sustentarse, no porque entre las numerosas decisiones dictadas sobre la materia pueda advertirse contradiccion, sino por no haber estado tan claro y explícito en una de ellas, que evite todo motivo de duda. Nosotros, pues, creyéndonos obligados á aclarar este punto, nos detendremos algun tanto en su exámen y en la exposicion de las doctrinas y sentencias que al mismo se refieren.

La cuestion que á tantas controversias ha dado lugar, y que tantas veces ha ocupado al Tribunal Supremo, puede concretarse y reducirse á los siguientes términos; á saber: si los juicios ejecutivos se terminan por la sentencia de remate; porque, sabido es, y ya lo hemos dicho anteriormente, que si se concluyen con ella y se consideran como fenecidos, no puede tener lugar la acumulacion, la cual sólo procede en los pleitos pendientes.

Con objeto de que, en este exámen, se siga un órden lógico,

vamos á hacernos cargo, primeramente, de la única decision en que se han fundado, los que sostienen, que los juicios ejecutivos no se terminan con la sentencia de remate, y que, por consiguiente, deben acumularse al juicio universal de concurso de acreedores, aun despues que aquella se haya dictado. Declárase por la expresada sentencia (24 Diciembre 1861), que no debe admitirse el recurso de casacion, cuando la providencia, contra la cual se interpone, ha sido dictada en un juicio ejecutivo; ya *porque no se ultima por la sentencia de remate*, siéndole inherentes los trámites sucesivos, hasta realizarse el pago, los cuales forman su complemento, ya porque en los juicios ejecutivos no se da el recurso de casacion en el fondo, segun lo establecido en el art. 1014 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Despues de la lectura de esta sentencia, en la cual, por más que sea incidentalmente, se consigna que el *juicio ejecutivo no se ultima con la sentencia de remate* por serle inherentes los trámites sucesivos hasta realizarse el pago, la cuestion á primera vista parece resuelta sin que quepa duda de que, no terminándose el juicio ejecutivo por la sentencia de remate, y no pudiéndose por tanto considerar como acabado, debe acumularse al juicio universal de concurso de acreedores tan pronto como así se pida; pero si nos fijamos más detenidamente en el análisis de dicha sentencia, nos convenceremos de que con sólo ella no podemos dar la cuestion por terminada y resuelta como á primera vista aparece.

Observamos en primer lugar que no se aborda la cuestion de una manera especial y directa, sino que las palabras de que nos ocupamos están consignadas incidentalmente, como una de las varias razones, y no la más poderosa por cierto, de las que militaban contra la admision del recurso de casacion; y segundo, que aun cuando las tomáramos tal como suenan, y las recibiésemos como aplicables á la cuestion presente, no pueden servir de fundamento para una resolucion afirmativa. En cuanto al primero de estos puntos, sabido es que las sentencias del Tribunal Supremo, para que puedan considerarse como doctrinas de jurisprudencia, cuya infraccion dé lugar al recurso de casacion, es necesario que estén dictadas en *casos idénticos*, esto es, que el

punto sobre que gira la controversia, sea sustancialmente el mismo, no pudiendo alegarse con éxito, como fundamento de dicho recurso, la infraccion de alguna frase accidental, que, aunque en cierto modo relacionada con la cuestion que es el objeto directo del fallo, no tenga por sí sola una influencia decisiva en la contienda.

Lo que habia de resolverse por la sentencia de 24 de Diciembre de 1861, lo que en aquel pleito se habia discutido, era si procedia ó no en los juicios ejecutivos el recurso de casacion, mas no si los juicios ejecutivos en que se habia dictado ya sentencia de remate eran acumulables á los de concurso. Y la jurisprudencia, lo que sentó es, que no procede el recurso de casacion en el fondo en los juicios ejecutivos, con arreglo al art. 1014 de la Ley de Enjuiciamiento civil: todo lo demas es incidental y accesorio, y no hay, identidad, ni aun siquiera paridad ó analogía entre una y otra cuestion: de suerte que las doctrinas aplicadas á la resolucion de la primera, no deben aplicarse á la de la segunda; mucho ménos siéndolo de la manera incidental que hemos observado.

Dijimos anteriormente que, aun cuando prescindieramos de las razones que llevamos expuestas, y considerásemos como aplicables las palabras de que hemos hecho mérito á la cuestion presente, no podrian ser fundamento bastante para una decision afirmativa. En efecto, en la sentencia se consignó, que los pleitos ejecutivos no se acaban por la sentencia de remate, porque les son inherentes los trámites sucesivos hasta realizarse el pago, formando su complemento, mas ¿puede deducirse de aquí que para los efectos de la acumulacion no deba considerarse el litigio como terminado desde el momento que aquella se dictó? De ninguna manera. El procedimiento ejecutivo, es cierto, no se concluye con la sentencia de remate, porque, siendo su único fin la satisfaccion del acreedor con el pago de la deuda, de nada serviria si, al dictarse la sentencia de remate, se considerase terminado. Obsérvese bien lo que quiere decir esta palabra: repárese en que terminar es llevar á cabo la última operacion que hay que hacer en una cosa, y si en el procedimiento ejecutivo la última y prin-

principal cosa que debe hacerse es pagar al acreedor, claro es que no puede considerarse fenecido desde que se dictó la sentencia de remate. Bajo este aspecto considerada la cuestion, la sentencia del Tribunal Supremo se halla fundada en sanos principios, siendo justa tambien la resolucion que contiene; mas de que el procedimiento ejecutivo no se termine (en la acepcion que debe darse á esta palabra) por la sentencia de remate, ¿deberá deducirse que el pleito no está acabado para la acumulacion, desde el momento en que aquella se dicta? En todo juicio son de distinguir dos cosas: el juzgar, y el ejecutar lo juzgado. Con la sentencia termina lo primero, que es el juicio propiamente dicho, y comienza lo segundo, que es la necesaria consecuencia de lo primero. Así, pues, la sentencia de remate es, en los juicios ejecutivos, lo que la definitiva en los ordinarios: ni unos ni otros terminan en el estricto y riguroso sentido de la palabra, con las respectivos sentencias, porque despues de éstas viene la ejecucion, sin la cual, se inutilizaria ó se haria estéril todo lo actuado, y de nada servirian los tribunales; mas si en el rigor gramatical no puede decirse que unos y otros juicios *se terminan* con las sentencias respectivas, no es ménos cierto que la discusion, la controversia jurídica, el verdadero juicio, concluye desde que se dicta la sentencia que se consintió; y bajo este concepto, puede decirse que, si el juicio ordinario *termina* con la definitiva, el ejecutivo *concluye* tambien con la de remate.

Despues de lo expuesto no creemos pueda haber duda sobre la solucion que debe darse á la cuestion de que nos ocupamos; pero fieles al órden y método que nos propusimos al principio, con el fin de demostrar aun más lo que para nosotros es evidente, despues de haber analizado las razones en que se fundan los sostenedores de la opinion contraria á nuestras doctrinas, vamos á exponer con la brevedad posible las decisiones que vienen á darles un apoyo incontrastable.

La sentencia de 14 de Junio de 1866 declara que segun el artículo 236 de la Ley de Enjuiciamiento, para que el juicio universal de quiebra atraiga á si los procedimientos ejecutivos con-

tra el quebrado, es necesario que estos hayan sido promovidos ó que se *hallen pendientes* despues de haberse proveido el auto de declaracion de quiebra; y aunque despues de lo que llevamos dicho no creemos que pueda haber discusion sobre la inteligencia que debe darse á las palabras *hallarse pendientes*, la sentencia de 11 Setiembre 1861 viene á disipar toda duda, al declarar que *no procede* la acumulacion en los juicios ejecutivos, cuando se ha dictado ya sentencia de remate porque *deben considerarse terminados para este efecto*.

Buena prueba nos ofrece tambien de la exactitud de cuanto anteriormente dijimos, al comparar el estado de un juicio ejecutivo sentenciado de remate, con el que tiene un juicio ordinario despues de la sentencia definitiva, la decision de 6 de Febrero de 1864, declarando, que no procede la acumulacion al juicio universal de acreedores de las diligencias practicadas para el cumplimiento de una sentencia ejecutoria.

Resta, por último, para terminar cuanto se refiere á la cuestion de que venimos tratando, que digamos algunas palabras sobre la fuerza de la sentencia en que se deniega la acumulacion de autos ejecutivos, terminados ya por sentencia de remate, á los de un juicio universal de concurso voluntario. Varias han sido las controversias sustentadas sobre este punto ante el mismo Tribunal Supremo; pero á todas ellas puso término la decision de 11 Octubre 1866, por la que se declaró, que la sentencia en que se decreta no haber lugar á que unos autos ejecutivos *terminados* ya por sentencia de remate, se acumulasen á los de un juicio universal de concurso voluntario de acreedores, no termina, ni imposibilita su seguimiento, porque los interesados pueden hacer uso en el mismo juicio de las acciones y derechos que les corresponden. Como se ve, esta sentencia viene tambien en apoyo de lo sentado en anteriores párrafos al usar de la frase «terminados ya por sentencia de remate.»

Respecto á los juicios de concurso, sólo son acumulables á ellos, con arreglo al art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento, los pleitos ejecutivos pendientes en otros juzgados contra el deudor (S. 20 Diciembre 1859); mas no los actos de jurisdiccion volun-

taria, porque no pueden considerarse como pleitos ejecutivos, S. 31 Diciembre 1861.

En cuanto al de testamentaria no es acumulable á él, un pleito terminado por sentencia ejecutoria, pues tampoco es este de los casos comprendidos en dicho art. 523. S. 20 Octubre 1862.

Restan por exponer algunos otros en que debe denegarse la acumulacion. Nadie ignora la completa diferencia que hay entre los procedimientos ordinario y ejecutivo: nadie desconoce la diversa naturaleza de uno y otro, y es fácil, por consiguiente, comprender que la acumulacion de la via ejecutiva á la ordinaria es imposible, ya porque esterilizaria los esfuerzos y la prevision del legislador en pro de los intereses de los acreedores, ya porque no puede concebirse que dos procedimientos de tan diversa índole, como son el ordinario y el ejecutivo, puedan seguirse al mismo tiempo y sentenciarse en unos mismos autos. De aquí la imposibilidad de que tenga lugar la acumulacion de autos, cuando se trata de ambas clases de procedimientos, y da aquí tambien el que el Tribunal Supremo, reconociendo la incompatibilidad que entre unos y otros existe, haya declarado acertadamente (S. 31 Mayo 1854), que en ningun caso procede la acumulacion de la via ejecutiva á la ordinaria.

No ménos razonada se halla tambien la misma sentencia al declarar en otro considerando, que no hay litispendencia, ni procede la acumulacion, cuando no consta aun la competencia del juzgado para conocer de la primitiva demanda: que para que pueda decirse que existe verdadera litispendencia ante otro juzgado ó tribunal, es necesario que este sea competente para conocer; y que, si se ha de decretar la acumulacion de autos, es necesario que se sigan á un mismo tiempo por dos autoridades competentes.

Manifestadas ya las causas que debió tener presente el legislador para establecer la acumulacion de autos y los casos en que esta procede, ó no procede, de conformidad con los preceptos legales y doctrinas de jurisprudencia, sólo nos falta indicar la fuerza de que deben considerarse revestidas las sentencias dictadas

en este género de incidentes, sin perjuicio de lo que habremos de decir sobre este punto al tratar en el lib. IV de los recursos de casacion. No ha faltado quien, considerando como definitivas dichas sentencias, por decidir artículos, las ha estimado revestidas de la autoridad que da la cosa juzgada; así como tampoco ha dejado de haber quien, más acertadamente, haya visto en ellas providencias que, aunque decisorias de un artículo, no podían tener la fuerza ni la autoridad de la cosa juzgada, puesto que nada se juzga en ellas respecto de los derechos que en el pleito se disputan. La sentencia de 29 Noviembre 1867, declara que las ejecutorias en que se acuerda la acumulacion de autos, no deciden cuestion alguna de las que constituyen la esencia del juicio, y que por lo tanto carecen de la fuerza de la cosa juzgada, está basada por consiguiente en sólidos principios de justicia.

No ménos clara es la legalidad de la doctrina sentada en las decisiones de 14 Marzo y 4 Abril 1861, y 19 Marzo 1868. Por ellas se declara que la sentencia dada en el incidente de acumulacion de autos no recae sobre definitiva, ni pone término al juicio, ni hace imposible su continuacion; y como todo esto es necesario para que pueda ser admitido el recurso de casacion, segun el art. 1010 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la S. 21 Junio 1859, por la que se declaró que no legitima el recurso de casacion ni produce efecto alguno para legitimarlo la acumulacion de autos indebidamente acordada, se halla tambien conforme con el espíritu y la letra de las disposiciones legales.

Hemos concluido lo relativo á la acumulacion, sobre la cual ha habido tantas controversias; y creemos que con lo expuesto podrá evitarse la reproduccion de iguales cuestiones.

## CAPÍTULO XII.

### *De los embargos preventivos.*

Sabido es que el embargo preventivo se ha establecido, como un medio de evitar los abusos que pudieran cometerse, ocultan-

do los bienes, sobre que el embargo debiera recaer en su día. Pero no obstante, este embargo, que se ejecuta sin citacion ni audiencia del deudor, y sólo como medida preventiva, no puede dar al acreedor, en perjuicio de terceros interesados, ningun derecho que ántes no tuviera. S. 21 Febrero 1861.

Son ilegales dichos embargos, segun lo prevenido en el párrafo 2.º, art. 951 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando el deudor no se ausenta del pueblo subrepticia ni cautelosamente, ni consta que trate de ocultar sus bienes; y con mucha más razon lo son, en el caso de que aquel tenga en el pais arraigo bastante, para responder de la cantidad en que se le supone alcanzado. De todos modos, dicho embargo debe ponerse en conocimiento del deudor, exigiéndole que garantice su resultado. S. 21 Noviembre 1857.

Decretado y llevado á efecto un embargo de esta clase, no pueden ser subsanados los defectos de que adolezca, por la intervencion posterior de la autoridad administrativa de la provincia, la cual tampoco puede eximir de la responsabilidad contraida (S. 21 Noviembre 1857). Pero aun cuando haya sido decretado ilegalmente y contra lo dispuesto por los arts. 931 y 932 de dicha ley, nunca puede esto ser motivo de nulidad de la sentencia definitiva. S. 14 Mayo 1859.

Sabido es que puede decretarse el embargo preventivo, aunque se presente un título que no sea ejecutivo, sin el reconocimiento de la firma, con tal de que se entienda dicha diligencia por cuenta y riesgo del que lo pidiere; y en este caso, el actor queda obligado á llenar todas las condiciones y formalidades necesarias para legitimarlo, ó á sufrir, si así no lo hiciere, las consecuencias de su conducta (S. 21 Noviembre 1857), respondiendo de las expensas y perjuicios que ocasione; sin que le exima de esta responsabilidad el solicitarlo con la mejor buena fe. S. 24 Abril 1863.

Debemos todavía añadir, que aunque es un precepto legal, consignado en el art. 939 de la misma ley, el de que los embargos preventivos no ratificados dentro del término de veinte dias, que el mismo señala, quedan anulados de derecho; ha sido necesario confirmarlo en S. de 15 Octubre 1859.

Ademas, debe tenerse presente la doctrina que pasa como admitida por los tribunales, de que las providencias dictadas en expedientes sobre dichos embargos, están subordinadas al negocio principal. S. 8 Noviembre 1867.

Terminaremos estas breves observaciones añadiendo, que el citado art. 931 de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativo á los embargos de que acabamos de tratar, ha sido reformado por el decreto del Gobierno Provisional de 6 de Diciembre de 1868, del modo que puede verse en la nota que abajo insertamos: ' advertencia que creemos oportuna, para evitar los errores á que puede dar lugar el olvido de esta disposicion.

### CAPÍTULO XIII.

#### *De las recusaciones.*

Para recusar á cualquier funcionario del órden judicial, es necesario expresar clara y terminantemente la causa en que se funda la recusacion (S. 16 Mayo 1860), sin que puedan alegarse otras que las comprendidas en el art. 121 de la Ley de Enjuiciamiento; mas no siempre se ha entendido así, pues á pesar de lo explícito de la frase: «únicamente son causas legales de recusacion», que en el mismo artículo se emplea, y que da claramente á

1 Segun el art. 23 de dicho decreto, el 931 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha quedado reformado en los términos siguientes: «Para decretar el embargo preventivo es necesario:

1.º Que quien lo pida presente un título ejecutivo.

2.º Que aquel contra quien se pide se halle en uno de los casos siguientes: que sea extranjero, no naturalizado en la nacion; que aunque sea español ó extranjero naturalizado, no tenga domicilio ó bienes raices, ó un establecimiento agrícola, industrial ó mercantil en el lugar donde corresponda demandar en justicia para el pago de una deuda; que aun teniendo las circunstancias que acaban de expresarse, se haya fugado de su domicilio ó establecimiento, no dejando persona al frente de él, ó que se oculte, ó exista motivo racional para creer que ocultará ó malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores sabiendo que se procederá contra él.»

entender que no deben alegarse otras que las que estén en él consignadas; no ha faltado quien pretendiera fundarse en alguna otra, á pretexto de la mayor ó menor analogía que pudiera tener con las verdaderamente legales. En efecto, se ha sostenido, que la intervencion de un abogado, como asesor de un ayuntamiento, en un expediente gubernativo, produce incompatibilidad para conocer despues como juez en un pleito que tenga relacion con el asunto de dicho expediente; pero la decision que recayó fué negativa, como no podia ménos de serlo, si habia de estar en conformidad con la letra de la ley. S. 6 Mayo 1862.

Mas para que pueda accederse á la recusacion, no basta que se halle fundada en una causa legal y justa: es necesario ademas hacer uso de dicho recurso en el tiempo y forma que la ley previene. El desconocimiento ú olvido de sus preceptos ha dado lugar á algunas decisiones, por las cuales se declara, que la recusacion de un juez, intentada despues de citadas las partes para sentencia, lo está fuera de tiempo (S.7 Febrero 1862); y que para recusarle con arreglo á derecho, es necesario, no sólo que se haya intentado en sazon oportuna, sino que se exprese clara y determinadamente la causa de la recusacion, y que se autorice el escrito con firma de letrado y con la del interesado si se halla presente. De lo contrario debe desestimarse, y no puede tenerse por intentada en tiempo y forma, para los efectos de la causa 8.<sup>a</sup> del art. 1015 de la Ley de Enjuiciamiento civil. S. 16 Mayo 1860, y 7 Febrero 1862.

La sentencia de 13 de Abril de 1860 vino tambien á aclarar la duda que se suscitó, sobre la inteligencia del art. 153 de la ley, que previene lo que se ha de hacer en el caso de que sea otorgada la recusacion; mas como la cuestion que se discutia en el pleito á que aquella puso término, no provenia de que la recusacion hubiese sido otorgada, se declaró en ella, que el citado art. 153 no es aplicable al caso en que el juez de primera instancia se abstiene de conocer, ni se infringe porque en tal caso le sustituya el juez de paz; pues dicha disposicion se limita al de haber sido otorgada la recusacion, lo cual no se verifica cuando

ésta no se ha propuesto, mayormente si no es posible que se proponga á causa de la naturaleza del juicio.

Por último, es sabido que el art. 140 de la Ley de Enjuiciamiento concede á los litigantes el derecho de recusar sin causa á los subalternos de todos los tribunales; estableciendo el 142, que cuando la recusacion se haga de este modo, se entienda sin perjuicio de los derechos que al recusado correspondan, los cuales deberán ser pagados íntegramente por el recusante, además de la parte que pudiera corresponderle de los que haya devengado el sucesor; y el 143 que ningun litigante pueda hacer más de dos recusaciones sin causa. Suscitada controversia, sobre si la obligacion de abonar los derechos correspondientes se extendia lo mismo al primero que al segundo recusado, se dictó sentencia (en 6 Octubre 1859), en la cual, al mismo tiempo que se fijó de un modo terminante y explícito la inteligencia que debe darse á dichos artículos, se manifestaron las razones que debió tener presentes el legislador al formular aquellos preceptos. Indicóse, en efecto, que al declarar el art. 142 de la Ley que la recusacion de un subalterno, cuando se hace sin causa, se entienda sin perjuicio de sus derechos, no distingue entre el primero y segundo de los dos que pueden ser recusados de aquel modo, ni entre el llamado originario y el que le sustituye por consecuencia de la recusacion: que el pago de derechos á los funcionarios recusados sin causa, es una indemnizacion, así de las utilidades de que se les priva, como de la nota de desconfianza que la recusacion les imprime: que es al mismo tiempo un freno al capricho ó caviliosidad de los litigantes, supuesto que, cuando hay motivos fundados ó legales para la recusacion, la ley la autoriza sin el menor gravámen del que la intenta; y por último, que, como las razones expuestas militan lo mismo en favor del primero que del segundo recusado, era indudable que la obligacion constituida por la ley respecto del uno se extendia tambien al otro.

### TÍTULO III.

#### *De la prueba.*

---

#### CAPÍTULO PRIMERO.

##### *Doctrinas generales acerca de la prueba.*

Si hubiéramos de seguir el orden que se observa en la Ley de Enjuiciamiento, dejaríamos esta materia para tratarla en uno de los capítulos que habremos de dedicar al juicio ordinario: mas como la prueba puede ser aplicable no sólo á aquel, sino tambien á todos los demas procedimientos, nos ha parecido mejor método el de colocar esta exposicion en el presente título, donde se encuentran las doctrinas concernientes en general á toda clase de actuaciones judiciales.

Las leyes de Partida, definieron la prueba diciendo, que es «averiguamiento que se hace en juyzio, de alguna cosa ó fecho que es dudoso;» de donde se siguen dos principios que despues ha confirmado la jurisprudencia, á saber: que la ley no puede ser objeto de probanza, sino solamente las cosas ó los hechos, y que por consiguiente no es necesario recibir á prueba un pleito, cuando las pretensiones que en él se deducen, se presentan como cuestion meramente de derecho, aun cuando una de las partes haya ofrecido prueba, condicionalmente para el caso en que se creyese necesaria (S. 24 Setiembre 1861); y que tampoco es precisa la prueba sobre todos los hechos aducidos en los autos, sino solamente sobre aquellos que sean dudosos, esto es, sobre los cuales no hubiese conformidad expresa ó tácita entre las partes. S. 30 Junio 1865.

Es la prueba un derecho que la ley concede á los que litigan y que se supone ceder en su beneficio; por lo cual les es permitido renunciarlo, si así lo creyeren conveniente; mas deben guardarse de hacerlo sin la suficiente premeditacion, porque la renuncia una vez hecha, ó implícitamente consentida, seria irrevocable: las leyes 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, tit. X, lib. XI, N. R., que á este propósito se han citado alguna vez, no autorizan la opinion contraria. S. 29 Febrero 1864.

Entiéndese renunciada tácitamente la prueba, cuando se deja trascurrir el tiempo oportuno sin pedirla (S. 25 Setiembre 1863), mayormente si se ha consentido el auto en que se manda citar á las partes para pronunciar sentencia, sin probanzas (S. 25 Octubre 1859). En semejante caso no se puede alegar nulidad por falta de prueba. S. 26 Enero 1860.

Trascurrido el plazo legal, sin que ninguna de las partes la pida, ó habiendo convenido en renunciar á ella, debe el juez mandar citar para sentencia sin probanzas; y por regla general, hecha la citacion, no puede ya admitirse prueba, ni diligencia de ningnna clase. S. 22 Febrero 1862.

Si creyeren las partes que el recibimiento á prueba conviene á su defensa, deben pedirlo por medio de *otrosí* en sus respectivos escritos de réplica y dúplica, y el juez, no estimándolo improcedente, debe decretarlo, aun cuando alguno de los interesados se oponga. Contra la providencia, recibiendo los autos á prueba, no se da recurso alguno. S. 7 Mayo 1862.

Recibido el pleito á prueba, debe el juez señalar un plazo dentro del cual sean propuestas, admitidas y practicadas aquellas diligencias que las partes creyeren convenientes á su derecho, y el juez no desestimare como improcedentes; y no puede otorgar el término extraordinario, sino solamente cuando concurren las<sup>s</sup> circunstancias que exige el art. 265 de la Ley de Enjuiciamiento (S. 7 Diciembre 1865), una de las cuales consiste en que se solicite precisamente dentro de tercero dia de la notificacion del auto de recibimiento (S. 31 Enero 1868): esta prescripcion es extensiva á la segunda instancia, y bajo tal supuesto se ha de entender el art. 868 de la citada ley. Dicha S. 31 Enero 1868.

La doctrina de ser el término probatorio comun y recíproco

para ambas partes, se halla confirmada por S. de 8 de Abril de 1861, en la que se declara, que el término extraordinario concedido en primera instancia á un litigante á petición suya, puede aprovecharlo igualmente su contrario.

El plazo probatorio puede suspenderse por justa causa; pero sólo se estima tal, con arreglo al art. 272 de la Ley de Enjuiciamiento, la imposibilidad apreciada por el juez, de ejecutar la prueba propuesta, por algun obstáculo cuya remocion no esté al alcance del que la propusiera. S. 12 Mayo 1866.

Mientras corre el término, cada parte puede solicitar la prueba que le parezca oportuna; mas no debe hacerlo de un modo vago y genérico, sino con claridad y especificacion, cual previene la ley 6.<sup>a</sup>, tít. X, lib. XI, N. R.; siendo el requisito más esencial para que la prueba pueda admitirse, que no sea impertinente y ociosa, sino por el contrario, que conduzca á dilucidar y esclarecer los hechos dudosos, é influya efectivamente en las respectivas pretensiones de las partes.

Deben los jueces rechazar de oficio las pruebas propuestas con oscuridad ó falta de especificacion, las impertinentes y las que carecen de algun otro requisito esencial que la ley prescribe; pero no creemos que esten autorizados para repudiar, por ejemplo, una diligencia abundante ó corroborativa de otras, á pretexto de que es innecesaria y redundante, porque, en nuestro sentir la sentencia de 5 de Diciembre de 1849 que usó las palabras «prueba innecesaria» no quiso decir más que lo que con mayor propiedad expresaron las de 26 de Enero de 1860 y 12 de Junio de 1868, al delarar bien denegada la prueba que, una vez practicada, no aprovecharia para la cuestion litigiosa: en una palabra, la prueba ociosa es inútil. Por esta razon la derogacion de una prueba precedente es suficiente fundamento para un recurso de nulidad (S. 25 Abril 1844); pero no así la de aquellas diligencias que el juez, dentro del círculo de sus facultades, hubiere estimado inútiles ó viciosas en sí, ó en la manera de proponerlas. S. 27 Febrero y 10 Agosto 1856.

Trascurrido el término probatorio, toda prueba que se proponga es inadmisibile y debe ser rechazada de oficio (S. 25 Se-

tiembre 1863). Este estado del pleito no permite ya que se persone en autos un tercer litigante, y por consiguiente, las reclamaciones del que en esta sazón se presentare, no pueden ventilarse sino en un nuevo juicio. S. 28 Enero 1862.

Respecto á la segunda instancia, no debe otorgarse el recibimiento á prueba, cuando esta solicitud se funda en que no pudo hacerse aquella en la primera, á causa de que la parte se hallaba entónces ausente en el lugar del juicio (S. 21 Diciembre 1860), pues para las diligencias probatorias no es necesaria la asistencia personal de los interesados, que estando ausentes, pueden delegar sus facultades en el procurador, ó en cualquiera otra persona que los represente.

Expuestas hasta aquí las doctrinas que hacen relacion á la procedencia formal de la prueba, examinaremos ahora algunas reglas concernientes á la obligacion de probar, á la apreciacion legal de lo probado y á otros puntos de no menor interés.

Por regla general, el que en juicio afirma un hecho, que cede en provecho propio y en perjuicio ageno, nada hace, si no prueba con arreglo á derecho la verdad de su afirmacion (S. 28 Junio 1852), principio en que estriba toda la razon de la prueba, la cual absorbe y resume todo el interés y trascendencia del juicio.

Es un axioma de lógica que «las negaciones no se pueden probar,» el cual lo consagra el derecho en aquella regla que dice, que la obligacion de probar incumbe al que afirma un hecho ó alega tener un derecho (S. 13 Enero 1860; 21 Enero 1867, y 2 Julio 1868); siendo su corolario, que lo que no se prueba, no puede perjudicar á aquel contra quien se alega, aun cuando este nada justifique por su parte (S. 9 Julio 1847; 17 Febrero y 10 Noviembre 1860, y 17 Junio 1864). Ciertó es que la obligacion de contestar parece que autoriza el dicho vulgar de que el que calla, otorga; y que los hechos conocidos en juicio; y contra los cuales, no se ha hecho oposicion en tiempo oportuno, deben tenerse por consentidos, y exentos por lo tanto de la obligacion de ser probados (S. 15 Enero 1860, y 7 Enero 1861); mas por otra parte, el poner en duda un hecho, equivale para el caso, á su negacion directa. S. 11 Febrero 1867.

Á pesar de la evidencia de las reglas que acabamos de exponer, no es nuevo en nuestros tribunales el vano y temerario empeño, de querer probar un litigante la no-existencia de un hecho conocido en autos, de otra suerte que demostrando afirmativamente la existencia de otro hecho distinto é incompatible con el primero, único método que la razon concibe, y del cual la jurisprudencia ofrece ejemplos. De tan extraña pretension tenemos uno, en el caso resuelto por sentencia de 7 de Junio de 1856, en la cual fué preciso consignar, que el no hallarse en los libros de una parroquia cierta partida de bautismo con determinados apellidos, no podia ser prueba de la no existencia de un hijo legitimo.

De todo lo dicho puede colegirse que, en la mayoría de los casos, el *onus probandi* incumbe á la parte actora ó demandante, que es la que por regla general afirma; doctrina consagrada en la ley 1.<sup>a</sup>, tit. XIV, parte 3.<sup>a</sup>, y SS. 8 Junio 1866, 18 Noviembre y 18 Diciembre 1867; sin que, en muchos casos, esté exento el demandado de semejante obligacion, segun la ley 2.<sup>a</sup> del mismo título y Partida, y S. 16 Diciembre 1859, y 13 Junio 1865.

La regla general es, pues, que «*actore non probante reus est absolvendus*;» pero hay casos de excepcion establecidos por la jurisprudencia, á saber: 1.<sup>o</sup> Cuando el demandante no tiene obligacion de probar: 2.<sup>o</sup> cuando la tiene el demandado, so pena de ser venido en juicio.

1.<sup>o</sup> Ya al comenzar este capítulo, hicimos alusion al caso en que el demandante está exento de la obligacion de probar, por no haber afirmado, esto es, por no fundar su pretension en puntos de hecho, sino meramente de derecho (S. 24 Setiembre 1861); y lo mismo acontece cuando la prueba estuviese hecha de antemano, por ser documental y haberse acompañado al escrito de demanda (S. 13 Junio 1864). Pero ademas, la citada ley 1.<sup>a</sup>, tit. XIV, P. 3.<sup>a</sup>, en el caso que exime de la prueba al mismo demandante, supone contestado por el demandado el hecho que sirve de base á la demanda (S. 28 Diciembre 1860). Tambien está eximido el actor de la obligacion de probar, cuando

el demandado admite explícita ó implícitamente la certeza de los hechos S. 30 Junio 1865, y 31 Enero 1868.

2.º Recae sobre el demandado la carga de la prueba, cuando funda su excepcion en un hecho contra el cual existe una presuncion de derecho: por ejemplo, la de que todo dominio se tiene por libre, mientras no se pruebe que está vinculado. S. 20 Diciembre 1860; 23 Junio 1862, y 13 Diciembre de 1863.

Los demas casos que aquí citaremos no son verdaderas excepciones, sino que más bien confirman la regla de que cuando el actor no prueba, el reo debe estimarse absuelto, aunque nada haya probado por su parte. Porque si el actor prueba efectivamente su demanda, es claro que el demandado debe darse por vencido, á menos que él á su vez no pruebe tambien su excepcion (S. 16 Diciembre 1859; 23 Mayo y 27 Octubre 1862, y 31 Octubre 1865). Idéntico es el caso en que el demandado consienta los hechos en que se funda la demanda, porque entónces debe ésta tenerse por probada, y á aquel es á quien incumbe destruirla con afirmaciones de otros hechos que alteren ó desvirtuen el valor jurídico de las de su adversario. S. 9 Octubre 1860; 8 Junio 1866, y 21 Enero 1867.

Puede suceder que el demandado consienta los hechos alegados por el demandante, admitiendo que si estos contienen verdad, no envuelven sin embargo, toda la verdad del caso, y añadiendo él por su parte detalles y circunstancias que cambien ó destruyan la eficacia que al hecho principal se atribuya. Pudiéndose considerar cada uno de estos detalles y circunstancias de por sí, como un hecho aislado y afirmativo, este nuevo caso se identifica con el anterior; pero es indispensable que la confesion ó consentimiento del demandado recaiga sobre el hecho fundamental origen de la obligacion que se quiere hacer valer, y no sobre otro accesorio, por más inductivo que sea. (S. 28 Diciembre 1860). Por lo demas, si, aun cuando no esté obligado á ello, el demandado ofrece prueba sobre hechos contenidos implícitamente en las excepciones alegadas en tiempo oportuno por el mismo, y pertinentes á la cuestion, no deben tener los tribunales inconveniente en recibirla y apreciarla á su sazon. S. 10 Mayo 1861.

Por via de ejemplo de algunos casos concretos, en que el Tribunal Supremo se ha visto obligado á vindicar la eficacia de los principios anteriores puestos en duda, citaremos la S. de 17 de Febrero de 1860, en que se declaró, que el demandante debe probar la existencia del mandato, para hacer aplicar las leyes que tratan de las obligaciones y responsabilidad del mandatario: la de 14 de Mayo de 1861 que establece, que el error ó la ignorancia de hecho debe probarse por quien la alega, cuando no la reconoce su competidor; y por último la de 17 de Junio de 1864, declarando, que la accion confesoria fundada en el uso de una servidumbre desde tiempo inmemorial, exige por parte del actor la prueba de la posesion en que funda su derecho.

Todas las doctrinas jurídicas que respecto de la obligacion de probar venimos exponiendo, emanan de la repetidamente citada ley 1.ª, tít. XIV, P. 5.ª, que consagra el principio ya expuesto *actore non probante, reus est absolvendus*: sólo pues, se infringe dicha ley y máxima, cuando el actor no ha presentado pruebas pertinentes, mas no, cuando admitidas éstas por los tribunales, y apreciadas por los mismos segun la prudente discrecion y arbitrio que las leyes les conceden, estiman éstos que las alegaciones han sido ó no confirmadas por la prueba; pues las únicas leyes que en tal concepto podrian infringirse serian, si acaso, aquellas que se refieren al valor y estimacion de los diferentes medios de probar. S. 28 Marzo 1860; 7 Enero y 3 Diciembre 1861; 26 Junio, 27 y 29 Octubre 1862; 13 Junio 1864; 5 Enero, 26 Junio y 27 Octubre 1866; 26 Febrero, 23 Mayo y 3 Junio 1867, y 28 Diciembre 1868.

La ley 2.ª del mismo título y partida, que establece algunos casos de excepcion en que la prueba incumbe al demandado, no se infringe cuando no se ha juzgado que el demandante sea el que haya de probar, en uno de dichos casos (S. 12 Mayo 1862). Tampoco se infringen dichas leyes, cuando no se niega el valor de los hechos reconocidos por los litigantes, ni se funda el fallo en falta de pruebas. S. 14 Mayo 1861.

Finalmente, cuando se admiten sin limitacion alguna todas las pruebas que ofrecen las partes, no pueden citarse como infringi-

das, por ser inaplicables, las leyes 8.<sup>a</sup>, tít. XIV; y 9.<sup>a</sup> y 32, título XVI, P. 3.<sup>a</sup>; las del tít. XI, lib. XI, N. R., ni el art. 279 de la de Enjuiciamiento, que se reducen á establecer que haga prueba el dicho de testigos, y á fijar sus condiciones y la forma en que han de prestar sus declaraciones. S. 25 Abril 1868.

Del tenor de los fallos citados puede colegirse, cuán ámplia es la facultad que tienen nuestros tribunales en la manera de formar su criterio y de apreciar las pruebas, atentos más bien á la recta razon que á prescripciones legales; punto del cual habremos de tratar de nuevo, cuando nos ocupemos de la prueba testifical, y más extensamente cuando hablemos de las sentencias y del recurso de casacion sobre cuestiones de hecho; mas recordaremos entre tanto los siguientes casos reueltos á este propósito por la jurisprudencia.

Pueden los tribunales apreciar el valor de ciertos actos ó hechos que tengan más ó ménos importancia jurídica, como inductivos de un convenio, sin que esto sea aplicar á un asunto civil el juicio indicial ó de presunciones á que se refiere la ley 8.<sup>a</sup>, tít. XIV, P. 3.<sup>a</sup>, dictada para otro órden de procedimientos. S. 5 Marzo 1866.

Otra máxima de la mayor importancia, proclamada por el Tribunal Supremo, acerca del valor de las pruebas, es la de que, seria muy peligroso para la estabilidad de los derechos y quedaria la propiedad expuesta á continuos ataques, si se diese una importancia exagerada á informaciones que se practican en épocas posteriores para tratar de destruir hechos antiguos, autorizados en legal forma. S. 19 Agosto 1845.

Para terminar este capítulo, debemos disipar el error que supone, que la jurisprudencia tiene ya admitida como doctrina, la de que no son necesarias en los pleitos civiles las pruebas tasadas que en algunos casos exigen las leyes. S. 2 Junio 1864.

Dadas estas ideas generales acerca de la prueba, pasaremos ya á exponer en los siguientes capítulos las doctrinas referentes á cada una de las clases que admite el derecho; pero debemos advertir, que con toda esta materia está enlazado lo que exponemos acerca del recurso de casacion en la forma, en el capítu-

lo 2.º, tit. III del lib. IV, el cual conviene tenerlo á la vista en las cuestiones relacionadas con lo que acabamos de explicar.

## CAPÍTULO II.

### *De los medios de prueba.*

Consignadas en el capítulo anterior las doctrinas generales á que deben sujetarse las pruebas, en cuanto á la presentacion, sustanciacion y demas circunstancias, vamos á ocuparnos de los medios que el derecho reconoce y concede á los litigantes, para la justificacion de sus asertos; los cuales, aunque á primera vista parecen de muchas clases, pueden reducirse al corto número designado por la ley y reconocido por la jurisprudencia.

Sabido es, que el art. 227 de la de Enjuiciamiento, al enumerar los géneros de prueba de que los litigantes pueden valerse, señala como tales los documentos públicos y solemnes, los privados, la correspondencia, la confesion judicial, el juicio de peritos, el reconocimiento judicial y las declaraciones de testigos. La forma con que se exponen todos ellos en el referido artículo, es genérica; y por esto se ha declarado que la ley reserva para otro lugar, la explicacion y detalles de verdadera aplicacion; limitándose á establecer y definir en aquel los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios (S. 27 Junio 1864). No se infringe por consecuencia dicho artículo, cuando no se desestima la procedencia de ninguno de los medios probatorios utilizados por el recurrente. S. 27 Octubre 1866.

La ley 8.ª, tit. XIV, P. 3.ª, determinaba las diferentes clases de pruebas conocidas en esa legislacion; pero no debe hoy acudirse á ella, pues se hallan sustituidas por las que respecto á esta materia contiene la Ley de Enjuiciamiento (S. 1.º Diciembre 1865); por lo cual, no puede aquella ser hoy aplicable; y ademas, como se limita á determinar los medios probatorios de que puede hacerse uso, sólo seria susceptible de infraccion, cuando se denegara alguno de los que establece; infraccion que

en todo caso afectaria á la forma del procedimiento, y no al fondo del asunto. S. 13 Octubre 1866.

Ahora que tratamos en general de los medios de prueba, debemos hacernos cargo de una cuestion que varias veces ha llegado hasta el Tribunal Supremo, y que tiene aqui oportuna aplicacion: tal es la de la preferencia, que algunos quieren dar á unos sobre otros de dichos medios. Examinada esta cuestion ligeramente, parece en efecto que alguno de ellos debiera ser preferido siempre, en concurrencia con los demas, porque ordinariamente suelen ir acompañados de formalidades que producen un mayor convencimiento moral; pero si bien se considera, todos ellos pueden producir prueba plena, y por tanto, no existe la razon de semejante preferencia. Por eso se ha declarado, que ni la ley 1.<sup>a</sup>, tít. I, lib. X de la N. R., ni los arts. 97, 279 y 317 de la Ley de Enjuiciamiento prescriben, que una prueba deba prevalecer sobre otra; así como tambien que esta doctrina no puede considerarse admitida por la jurisprudencia. S. 29 Octubre 1864, y 23 Noviembre 1868.

Se ha declarado asimismo, que las disposiciones de la ley 12, tít. XVII, P. 7.<sup>a</sup>, en cuanto al valor de las pruebas privilegiadas y su sancion penal, están modificadas por la moderna legislacion (S. 28 Noviembre 1865); y que la del reconocimiento judicial no puede elevarse sobre las demas clases. S. 1.<sup>o</sup> Diciembre 1865.

Mas no porque la Ley de Enjuiciamiento no mencione otros géneros de prueba que los anteriormente citados, pueden considerarse derogadas las de Partida, que establecieron otros, que, no por ser suplementarios, dejan de ser atendibles. Por esta razon se dijo en S. 20 Enero 1865, que la ley ántes citada 8.<sup>a</sup>, tít. XIV, P. 3.<sup>a</sup>, al clasificar y definir todo género de pruebas, y mencionar la presuncion, «que tanto quiere decir como grand sospecha, y vale tanto en algunos casos como averiguacion de prueba;» no determina que siempre produzca justificacion completa; debiendo, por consiguiente, quedar en puntos concretos fiado su valor al recto juicio de los tribunales; lo cual ha venido á confirmarse tambien por la S. 16 Abril 1866, en

que se declaró, que la presuncion de derecho, ó sospecha, á que se refiere la ley 10, tit. XIV, P. 3.<sup>a</sup>, sólo puede tener lugar «fasta que sea probado lo contrario.»

Como hemos visto anteriormente y tendremos ocasion de repetir, la apreciacion de las pruebas está encomendada por la ley á los tribunales, quienes deben tener presentes al hacerla, las reglas de la crítica racional; y por consiguiente, no pueden calificar de plena prueba la que las leyes no reconocen como tal; ni deben los jueces formar su criterio por conjeturas, principalmente cuando sus decisiones pueden producir una grave perturbacion en el órden social (S. 28 Junio 1852): así como tampoco deben calificar de simples conjeturas las deducciones naturales de los hechos consignados en los autos. S. 30 Enero 1865.

Expuestos en las anteriores líneas los preliminares necesarios para entrar en el exámen detenido de los medios de prueba que el derecho reconoce, nos ocuparemos en los capítulos siguientes de las doctrinas aceptadas por la jurisprudencia con relacion á cada uno de ellos.

### CAPÍTULO III.

#### *Reglas generales sobre la prueba documental.*

De todos los medios de prueba que el derecho reconoce, el más importante y el que más garantías ofrece, es sin duda el que consiste en documentos, ya sean públicos y solemnes, ya meramente privados; y de él vamos á ocuparnos en primer lugar como lo hace la Ley de Enjuiciamiento civil. Para proceder con método, trataremos primero de las reglas generales sobre esta clase de prueba, y despues entraremos en el exámen de las que hacen referencia especial á los documentos públicos y á los privados.

Conviene ante todo consignar aquí, que aunque generalmente se suelen invocar las prescripciones de las leyes 114 y 119, título XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, que tratan del valor y eficacia de unos y otros documentos, ambas están modificadas por las disposiciones

de la de Enjuiciamiento civil, relativas á las mismas. S. 26 Junio 1867.

Cualquiera que sea la clase de aquellos, tienen á su favor la presuncion de validez, mientras no se justifique su falsedad ó nulidad (S. 27 Octubre 1866). Así es que son válidos en juicio, cuando no se les opone oportunamente vicio ni defecto alguno legal, y ademas se ha reconocido su eficacia, obrando por largo tiempo conforme á lo pactado y convenido en ellos (S. 27 Febrero 1865). Ni basta para destruir la presuncion de legitimos, el indicar las sospechas de ser falsos los documentos, sino que es preciso justificar las tachas que se les atribuyan, y formalizar la acusacion criminal en averiguacion del delito y sus autores (S. 29 Enero 1866, y 18 Diciembre 1867); y para calificar esa falsedad, es indispensable que preceda la declaracion prévia que requiere la ley 11, tít. III, P. 3.<sup>a</sup>, ó la que puede obtenerse, si el que lo impugna como falso, ejercita el derecho que le concede el art. 291 de la Ley de Enjuiciamiento. S. 2 Octubre 1866.

Si á consecuencia de tacharse de falso un documento que pueda ser de influencia notoria en el litigio, se entabla la accion criminal para la averiguacion del delito y de su autor, debe suspenderse el pleito en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en el juicio criminal, segun dispone el citado artículo (S. 9 Mayo 1865, y 29 Enero 1866); pero esta suspension no tiene lugar cuando no llega á proponerse dicha accion, ó cuando el documento no es de influencia notoria en el litigio (S. 6 Mayo 1862, y 25 Mayo 1868); ó bien si no se impugna como falso criminalmente, sino que se limita el litigante á quien puede perjudicar, sólo á calificarlo de ineficaz y á redargüirlo civilmente de falso (S. 8 Noviembre 1862); y entónces no puede suspenderse el curso del pleito (S. 9 Junio 1868), sino que debe fallarse éste, sin necesidad de averiguar de oficio la falsedad que al mismo documento se atribuya. S. 3 Mayo 1866.

Para probar esta falsedad establece el modo de hacerlo la ley 117, tít. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>; pero este no es el único que se conoce en derecho, ni excluye á los demas conocidos (S. 2 Enero 1865); ni basta para tenerse por falso un documento, que en la senten-

cia se haya empleado con referencia á él la palabra *supuesto*, pues es preciso para aquella calificación tan grave, que se haya hecho una declaración terminante y expresa de su falsedad. S. 6 Marzo 1861.

Acerca de la nulidad de los documentos se ha cuestionado alguna vez, sobre si las leyes 111, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, y 1.<sup>a</sup>, título XXIII, lib. X, N. R., declaran la de aquellos, ó la de las cláusulas en que haya palabras interlineadas sin salvar; pero se ha declarado (S. 10 Noviembre 1866), que no producen nulidad tales defectos, y que tampoco prohíben estas leyes que los tribunales aprecien el valor de dichas cláusulas con las restantes, y con las demas pruebas que por las partes se presentaren; debiendo por consiguiente entenderse que en dichos documentos no hay tales palabras interlineadas, y quedando válido y subsistente todo lo demas. S. 7 Octubre 1862.

Tampoco influye para la validez de un documento el que tenga alguna raspadura ó adición, cuando estas alteraciones no cambian el sentido y la razon de lo que se dice, ni dicho documento constituye el único ni el principal fundamento del derecho del litigante que lo ha presentado. S. 28 Junio 1864; 10 Noviembre 1866, y 26 Febrero 1867.

En estos casos, y siempre que se trate de si la cláusula de un documento ha sido ó no suplantada, corresponde la apreciación, como cuestion de hecho, á la Sala sentenciadora; y no puede considerarse infringido el art. 279 de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando se falla, no por meras suposiciones, sino por el resultado que todas las pruebas ofrecen en su conjunto (S. 25 Mayo 1868); y cuando ha recaído sentencia en favor de la legitimidad de un documento, no puede argüirse despues nada contra él (S. 29 Enero 1866), pues como ya hemos dicho, se presume siempre su validez, mientras no se pruebe su falsedad ó su nulidad: así es que la sentencia que declara corresponder un derecho á una persona, fundándose en documentos que no se han impugnado debidamente, no infringe la regla 22, tit. XXXIV, Partida 7.<sup>a</sup> (S. 13 Mayo 1863): ni la ley 114, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, ni el art. 281 de la de Enjuiciamiento son aplicables, cuando se

funda un derecho en documentos no impugnados, ni redargüidos, ni su eficacia ó ineficacia ha sido cuestion del pleito. S. 30 Abril 1868.

Cuando acompañan á la demanda los documentos en que ésta se apoya, es preciso darles todo el valor que merezcan (S. 16 Diciembre 1864); y si presentados despues, se promueve cuestion acerca de si deben ó no admitirse, es preciso resolverla definitiva y terminantemente (S. 11 Marzo 1859) sin demorarse su resolucion.

Aunque es un principio de derecho de que ántes hemos hecho mencion, el que la prueba incumbe siempre al demandante, no se opone á él, y ántes se corrobora, en el caso en que éste justifique con documentos su demanda (S. 24 Diciembre 1866); y entónces naturalmente corresponde al demandado la justificacion en contrario; no bastando para la impugnacion de los hechos documentalmente alegados, el encerrarse en una simple negativa, sino que es necesario producir otros opuestos, ó razones que debiliten aquellos (S. 4 Diciembre 1866), aunque los documentos que se opongan sean privados y aun tambien aunque la prueba sea de testigos. S. 2 Octubre 1861.

Estando prevista y dispuesta por las leyes la fuerza y eficacia probatoria de los documentos, la sentencia que prescinde de dicha fuerza infringe la ley (S. 28 Junio 1865); pero no puede suponerse que se ha desconocido aquella, ni que ésta se quebranta, porque no se considere un documento bastante para probar un hecho concreto y determinado (S. 25 Mayo 1860). Negada por una ejecutoria esta fuerza y eficacia legal á un documento por los vicios que contenga, no se infringe ni la ley 114, tít. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, ni los arts. 280 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento (S. 30 Junio 1866). Tampoco puede reputarse infringido el artículo 281, por haber dado fuerza probatoria á documentos que vinieron á los autos fuera del término señalado para la prueba y sin citacion de la parte contraria, aunque si con el debido juramento, cuando no son los únicos que ha tenido presentes la Sala para la decision del pleito. S. 29 Octubre 1862.

Por regla general los documentos deben presentarse con la

demanda y con la contestacion; pero, sin embargo, son admisibles aun despues del término probatorio, los que por via de excepcion se expresan en el art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Entregados los autos á una de las partes para alegar, puede ésta pedir que la contraria declare bajo juramento y absuelva posiciones; pero no está autorizada para solicitar despues, por ser fuera de tiempo, testimonio ni exhibicion de documentos no comprendidos en la excepcion de dicho artículo. S. 19 Abril 1861.

De nada serviria el valor que las leyes dan á las pruebas debidamente practicadas, si los tribunales les negasen su eficacia: por consiguiente, si la Sala sentenciadora prescinde del resultado de una confesion judicial y de una prueba documental, por medio de la cual se justifica que uno no tiene la posesion ó la tenencia que las leyes exigen para ejercitar la accion reivindicatoria, infringe la ley 2.<sup>a</sup>, tít. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, que declara la fuerza «que há la conocencia,» y la 114 del mismo titulo y Partida que se ocupa de la de los documentos públicos. S. 1.<sup>o</sup> Diciembre 1866.

No basta cualquier género de prueba documental para la justificacion de los hechos dudosos; y así la firma puesta en un officio, no es un comprobante tal del finiquito de un contrato, que enerve toda otra prueba que pueda hacerse en contrario. S. 12 Mayo 1866.

Terminaremos estas breves indicaciones añadiendo, que no son aplicables, ni pueden considerarse como motivo de casacion, las leyes relativas al valor de los documentos públicos, cuando estos no existen en los autos, y si obran en ellos, no ha sido el único dato en que se ha fundado la sentencia, ni ésta ha recaido aisladamente sobre la eficacia de ellos. S. 12 Diciembre 1862.

Dada esta breve idea de los documentos en general, veamos ahora en el siguiente capítulo las doctrinas relativas y concretas á los documentos públicos.

## CAPÍTULO IV.

*De los documentos públicos.*

Compréndense bajo la denominacion de documentos públicos y solemnnes, segun el art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las escrituras públicas, los documentos expedidos por los funcionarios públicos en lo que se refiera al ejercicio de sus cargos, los libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las copias sacadas, previo mandato de la autoridad, por los secretarios y archiveros; las partidas de bautismo, matrimonio y defuncion que con arreglo á los libros dieren los párrocos ó los que estuvieren encargados del registro civil; y por último, las actuaciones judiciales. Solamente los que van enumerados pueden reputarse documentos públicos. S. 15. Junio 1864.

Pero no de todos ellos habremos de hacer mencion en este capítulo, sino sólo de los que han dado ocasion á aclaraciones ó interpretaciones de la jurisprudencia. En este concepto, pues, trataremos: 1.º de las escrituras públicas y de su registro hipotecario, en los casos en que se requiere esta formalidad: 2.º de los libros de actas, estatutos y catastros: 3.º de las partidas parroquiales: 4.º de los requisitos necesarios para que los documentos sean considerados públicos y solemnnes: 5.º del cotejo de ellos cuando se presentan sin citacion: 6.º del cotejo con otros indubitados cuando se pone en duda su autenticidad: 7.º de los documentos que son válidos y producen fe, y de los nulos é ineficaces: 8.º de la apreciacion judicial de este género de prueba: 9.º y finalmente, desde cuándo producen efecto los documentos.

Pero ántes de entrar en este exámen concreto, sentaremos algunas reglas generales, referentes á todos los documentos públicos. El art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento civil, establece los requisitos que han de observarse para que aquellos sean te-

nidos en juicio por públicos y solemnes; pero debe observarse que ni dicho artículo, ni las demas disposiciones relativas á la autenticidad y legalidad de los documentos pueden invocarse, cuando no se ha reclamado contra ellos en tiempo oportuno (S. 1.º Marzo 1862); y que ese mismo artículo citado no trata del valor legal de documentos, sino únicamente de su eficacia, por razon de la forma en que hayan sido presentados en juicio. S. 15 Febrero 1864.

Con estos antecedentes, entremos ya en el exámen individual de cada una de las clases de documentos públicos.

1.º *De las escrituras públicas.*—Para evitar repeticiones innecesarias, debemos dar aquí por reproducido todo lo que acerca de estos documentos expusimos en el cap. 2.º, tít. I, lib. V de la primera parte (página 539 y siguientes del tomo I); pero ademas haremos mencion de varias doctrinas que á esta materia hacen referencia. Recordaremos, pues, á este propósito la ley 114, tít. XVIII, P. 3.ª, la cual exige que las escrituras de venta y permuta de bienes inmuebles ó raíces, hayan de otorgarse ante escribano público ó ante otro, y firmarse por buenos testigos (S. 5 Diciembre 1860); y que es de tal fuerza un documento de esta clase debidamente extendido y autorizado, que segun la misma ley de Partida, «toda carta fecha por mano de escribano público, en que haya escritos los nombres de dos testigos á lo menos, é el dia, é el mes, é la era, en que fué fecha, vale para probar lo que en ella dijere, non habiendo en ello algunas falsedades é menguas,» que mencionan las leyes del dicho título. 18 Marzo 1865.

Ya dijimos en el cap. 1.º, tít. I, lib. III de la primera parte (página 302 y siguientes), ante qué escribanos ó notarios deben otorgarse los testamentos, y repetimos lo mismo respecto de los contratos en el lugar ántes citado; pero ahora conviene añadir, que á pesar de lo que disponen las leyes 7.ª y 8.ª, tít. XXIII, lib. X, N. R., acerca de quiénes pueden autorizar dichos documentos, no están comprendidos en la prohibicion de la segunda de estas, los notarios y escribanos reales, que tienen residencia y asignacion fija en un lugar determinado, en donde autorizan toda

clase de documentos sin contradicción, llevando su correspondiente protocolo, con remisión de los índices á la audiencia respectiva en las épocas marcadas, pues reúnen todas las circunstancias que la ley exige (S. 9 Octubre 1863, y 13 Octubre 1865). De manera, que las escrituras que no estuvieren autorizadas por estos funcionarios con las expresadas condiciones, ó por escribano que no sea público del número, no hacen fe ni prueba segun las citadas leyes recopiladas. S. 28 Junio 1866.

En cuanto á Vizcaya, ya dijimos tambien (en la pág. 309 del tomo I) que la ley 1.<sup>a</sup>, tit. VI de su Fuero especial, que dispone que los instrumentos públicos deben otorgarse ante escribano público del número, ha de entenderse, segun el tenor y espíritu de la Ley del Ordenamiento á que aquella se refiere, que es la 7.<sup>a</sup> ya citada, tit. XXIII, lib. X, N. R. S. 27 Setiembre 1864.

Ademas de los requisitos expresados, toda escritura pública antigua que contenga algun gravámen hipotecario, ha debido inscribirse en el registro de hipotecas establecido por las leyes recopiladas, y de lo contrario no hace fe en juicio. Esta es la regla general (S. 22 Noviembre 1860); pero, sin embargo, no debe aquella entenderse de un modo absoluto; y por el contrario, aunque la ley 3.<sup>a</sup>, tit. XVIII, lib. X, N. R., prohíbe que sean admitidos y que hagan fe los documentos públicos que carecen de dicha inscripción en el registro, esto no impide que pueda subsanarse aquel defecto, y tengan entónces validez y eficacia (S. 17 Setiembre 1864). Por otra parte, segun el espíritu y letra de la misma ley recopilada, la falta de dicho requisito no afecta á la validez del documento, sino sólo en cuanto á la hipoteca ó gravámen que el mismo contenga (S. 29 Setiembre 1865, y 19 Mayo 1866): por consiguiente, conserva toda su fuerza, cuando no se trata de hacer efectiva dicha hipoteca, ni de averiguar si la finca que sea objeto del litigio tiene algun gravámen, sino de cualesquiera otros fines diversos de los expresados (S. 29 Noviembre 1858; 5 Junio 1860; 24 Enero 1863, y 5 Mayo 1865). Pero si han de ser admisibles, y hacer fe en juicio para perseguir las fincas gravadas, documentos anteriores á la citada ley

recopilada (de 5 de Febrero de 1768), es indispensable que á su presentacion en el pleito, preceda el registro en el respectivo oficio de hipotecas, lo cual no puede hacerse en el término de prueba. S. 27 Octubre 1860.

Siempre es precisa la inscripcion respecto de las escrituras públicas de que estamos hablando; mas no son sin embargo aplicables, la citada ley 3.<sup>a</sup>, ni la 1.<sup>a</sup> del mismo título y libro, cuando el gravámen de que se trate se impuso por medio de un convenio puramente privado, sin reducirlo á instrumento público (S. 29 Mayo 1863). Tampoco es oportuno invocar la misma ley 1.<sup>a</sup>, cuando se cuestiona si son ó no admisibles un testamento ú otros documentos traslativos de dominio, por carecer de la toma de razon en el registro; lo cual debe decidirse por las leyes que rigen sobre el registro de la propiedad. S. 21 Octubre 1865.

Pero siempre que haya sido imposible á la parte interesada inscribir las primeras copias de las escrituras públicas en que se consigna la pertenencia de una finca, puede por justa causa y con los requisitos legales, sacar otra para aquel efecto (S. 17 Setiembre 1864); y tomada razon del documento y pagados los derechos á la Hacienda pública, queda purgado todo vicio que pudiera en este concepto afectar á la escritura. S. 6 Noviembre 1866.

No solamente las referidas leyes recopiladas, sino tambien el real decreto de 23 de Mayo de 1845 que tiene fuerza de ley en esta materia, ha impuesto la obligacion del registro, haciéndolo extensivo á todos los casos de traslacion de dominio. Pero si bien por el art. 4.<sup>o</sup> del mismo decreto se declara nulo todo documento que aparece sin la nota de estar registrado, esta disposicion debe combinarse con la del art. 8.<sup>o</sup> del real decreto de 26 de Noviembre de 1852, que señala el plazo de quince dias para la presentacion en el registro de los documentos referentes á herencias, contados desde la fecha de la adjudicacion, si no interviene en ésta la autoridad judicial, y desde la aprobacion de la cuenta y particion, si interviniere (S. 11 Mayo 1865). Sin embargo, cuando se cede un derecho incierto á bienes determinados, no es necesario inscribir dicha cesion en el registro de la

propiedad; y por tanto la admision en juicio del documento que la contenga no infringe las disposiciones del citado decreto de 1845, ni el art. 396 de la Ley hipotecaria de 8 de Febrero de 1861, ni el 333 del Reglamento para su ejecucion de 21 de Junio del mismo año. S. 18 Setiembre 1865.

El registro de hipotecas puede suplir, cuando se han perdido los protocolos, matrices y originales de los documentos presentados en él: así lo previene la ley 2.<sup>a</sup>, tit. XVI, lib. X, N. R.; pero esta no es aplicable cuando no consta que en el mismo registro aparezca nada que ofrezca algun motivo de asimilacion. S. 18 Noviembre 1865.

Estas indicaciones son las únicas que merecen alguna atencion, relativamente á la inscripcion hipotecaria de las escrituras públicas que requieren esta formalidad; sin perjuicio de lo que ya expusimos, aunque con diferente objeto, en el cap. 6.<sup>o</sup>, título V, lib. II de la primera parte de esta obra (págs. 294 y siguientes del tomo I).

2.<sup>o</sup> *Libros de actas, estatutos y catastros.*—Dijimos al principio de este capítulo, que con arreglo al art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento, se comprenden tambien bajo la denominacion de documentos públicos, los expedidos por funcionarios que ejerzan un cargo por autoridad pública, en cuanto se refieran al ejercicio de sus atribuciones; pero acerca de esta clase de documentos no se han suscitado cuestiones que se hayan elevado hasta la casacion, pues no encontramos doctrina alguna de jurisprudencia que á ellos se refiera. Solamente con respecto á la tercera clase de documentos de que trata dicha ley, que son los libros de actas, estatutos, registros y catastros, etc., podemos decir que para que sean eficaces en juicio las copias de todos ellos, deben estar sacadas y autorizadas por los secretarios, y autorizadas por los secretarios y archiveros, en virtud de mandato de la autoridad competente (S. 21 Junio 1867); y que no puede negarse á los catastros de la riqueza pública territorial el carácter de tales documentos, segun el párrafo 3.<sup>o</sup> del citado art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento civil (S. 3 Diciembre 1866). Además, no es admisible como doctrina legal, la de que no es prueba de dominio

el hecho de no estar encatastrados ciertos bienes ni pagarse contribucion por ellos. S. 25 Abril 1866.

3.º *Partidas parroquiales.*—En cuanto á las partidas de bautismo, matrimonio y defuncion, que es la cuarta clase de documentos que aquel artículo califica de públicos, poco podemos exponer; pero haremos mencion de algunas decisiones referentes á esta materia. Una de ellas no hace más que consignar lo mismo que dice la ley, esto es, que las partidas sacramentales son documentos públicos y solemnes, y que debe por consiguiente dárseles la fuerza probatoria que las leyes les conceden (S. 22 Febrero 1860). Siéntase en otro fallo (10 Setiembre 1864) el aserto inconcuso, de que al declararse en el citado art. 280 que dichas partidas expedidas por los párrocos, son documentos de la expresada clase, las ha elevado á la esfera de las demas cartas públicas otorgadas ante escribano, las cuales, asi como esas mismas partidas, pueden sin embargo ser impugnadas en juicio por los defectos que tuvieren, ya sea en su fondo, ya en su forma (S. 10 Setiembre 1864). Otra declaracion encontramos, y ciertamente de más importancia (de 16 Abril 1864), segun la cual, una vez extendida y autorizada en el libro correspondiente un acta bautismal, con la manifestacion de ser el bautizado hijo de padres desconocidos, cesan completamente las funciones del párroco, el cual no puede despues consignar ni añadir nada que altere el contenido de la partida, á no ser que medie un precepto legal de la autoridad competente; y que el reconocimiento de un hijo y su institucion de heredero son actos civiles que no pueden ejercerse ni acreditarse por medio de una nota puesta en dicha partida, pues los libros en que se contienen estos documentos, no son para ese objeto. Aunque dicha declaracion es concreta al caso expresado de anotarse en la partida de bautismo ser el bautizado hijo de padres desconocidos, nadie puede poner en duda, que la misma doctrina que contiene debe ser extensiva á cualquiera otra expresion que se haga, no sólo en la misma clase de documentos, sino en los de matrimonios ó defunciones. Citaremos finalmente, otro fallo (de 19 Setiembre 1865) en que se sienta, que cuando la Sala juzgadora no desconoce que las partidas expresadas son

documentos públicos, y que como tales hacen prueba completa para la especialidad á que se refieren, no se contaría lo prescrito en el párrafo 4.º del citado art. 280.

En un último lugar enumera éste entre los documentos públicos, las actuaciones judiciales de toda especie; pero nada podemos exponer acerca de este punto, que ninguna dificultad ni cuestion ha llegado á promover.

4.º *Requisitos necesarios para que los documentos sean considerados públicos y solemnes.*—Declarados por el mencionado art. 280 los documentos que se comprenden bajo la denominacion de públicos y solemnes, establece el siguiente 281 las reglas que han de observarse para que sean eficaces en juicio. No nos detenemos á enumerarlas, porque fácilmente pueden verse en la misma ley; pero sí haremos mencion con la brevedad posible de las doctrinas que á este punto hacen referencia. Reitérase en primer lugar (en S. 23 Setiembre 1864) lo que parecia innecesario, que para que los documentos públicos sean eficaces, deben observarse las reglas contenidas en dicho art. 281, y que los que reúnen los requisitos que este previene, se consideran públicos y solemnes, y eficaces en juicio como medio probatorio (S. 13 Mayo 1868); pero añádese en otras decisiones (30 Abril 1860, y 28 Junio 1864), que los documentos públicos deben reunir para atribuirles mérito legal, las circunstancias y solemnidades de derecho, y las que establece la ley 54, tit. XVIII, P. 3.ª; y que cuando no se reclama en tiempo oportuno contra la legalidad y veracidad de un título ó instrumento probatorio presentado en juicio, no pueden reputarse infringidas las reglas fijadas en dicho art. 281, ni las demas leyes que á esta materia se refieren. S. 1.º Marzo 1862.

Ya hemos dicho, que segun el art. 280 citado, son documentos públicos y solemnes, los expedidos por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones; y con arreglo al artículo siguiente que ahora nos ocupa, los testimonios ó certificaciones han de ser expedidos por el encargado del archivo, oficina ó registro en que se hallen los documentos, ó por el escribano en cuyo oficio radi-

quen los autos ó bien por el actuario del pleito. S. 30 Mayo 1865.

Cuando ni de aquellos ni de la sentencia se deduce que se hayan estimado y tenido por legítimos y verdaderos títulos traslativos de dominio, unos testimonios que carecen de mérito legal para ello, no puede decirse que se hayan infringido las leyes 1.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, tít. XXIII, y 2.<sup>a</sup>, tít. XVI, lib. X, N. R., ni la doctrina de que se cotejen con sus originales las escrituras civilmente redargüidas de falsas. S. 30 Abril 1860.

5.º *Cotejo de los documentos que se presentan sin citacion.*  
—Entre los requisitos que exige el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento para que los documentos públicos sean eficaces en juicio, el principal de ellos es que los que se hayan presentado sin citacion se cotejen con sus originales, prévia aquella diligencia, á no ser que la persona á quien perjudiquen, hubiere prestado á ellos su expreso asentimiento. Pero aunque este precepto legal es tan explícito y terminante, no ha dejado de ocasionar dudas, elevadas hasta la casacion, acerca de las cuales han recaído las decisiones doctrinales que eran consiguientes. En algunas de estas no se ha hecho más que ratificar el mismo precepto (S. 15 Abril 1862; 15 Enero 1865, y 29 Enero 1866), y reiterarse que cesa la necesidad del cotejo, cuando presta su asentimiento la persona á quien el documento perjudica (S. 8 Octubre 1864), ó bien que para que este sea eficaz, es necesario que intervenga dicha diligencia, si la persona que puede ser perjudicada no presta su expreso consentimiento: que la regla 1.<sup>a</sup> del art. 281 que así lo prescribe no establece diferencia en las escrituras públicas, entre las primeras y ulteriores copias; y que por consiguiente no infringe el citado artículo la sentencia que no da eficacia á los documentos que se llevan á los autos sin el expresado requisito (S. 8 Junio 1866). Tambien se ha consignado la misma doctrina (en S. 16 Diciembre 1864), diciéndose, que una partida traída á los autos sin citacion, no puede, con arreglo á los mismos arts. 280 y 281, ser reputada como documento público y solemne, si no se coteja con su original. Pero en otros fallos se hacen algunas aclaraciones y explicaciones que no debemos omitir.

No se considera necesario el expresado cotejo de un documento público, cuando el litigante á quien puede perjudicar no lo redarguye civilmente de falso (S. 1.º Mayo 1858); pero nos parece demasiado lata esta interpretacion, pues el artículo citado de la ley no exime de dicha diligencia de comprobacion más que en el caso de llevarse el documento al juicio con citacion de la parte contraria, ó en el de que esta le preste su consentimiento expreso: de modo que segun la ley, aunque el documento no haya sido redargüido de falso, es siempre preciso el cotejo, si faltando la citacion, no se ha consentido terminantemente su contenido.

Más razonable y legal nos parece otra interpretacion (contenida en S. 20 Setiembre 1867), reducida á que cuando los documentos presentados con la demanda son los originales, aunque se devuelvan al demandante, dejando copia en los autos, ántes de ser parte en ellos el demandado, se entiende que éste les presta su asentimiento expreso, en el hecho de tomarlos por base para la alegacion de sus excepciones; y que por consiguiente en este caso no es necesario que se realice el expresado cotejo. Tampoco es éste de absoluta necesidad, ni pierde su eficacia un documento por falta de dicha diligencia, cuando es notorio el extravío del protocolo de donde ha debido sacarse; y en este caso deben apreciarse los demas datos que se presenten para probar la autenticidad (S. 24 Mayo 1860). Ni pueden excluirse las pruebas supletorias que el derecho reconoce, cuando es imposible ejecutar el cotejo por haberse extraviado el original del documento (S. 23 Mayo 1863). Por eso se ha declarado de un modo más terminante (S. 24 Mayo 1860, y 20 Febrero 1867), que segun el espíritu de la ley 2.ª, tit. XVI, lib. X, N. R., cuando se han perdido los protocolos y registros, debe darse valor y plena fe á la primera copia de un documento público, sacado del verdadero original por el mismo escribano que lo autorizó, si no se le opone vicio de falsedad ú otro defecto más que la falta de comprobacion ó cotejo. Este principio, apoyado en las leyes, y admitido por la jurisprudencia, no ha sido alterado por las nuevas disposiciones legales, que dan por el contrario á la primera copia el valor de

una prueba acabada y perfecta, cuando no se justifica su falsedad ú otro defecto más que la falta de comprobacion ó cotejo.

Si no hubiere sido posible cotejar con sus originales los documentos presentados con la demanda, pero se ha probado la certeza y validez legal de los mismos por alguno de los otros medios que el derecho establece, segun la apreciacion de la Sala sentenciadora, no puede reputarse infringido el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento en su regla 1.<sup>a</sup>, por el fallo que condena al demandado. S. 25 Setiembre 1865.

Respecto de los documentos públicos que se presentan para apoyar una ejecucion, aunque el art. 941 de la misma ley, al determinar los títulos que la traen aparejada, da valor á las primeras copias para el solo efecto de despacharla, no prohíbe que pueda impugnarse su ineficacia y pedirse su cotejo en tiempo oportuno, ni tampoco que despues de dicho juicio ejecutivo se siga otro nuevo sobre lo que fué objeto de aquel, puesto que sus providencias no causan estado. S. 8 Junio 1866.

Sabido es que en ciertos casos pueden presentarse documentos en la segunda instancia, y entónces si se verifica sin pedir la diligencia de cotejo, ni el recibimiento á prueba, no puede suponerse que la Sala ha denegado una diligencia probatoria admisible, porque no los haya tomado en consideracion, y sí mandado devolverlos á la parte por quien fueron presentados (S. 15 Abril 1862). Del mismo modo, aducidos en juicio unos documentos é impugnados por la parte demandada, por falta de cotejo con sus originales ó de la debida comprobacion de las firmas que lo autorizan, no está prohibido á los jueces, segun las leyes 111 y 114, tít. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, apreciar que dichos documentos no constituyen una prueba acabada y completa. S. 24 Diciembre 1864.

Pero si ha llegado á practicarse el cotejo de un documento, sin advertencia ni reclamacion alguna de la parte á quien éste puede perjudicar, durante el término de prueba, y con citacion de aquella misma parte, aunque despues se encuentren alteraciones y enmiendas hechas recientemente en el protocolo y matriz, por cuyo motivo se mande formar causa, este incidente no puede sin embargo influir en el litigio en que legalmente se practicó el co-

tejo (S. 28 Junio 1860), puesto que por medio de esta diligencia quedó acreditado que el documento no contenia ningun defecto que lo invalidase.

6.º *Cotejo de los documentos con otros indubitados, cuando se pone en duda su autenticidad.*—Los escrituras deben estar conformes con el respectivo protocolo de donde se han sacado; pero sin embargo, si éste se hubiese destruido, no pierden aquellas su fe y eficacia, si cotejadas con otras indudables del mismo escribano que las autorizó, resulta segun el dictámen de los peritos y la comprobacion judicial, que son iguales los signos, firma y letra, y que aparecen por consiguiente escritos y firmados por la misma mano (S. 26 Febrero 1867). Por eso previene el art. 287 de la Ley de Enjuiciamiento, que siempre que se niegue ó se ponga en duda la autenticidad de un documento, pueda pedirse el reconocimiento y cotejo de letras con otros documentos indubitados. Pero como se ve, ésta es una diligencia muy diferente de la del cotejo de que hemos tratado hasta aqui; y en ella el juez debe hacer por sí mismo la comprobacion, despues de oir á los peritos revisores, sin tener que sujetarse á su dictámen (S. 29 Setiembre 1866), sino guiándose por su propio criterio, segun el juicio que hubiere formado de la autenticidad ó suplantacion del documento. Acabamos de decir que con arreglo á la ley, el cotejo debe hacerse con documentos indubitados; y por consiguiente si se ejecutare con uno que no tenga esta cualidad, ni ofrezca esta garantia, se infringe el art. 289, que determina cuáles son los que merecen aquella calificacion. S. 29 Setiembre 1866.

Ántes de la Ley de Enjuiciamiento habia ya establecido la 118, tit. XVIII, P. 3.ª, cómo há de practicarse el cotejo de letras de los documentos públicos otorgados ante escribano; pero debe tenerse presente que no es aplicable esta ley cuando se cuestiona sobre la autenticidad de un documento privado, acerca del cual se ha pedido y practicado el cotejo de letras con arreglo á lo que prescriben los arts. 287 al 290 de la de Enjuiciamiento. S. 14 Mayo 1864.

7.º *Documentos que son válidos y producen fe, ó que son nulos é ineficacs.*—Vamos ahora á ocuparnos de algunas doc-

trinas relativas á la validez y á la nulidad é ineficacia de los documentos públicos. La base capital en cuanto á la validez de estos es, que hacen prueba acabada para acreditar aun el dominio, las cartas formadas por mano de escribano público con las solemnidades y demas requisitos que termina la ley 114, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, siempre que no hubiere duda acerca de su autenticidad, y que no contengan tacha que las invalide (S. 12 Marzo 1867). Pero el valor que aquellas y otras leyes de Partida conceden á dichos documentos, se contrae al caso en que se presenten contra el mismo que los otorgó. S. 23 Diciembre 1857.

Cuando están autorizados con las debidas solemnidades, siempre obra á favor de dichos documentos la presuncion de su validez, y no pueden reputarse nulos; ántes bien tienen toda la eficacia legal, si se expresa en ellos el domicilio de los otorgantes y del notario, aunque no se haga mencion de la vecindad, pues la ley del notariado no sanciona su nulidad por esta omision; ni es cierto el principio de que las formas se exigen en los documentos públicos, por razon de solemnidad, pues sólo tiene lugar esto, segun la misma ley y el derecho comun, cuando se trata de las últimas voluntades, en las cuales son de esencia las solemnidades establecidas. Tampoco puede afectar á la validez de un documento público el que una cláusula de él no esté extendida con claridad, si las partes están conformes en la verdad del contenido de la escritura y en la certeza de la obligacion principal que en ella se contiene. S. 13 Noviembre 1868.

Tambien es válido un documento con arreglo á lo que prescribe la ley 115, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, cuando el escribano que lo autorizó sostiene la verdad de su otorgamiento, aunque los testigos instrumentales contradigan su aserto, y nieguen haberlo sido del acto, pues en este caso, debe ser creído aquel funcionario y no estos, siempre que sea de buena fama y la escritura concuerde con sus notas ó protocolo: y siendo válido el documento en este caso, con mayor razon debe serlo, si los testigos instrumentales están acordes con el escribano, en que el acto pasó como aparece en la redacción. S. 8 Noviembre 1860.

Cuando no sirven de fundamento á la declaracion de nulidad de

una escritura, la calidad y circunstancias de los testigos que hayan intervenido en su otorgamiento, es inadmisibile la impugnacion que bajo este concepto se dirija contra la expresada declaracion (S. 23 Febrero 1867); y por consiguiente, no hay motivo bastante para negarle su validez. Tambien deben los tribunales darles toda la fuerza probatoria que en sí tengan estos documentos, cuando no han sido redargüidos de falsos civil ni criminalmente, ni de ninguna otra manera se ha discutido su mérito en juicio. S. 29 Diciembre 1854.

Sabido es, que todas las escrituras públicas deben estar extendidas en el papel sellado correspondiente con arreglo á las instrucciones que rijan; pero hay ocasiones en que por ignorancia ó por descuido se suele cometer alguna falta sobre este punto, y en este caso se ha cuestionado sobre si el documento pierde ó no su valor y eficacia, y hace ó no prueba en juicio: acerca de lo cual, se ha declarado reiteradamente (S. 8 Enero 1861; 28 Enero 1862, y 26 Febrero 1867), que este defecto no afecta á la esencia y validez de la obligacion que la escritura contenga, si despues se ha reintegrado el papel en que ésta debió extenderse.

Igualmente tiene valor y eficacia la confesion hecha en una escritura pública no impugnada legalmente, de haber recibido y estar el otorgante satisfecho de sus legítimas consignadas en otro documento, prometiendo no pedir cosa alguna más; pues en tal caso, reconoce la eficacia de este, y su confesion priva al que la ha hecho de presentar ninguna reclamacion sobre el mismo asunto (S. 1.º Marzo 1861). Ni puede destruirse con aserciones convenidas la eficacia de un documento público que no contiene la menor indicacion acerca de aquellas (S. 25 Setiembre 1865); ni prevalece contra lo expresado en un documento solemne la alegacion infundada de ligereza ó equivocacion de peritos encargados en una operacion pericial. S. 1.º Abril 1862.

Tampoco puede desconocerse la fuerza del documento público otorgado por una mujer casada, con el consentimiento de su marido, y concurriendo todos los requisitos y solemnidades legales. S. 7 Marzo 1864.

Es doctrina admitida por la jurisprudencia, la de que no pueda

elevarse á escritura pública ningun documento sin citacion de los interesados á quienes perjudique; pero no es aplicable al caso en que no se trate de documento privado, sino de una escritura matriz separada de su protocolo y colocada en el lugar que debia ocupar, sin que por otra parte haya sido este documento redargüido de falso. S. 11 Marzo 1864.

Finalmente, la ley 114, tit. XVIII, P. 5.<sup>a</sup>, dá plena fuerza probatoria á los documentos públicos sin tacha ni vicio legal, cotejados con sus originales; y cuando el demandante prueba su accion con los que tales requisitos reunen, la sentencia que no les da valor probatorio, y absuelve al demandado, notoriamente infringe la citada ley. S. 20 Febrero 1866.

Hasta aquí hemos tratado en estos últimos párrafos de los casos en que los documentos públicos no pierden su eficacia, á pesar de algun defecto que pueda atribuírseles; pero hay otros muchos en que por el contrario no tienen valor legal. En efecto, algunos documentos públicos pueden no ser eficaces para el objeto del litigio, ya por no referirse concretamente á los casos ó cuestiones que en él se discuten, ó ya porque su significacion y mérito legal sean desvirtuados y contradichos por otras pruebas de la misma ó de diversa índole. S. 22 Junio 1867.

Ni basta para probar un hecho el que esté consignado en un documento público, si éste puede ser legalmente combatido, ó si la existencia de otro anterior demuestra su ineficacia (S. 23 Diciembre 1857). Tampoco es bastante, por muy solemne que sea dicho documento, si se opone contra él otro medio suficiente de prueba, pues puede ser enervado por medio de otros documentos fehacientes, y aun tambien por la prueba testifical. S. 2 Octubre 1861.

Dispone la citada ley 114, que valga como justificacion suficiente la carta hecha por escribano público, con dos testigos y con la expresion del dia, mes, hora y lugar de su otorgamiento; mas esto no quiere decir que haya de estimarse como tal carta una copia de copia, redargüida en forma, y cuya autenticidad no ha podido demostrarse (S. 18 Noviembre 1865). En este caso y en todos aquellos en que una escritura carece de

los requisitos indispensables para hacer fe, no son aplicables ni la citada ley 114, ni las 8.<sup>a</sup> y 15 del mismo título y Partida (S. 14 Octubre 1867). Tampoco puede estimarse como supletoria de la existencia de una escritura, á falta de protocolo, la circunstancia de haberse solicitado testimonio de ella fijando su fecha. S. 23 Junio 1862.

Alguna vez se ha intentado sostener como doctrina de jurisprudencia, la asercion de que el trascurso de más de treinta años convalida la eficacia probatoria de un traslado antiguo, si está confirmado por la posesion; pero el Tribunal Supremo no ha podido ménos de negar el valor de tal doctrina. S. 18 Noviembre 1865.

Hemos dicho que con arreglo á la ley 114, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, es válida la escritura otorgada ante escribano y testigos con expresion del dia, mes y año; y debemos ahora repetir lo que ya en otra ocasion dijimos (pág. 540 del tomo I), á saber: que son tan ineludibles estos requisitos, que la omision del dia de la fecha del otorgamiento, produce su nulidad con arreglo á la citada ley, á la 111 del mismo título y Partida y á la 1.<sup>a</sup>, tit. XXIII, lib. X, N. R.; y que por consiguiente, la sentencia que á pesar de dicho defecto le da valor, infringe las expresadas leyes. S. 13 Mayo 1864.

En este caso y siempre que una escritura es nula de derecho por ser contraria á lo establecido por la ley, no es obligatoria, y el fallo que así lo declara, no quebranta la 1.<sup>a</sup> Dig. *De pac.*, ni la 1.<sup>a</sup>, tit. I, lib. X, N. R., que tratan del cumplimiento de las obligaciones. S. 13 Febrero 1863.

Pero á pesar de que notoriamente conste la nulidad de un documento público y solemne, no pueden sin embargo ejercitarse útilmente las acciones que nacen de este defecto, lo mismo que sucede respecto de cualquier acto ú obligacion que contenga el mismo vicio, sin que primero se demande y haya obtenido la declaracion de dicha nulidad, segun la jurisprudencia y doctrina legal admitida por los tribunales y reiterada por el Supremo. S. 28 Octubre 1867.

8.º *Apreciacion judicial de la prueba documental.*—Antes

de terminar este capítulo, expondremos algunas doctrinas referentes á la apreciacion judicial de este género de prueba. Ni el art. 280 ni el 281 de la Ley de Enjuiciamiento tantas veces citados pueden tener aplicacion, cuando la sala sentenciadora al apreciar todos los documentos y medios probatorios, no lo ha hecho en el concepto de considerar preferentes las declaraciones de los testigos, á las escrituras públicas y otros documentos auténticos, sino que reputa que estos no tienen eficacia para el objeto con que han sido llevados al juicio, aunque la tengan para otros efectos. S. 13 Mayo 1862.

Tampoco se infringe la ley 114 que ántes hemos citado, cuando no se desconoce la autenticidad de dichos documentos, sino que se combinan entre sí y con los demas datos acumulados en el juicio, para deducir de su comprobacion el verdadero derecho de los litigantes (S. 6 Junio 1865). En este caso no puede decirse que se quebranta el mencionado art. 281, y ménos si nada se ha discutido en primera instancia acerca del defecto que á dichos documentos se atribuya, ni sobre su fuerza legal (S. 26 Junio 1866). Del mismo modo, cuando la sentencia se funda, no sólo en la presentacion de documentos sin el requisito legal de la inscripcion en el registro, sino tambien en las declaraciones de los testigos, no puede estimarse como motivo de nulidad ó casacion del mismo fallo la infraccion de los arts. 40 y 43 del real decreto de 23 de Mayo de 1845 sobre hipotecas, ni el tantas veces citado 281 de la Ley de Enjuiciamiento. S. 4 Octubre 1862.

En todos estos casos, y por regla general en todo género de prueba, corresponde la apreciacion del valor de ésta á la sala juzgadora; y por consiguiente los hechos de no haber estado un instrumento público unido, ni foliado en el protocolo del escribano que lo autorizó, ni haber sido encuadernado, mediante á no existir señales de haberse cosido con otros documentos, deben ser apreciados por la misma sala para estimar la eficacia que tenga en juicio dicho documento. S. 9 Junio 1868.

Con respecto al territorio de Aragon, aunque sus Observancias excluyen la prueba de testigos no instrumentales contra las cartas públicas, esto debe sin embargo entenderse en cuanto á la rea-

lidad y valor de ellas; mas no respecto á la prueba testifical y documental relativa á hechos posteriores y sucesivos de los otorgantes, inductivos de obligacion segun las leyes; los cuales pueden variar ó sustituir y hacer incompatibles ó ineficaces obligaciones anteriormente contraidas. Ademas, no siendo en este caso de fuero, ni contra fuero terminante la admision de la expresada prueba, la sala sentenciadora, sin contravenir á fuero expreso, ni por tanto á dichas Observancias, puede legalmente admitirla y apreciarla, sin que esta apreciacion sea objeto de casacion ó de nulidad. S. 28 Setiembre 1860.

9.º *Desde cuándo producen efecto los documentos.*—Terminaremos ya este capitulo, expresando desde qué tiempo producen sus efectos los documentos de que hemos hablado. El instrumento público otorgado con las solemnidades legales, produce sus efectos desde el dia de su otorgamiento; sin que la circunstancia accidental de tener en el protocolo un número anterior ó posterior al de otro documento de la misma fecha, pueda por sí sola probar que la obligacion contenida en aquel se haya contraido ántes ó despues de la consignada en este último. S. 23 Noviembre 1867.

Hemos terminado la exposicion de las doctrinas de jurisprudencia que hallamos autorizadas acerca del primero y más importante medio probatorio que reconoce el derecho; y ahora nos ocuparemos en los siguientes capítulos, por el órden con que estan tratados en la Ley de Enjuiciamiento, de los documentos privados y de las restantes pruebas á que se refiere el art. 279 de la misma ley.

## CAPÍTULO V.

### *De los documentos privados.*

Examinadas ya las doctrinas relativas á los requisitos, fuerza legal y eficacia de los documentos públicos, vamos ahora á exponer las reglas que á los documentos privados se refieren, las cuales están todas basadas en las leyes de Partida, y regularmen-

te no hacen más que, reproducirlas, sin añadir ninguna declaración importante. Por punto general los documentos privados carecen por sí de la eficacia legal y fuerza probatoria necesaria que se requiere para darles entera fe en juicio (S. 3 Diciembre 1866), y necesitan para hacer prueba, según la ley 118, título XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, que sean reconocidos judicialmente por el mismo que los escribió; y en el caso de que éste los negare, ó que por cualquier otro motivo dejare de hacerse dicho reconocimiento, es preciso que los testigos presenciales ú otros dos de buena fama aseguren haberlos visto escribir ó mandar á otro que los escribiera (S. 17 Marzo 1859, y 17 Noviembre 1864); no excluyéndose sin embargo los demas medios de prueba que el derecho tiene reconocidos (S. 12 Mayo 1865); por lo cual viene á reducirse á testifical la de la validez y eficacia de dichos documentos privados. S. 3 Mayo 1858.

Se ve pues cuán preciso es que estos para hacer fe, sean reconocidos ante autoridad judicial competente, por el que los suscribió; pero esta regla puede suplirse, como acabamos de indicar, con la comprobacion de dichos documentos, por medio de las declaraciones de los testigos que en ellos intervinieron, en que afirmen ser cierto su contenido, aunque el que los otorgó no pudiese reconocerlos por haber muerto. S. 2 Marzo 1868.

En todo caso, ya sean reconocidos ya negados por su autor, no tienen fuerza, cuando el que se obliga en ellos resulta favorecido en los mismos documentos, y entónces es inaplicable la ley 31, tít. XIII, P. 5.<sup>a</sup> (S. 3 Mayo 1858); pues no hacen fe sino en contra del que los escribió, y nunca contra un tercero que ni los hizo ni los mandó hacer, según la doctrina consignada en las leyes 1.<sup>a</sup> y 114, tít. XVIII, P. 3.<sup>a</sup> (S. 15 Diciembre 1860). Sin embargo, no puede ésta tener aplicacion á las cartas dotales, pues cuando perjudican á terceras personas, no basta la simple confesion del marido, diciendo que recibió la dote, sino que es menester justificar dicha entrega por otro medio. S. 20 Junio 1865.

Lo mismo sucede con los asientos de crédito que se hacen en los libros particulares, los cuales no pueden perjudicar á quien

no los hizo ó autorizó, «ca sería cosa sin razon é contra derecho de auer home poderío de facer á otros sus deudores por sus escrituras quando él se quisiesse» segun la ley 121, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup> (S. 12 Junio 1867). Pero esta disposicion es inaplicable al caso en que no se falle con arreglo á lo que resulte de los precitados libros de cuentas. S. 30 Mayo 1862.

Reconocidos bajo juramento ante autoridad judicial los documentos de que hablamos, hacen fe contra el que los firmó (S. 12 Junio 1867), y aun tienen fuerza ejecutiva; pero, sin embargo, esto ha de entenderse, sin que por ello sea visto que se dé en juicio ordinario á tales títulos más fuerza, fe ni autoridad, que la que por derecho tienen y deben tener, cuando son impugnados por un tercero (S. 21 Octubre 1865). Pero dicho reconocimiento no puede perjudicar á terceros interesados de quienes no era apoderado el que lo hizo; ni es aquella diligencia la *conoscencia* de que habla la ley 2.<sup>a</sup>, tit. XIII, P. 3.<sup>a</sup> (S. 23 Mayo 1861). Tampoco puede perjudicar los derechos de los parientes y deudos legitimos, el reconocimiento de unas cartas particulares, en virtud del cual se atribuyan al autor hechos que afecten los intereses de aquellos (S. 16 Abril 1864); ni constituye por sí sólo más que un dato para la apreciacion de la prueba, pero no la expresada *conoscencia* á que se refieren las leyes 1.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> del mismo título y Partida (S. 14 Noviembre 1862); porque si bien se presume que el que suscribe un documento se conforma con su contenido, y esta presuncion produce efectos ejecutivos contra el que ha reconocido su firma aunque niegue la realidad de la obligacion, esto no constituye una verdad indudable, pues son admisibles y pueden darse pruebas en contrario, que anulen aquella. S. 18 Marzo 1867.

Ya hemos dicho al principio de este capítulo, que cuando no reconoce el autor un documento, puede demostrarse la obligacion, por medio de la comprobacion de los testigos que en él intervinieron; y ahora debemos añadir, que cuando el demandado niega ser suya la firma puesta en un pagaré, y declara ser éste absolutamente falso, incumbe al actor suministrar la prueba que requiere la ley 119, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup> (S. 17 Marzo 1859); cor-

respondiendo en este caso la apreciacion á la sala sentenciadora (S. 30 Junio 1865), y siendo dicha ley aplicable al caso en que uno niega su firma, diciendo que *non la fixo, nin la mandó fazer*, pero no, cuando se duda de la legitimidad del documento. S. 21 Junio 1862.

Refiérese dicha ley sólo á los contratos privados, extendidos sin las formalidades que de derecho exige en los documentos públicos y solemnes, pero no al modo con que han de extenderse las cartas procedentes de una correspondencia particular (S. 20 Mayo 1865); no pudiendo infringirse dicha ley, cuando no se prueban los extremos que abraza (S. 18 Marzo 1867); ni cuando la sala sentenciadora no niega la fuerza probatoria de un vale reconocido, sino que estima que tal documento no contiene ó significa lo que el interesado sostiene. S. 15 Enero 1867.

Cuando se niega la certeza de un documento privado, suele cotejarse con otros; pero segun la ley 119 citada, para acreditar su autenticidad no basta su cotejo con otros indubitados. S. 9 Noviembre 1865.

Dicha ley y la 114 del mismo título y Partida, al determinar los requisitos que deben tener los documentos de que tratamos, para que pueda dárseles valor en juicio, se refieren á los que directamente producen una obligacion entre los contratantes, y no á los recibos justificativos de una cuenta, principalmente cuando no ha sido redargüida de falsa. S. 14 Febrero 1865.

Las notas de un libro de cuentas que carecen en sí de las formalidades legales de una obligacion escrita, y no han sido reconocidas en juicio, no son documentos eficaces para probar la constitucion de un depósito (S. 11 Marzo 1865); pero las letras de cambio que contienen la cláusula de «valor recibido» de la persona á quien se facilitan, acreditan suficientemente la entrega del importe de aquellas, por el único medio legal de que se usa en esta clase de documentos. S. 6 Noviembre 1866.

Si bien un documento privado carece por sí sólo, con arreglo á la ley 114, tit. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, de eficacia legal para acreditar la transmision del dominio de los bienes inmuebles *como quier que faga alguna presuncion*, y exige para esta clase de contratos el

otorgamiento de escritura pública, esto no obsta, ni se infringe dicha ley, cuando se acredita la verdad de lo contenido en el documento, por virtud del reconocimiento de uno de los contrayentes y de los testigos que intervinieron, revistiendo de este modo aquel acto privado de las solemnidades legales que le faltaban. S. 28 Enero 1865.

De lo dicho se sigue el poco valor que en sí tienen los documentos privados: así es que si son redargüidos civilmente de falsos, negando la parte interesada ser suya la firma en ellos contenida, no pueden invalidar otro legítimo de fecha anterior, en cuanto á la eficacia de la acción ejercitada en virtud de éste. S. 8 Mayo 1862.

Réstanos sólo para concluir este breve capítulo, hacer mención de dos decisiones en que se corrobora el precepto de la ley 111, tít. XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, relativo á que cuando una de las partes presenta en juicio dos cartas que se contradicen acerca de un mismo hecho, no debe ser creída ninguna de ellas, puesto que está en su mano el presentar la que le favorece y ocultar la otra. S. 21 Abril 1865, y 29 Setiembre 1866.

## CAPÍTULO VI.

### *De la conosciencia ó confesion judicial.*

La *conosciencia*, como denomina la ley de Partida á la confesion judicial, es un género de justificacion, sin duda el más concluyente, si reúne todos los requisitos legales, pues produce plena prueba (S. 29 Junio 1861); y la sentencia que no le da este valor, infringe las leyes que la reconocen como tal y especialmente la 2.<sup>a</sup>, tít. XIII, P. 3.<sup>a</sup> S. 21 Setiembre 1859; 25 Junio 1861; 20 Junio 1862; 1.<sup>o</sup> Diciembre 1866, y 31 Marzo 1868.

En este supuesto, veamos, 1.<sup>o</sup>, en qué casos hay verdadera confesion judicial que sirva de justificacion de los hechos litigiosos; y 2.<sup>o</sup>, cuándo, por quién y en qué forma ha de ejecutarse este género de prueba.

La confesion á que da tanto valor dicha ley de Partida, es la

explícita y absoluta, y no aquella que se limita á un sólo extremo de la demanda, negando al mismo tiempo la certeza de los demas que de una manera individua constituyen la base esencial de la accion deducida (S. 16 Abril 1866, y 5 Enero 1867). Es por otra parte preciso para que la confesion perjudique al que la hace y aproveche á su contrario, que se refiera á cosa, cuantía ó hecho cierto y concreto, y que no se ejecute de una manera vaga é indeterminada. S. 4 Octubre 1860, y 15 Noviembre 1866.

La manifestacion más ó ménos explícita de la parte demandada, con relacion á los particulares que han sido objeto de la demanda, y el resultado que haya podido producir, no es la confesion judicial á que la citada ley se refiere, y por consiguiente no se infringe ésta al prescindir un fallo del resultado de dicha manifestacion (S. 27 Noviembre 1863). Tampoco hay verdadera confesion judicial, cuando ni el demandante ni el demandado prestan declaracion alguna en juicio (S. 9 Octubre 1865, y 8 Junio 1866); ni cuando la parte demandada deja de confesar el hecho que se quiere hacer valer. S. 23 Diciembre 1865.

Lo mismo sucede cuando el confesante, léjos de reconocer el hecho por que se le pregunta, lo niega terminantemente (S. 28 Enero 1865), como, por ejemplo, cuando el demandado niega ser suya la firma de un pagaré objeto del litigio, y haber recibido la cantidad que en el mismo se expresa (S. 14 Mayo 1864); ó cuando presentándose notas ó datos que carecen en sí de las formalidades legales de una obligacion escrita, no son reconocidos en juicio por el deudor; y tambien cuando no tratándose de un hecho propio del confesante, limita éste lo que se llama reconocimiento, á manifestar que la letra de la nota ó documento *se parece* á la de aquel por quien se supone escrita. S. 11 Marzo 1865.

Es siempre precisa, con arreglo á la ley 119, tít. XVIII, Partida 3.<sup>a</sup>, para que exista la *conoscencia* en juicio, y adquiera plena fuerza probatoria un documento presentado en él, que sea reconocido por la parte contra quien se produce (S. 11 Marzo 1863); y no basta en todos los casos dicho reconocimiento, pues si la sala sentenciadora aprecia una carta de uno de los litigan-

tes reconocida en juicio, sólo como mero documento favorable, y no en el concepto de *conoscencia* ó confesion judicial, no puede dársele este carácter. S. 29 Octubre 1862.

Tampoco es verdadera confesion, segun lo declarado en varios fallos, lo que expone un litigante en sus escritos (S. 5 Febrero 1863; 24 Diciembre 1864; 20 Junio 1865; 26 Enero 1866, y 11 Julio 1868); y por consiguiente, cuando no hay más que manifestaciones de esta clase, no tienen el valor y eficacia de verdadera confesion, ni puede aplicarse la doctrina relativa á que aquella se reputa indivisa, de modo que no puede admitirse en una parte y desecharse en otra (S. 21 Setiembre 1867). De un fallo de 15 de Mayo de 1868 parece deber deducirse la doctrina, de que tambien carece de la fuerza de la *conoscencia* la ratificacion judicial de los escritos presentados en autos, porque no reune los requisitos exigidos por las leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, tít. XIII, Partida 3.<sup>a</sup>, para que la confesion produzca los efectos que en las mismas se consignan. Pero esta decision más bien creemos que haya aludido solamente al caso concreto del litigio en que fué dictada, que no á consignar un dogma de jurisprudencia, que á nuestro parecer no estaria bastantemente justificado.

Mucho ménos puede reputarse confesion judicial el reconocimiento ejecutado por un litigante en el órden privado y amistoso, de la justicia de las reclamaciones que se le hacen, pues esto no constituye la prueba á que se refiere la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XIV, Partida 3.<sup>a</sup> (S. 17 Setiembre 1866); ni tampoco la confesion extrajudicial, pues careciendo de las formalidades de derecho, no puede tener el valor que da á ésta la citada ley 2.<sup>a</sup>, tít. XIII de la misma Partida (S. 4 Junio 1860); ni la aprobacion de una particion, hecha en escritura pública (S. 12 Junio 1862); ni el acta de conciliacion, si es informal por carecer de las firmas de los interesados (S. 5 Abril 1862). Finalmente, cuando se anula un contrato confesado judicialmente, por no ser del contratante los bienes sobre que versó la confesion, no puede decirse que se infringe la citada ley. S. 25 Enero 1866.

Aunque la confesion judicial sea válida mientras no se pruebe que se ha hecho por error, puede desvirtuarse con la prueba de

éste; pero cuando no se acredita que al hacerla hubo yerro, la sentencia que condena al pago de lo convenido, no infringe la ley 5.<sup>a</sup> del mismo título y Partida, ni la única del Código, de *errore calculi*. Del mismo modo, el que confiesa una deuda en juicio y manifiesta la causa de deber, y aun añade haber satisfecho por tal concepto parte de su importe, no puede invocar contra su propio acto y sin prueba de su error, la ley 50, tit. XIV, Partida 5.<sup>a</sup>, que establece que el que paga deuda dudosa y despues prueba no deberla, tiene derecho á que se le restituya. S. 20 Marzo 1866.

Segun se deduce de lo consignado en un fallo (de 29 Noviembre 1861), no es siempre necesaria la expresa confesion en juicio para que haya verdadera conoscencia; pues en algunas ocasiones existen motivos poderosos para considerar que un litigante ha confesado un hecho, y entónces es inútil su declaracion. Así sucede, por ejemplo, respecto de los que una de las partes ha articulado para su prueba, los cuales deben estimarse reconocidos por la misma para los efectos que da á la confesion hecha en juicio, la citada ley de Partida (S. 29 Abril 1863). Mas esta doctrina parece contradictoria con la expuesta en las sentencias que ántes citamos de 9 de Octubre de 1865 y 8 de Junio de 1866, segun las cuales es preciso para que haya verdadera confesion, que el demandante ó el demandado declaren en debida forma en juicio. Por eso se sienta en otros fallos, que cuando la contestacion dada por el demandado no es la confesion judicial á que la citada ley se refiere, no puede ésta tener aplicacion, porque en este caso no existe la verdadera conoscencia (S. 20 Junio 1862, y 20 Diciembre 1865); y lo mismo cuando se contesta á una posicion, de un modo que no sea una confesion terminante. S. 11 Junio 1864, y 23 Mayo 1867.

Finalmente, sobre el primer punto propuesto al principio, añadiremos, que la confesion judicial, solamente perjudica al que la hace, y no á una tercera persona (S. 6 Febrero 1863, y 5 Mayo 1865), razon por la cual no puede dañar á los que declaran como testigos (S. 4 Mayo 1868); y si quedan por aquella lastimados los derechos de un tercero, es necesario concederle el

ejercicio de los demas medios probatorios que el derecho reconoce, para atenuar ó anular los efectos de la misma confesion. S. 28 Abril 1866.

Pasando ahora á tratar del segundo punto ántes indicado, esto es, acerca de cuándo, por quién, y en qué forma debe ejecutarse este género de prueba, es necesario fijar la atencion en el art. 292 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que todo litigante está obligado á declarar bajo juramento en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda, hasta la citacion para definitiva, cuando así lo exigiere su adversario. Este artículo, como se ve, contiene tres partes: la primera, impone á todo litigante la obligacion de declarar bajo juramento: la segunda, fija el período del juicio en que puede exigirse la confesion; y la tercera, determina las personas que están facultadas para exigirla. En cuanto al primer extremo, nada concreto ha fijado la jurisprudencia; pero respecto del segundo, se ha declarado (S. 31 Diciembre 1864), que la confesion judicial de que hablan la ley 5.<sup>a</sup>, tit. X, y la ya citada 2.<sup>a</sup>, tit. XIII, P. 3.<sup>a</sup>, debe ser hecha despues de comenzado el juicio por demanda y por respuesta, y contestándose á preguntas directas del colitigante. S. 31 Diciembre 1864.

Con relacion á las personas autorizadas por la ley para exigir la confesion, sabido es, que el art. 48 de la de Enjuiciamiento, concede la misma facultad á los jueces y tribunales, que el 292 al litigante contrario; razon por la cual se declaró en S. 27 Abril 1866, que estando en las atribuciones de aquellos el exigir, para mejor proveer, confesion judicial á cualquiera de las partes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestion y no resulten probados, á ellos exclusivamente compete apreciar estas circunstancias. Se ha consignado tambien sobre este punto, que si bien la confesion es uno de los medios de prueba establecidos por la misma ley, y con arreglo al art. 292 de ella, «todo litigante está obligado á declarar bajo juramento en cualquier estado del juicio, contestada que sea la demanda, hasta la citacion para definitiva, cuando así lo exija el contrario;» este precepto ó regla general es, se entiende y se aplica sin perjuicio de las

excepciones que para casos determinados establece la misma ley. S. 19 Diciembre 1865.

En cuanto al juramento bajo el cual debe declarar aquel á quien se exige la confesion, sabido es, que el derecho establece dos clases muy distintas por sus efectos; el decisorio y el indecisorio. La Ley de Enjuiciamiento, reconociendo la diferencia que entre ambos existe, prescribe, que las declaraciones puedan hacerse, á eleccion del que las pidiere, bajo cualquiera de dichos juramentos, y señala al mismo tiempo las consecuencias de cada uno y su importancia relativa; y el Tribunal Supremo ha declarado (S. 4 Mayo 1868), que el juramento decisorio de que habla la ley 4.<sup>a</sup>, tit. XI, P. 3.<sup>a</sup>, sólo puede tener lugar, si el demandante, entablada la contienda, jura con placer del demandado que éste le debe lo que le demanda.

Las contestaciones de la parte llamada á declarar, deben ser afirmativas ó negativas, pudiendo agregar, segun el art. 295 de la Ley de Enjuiciamiento, las explicaciones que estime convenientes ó que el juez le pida; no debiendo éste permitir que se den respuestas evasivas: y tanto en este caso, como en el de negarse á declarar el litigante, está aquel obligado á apercibirle en el acto de tenerle por confeso.

Si el declarante, al reconocer el hecho porque se le pregunta, añade otro distinto, acerca del cual no se le habia interrogado, está obligado, segun los principios generales expuestos al ocuparnos de la obligacion de probar, á acreditar el segundo hecho, para que no le perjudique la confesion del primero. S. 25 Junio 1861.

Respecto á la forma en que deben contestarse las posiciones, es doctrina autorizada, que lo prescrito en la ley 2.<sup>a</sup>, tit. IX, libro XI de la N. R., supone necesariamente la circunstancia de que aquellas han de recaer sobre hechos propios de que el litigante pueda tener completo conocimiento (S. 20 Marzo 1861, y 21 Setiembre 1867); y que cualquiera que sea la inexactitud en que al contestarlas incurra la parte demandada, no puede dar lugar, segun la misma ley, á que se la haya por confesa, sin ser convencida claramente de que á sabiendas se perjuró (S. citada

21 Setiembre 1867); y si dada vista de la confesion, la parte que la hubiere solicitado, pide se declare confesa á la contraria, por hallarse en alguno de los casos del art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento, el juez puede acceder á ello, si lo estima justo; pero sin embargo, la declaracion de darse por confeso á un litigante, por su rebeldía en no comparecer á declarar, no tiene valor, hasta que queda firme y surte todos sus efectos con arreglo á la misma ley. S. 9 Diciembre 1864.

Cuando se verifica la confesion, á los jueces corresponde apreciar el resultado de esta diligencia, y decidir en su vista lo que estimen más acertado; sin que pueda contra esta apreciacion invocarse como infringidos el art. 279 de Ley de Enjuiciamiento, ni las leyes 8.<sup>a</sup> y 13, tít. XIV, P. 3.<sup>a</sup>, segun las que el juez debe ver «cuál es el fecho por que ha de dar juicio, é en qué manera lo podrá mejor y más derechamente departir.» S. 13 Junio 1866.

Hemos procurado recapitular brevemente todo lo más importante que hallamos en la jurisprudencia acerca de la confesion judicial, que tan usual y comun suele ser en toda clase de juicios.

## CAPÍTULO VII.

### *De la prueba pericial.*

Al ocuparnos de este género de prueba, debemos hacernos cargo de dos puntos capitales: 1.º, de la naturaleza y eficacia de lo que la Ley de Enjuiciamiento llama juicio de peritos; y 2.º, del procedimiento relativo á este medio probatorio. Dicha ley, en sus disposiciones referentes á esta prueba, le da el nombre de «juicio de peritos,» diferenciándola de todas las demas, á las cuales no califica del mismo modo. Esta diferencia, la insistencia en la denominacion de *juicio* que puede observarse en los artículos 279 y 303, y el no haber ningun otro en que se la distinga de otra manera, ni se declare que el criterio judicial está sobre el de dichos peritos, han dado márgen á que se sostenga que estos son como unos verdaderos jueces de hecho, y que los tribunales deben seguir precisamente la opinion pericial; pero sin

embargo, se ha declarado por el contrario (S 19 Noviembre 1866), que léjos de ser doctrina admitida la de que el expresado juicio pericial es valedero, á ménos que haya en él los vicios que invaliden las sentencias, por deber considerarse como jueces á los peritos, seria un conocido error atribuirles en ningun caso semejante carácter, porque sus declaraciones no constituyen más que una de las clases de prueba cuyo análisis, calificacion y apreciacion corresponden al respectivo juez ó tribunal, que es á quien las leyes someten la facultad de juzgar. Esto mismo, aunque la ley no lo declara explícitamente y como regla general, se halla reconocido en el art. 290 de aquella y en la S. 21 Junio 1864 en cuanto á los peritos revisores; habiéndose hecho extensivo tambien á todos los demas juicios periciales, por otros fallos de 6 Diciembre 1858 y 14 Setiembre 1864. Á este mismo propósito se ha declarado tambien, que aunque las leyes 118 y 119, título XVIII, P. 3.<sup>a</sup>, refundidas en su parte esencial en el art. 290 de la de Enjuiciamiento civil, no califican de prueba acabada las declaraciones periciales, no por eso prohiben que los tribunales formen su juicio por el conjunto de todas ellas (S. 2 Octubre 1861). Se ha declarado ademas que no pueden encomendarse á los peritos, como ya en otra ocasion indicamos, las deducciones de cantidad, por hallarse sujetas á un exámen ordinario y contencioso. S. 23 Diciembre 1844.

En cuanto al segundo punto propuesto al principio, esto es, al procedimiento sobre esta clase de prueba, es doctrina admitida, que las leyes 3.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 16, título XXII, P. 3.<sup>a</sup>, no tienen por objeto determinar la forma de los reconocimientos periciales, pues estos deben hoy verificarse con sujecion al art. 303 de la de Enjuiciamiento. Ninguna decision conocemos referente á sus siete primeras reglas; pero con relacion á la 8.<sup>a</sup> se ha declarado en 26 Mayo 1868, que cuando por las partes se nombra espontáneamente y de comun acuerdo, conforme á la ley de 17 de Julio de 1836 y real órden de 25 de Enero de 1853, el tercer perito para tasar un terreno que ha de expropiarse por causa de una obra de utilidad pública, léjos de infringirse estas disposiciones, son exactamente observadas. S. 26 Mayo 1868.

Sabido es que una vez nombrados los peritos, sólo puede admitirse la recusacion del tercero, conforme á lo prevenido en la regla 9.<sup>a</sup> del citado art. 303, y que para ello se necesita que concorra alguna de las causas marcadas en la 11 del mismo: precepto que ha sido confirmado en S. de 3 Abril 1867 y 13 Noviembre 1868; añadiéndose por la primera de éstas, que no basta alegar la causa en que la recusacion se funde, sino que es necesario probarla en debida forma.

Se ha declarado finalmente, que si bien en la regla 13 del mencionado art. 303 se previene, que al emitir el juicio del tercer perito concurren los interesados, se añaden las palabras «en la forma ántes prevenida,» que es la expresada en la regla 5.<sup>a</sup> del mismo artículo, la cual expresa que es potestativo en las partes litigantes el concurrir ó no á dicho acto. S. 20 Marzo 1862.

Esto es lo que encontramos digno de mencion acerca de la prueba pericial.

## CAPÍTULO VIII.

### *De la prueba testifical.*

Pocas é incongruentes son las doctrinas que podemos exponer acerca de este género de prueba, á pesar de ser comunmente la más usual, si bien la más falible y expuesta á contradicciones y abusos.

Un dogma capital descuella entre los principios que se refieren á esta materia, y es el consignado en el art. 317 de la Ley de Enjuiciamiento civil, segun el cual, los jueces y tribunales deben apreciar el valor de dicha prueba, no con arreglo á las prescripciones que tan minuciosamente establecian las leyes de Partida, sino con sujecion á las reglas de la sana critica. Á este propósito, se han dictado tantos fallos por el Tribunal Supremo reiterando esa doctrina legal, que seria sumamente enojoso y hasta interminable el haber de citarlos; y ademas omitimos hacerlo en este lugar, porque al tratar de los recursos de casacion, y de las cuestiones de hecho que muchas veces se intentan so-

meter al exámen del Tribunal Supremo, creemos preferible ocuparnos más directa y detenidamente de esta materia.

Pero sin perjuicio del principio que dejamos consignado, si por una y otra parte se presentan testigos, y las declaraciones y fama de unos y otros fueren iguales, el juez debe dar por libre al demandado. S. 7 Junio 1858.

Como el testimonio privado ha de ser imparcial para que sea creído, nada más natural que lo declarado, de acuerdo con la ley 18, tít. XVI, P. 3.<sup>a</sup>, sobre que ninguno pueda ser testigo en causa propia. S. 4 Mayo 1868.

Segun hemos indicado, el valor de las declaraciones de los testigos no puede ser tasado por la ley, sino apreciado por una crítica racional é ilustrada; razon por la cual la jurisprudencia no há podido tener por admitida como doctrina, la aseveracion de que el dicho de diez testigos vale tanto como un documento público (S. 50 Setiembre 1864), ni tampoco la de que los jueces se deben atener para la calificacion y apreciacion de las pruebas al número de aquellos; pues por el contrario, han de formar su criterio por el valor que merezcan sus declaraciones, segun se establece en la ley 41, tít. XVI, P. 3.<sup>a</sup> (S. 27 Marzo 1865), con la cual está en cierto modo de acuerdo lo prescripto en el citado art. 317 de la de Enjuiciamiento.

Suele á veces advertirse á los testigos, que en lo sucesivo sean más consecuentes en la relacion de los hechos, sin omitir ninguna circunstancia; pero esto no supone que hayan dado falso testimonio, y que por consiguiente, sean indignos de crédito (S. 16 Diciembre 1864). Sin embargo, si á sabiendas faltan á la verdad, cometen un hecho punible, y entónces deben ser castigados, no con arreglo á la ley 42 del titulo y Partida citados, sino con sujecion al Código penal (S. 9 Octubre y 18 Noviembre 1865). Ademas, ni esta ley, ni las 3.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, tít. VIII, lib. XII de la N. R., ni la 83 de Toro sobre la averiguacion y castigo de los delatores y testigos falsos, pueden aplicarse á un asunto sobre materia civil. S. 11 Diciembre 1865.

Como los testigos deben tener todas las garantías posibles de que son imparciales y dicen la verdad, la ley (arts. 318 y si-

güentes de la de Enjuiciamiento) establece los motivos porque deben ser excluidos ó tachados, siendo uno de ellos, segun el art. 520, la amistad íntima con alguna de las partes; pero no siempre puede considerarse esta amistad como causa legal de recusacion, pues se ha declarado, que no se infringe el ya citado art. 520, cuando el tribunal aprecia en virtud de las pruebas practicadas, que existiendo amistad íntima entre los testigos y el que los presenta, no es, sin embargo, la intimidad exigida por la ley para que su testimonio no valga en juicio. S. 27 Marzo 1866.

Por la misma razon de dar toda la garantía posible de que el testigo habla con pleno conocimiento de lo que hace, exige la ley 9.<sup>a</sup>, tít. XVI, P. 3.<sup>a</sup>, la edad de veinte años para declarar en causas criminales; pero sin embargo, ántes de esta edad, puede el testigo producir gran presuncion, segun la misma ley, si es de buen entendimiento. S. 21 Octubre 1864.

No debemos omitir, al tratar de este género de prueba, el hacernos cargo de un fallo del Tribunal Supremo (de 10 Julio 1846), en que se consignó la doctrina, de que habiendo una mujer asegurado en su testamento que no tenia herederos forzosos, y estar en libertad de disponer de sus bienes, no era válida la justificacion por medio de testigos, para probar la filiacion. Pero esta doctrina ha sido explicada en diverso sentido por el mismo Tribunal en otros fallos (de 16 Diciembre 1864, y 30 Junio 1865. V. la pág. 151 del tomo I); y por consiguiente, no la creemos autorizada.

En cuanto á la parte del procedimiento referente á esta clase de prueba, nada tenemos que exponer; y únicamente indicaremos, que si por no haberse hecho el exámen de algun testigo, protesta una de las partes; si no insiste en ello, y deja consentida la providencia en que se declara no haber lugar á tal reclamacion, no basta dicha protesta, para preparar el recurso de casacion por denegacion de prueba, y hacer uso de él en tiempo oportuno. S. 7 Abril 1866.

Hemos terminado la exposicion de las doctrinas referentes á toda clase de pruebas, y pasamos ya en el siguiente título á ocu-

parnos de las que tienen relacion con los autos para mejor proveer, las sentencias, la condena de costas, y la ejecucion de lo juzgado.

## TÍTULO IV.

*De los autos para mejor proveer, de las sentencias y de la condena de costas.*

### CAPÍTULO PRIMERO.

*De los autos que se dictan para mejor proveer.*

Con el fin de que los jueces puedan reunir todos los datos y medios que consideren necesarios, ademas de los que las partes hayan llevado al pleito, y formar su convencimiento para decidir con toda la ilustracion posible lo que crean más justo, la Ley de Enjuiciamiento, siguiendo el espíritu de la 11, tit. XIV, P. 3.<sup>a</sup>, que recomendaba á aquellos fueran «acuciosos en pensar saber la verdad por cuantas maneras pudiesen,» dispuso en su art. 48, que puedan para mejor proveer, decretar que se lleve á la vista cualquier documento que crean conveniente, exigir confesion judicial á los litigantes, decretar la práctica de reconocimientos ó avalúos, y disponer se unan al pleito cualesquiera autos que con él tengan relacion.

Parecia que acerca de una disposicion legal tan clara y explícita, no seria necesario ninguna explicacion de la jurisprudencia; pero sin embargo, no han faltado dudas y cuestiones sobre este punto, y se ha visto el Tribunal Supremo precisado á declarar, que despues de alegarse de bien probado, y de estar el pleito concluso para definitiva con las citaciones correspondientes,

es potestativo, y de ningun modo obligatorio en los tribunales, dictar ó no dichas providencias para mejor proveer, sin que por lo tanto, pueda conceptuarse que en no haberse acordado un auto de dicha clase, hay denegacion de prueba (S. 7 Junio 1862; 23 Noviembre 1863, y 19 Febrero, 13 Abril y 11 Mayo 1868). En el mismo concepto se ha añadido, que las actuaciones acordadas para mejor proveer, no son diligencias probatorias, de aquellas á que se refiere la causa 6.<sup>a</sup> del art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento, y que por consiguiente, cualquiera que sea su resultado, no es motivo de casacion. S. 31 Marzo 1859; 20 Marzo y 26 Abril 1862; 23 Noviembre 1865.

Confundiéndose lastimosamente la facultad de que vamos hablando, con algunas disposiciones de las leyes recopiladas sobre alegatos y pruebas, ha sido tambien preciso declarar, que las leyes 1.<sup>a</sup>, tít. VII, y 1.<sup>a</sup>, tít. XIV, lib. XI, N. R., sólo se refieren á documentos ó alegaciones que las partes ó sus defensores pueden presentar, pero no á los que los jueces conceptúen necesarios para su mayor ilustracion y mejor proveer. S. 9 Mayo 1867.

Aun se han querido tambien confundir las diligencias de prueba que segun el art. 276 de la Ley de Enjuiciamiento, deben practicarse sólo en el término concedido al efecto, con las que pueden decretarse de oficio y sin sujecion á plazo para el esclarecimiento de la verdad; y tambien se ha decidido (en S. 9 Abril 1866), que lo dispuesto en dicho artículo no es ni puede ser aplicable á las diligencias que con arreglo al art. 48, pueden mandar ejecutar los jueces para proveer con más acierto.

De lo expuesto se deduce, que aunque no se ha consignado sobre esta materia ninguna nueva doctrina, se ha explicado lo que parecia innecesario, el verdadero sentido del citado artículo. 48. Pero las declaraciones hechas no dejan, sin embargo, de tener alguna importancia, y es de esperar que eviten la repeticion de tantos errores como se han cometido con la desacertada aplicacion que ha querido hacerse de la mencionada disposicion legal.

## CAPITULO II.

*De las sentencias definitivas.*

Vamos á ocuparnos del acto más importante de los juicios, cual es su término y decision, por medio de la sentencia que deben dictar los jueces, resolviendo en justicia el punto litigioso; y repetimos á este propósito lo que indicamos al principio del título relativo á la prueba: hemos creído preferible seguir en esta materia diverso método que el de la Ley de Enjuiciamiento, porque cuanto vamos á exponer no es aplicable sólo al juicio ordinario, ni tampoco á la primera instancia, sino extensivo á todos los juicios y actos judiciales y á las dos instancias que se conocen hoy en nuestro procedimiento.

No es de nuestra incumbencia tratar de la parte externa, ó de de la forma en que deben redactarse los fallos, ni de los requisitos que estos deben contener; y sólo indicaremos sobre este punto, que las providencias que repelen una demanda *à limine judicii* deben ser fundadas, con tanto ó mayor motivo que las que deciden artículos ó incidentes (S. 3 Mayo 1860). Nos habremos de ocupar, pues, de lo más esencial, de lo intrínseco de las sentencias en su parte dispositiva, que es la susceptible en su caso del grave vicio de nulidad.

Aparte de la observancia de las reglas establecidas en el artículo 535 de la Ley de Enjuiciamiento civil para la acertada redaccion de aquellas, y del detenido estudio que los jueces y magistrados tienen obligacion de hacer, para aplicar oportunamente el derecho á los puntos controvertidos y fundar en él sus decisiones, es necesario que tengan muy presentes las varias doctrinas que vamos á exponer sobre tan importante materia.

Establecía la antigua ley del Ordenamiento (2.<sup>a</sup>, tít, XVI, libro XI, N. R.), que si en los pleitos, tanto en primera como en segunda instancia, faltase alguna de las solemnidades de derecho, sin embargo, contiéndose en la demanda la cosa que el demandante se proponia pedir, y encontrando los jueces probada la

verdad del hecho, los determinarán según lo que hallasen probado; y que las sentencias dictadas de este modo fuesen válidas. Pero como dijimos en el cap. 3.º, sección 1.ª del título preliminar (pág. 56 del tomo I), el derecho moderno ha sido más estricto en este punto; pues ha derogado esa especie de juicio discrecional concedido á los juzgadores. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento ha querido encerrar en límites precisos la discusión escrita, para que la decisión recaiga sobre los puntos concretos controvertidos; y ha declarado además la nulidad del procedimiento, y por consecuencia la del fallo, cuando se falta á alguna de las solemnidades más esenciales del juicio, como son las contenidas en el art. 1013; y por eso el Tribunal Supremo ha dicho en varias ocasiones, que la citada ley recopilada está derogada por la de Enjuiciamiento civil (S. 21 Mayo 1859; 11 Setiembre y 17 Diciembre 1864, y 16, 27 y 30 Junio 1865), y también por la mercantil. S. 26 Junio y 22 Noviembre 1866. <sup>1</sup>

En el sistema antiguo de procedimientos era también práctica muy común absolver al demandado sólo de la instancia, lo cual equivalía á aplazar la resolución del pleito; cosa opuesta á la ley 15, tit. XXII, P. 3.ª, que dice, que «non es valedero el juyzio en que non es dado el demandado por quito ó por vencido;» mas el Tribunal Supremo declaró muy oportunamente en 5 de Febrero de 1855, que esta absolución incompleta se hallaba derogada por la práctica y por la jurisprudencia de los tribunales.

Otra corruptela ha solido haber, y aun se há repetido en tiempo muy moderno, cual es la de limitarse la sentencia á reservar al demandante el derecho que le corresponda, para que lo deduzca con arreglo á las leyes; lo cual viene á destruir la eficacia del pronunciamiento principal de la ejecutoria, ó sea la absolución de la demanda, puesto que sería baldío el pleito, si esta

---

1 Al hacer estas mismas citas en la pág. 57 del tomo I, mencionamos equivocadamente una sentencia de 30 de Enero de 1865; y además las que allí se dijo eran de 26 de Junio y 22 Noviembre de 1865, deben entenderse de 1866.

pudiera reproducirse bajo cualquier pretexto contra los mismos demandados y por la misma causa ó razon de pedir. Por eso se ha declarado con mucha razon (S. 18 Diciembre 1868), que dicha reserva es contraria á las leyes, é infringe abiertamente lo dispuesto en el art. 61 de la de Enjuiciamiento.

En efecto, éste preceptúa, que las sentencias sean claras y precisas, declarando, condenando ó absolviendo, sin que puedan los jueces y tribunales aplazar, dilatar, ni negar la resolucion de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito; disposicion que está enlazada con el siguiente art. 62, que previene, que siendo varios los puntos litigiosos, se haga con la debida separacion el pronunciamiento correspondiente á cada uno de ellos; y al mismo tiempo guarda relacion con el art. 63, relativo al modo de fijarse la importancia de los frutos, intereses, daños ó perjuicios.

En estas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento, está, pues, recapitulado todo lo más esencial de lo que el antiguo derecho establecia acerca de los requisitos intrínsecos de los fallos; pero, sin embargo, se considera aun vigente una célebre ley de Partida que, segun veremos en el curso de este capítulo, ha sido por lo comun muy mal interpretada por algunos letrados, que la han invocado con una intemperancia digna de severa censura. Aludimos á la ley 16, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, cuyo epigrafe es «como non deue valer el juyzio que da el judgador sobre una cosa que non fué demandada ante él.» Los términos claros y precisos de esta ley, cuyo contenido no copiamos por ser tan conocida, y porque ademas está esencialmente resumido en el mencionado epigrafe, parece que debieran haber impedido toda cuestion acerca de los oportunos preceptos que la misma ley contiene; pero, sin embargo, con una frecuencia lamentable, se ha intentado dar á aquellos una interpretacion tan irracional, cual puede deducirse á poco que se examinen algunas de la numerosísimas decisiones que habremos de citar en breve.

Con respecto á los mencionados artículos de la Ley de Enjuiciamiento, ha sido preciso declarar reiteradamente, que cuando la sentencia se ajusta á la demanda, no se infringen los precep-

tos en ellos contenidos (S. 10 Marzo y 18 Setiembre 1865, y 27 Junio 1866); y que no se quebranta dicha ley, cuando el fallo admite la modificación presentada á una demanda en el escrito de réplica (S. 21 Diciembre 1867); ni cuando comprende y resuelve los extremos de la demanda y todas las cuestiones discutidas en el juicio. También se ha recordado (S. 17 Noviembre 1867, y 13 Mayo 1868), que según las mismas leyes citadas, los fallos deben recaer sobre lo que hubiere sido objeto de la demanda y de las excepciones contra ella opuestas, y resolver las cuestiones discutidas, sin negar, aplazar, ni remitir á otro juicio su decisión. Pero, sin embargo, aunque se otorgue ménos de lo que se hubiere pedido en la demanda, por no haberse probado todo lo que fué objeto de la misma, la sentencia se ajusta á lo prescrito en la ley 43, tit. II, P. 3.<sup>a</sup>, y no infringe por falta de congruencia la 16 ántes citada, ni los mencionados artículos de la de Enjuiciamiento. S. 18 Marzo 1862, y 12 Marzo 1868.

Hemos dichos cuánto importa que los fallos se ajusten á las prescripciones de dicha ley 16, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, la cual, lejos de estar derogada, ha sido recordada como vigente en multitud de ocasiones por el Tribunal Supremo. Por eso y en observancia de la misma, toda sentencia debe guardar conformidad con la demanda, y si esta se ha formulado alternativamente, resolver las cuestiones que han sido objeto del pleito, en cada uno de los supuestos que aquella abraza (S. 26 Mayo 1868); contrayéndose siempre á los términos en que se haya fijado la cuestión litigiosa, sin extralimitarse á decidir lo que en ella no estuviere comprendido (S. 16 Octubre 1863), y omitiendo resolver nada sobre particulares que se hayan tocado por incidencia y no en forma legal (S. 21 Noviembre 1846; 30 Enero 1864; 23 Febrero 1867, y 18 Febrero 1868), ó sobre otros puntos diferentes, propuestos con posterioridad al período en que queda cerrada la discusión escrita, y sobre lo que no ha podido haber controversia, ni prueba (S. 4 Diciembre 1865); ó bien sobre excepciones que no hubieren sido alegadas en tiempo y forma. S. 18 Setiembre 1865.

Consecuencia de esta doctrina legal es, que el fallo que decide sobre puntos no fijados en la demanda y en la reconvenção, in-

fringe dicha ley (S. 12 Octubre 1859; 26 Marzo y 27 Noviembre 1860; 28 y 31 Enero 1862, y 18 Octubre 1867); del mismo modo que el que resuelve sobre acciones ó puntos que no han sido objeto del litigio (S. 27 Mayo 1858; 22 Diciembre 1860; 25 Mayo y 18 Junio 1867); ó el que no guarda conformidad con lo pedido y discutido durante el juicio (S. 17 y 28 Mayo y 16 Octubre 1858; 12 Mayo 1865; 18 y 19 Enero y 30 Junio 1866). Quebranta igualmente la citada ley, y ademas la 29, tit. II de la misma P. 3.<sup>a</sup>, la sentencia que difiere de lo pedido, y manda á uno restituir lo que no tiene ni posee, á un tercero (S. 18 Octubre 1867); é infringe la 16, tit. 22 de dicha Partida, la que, limitándose la demanda á pedir la division y amojonamiento de parte de una heredad, amplía su resolucion y la extiende á la division de toda ella (S. 29 Octubre 1862). Del mismo modo es contrario á la ley el fallo que modifica en favor del apelado un extremo del de primera instancia, que aquel consistió no adhiriéndose á la apelacion interpuesta por la otra parte (S. 30 Setiembre 1863); y el en que la condena excede los límites de lo pedido en la demanda. S. 10 Octubre 1857.

Pero si por el contrario resuelve sobre todas las pretensiones deducidas por las partes, tanto en la demanda como en la reconvention, no infringe la ley 4.<sup>a</sup>, tit. X, P. 3.<sup>a</sup>, ni el párrafo 3.<sup>o</sup>, art. 254 de la Ley de Enjuiciamiento (S. 29 Octubre 1863, y 14 y 15 Diciembre 1865); ni tampoco vulnera la Ley de Partida ántes citada, cuando guarda conformidad con la demanda. S. 29 Octubre 1861; 22 Diciembre 1865; 5 Enero y 12 Marzo 1867, y 23 Junio 1868.

Así como es nulo todo fallo que se extralimita resolviendo particulares ajenos á la cuestion, es preciso que aquel decida cuanto haya sido objeto de ella (S. 28 Noviembre 1861), y que sea conforme y ajustado «no sólo á la cosa sobre que contienden las partes, sino tambien á la manera en que fazen la demanda y al averiguamiento ó prueba que es fecha sobre ella» (S. 26 Mayo 1866); y que condene ó absuelva, ó bien declare separadamente sobre todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del pleito. S. 13 Febrero 1865.

Hemos dicho que infringe la ley la sentencia que decide sobre particulares no comprendidos en la reconvenccion; y ahora debemos añadir, que si esta se hubiere propuesto, es tambien necesario que se falle acerca de ella (S. 12 Mayo 1860): por consiguiente, si así se verifica, resolviéndose no sólo sobre la demanda, sino sobre dicho punto de la reconvenccion, no se infringe la ley (S. 30 Junio 1865). Pero si las cuestiones sobre que esta misma reconvenccion versare están esencialmente comprendidas en la demanda, quedan resueltas al decidirse sobre esta, y por consiguiente tampoco se falta en tal caso á la ley (S. 31 Enero 1868); y lo mismo sucede, cuando en el fallo se manifiesta la razon porque no se hace pronunciamiento alguno sobre dicha reconvenccion, mediante á estar incluida en la decision general; pues entónces no puede decirse que se ha dejado de fallar acerca de ella, ni que se ha violado la Ley de Partida tantas veces citada, ni el art. 254 de la de Enjuiciamiento. S. 20 Diciembre 1866.

Se ha abusado tanto, como ya hemos dicho, del precepto de aquella misma Ley de Partida, que son innumerables los litigios en que se ha pretendido la nulidad del fallo, por suponerse indebidamente, que no ha habido coherencia entre lo pedido y discutido, y lo resuelto en la ejecutoria; y ha sido preciso declarar en otras tantas ocasiones, que cuando ésta en su parte dispositiva está en consonancia con lo pedido en la demanda, y resuelve los puntos que han sido objeto del litigio, guardando la debida congruencia entre lo uno y lo otro, no infringe dicha ley (S. 24 Febrero 1855; 18 Marzo 1859; 22 Noviembre 1860; 27 Abril 1861; 12 Setiembre, 9 Noviembre y 18 Diciembre 1863; 11 Marzo, 10 y 26 Octubre, 1.º y 16 Diciembre 1864; 15, 24 y 27 Febrero, 11 Marzo, 1.º, 3 y 4 Abril, 6 Mayo, 2 y 3 Junio, 18 Setiembre, 16 y 31 Octubre, 9 Noviembre y 11 y 12 Diciembre 1865; 5 Febrero, 12 y 30 Junio, 29 Octubre, 10, 13 y 22 Noviembre, 22 y 28 Diciembre 1866; 7 Junio 1867, y 9 Julio 1868). Á tal punto lleva la mala fe ó la obcecacion, que ha sido necesario repetir tantas veces una verdad innegable; habiéndose añadido en otra decision relacionada con este punto, que tampoco puede reputarse infringida la misma Ley de Partida, cuando

la sentencia se ha dictado para llevar á efecto una ejecutoria, y se arregla á ella (S. 27 Junio 1867); ni la que en su parte dispositiva se halla en consonancia con lo pedido por el demandante. S. 9 Julio 1868.

Otro abuso no ménos digno de censura se nota por desgracia con harta frecuencia, y consiste en el empeño de que se anulen los fallos, por infringirse en ellos la citada ley de Partida ó los artículos 61 y 62 de la de Enjuiciamiento civil, bajo el supuesto de que sólo contienen la absolucion de la demanda, sin descender á otras decisiones ó declaraciones incidentales; y ha sido preciso consignar multitud de veces, que la sentencia absolutoria que resuelve con esta fórmula todas las cuestiones litigiosas, es congruente con lo pedido por el demandante y excepcionado en la contestacion, y no infrige por lo tanto las mencionadas leyes. En este sentido podemos citar entre otras decisiones, las de 20 Febrero y 10 Noviembre 1860; 1.º Febrero, 21 Marzo y 10 Diciembre 1861; 17 Febrero, 1.º Abril, 22 Mayo y 26 Junio 1862; 6 Febrero, 9 Marzo, 5 Junio, 25 Setiembre, 20 y 27 Noviembre y 29 Diciembre 1863; 22 Enero, 25 Setiembre, 29 Octubre y 19 y 27 Diciembre 1864; 21 Enero, 6, 16, 17, 20 y 30 Junio, 20 Octubre y 1.º y 5 Diciembre 1865; 17 y 20 Enero, 15 Junio, 2 y 3 Octubre y 20 Noviembre 1866; 14 Marzo, 15 Abril, 14 Mayo, 19 Junio, 12 y 21 Noviembre y 18 Diciembre 1867, 10 Enero, 6 Abril, 4 Mayo, 9 Junio y 2 y 10 Julio 1868; y ha sido preciso añadir en otro fallo (S. 2 Marzo 1861), que la sentencia de vista revocatoria con la fórmula ordinaria, que resuelve la cuestion en sentido contrario, dejando sin efecto la apelada, está ajustada á las prescripciones del citado art. 61. Lamentable es, no ménos que el anteriormente denunciado, el abuso que se ha hecho de este género de argumentacion y de defensa; siendo lo más sensible, que á pesar de tantas sentencias en que se declara la insuficiencia de este medio, todavía en el último año se ha ya insistido en él con una repeticion que admira.

Sobre otro punto suele ser tambien muy comun invocarse la citada ley 16, tit. XXII, P. 3.ª, y el art. 61 de la de Enjuiciamiento civil, y es, empeñándose los litigantes en reputar nulas

algunas sentencias como contrarias á aquellas, por suponer falta de congruencia entre lo decidido y lo que ha sido objeto del juicio: acerca de lo cual han recaído las declaraciones que vamos á resumir, para que fácilmente pueda tenerse á la vista toda la doctrina sobre esta materia.

Hay conformidad entre la sentencia y la demanda, cuando aquella se ciñe á determinar lo que debe practicarse para que tengan efecto las cláusulas de una fundacion cuya inteligencia es el objeto del litigio (S. 30 Enero 1860); y siempre que hay esta conformidad, se observa la congruencia que dicha ley requiere (S. 17 Abril 1868). Tampoco se falta á aquella, ni se infringe la ley, cuando los conceptos contenidos en una ejecutoria, no sólo están redactados al tenor de las pretensiones del demandado, sino que envuelven una completa denegacion de lo solicitado por el demandante (S. 5 Marzo 1861). Lo mismo sucede, cuando en el fallo se decreta la formacion de causa por un delito, que aparezca en la cuestion origen del pleito; lo cual no puede decirse que es fallarse sobre cosa no pedida, pues al obrar así la sala sentenciadora, lo hace en cumplimiento del deber que tienen los tribunales de cuidar de que se persigan y castiguen los delitos, y de acordar las diligencias que procedan, independientemente del litigio. S. 31 Diciembre 1867.

Si en la demanda se ha reclamado *de quien corresponda* el valor de una cosa, y son varios los demandados, debe entenderse que aquella se ha dirigido contra cualquiera de estos; y la sentencia que absuelve á uno de ellos, no puede reputarse contraria á la ley, bajo el supuesto de haber recaído sobre cosa que no fué demandada (S. 15 Octubre 1861). Lo mismo puede decirse respecto de la sentencia que decide sobre lo solicitado en la demanda y sobre la cuestion propuesta en el litigio y aceptada y discutida por las partes (S. 6 Diciembre 1862); la que declara, segun lo pedido en aquella, la nulidad de un contrato (S. 30 Setiembre 1862); la que es conforme y está ajustada no sólo á la cosa sobre que han contendido las partes, sino tambien á la manera en que se ha propuesto la demanda (S. 25 Junio 1864); la que, siendo varios los demandados, decide sus pretensiones respecti-

vas por el orden en que han sido formuladas (S. 1.º Febrero 1865); la que contiene todas las declaraciones y condenaciones que en su conclusion comprende la demanda (S. 30 Abril 1868), y la que decide las cuestiones ventiladas en el pleito y nada más que ellas. S. 18 Enero 1868.

No infringe tampoco la ley de Partida, tantas veces recordada, el fallo en que se manda hacer una liquidacion prévia, é indispensable para saber lo que ha de abonar el demandado (S. 20 Junio 1868); el que decide sobre la accion ejercitada, aunque no contenga las mismas palabras con que se formuló la demanda, siempre que resuelva las cuestiones discutidas en el pleito y no otras (S. 2 Octubre 1863, y 25 Noviembre 1868); el que accede sustancialmente á lo pedido por la parte actora, aun cuando las palabras del fallo no sean idénticas á las empleadas por aquella en su escrito (S. 21 Noviembre 1860, y 17 Febrero 1868); el que revoca la sentencia de primera instancia, en la parte en que ésta se habia separado de los puntos comprendidos en la demanda (S. 4 Junio 1867); aquel en que se declara la legitimidad de un derecho segun lo solicitado por el actor, pero con las modificaciones ó cargas que á este mismo derecho imponen las leyes, pues aunque esta segunda parte no se halle comprendida en lo pedido por aquel, es una consecuencia precisa de la declaracion principal, y no se opone por consiguiente al principio consignado en la ley (S. 15 Enero 1866); y finalmente, no es opuesto á ésta el fallo que recae sobre cosa cierta, decidiendo conforme á lo pedido en la demanda y al contenido de los documentos en que ésta se funda. S. 17 Junio 1862.

Aparte de este cúmulo de decisiones, dirigidas todas á explicar cómo ha de entenderse el sencillo principio consignado en la ley de Partida que nos ocupa, todavía tenemos que hacer mencion de algunas declaraciones del Tribunal Supremo, que aunque poco coherentes entre sí, se refieren tambien á la congruencia que debe haber entre el fallo y lo que ha sido objeto del juicio.

Cuando se resuelve segun lo pedido por el demandante, y estimando su accion, naturalmente se entiende que se deniegan ó no se admiten por el mismo hecho, las excepciones del demandado,

y por tanto, no se infringe el art. 61 de la Ley de Enjuiciamiento (S. 12 Febrero 1864, y 22 Abril 1865); y por el contrario, si se desestima el punto principal de la demanda, se entiende desestimado asimismo lo accesorio. S. 1.º Abril 1868.

Hay verdadera conformidad entre la sentencia y lo pedido en la demanda, cuando al resolverse las pretensiones formuladas por las partes, se decide alguna cuestion, que aunque no haya sido objeto de peticion expresa, es, sin embargo, inherente á las propuestas y discutidas en el pleito (S. 19 Noviembre 1862); y lo mismo sucede, cuando el fallo recae sobre los puntos controvertidos jurídicamente, aunque no se acceda en toda su extension á lo pedido. S. 25 Setiembre 1865.

Si la sentencia declara un derecho en favor del demandante, y lo niega al demandado, se entiende que resuelve la cuestion en los términos que se ha propuesto, y no puede decirse que el juicio se ha decidido bajo condicion; y si se notare alguna diferencia entre lo solicitado en la demanda y lo resuelto en el fallo, que consiste en una equivocacion material rectificada por la sala sentenciadora, no puede sostenerse que aquel ha ido más allá de lo pedido, ni que infringe la ley de Partida. (S. 31 Enero 1868.

Conteniendo la demanda dos extremos, si la sentencia de primera instancia falla solamente sobre uno, aunque éste es un grave defecto contrario á la ley, sin embargo, si el litigante á quien interesa, lejos de reclamar contra semejante omision, desiste del punto de su demanda que ha sido olvidado, y concreta su solicitud en la Audiencia á la confirmacion del fallo, la cuestion queda entónces circunscrita á un sólo punto, y discutido éste, la decision que acerca de él recaiga, no infringe la ley de Partida, ni los arts. 61 y 62 de la de Enjuiciamiento. S. 28 Diciembre 1863.

Cuando la demanda contiene una peticion alternativa, puede esta circunscribirse legalmente en el escrito de réplica á uno de los dos extremos de aquella, y entónces, la sentencia que decide sólo dicho extremo, no es incongruente (S. 20 Marzo 1861). Tampoco lo es, cuando sus declaraciones están arregladas á la

demanda; y entónces no se infringe la ley 5.<sup>a</sup>, tít. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, que ordena «cómo se debe dar el juicio» (S. 8 Junio 1861). Pero sí lo sería, si se tratara de aplicar la ley 1.<sup>a</sup>, tít. I, lib. X, N. R., sin que la demanda fuese relativa al cumplimiento de un contrato. S. 20 Enero 1866.

La congruencia de que hablamos se contrae á las cosas que en la demanda se piden, sin hacer mérito de las personas que figuran en el juicio (S. 27 Junio 1863). Pero cuando son varias las demandadas, y la mayor parte de ellas consiente en la demanda, apartándose y desistiendo del pleito, y no quedando mas que una, con la cual se sigue éste, la sentencia, al pronunciar sólo sobre la parte alicuota de este litigante, no infringe la Ley de Partida, porque las prescripciones de ésta suponen que la conformidad de la sentencia ha de corresponder á la cosa litigiosa, y limitarse en su disposicion literal á las personas que han litigado. S. 29 Octubre 1864.

Indicaremos por último, acerca de este punto, que la conformidad á que se refiere la ley debe ser relativa á la demanda, y no á las sentencias entre sí (S. 13 Octubre 1865); y que no puede reputarse infringido el art. 256 de la de Enjuiciamiento, cuando el fallo guarda entera conformidad con la demanda, y se desentiende de una nueva pretension deducida en el escrito de réplica. S. 21 Marzo 1862.

Hasta aquí hemos fijado las reglas que más directamente se refieren á la proporcion y concordancia que debe observarse entre los fallos y los puntos litigiosos, con sujecion á la ley de Partida y á los artículos citados de la de Enjuiciamiento civil. Pero nos resta aun hacer mencion de varias otras doctrinas relacionadas con la sentencia.

Cuando la cuestion discutida en el litigio es de hecho, la resolucion que se dicte debe necesariamente basarse en el resultado de la prueba (S. 26 Octubre 1865), y si segun la apreciacion que de ella se hiciere, el demandante no ha justificado su pretension, y el demandado por el contrario, ha acreditado sus excepciones, procede legalmente la absolucion de la demanda (S. 15 Octubre 1856; 12 Abril 1864, y 12 Mayo 1865); y con ella no se infrin-

ge la ley (S. 29 Octubre 1864, y 24 Noviembre 1866), ni tampoco la doctrina de que no probando el actor, debe ser absuelto el demandado (S. 22 Setiembre 1865). Lo mismo sucede, cuando éste pide la compensacion de varias cantidades, y la sentencia sólo estima la de alguna de ellas, sin comprender la de las restantes, á consecuencia de la apreciacion que se haya hecho de las pruebas; caso en el cual no se infringen las leyes que tratan de aquella excepcion (S. 27 Octubre 1860). Si se funda la decision del pleito en la falta de prueba para justificar la accion deducida, tampoco hay infraccion legal. S. 7 Junio 1867.

Es consiguiente dicha absolucion del demandado, cuando se estima la excepcion de cosa juzgada; absolucion que debe, sin embargo, estar en armonía con la ejecutoria que hubiere producido dicha cosa juzgada (S. 15 Junio y 19 Diciembre 1864); así como si la sentencia absuelve de una demanda dirigida á alterar lo ejecutoriado, es indudable que no infringe la ley 19, tít. XXII, P. 3.<sup>a</sup> (S. 5 Mayo 1860), que trata de «qué fuerza há el juyzio.»

Es un principio legal, que las sentencias deben concretarse en su decision á las personas que hubiesen litigado, y que no son trascendentales á un tercero que no ha sido emplazado ni oido en el mismo juicio (S. 50 Enero 1860, y 7 y 11 Octubre 1865). Tambien es doctrina autorizada, que si se dicta la resolucion sin perjuicio de tercero de mejor derecho, debe entenderse sin perjuicio del que lo tuviere igual. S. 15 Enero 1867.

Como debe guardarse tan justa proporcion entre el fallo y los puntos discutidos, si en un mismo pleito se comprenden cuestiones sobre cosas distintas, debe aquel ser divisible. S. 27 Marzo 1857.

Entre las muchas reglas que es preciso observar para que las sentencias sean justas, y para que no produzcan nulidad, debe tenerse mucho cuidado en que no se contradigan en sus términos, como sucederia por ejemplo, si se diera á uno el producto de un capital que en la misma sentencia se reconociese ser de otro; pues entónces se faltaria al principio esencial de la justicia, de dar á cada uno lo que es suyo, y á la ley 41, tít. XXVIII, P. 3.<sup>a</sup> S. 50 Setiembre 1867.

Hay otra máxima de derecho, que consiste en deber ampliarse lo favorable y restringirse lo odioso; pero, sin embargo, no puede tener aplicacion sino en circunstancias oportunas, y no cuando no existe duda, ni necesidad de interpretar la ley en sentido amplio ni restrictivo. S. 22 Diciembre 1865.

Terminaremos la exposicion de estas doctrinas, recordando, que si en un litigio se ha discutido sobre el goce ó la restitution de frutos, ó sobre el abono de mejoras, este punto debe precisamente ser objeto de la sentencia; y entónces es atribucion de los jueces apreciar segun las pruebas suministradas, la buena ó mala fe de los litigantes y las demas circunstancias relativas á la cuestion. S. 5 Diciembre 1858; 20 Diciembre 1866, y 18 Octubre 1867.

Sencillas por demas y autorizadas por una constante jurisprudencia son la mayor parte de las doctrinas que dejamos mencionadas, y algunas de ellas hasta pueden calificarse de máximas y principios incontrovertibles. Tal vez su olvido y la necesidad en que se ha visto el Tribunal Supremo de reproducirlas, haya dimanado de la dificultad de estudiarlas, por no encontrarse agrupadas en pocas páginas y ser embarazoso su exámen; y si hubiere sucedido así, debemos esperar que en adelante serán respetadas más fielmente, evitándose recursos infundados é injustos.

### CAPÍTULO III.

#### *De la aclaracion de las sentencias.*

Á diferencia de los autos interlocutorios que resuelven sólo algun incidente, y que pueden ser reformados por los mismos jueces que los dictan, las sentencias definitivas, una vez pronunciadas, no pueden ser variadas ni modificadas por los jueces ni por los tribunales; pero, sin embargo, el art. 77 de la Ley de Enjuiciamiento civil permite que unos y otros aclaren algun concepto oscuro de ellas, ó suplan cualquiera omision que hubiere en las mismas sobre punto discutido en el litigio; pero que aun esto, sólo puedan hacerlo á instancia de alguno de los litigantes, que lo

haya solicitado dentro del día siguiente al de la notificación de la sentencia. Tiene, pues, con arreglo á la ley, cualquiera de las partes derecho á hacer esta reclamación (S. 30 Enero 1861); pero, sin embargo, no es obligatorio en el juez ni en el tribunal que hubiere dictado el fallo cuya aclaración ó explicación se pida, acceder á ello, pues corresponde á los mismos apreciar si existen ó no los defectos que se le atribuyan, y por consiguiente si procede ó no hacer uso de semejante facultad. S. 6 Abril 1868.

Solamente las dos decisiones que quedan citadas son las que el Tribunal Supremo ha dictado acerca de la declaración de las sentencias; pero ambas tienen algún interés, pues explican la genuina inteligencia de un artículo importante de la Ley de Procedimientos.

#### CAPÍTULO IV.

##### *De la condena de costas.*

La legislación que rige sobre esta materia, tan comunmente ocasionada á cuestiones, está resumida en las leyes 8.<sup>a</sup>, título XXII, y 27, tit. XXIII, P. 3.<sup>a</sup>, en las 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, tit. XIX, lib. XI, N. R., y en algunos artículos de la de Enjuiciamiento civil; y el combinar las disposiciones legales de tan diverso origen, explicar su verdadero espíritu y tendencia, y uniformar el sentido de ellas, es uno de los beneficios que debemos á las doctrinas sancionadas por el Tribunal Supremo, y que se deducen del sinnúmero de fallos que hemos examinado detenidamente, y que habremos de citar en la exposición que de ellos vamos á hacer en el presente capítulo.

Conocida es por demas dicha ley 8.<sup>a</sup>, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, que dispone, que los que demandan una cosa maliciosamente, ó los que se defienden del mismo modo contra otro, sabiendo que no tienen derecho para ello, no solamente deben ser vencidos en juicio, sino condenados en las costas; salvo cuando el juez entendiere que aquellos se «movieran á sostener su causa por alguna

razon derecha,» pues en este caso no se les debe condenar á su pago, porque «en tales pleytos como estos, aquellos que los demandan ó que los amparan, lo fazen á buena fé, cuydando que han derecho de lo fazer.» Muy conocida es tambien la citada ley 27, tit. XXIII de la misma Partida, que tratando de la alzada dice, que el juez superior «si fallare que el juyzio fué dado derechamente, devalo confirmar, é condenar á la parte que se alzó, en las costas que su contendor fizo...» Pero que «quando el primero juyzio se revoca, non deve pechar costas ninguna de las partes;» precepto reproducido casi textualmente en la Ley del Fuero real (2.<sup>a</sup>, tit. XIX, lib. XI, N. R.), y algo modificado en la siguiente 3.<sup>a</sup> del mismo título y libro, que previene se haga condena de costas en las apelaciones; «salvo si las sentencias se dieren con *aditamento y moderacion*, ó la parte condenada hubiese tenido sentencia en su favor, conforme á lo contenido en la ley anterior.» Por último, la 4.<sup>a</sup> de dicho título y libro determina, como es sabido, que si el demandante no prueba su demanda, sean las costas de su cargo; pero que las pague el demandado «habiendo lugar de derecho de las pagar.» Tales son las disposiciones de las antiguas leyes, que no han sido derogadas por la de Enjuiciamiento civil; y acerca de las cuales han versado multitud de cuestiones, y los fallos en que se han consignado las doctrinas que vamos á compendiar.

Es oportuno distinguir, para proceder con la posible claridad, entre la condenacion de costas de la primera y de la segunda instancia; y ocupándonos ahora de la primera, debemos fijar la atencion en la citada ley 8.<sup>a</sup>, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, que es la base capital de esta materia, la cual se refiere evidentemente á las costas de la primera instancia, y no á las de la segunda (S. 27 Junio y 30 Noviembre 1865, y 1.<sup>o</sup> Abril 1868), á pesar de que equivocadamente se ha sostenido algunas veces lo contrario. Con sujecion, pues, á dicha ley, cuando en aquella se absuelve al demandado, aunque sea en una sola parte, no puede éste ser reputado como litigante temerario, ni por consiguiente condenado en costas (S. 8 Febrero 1861; 9 Marzo 1863, y 11 Diciembre 1865); y no se infringe la misma ley, cuando la sentencia impo-

ne al demandante el pago de aquellas, por no tener razon para sostener lo que ha pedido (S. 26 Octubre 1861; 9 Enero y 6 Mayo 1862, y 27 Noviembre 1863). Pero por el contrario, estimada la demanda, no procede la condena de costas al mismo demandante (S. 14 Mayo 1867), pues nunca debe ser castigado en ellas, segun la citada ley 8.<sup>a</sup>, el que obtiene sentencia favorable. S. 26 Febrero 1867.

Sobre este punto es de la competencia de los jueces apreciar, para la imposicion de las costas en primera instancia, la buena ó mala fe de los litigantes (S. 13 Abril 1863; 11 Febrero, 15 Mayo, 27 Junio y 28 y 29 Octubre 1864; 19 Enero; 17 Marzo y 7 Abril 1866, y 18 Febrero y 26 Mayo 1868); y cuando la ley nada determina sobre ello, queda fiada dicha condena al criterio judicial (S. 27 Febrero 1861; 4 Enero 1866; 26 Setiembre, 18 Octubre y 5 y 31 Diciembre 1867). Pero debe cuidarse acerca de las costas de dicha instancia, de no aplicar la citada ley 3.<sup>a</sup>, tít. XIX, lib. XI, N. R., pues esta es referente á la segunda y no á la primera. S. 31 Diciembre 1867.

Concretándonos ahora á la condena de costas de la segunda instancia, no es aplicable á ella la disposicion de la ley de Partida citada (8.<sup>a</sup>, tít. XXII, P. 3.<sup>a</sup>), y por consiguiente no puede reputarse que la infringe la sentencia de vista que al revocar la dictada en primera instancia, se atiene á lo que para estos casos especiales prescriben la ley 27, tít. XXIII de la misma Partida, y la 2.<sup>a</sup>, tít. XIX, lib. XI, N. R., y que de conformidad con las mismas deja de condenar en costas á las partes. S. 26 Mayo 1864, y 23 Mayo y 7 Junio 1867.

Pero deben siempre imponerse en la segunda instancia, cuando la sentencia de vista, aunque modifique algo la de la primera, agrava la responsabilidad del apelante (S. 9 Noviembre 1861; 5 Diciembre 1866; 26 Mayo 1868), y cuando es confirmatoria (S. 22 Enero y 29 Octubre 1864, y 5 Diciembre 1867), porque debe presumirse que aquel se alzó «sin razon derecha» para ello (S. 24 Marzo 1859, y 13 Noviembre 1863); y entónces, si el Tribunal Supremo hace esta calificacion, puede hasta imponerle las costas de ambas instancias (S. 26 Junio 1861, y 5 Octubre

1863); apreciando la buena ó mala fe con que el mismo apelante ha procedido (S. 14 Octubre 1865, y 24 Abril y 12 Junio 1867). Es, sin embargo, digno de notarse sobre este punto un fallo (de 19 Noviembre 1868) en que se establece, que concedida á los tribunales por la citada ley 2.<sup>a</sup>, tít. XIX, lib. XI, la facultad de apreciar *las razones por que fué el alzada hecha*, y de imponer las costas al que sin derecho se alzó, dando indebidamente lugar á una nueva instancia, no cabe invocar la infraccion de esta ley, contra la apreciacion que en uso de dicha facultad haya hecho la sala sentenciadora. Se ve, pues, que con arreglo á esta doctrina, nada conforme con la que acabamos de consignar, es potestativo en las audiencias imponer ó no las costas de la segunda instancia, y que su decision basada en la estimacion de la buena ó mala fe de los litigantes, es soberana, pues no está sujeta á la revision del Tribunal Supremo. No obstante, en los interdictos, el art. 768 de la Ley de Enjuiciamiento prescribe, de acuerdo en cierto modo con las mencionadas 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tít. XIX, lib. XI, N. R., que la sentencia de segunda instancia confirmatoria ha de contener la condena de costas al apelante. S. 24 Marzo 1859, y 22 Enero 1864.

Pero siempre es necesario para imponerlas en dicha instancia al que ha llevado el recurso, que la sentencia se confirme sin aditamento ó modificacion que le favorezca, aunque sea en alguna parte (S. 31 Enero 1868). Por consiguiente, no se infringe la citada ley 2.<sup>a</sup>, cuando habiéndose confirmado la sentencia apelada sin aquellas circunstancias, se imponen las costas al apelante (S. 1.<sup>o</sup> Abril 1868). Mas es necesario tener presente para evitar interpretaciones erróneas, que la reserva de un derecho hecha á favor de una de las partes en la sentencia de vista, no significa haberse alterado ni modificado en su esencia el fallo de la primera, cuando éste se ha confirmado en todos sus extremos por aquella, y no tiene la *moderacion* que á más del *aditamento* requiere la citada ley 3.<sup>a</sup>, tít. XIX, lib. XI, N. R. S. 10 Noviembre 1865.

Como el motivo en que estriba la condena de costas al apelante, cuando se confirma la sentencia de primera instancia, es la

falta de razon que tuvo para alzarse de ella, y para llevar á su adversario á defender su causa ante el tribunal dealzada, ocasionándole gastos; si léjos de confirmarse el fallo apelado, se revoca, ó de alguna manera se favorece la pretension del recurrente, no merece éste la imposicion de las costas, pues tuvo entónces, como dice la ley, alguna razon derecha para sostener el recurso. Así se deduce del precepto de la ley 27, tit. XXIII, P. 3.<sup>a</sup>, y del espíritu de las recopiladas que ántes citamos, y así está sancionado por una constante jurisprudencia, consignada en los fallos de 12 Mayo, 26 Noviembre y 15 Diciembre 1860; 31 Diciembre 1864; 27 Junio 1865; 27 Noviembre 1866, y 3 Junio 1867. Si, pues, la sentencia es revocatoria, no deben imponerse las costas al apelante, ni tampoco á la otra parte que no apeló, y en este caso cada una de ellas debe abonar las suyas (S. 24 y 31 Diciembre 1464, y 30 Enero 1866), pues seria altamente injusto, con arreglo á las citadas leyes 27, tit. XXIII, P. 3.<sup>a</sup>, y 2.<sup>a</sup>, título XIX, lib. XI, que se obligase á pagar las costas al que habiendo obtenido sentencia favorable en primera instancia, se vió obligado á acudir al Tribunal Superior, no para sostener el recurso, aunque se haya adherido á él, sino en fuerza de la apelacion propuesta por su adversario (S. 13 Junio 1860; 28 Enero y 1.<sup>o</sup> Mayo 1862; 28 Abril y 6 Junio 1863; 16 Junio 1865; 12 Abril 1866; 12 Setiembre 1867, y 1.<sup>o</sup> Mayo y 10 Julio 1868).<sup>1</sup> Esta doctrina no es, sin embargo, aplicable al caso en que se condene á uno que indebidamente ha solicitado se le defienda por pobre, si no justifica esta cualidad, pues disponiendo el art. 193, que

---

<sup>1</sup> Aunque esta es la doctrina inconcusa, y la más fundada en la razon, sabemos, por haber tenido los datos originales á la vista, que en un recurso de injusticia notoria fallado en 12 de Abril de 1855, á pesar de haberse declarado haber lugar á él, y de quedar por consiguiente anulada la ejecutoria de la audiencia, fueron condenados en costas los que habiendo obtenido en segunda instancia sentencia á su favor, se vieron obligados á comparecer ánte el Tribunal Supremo por la apelacion de su adversario. Este fallo no se publicó en la *Gaceta*, como ninguno de su clase anterior al año 1857, y por eso no puede encontrarse en la *Coleccion legislativa*,

denegado por ejecutoria dicho beneficio, reintegre el que lo haya solicitado, todas las costas, y el 196, que siempre que se deniegue aquel, se condene en ellas al que lo haya pretendido, no puede el que así es condenado en segunda instancia, escudarse con la citada doctrina, que evidentemente es inaplicable. S. 15 Abril 1867.

Pero si bien por regla general, revocándose la sentencia apelada no se deben imponer las costas al recurrente, esto ha de entenderse siempre en el supuesto indicado, de que se hubiese alzado con derecho, y obtenido por ello alguna variacion ó declaracion foverable; mas no cuando el fallo de vista le perjudica y agrava su condicion, confirmándose que litigaba sin derecho, y que sin él tambien promovió la segunda instancia. S. 19 Enero 1866.

No solamente está eximido el apelante de pagar las costas cuando se revoca la sentencia apelada, ó de algun modo le favorece, porque se da á entender que se alzó con derecho; sino cuando dicho fallo contiene, como dice la citada ley 3.<sup>a</sup>, título XIX, lib. XI, y lo hemos indicado ántes, algun *aditamento y moderacion*, que revele la razon que tuvo para sostener el recurso (S. 12 Mayo 1860; 6 Junio y 12 Diciembre 1864; 9 y 11 Diciembre 1865; 12 Octubre 1866, y 22 Junio 1867). Pero esta regla legal no puede tener aplicacion al caso en que la modificacion de la sentencia no ha recaido sobre el punto discutido y fallado en la primera instancia, y respecto del cual se ha apelado, sino acerca de un particular suscitado de comun acuerdo en la instancia posterior. S. 9 Diciembre 1865.

Puede suceder muy bien, que en esta se alce la condena de costas impuesta en la primera á una de las partes, sin condenarle en las de la segunda, como resultado del juicio formado por la sala, apreciando en uso de sus facultades, las razones que aquellas tuvieron para litigar; y en este caso no puede sostenerse que el fallo infringe la citada ley 8.<sup>a</sup>, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, tantas veces citada. S. 18 Diciembre 1862, y 31 Mayo 1865.

Calcada la Ley de Enjuiciamiento mercantil en los mismos principios de las recopiladas acerca de este punto, es de absolu-

ta necesidad con arreglo al precepto del art. 413 de aquella, que la confirmacion del fallo de primera instancia lleve consigo precisamente la condena de costas de la segunda. S. 9 Marzo 1865.

Cuando durante la ejecucion de una sentencia se declara no haber lugar á satisfacer desde luégo las costas de estas actuaciones, no se entiende denegado absolutamente el pago, sino sólo aplazado; pudiendo reclamarse despues de cumplida en todas sus partes la ejecutoria. S. 25 Abril 1860.

Era muy frecuente ántes de la publicacion de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo mismo que lo es todavía en el procedimiento criminal, imponerse las costas á los jueces inferiores, por cualquier descuido, equivocacion ó falta que hubiesen cometido, á pesar de que el art. 20 del reglamento provisional de 26 de Setiembre de 1835, prevenia, y aun previene hoy respecto á los juicios criminales, que las audiencias se abstengan de molestar ó desautorizar á aquellos condenándoles, por leves y excusables faltas, ó por errores de opinion en casos dudosos. Siguiendo la Ley de Enjuiciamiento este mismo espíritu, limitó á dos solos casos la imposicion de las costas á los jueces en los asuntos civiles: uno potestativo en el Tribunal Supremo y en las audiencias, cuando aquellos hubieren sostenido una cuestion de competencia con notoria temeridad, y en este caso, juntamente con el litigante que haya sustentado la misma causa (art. 113); y el otro preceptivo, cuando se declare la nulidad de la ejecucion despachada (art. 971 y 1008). Parece pues, que cuando la ley sólo en estos dos casos autoriza ó manda expresamente esta imposicion de costas, debe deducirse que reprueba este castigo en cualquiera otra ocasion, mayormente si se atiende á que las disposiciones correccionales, como de naturaleza en cierto modo penal, deben restringirse y nunca ampliarse. Por eso, habiendo cierta audiencia condenado en costas á un juez por haber denegado el despacho de una ejecucion, se llevó el asunto al Tribunal de casacion, y este anuló el fallo por las siguientes consideraciones: 1.<sup>a</sup> que al establecer la Ley de Enjuiciamiento las reglas y trámites para la sustanciacion del juicio ejecutivo, ha limitado las condenas de costas que deben imponerse á los jue-

ces, para el único caso en que proceda la declaracion de nulidad de la ejecucion segun el citado art. 971: 2.<sup>a</sup> que si bien del auto en que se deniegue el despacho del mandamiento, se puede pedir reforma, y denegada, apelarse para ante la audiencia, la ley no declara las costas de cargo de los jueces, aun cuando se revoque dicho auto; y 3.<sup>a</sup> que al ampliarse á este caso la disposicion del citado art. 971, y condenarse en costas al juez que deniega el despacho de la ejecucion, se infringe dicho artículo (S. 12 Mayo 1868). La doctrina consignada en este fallo, en cuanto á no deberse imponer la expresada condena á un juez, sólo por haber denegado la ejecucion, nos parece exacta, pues aunque en esta denegacion proceda con equivocacion ó error, la ley no autoriza aquella especie de castigo.

No solamente en los juicios ejecutivos, sino tambien en las competencias, puede, como acabamos de indicar, ser condenado un juez en las costas, si ha sostenido la cuestion con notoria temeridad (art. 113 de la Ley de Enjuiciamiento civil); pero debe ser siempre oido en justicia si así lo reclama (S. 14 Mayo 1859), pues no se considera como ejecutoria la sentencia respecto del juez condenado; y si despues de haber suplicado, no obtiene el alzamiento de la condena, le queda expedito el recurso de casacion contra el fallo condenatorio (S. 14 Junio 1859). Pero si en grado de súplica se accede al alzamiento de las costas en que se hubiere condenado al suplicante, aunque sin imponerse al suplicado las que aquel ha causado en dicha instancia, no por eso se infringe, como alguna vez se ha sostenido, la ley 2.<sup>a</sup>, tít. XIX, lib. XI, N. R.; la cual se refiere á costas accesorias, y no tiene por tanto aplicacion cuando el alzamiento de ellas constituye la única cuestion del procedimiento (S. 10 Junio 1865). Y si en virtud del recurso de súplica se alcan las en que hubiere sido condenado el juez, aunque se hayan anulado las actuaciones de que proceden, no puede considerarse que ha habido infraccion de ley, si ésta no hace obligatoria semejante imposicion de costas. S. 25 Abril 1868.

Hay casos en que anuladas unas actuaciones, se imponen las costas al juez que causó la nulidad; pero esta condena no puede

entenderse obligatoria, sino solamente cuando la ley la ordena. S. 10 Junio 1865.

Varias veces se ha promovido la cuestion de si procede ó no el recurso de casacion por el punto relativo á costas; y aunque la jurisprudencia ha sentado acerca de este particular una doctrina que parece la más autorizada, ésta ha sido sin embargo desconocida en alguna ocasion. En efecto, la simple condena de costas no puede servir por regla general para fundar un recurso de dicha clase. Así se ha consignado en S. 7 de Octubre de 1857, por la razon de que esta imposicion no está comprendida en los vicios del procedimiento señalados en el art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y así lo han reiterado aunque sin fundarse en este motivo, las sentencias de 29 de Setiembre de 1858 y de 24 de Marzo de 1859. En el mismo sentido se explican otros fallos de 1.º de Febrero de 1860 y de 18 de Diciembre de 1862, diciendo, que no se da recurso de casacion por la imposicion de las costas de la segunda instancia, y añadiendo, que con esta condena no se infringe la ley 8.ª, tit. XXII, P. 3.ª Pero esta doctrina no se ha seguido tan uniformemente como fuera de desear, pues vemos otra sentencia (de 11 de Noviembre de 1861), en que se declara, que cuando al fallarse un pleito en primera instancia se condena en costas á una de las partes, y se interpone apelacion únicamente sobre este extremo, la sentencia que acerca de él recae, tiene el carácter de definitiva, como comprendida en el art. 1011 de la Ley de Enjuiciamiento, y por lo tanto procede la admision del recurso de casacion: doctrina opuesta á la que ántes dejamos referida y creemos más autorizada, y algo contraria tambien á la consignada en otra sentencia posterior (de 30 de Abril de 1866); en que se sienta, que una vez aprobada la tasacion de costas, el art. 81 de la misma ley no permite ulterior recurso.

Como en los juicios ejecutivos no procede el de casacion, claros es que tampoco puede dar lugar á él la imposicion de costas decretada en el mismo juicio, por no estar comprendida en los vicios del procedimiento que señala el art. 1013 de la Ley de Enjuiciamiento civil. S. 7 Octubre 1857.

Antes de terminar este capítulo vamos á recordar algunas reglas, que aunque poco relacionadas entre sí, son todas referentes á esta materia, y creemos oportuno reunir las en este lugar.

1.<sup>a</sup> Ninguno debe pagar dos veces unas mismas costas, porque con arreglo á la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XIV, P. 5.<sup>a</sup>, el deudor que satisface su deuda, queda libre de ella. S. 4 Enero 1858.

2.<sup>a</sup> La ley de Partida, que tantas veces hemos citado (8.<sup>a</sup>, título XXII, P. 3.<sup>a</sup>), no es aplicable, cuando no se trata de condena de costas, sino de una carga que legal y naturalmente pesa sobre los productos de los bienes conyugales, cual es, el satisfacer los gastos de un juicio que afecte á alguno de los cónyuges. S. 29 Noviembre 1866.

3.<sup>a</sup> Si bien los procuradores, al presentar la relacion jurada contra los poderdantes morosos, deben acompañar la cuenta, segun prescribe el art. 220 de las Ordenanzas de las audiencias aplicable á los juzgados de primera instancia, y en-él se establece la pena, para el caso de pedir con exceso, no se impone por este defecto la nulidad; pero no por esto pueden los jueces dejar de tener la indeclinable obligacion de ajustarse en sus providencias al precepto de las citadas Ordenanzas y reglamento de juzgados, cualesquiera que sean las prácticas abusivas en contrario. S. 20 Diciembre 1865.

4.<sup>a</sup> La providencia dictada por la audiencia, mandando tasar las costas causadas en segunda instancia, no prejuzga nada sobre la imposicion de ellas, sino únicamente que se haga constar su importe. S. 17 Noviembre 1867.

5.<sup>a</sup> Finalmente, el que solicita y obtiene en primera instancia un embargo preventivo de su cuenta y riesgo, debe ser condenado en costas, si se declara improcedente por sentencia ejecutoria: no haciéndose así, se infringe la ley 5.<sup>a</sup>, tít. XV, P. 7.<sup>a</sup> S. 7 Abril 1868.

Vamos ya á terminar este capítulo, haciendo mencion de un fallo (de 18 Enero de 1868), segun el cual, cuando el recurrente en casacion ha obtenido dos sentencias favorables, está destituida de fundamento legal la cita de la doctrina sentada por

el Tribunal Supremo en 9 de Enero 1862, y de las leyes 8.<sup>a</sup>, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, y 2.<sup>a</sup>, tit. XIX, lib. XI, N. R. Que un demandado no haya sido condenado en costas, á pesar de haber obtenido su derecho el demandante en primera y segunda instancia, no lo extrañamos, porque pueden muy bien el juez y la audiencia calificar que no ha habido temeridad en aquel al impugnar la demanda; pero no concebimos que sean inaplicables la doctrina de la sentencia de 9 de Enero de 1862, y las dos citadas leyes, solamente por la razon de haber obtenido el recurrente dos fallos favorables, pues es posible que haya sucedido así, y que sin embargo, tenga aquel derecho, con arreglo á las dos citadas leyes, á que se impongan las costas al demandado. Nos parece, pues, poco fundado el razonamiento de dicha sentencia de 8 de Enero de 1868, á que aludimos, y hubiéramos preferido que se apoyase en motivos más convincentes.

Compendiando en breve resúmen cuanto dejamos expuesto, debemos deducir de todo ello las siguientes doctrinas:

1.<sup>a</sup> En primera instancia y con arreglo á la ley 8.<sup>a</sup>, tit. XXII, P. 3.<sup>a</sup>, el que ha tenido *razon derecha* para demandar ó para defenderse como demandado, no debe ser condenado en costas, pues esta condena es como un castigo á la mala fe y á la temeridad, circunstancias que deben ser calificadas por el recto criterio de los jueces y tribunales.

2.<sup>a</sup> En segunda instancia, si la sentencia es confirmatoria, debe ser condenado en costas el apelante, y lo mismo aunque se modifique algo la de primera instancia, si se agrava la condicion del que fué en ella condenado.

3.<sup>a</sup> Por el contrario, si se revoca el fallo de primera instancia, no hay razon para condenar en costas al apelante, ni tampoco para imponerlas al que habiendo obtenido aquella sentencia favorable, se ve precisado á acudir al tribunal de alzada contra su voluntad.

4.<sup>a</sup> Tampoco debe ser condenado en costas el apelante, cuando aunque se confirme el fallo de primera instancia, se hace con algun *aditamento* ó *moderacion*, que pruebe que tuvo alguna razon para alzarse contra dicho fallo.

5.<sup>a</sup> Á los jueces no se les puede condenar en costas, sino en los casos taxativos en que la ley lo establece.

6.<sup>a</sup> Finalmente, sobre la imposicion de costas no procede el recurso de casacion, á no ser que estas sean el punto principal del asunto.

Tales son las principales doctrinas que se desprenden de cerca de un centenar de fallos que dejamos mencionados, aparte de las reglas de un órden secundario que acabamos de exponer, y que no necesitamos repetir. De esperar es, que no se reproduzcan las mismas cuestiones con tanta insistencia como hasta ahora, mayormente cuando la jurisprudencia es tan uniforme, que sólo en dos puntos ha disentido.

## CAPÍTULO V.

### *De la ejecucion de las sentencias.*

Quando en el juzgado inferior se dicta la sentencia con las formalidades que la ley prescribe y prévias las citaciones que la misma determina, queda concluida en forma la sustanciacion del pleito en la primera instancia (S. 7 Febrero 1862), y no es lícito ya alterar el fallo, sino aclararlo y explicarlo en los términos que dijimos en el capítulo tercero, ó ponerlo en ejecucion quando llego á ser verdaderamente ejecutorio. S. 28 Octubre 1864.

La Ley de Enjuiciamiento en su tít. XVIII, comprende todas las reglas relativas á esta parte del procedimiento, ya sea que las sentencias se hayan dictado por los jueces ó tribunales españoles, ya por los extranjeros. En este último caso no ha tenido que hacer ninguna aclaracion la jurisprudencia; y en cuanto al primero nos concretaremos á indicar, que en el cumplimiento de las sentencias siempre se ventilan cuestiones de hecho, las cuales deben resolverse con arreglo á las prescripciones legales, cuidándose de que no se contrarie ó debilite lo que se hubiere resuelto en la ejecutoria (S. 6 Mayo 1865). Todos estos incidentes sobre la ejecucion de la sentencia, y por lo tanto de las actuaciones necesarias para ello, luégo que está ejecutoriada, corresponden al juez que la hubiere dictado. S. 6 Julio 1868.

Muchas veces se han promovido dudas, sobre si en estos mismos incidentes cabe ó no recurso de casacion; mas sin perjuicio de que trataremos más directamente de este punto cuando nos ocupemos de dicho recurso, anticiparemos la doctrina de que por regla general no procede, á no ser en algun punto relativo á cuestion nueva y no resuelta por la ejecutoria, pues entónces su determinacion en el fondo viene á tener los caracteres de una sentencia definitiva para los efectos del art. 1010 y conforme al 1011 de la Ley de Enjuiciamiento.

Para terminar estas breves indicaciones añadiremos solamente, que segun el real decreto de 5 de Octubre de 1855, los pleitos pendientes á aquella sazón debian continuar sustanciándose con arreglo á las leyes vigentes hasta entónces, á no ser que los litigantes todos de comun acuerdo pidieran que el procedimiento se acomodara á la nueva ley: acerca de lo cual se ha cuestionado sobre si las diligencias de apremio, dirigidas á llevar á efecto una ejecutoria en pleito entablado ántes de dicha ley, pero principiadas aquellas despues, deberian practicarse con arreglo á la antigua ó bien á la moderna legislacion; y segun declaracion del Tribunal Supremo (de 31 Mayo 1861), deben considerarse actuadas legalmente con arreglo á dicha ley, aunque no haya precedido el acuerdo prescrito en el citado real decreto, cuando las partes han consentido este procedimiento sin reclamar contra él en tiempo oportuno.

Hemos terminado la exposicion de las doctrinas que pueden ser aplicables á toda clase de juicios y de actos judiciales; y pasamos ya en el siguiente libro á transmitir las que tienen una aplicacion determinada y concreta á cada uno de los juicios y á los actos de jurisdiccion voluntaria, tanto en primera como en segunda instancia, y aun respecto de la tercera, que si bien hoy está suprimida, puede aun tener lugar en pleitos antiguos, comenzados ántes de las innovaciones introducidas por medio de la Ley de Enjuiciamiento.