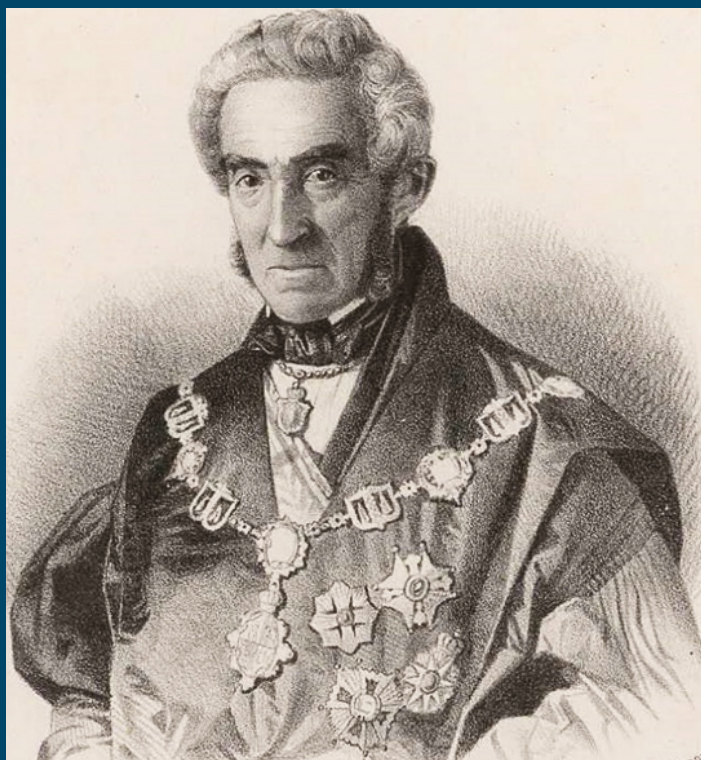


ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

o

Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias

Lorenzo Arrazola



TOMO III

Anatema - Arrendatario

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA DE DERECHO
Y ADMINISTRACIÓN

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

○

Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias

POR LORENZO ARRAZOLA

TOMO III



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

MADRID, 2024

Primera edición: marzo de 2024.

En cubierta: *Grabado que muestra a Lorenzo Arrazola con el collar
e insignias de presidente del Tribunal Supremo, c.1860.*

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, para esta edición.

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0
Internacional-CC BY-NC-ND 4.0



<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO AEBOE: 144-24-090-0 (edición en línea, PDF)

ISBN: 978-84-340-2972-9

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

ÍNDICE

TOMO I

Prólogo

Abacerías-Adoración

TOMO II

Adquirir-Anata

TOMO III

Anatema-Arendatario

TOMO IV

Arrepentimiento-Ausente

TOMO V

Austria (Casa de)-Benefactoría

TOMO VI

Beneficencia- Buzo

TOMO VII

Cábala-Casos

TOMO VIII

Casquete-Ciudades de voto en Cortes

TOMO IX

Ciudadela-Colegios singulares o especiales

TOMO X

Coleislador-Compeler

TOMO XI

Compensación-Compraventa mercantil

TOMO XII *

Compraventa de bienes nacionales-Contabilidad mercantil

TOMO XIII (inacabado)

Contador-Cosa litigiosa

- * El tomo XII incluye el índice general de la Enciclopedia, en el que se relacionan todas las voces analizadas, y para cada una tomo y página.

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA

DE

DERECHO Y ADMINISTRACION,

ó

Nuevo Teatro Universal de la Legislacion

DE ESPAÑA É INDIAS.

POR

D. Lorenzo Arrazola.

D. Pedro Sainz Andino.
D. Vicente Valor.
D. José Romero Giner.
D. Pedro Gomez de la Serna.
D. Joaquin José Casaus.
D. Joaquin Aguirre.

D. Miguel Puche y Bautista.
D. Mariano Antonio Collado.
D. Ruperto Navarro Zamorano.
D. Fernando Alvarez.
D. Jose de Mesa.
D. Cirilo Alvarez Martinez.

Indocti discant, et ament meminisse periti.

Tomo III.

MADRID.

IMPRENTA DE LOS SEÑORES ANDRÉS Y DÍAZ,

Plazuela del Duque de Alba, núm. 4.

1830

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA

DE

DERECHO Y ADMINISTRACION,

6

NUEVO TEATRO DE LA LEGISLACION

DE ESPAÑA E INDIAS.

ANATEMA. Hay cosas que se comprenden sin dificultad hasta que se trata de explicarlas. La palabra *anatema*, de origen griego, es de uso frecuente en el derecho y hasta en el lenguaje comun; y sin embargo, todavia, en vez de definirla, hay que explicarla, pues no convienen los autores en cuanto á su exacta y rigurosa significacion, toda vez que segun unos es simplemente una excomunion; segun otros una pena mas grave.

San Juan Crisóstomo (4) habla así del anatema. «*Quid, igitur, est anathema? Audi ipsum (Paulum) ita locuentem. Siquis non amat Dominum Nostrum Jesuchristum anathema sit, hoc est, ab omnibus segreguetur, alienus ab omnibus sit. Nam quemadmodum anathe-*

A
ma, id quod Deo oblatum dedicatur, nemo est qui témere manibus contingere audeat, neque ad id proprius accedere; sic et cum quis ab Ecclesia separatur, eum ab omnibus abscindens, e magno cum terrore omnibus denuntians, ut ab eo separentur, et abscedant.»

«*Anathema*, dice Fagnani, *deribatur ab ana, quod est sursum, et thero, quod est quædam figura, ad formam litteræ E cum tractu quæ frontibus damnatorum imprimebatur: ita que anathema dicitur quasi annathera, id est, superna maledictio.*» Espresa el mismo autor la fórmula y circunstancias con que á veces se aplica el anatema, y todas consisten en cierta publicidad y solemnidad imponente y hasta terrífica, como en breve manifestaremos.

De lo dicho deberíamos inferir que el anatema es solo una excomunion ó condenacion

(4) Homil. 16, Cap. ad Rom.
TOMO III.

eclesiástica con formas públicas de terror; pero realmente no es así, cuando vemos esa misma palabra aplicada y usada por la Iglesia y por los autores en otra forma. En el Concilio de Trento, por ejemplo, vemos usada la palabra anatema en cánones rigurosamente dogmáticos, en cánones disciplinales, y en asuntos puramente judiciales. De todo lo dicho, y habida consideración á la práctica y á las disposiciones del derecho, puede concluirse que la palabra anatema es una enunciación genérica, una fórmula compendiosa y enérgica que espresa á un tiempo la prohibición y la pena, equivaliendo por lo tanto á prohibición, condenación ó reprobación por parte de la Iglesia con excomunión, ó censura. Otras veces anatema es la excomunión publicada con solemnidad imponente, y hasta terrible, según hemos indicado ya. Tal es la excomunión, ó anatema llamada vulgarmente á *mata candela*, y canónicamente *ad revelationem*. Los que como nosotros hayan alcanzado todavía en la práctica alguno de estos actos imponentes, recordarán cuánto es el terror y la consternación que llevan consigo. A la excomunión á *mata candela* es aplicable con propiedad el *superna maledictio* de Fagnani y el *magnus cum terrore* de San Juan Crisóstomo en los lugares citados.

Para completar la idea sobre el anatema, sus formas, y parsimonia con que debe usarse, puede verse el *Cap. 3.º Ses. XXV de reformat. del Concilio de Trento*, y las *Leyes 43 y 27, tit. 9, de la Part. 1.ª*

Dice así el notable epígrafe del capítulo citado: «*Excommunicationis gladius non est temere stringendus; sed maturé ac ubi executio realis, aut personalis fieri nequit. Legatur bené, ac servetur hujus Capituli tenor.*»

En cuanto al anatema en el sentido solemne y terrible de que hemos hablado, dice así el Concilio. «*Qua propter excommunicationes illæ, quæ monitionibus præmissis ad finem revelationis, ut ajunt, aut pro deperditis, aut substractis rebus, ferris solent, a nemine prorsus, præterquam ab Episcopo, decernantur, et tunc non alias, quam ex renon vulgari, causâque diligenter, ac magna auc-*

toritate per Episcopum examinata, quæ ejus animum moveat, nec ad eas concedendas, cujusvis secularis, etiam magistratum, auctoritate sufficiat; sed solum hoc in ejus arbitrio, et conscientiâ sit possitum, quando ipse pro re, loco, personâ, aut tempore, decernendas judicaverit.»

Hácese luego cargo de la necesidad de recurrir en lo judicial á un medio coercitivo, eficaz, cuando no alcancen los ordinarios en los casos de contumacia, y presentando ya el anatema bajo de un punto de vista bien diverso; dice así: «*Quod si executio realis, vel personalis adversus reos hac ratione fieri non poterit, sitque erga judicem contumacia, tunc eos etiam anathematis mucrone, arbitrio suo, præter alias penas, ferire. In causis criminalibus, ubi executio realis, vel personalis, ut supra, fieri poterit, erit á censuris abstinendum; sed si dictæ executionis facile locus esse non possit, licebit judici hoc spirituali gladio in delinquentes uti, si tamen delicti qualitas, præcedente saltem bina monitione, etiam per edictum, id postulet.*»

Aquí se ve, pues, que el anatema, según dejamos indicado, es algunas veces una mera censura ó simple excomunión, y otras una excomunión con solemnidad y formas imponentes.

Hablando de esta última forma del anatema, dice así la primera de las dos ya indicadas leyes de Partida:

«Estremada manera hi ha para descomulgar con solepnidad, que pertanesce á los obispos tan solamente et non á los perlados menores que ellos. Et esta se face de esta guisa: el obispo que hobiere á dar la sentencia debe haber consigo doce clérigos misacantan, que tenga cada uno dellos en mano sendas candelas acendidas, et deben tañer las campanas; et estonce debe decir el obispo como descomulga á algun home ó mujer, nombrando qualquier dellos por su nombre, faciendo saber á todos los que hi estubieren por que razon lo face, diciendo asi, quel echa fuera del reino de Santa Iglesia, et lo aparta de todos los bienes que se facen en ella. Et quando esto hobiere dicho debe tomar una candela, et echarla

ANATOMIA.

7

en tierra, et amatalla con los pies, ó en agua, segunt que es costumbre en algunas iglesias; et eso mesmo deben facer todos los otros clérigos que las candelas tovieran acendidas en las manos. Et estonce debe decir el obispo, que así sea muerta su alma de aquel que descomulga como mueren aquellas candelas si non ficiere emienda á santa iglesia, de aquello por quel echan della; et por desprecio de aquel non debe ninguno tomar aquellas candelas por servirse dellas, mas débennas todos desechar. Et despues debe el obispo facer saber con sus cartas por todas las iglesias de todo su obispado quién es aquel á quien descomulgó así, et por qué razon lo fizo, et que se guarden de fablarle, et de se acompañar con él. Et esta descomulgacion llama santa iglesia *analema*, que quiere (tanto decir como espada del obispo con que debe matar á los que facen muy grandes pecados et non se quieren emendar.)

Cuando la excomunion habia de publicarse por otra persona que por el obispo, libraba este despacho, ó letras al efecto, llamadas vulgarmente *paulina*, siendo entonces muy varia la práctica, segun las localidades: unas veces se verificaba lo prevenido por la ley de Partida, y otras se leía el despacho al ofertorio de la misa en un dia festivo.

Para alzar una excomunion de este género, cuando no era genérica *ad revelationem*, ó *pro deperditis*, aut *substractis*; sino personal, supuesta la enmienda ó retractacion del excomulgado, debian observarse las mismas solemnidades que para imponerla, al tenor de lo dispuesto en la citada ley 27 de la Partida 4.^a V. **EXCOMUNION.**

ANATOCISMO. El interes de los intereses, ó sea un contrato por el cual se pacta que los intereses ó réditos devengados se agregarán á la suma principal que se adeuda para formar de todo un capital que produzca nuevo interes. Este se llama *interes compuesto*.

ANATOMIA. La etimología de esta voz es griega y procede de *ana*, á traves, y de *τομή*, accion de cortar. En la acepcion

mas ordinaria, se entiende por esta palabra, el estudio de la estructura, de la situacion y de las relaciones de las partes que componen el cuerpo humano.

En la acepcion mas general y filosófica, la anatomía es la ciencia de la organizacion considerada en los diferentes seres, desde el mas sencillo de los vegetales hasta el fanerógamo mas compuesto, desde el último de los zoofitos hasta el hombre.

Aun cuando pueda parecer estraña á nuestro objeto la materia que nos ocupa, es de grande importancia el estudio del cuerpo humano, para apreciar bien infinidad de casos que ocurren en las causas criminales, como haremos ver en los artículos correspondientes en donde trataremos las principales cuestiones que, con relacion á la anatomía, interesan á los jueces y jurisconsultos.

Dos son las principales divisiones de la anatomía: comprende la una la que se aplica al cuerpo de los animales, y se llama *zootomía*, y la otra la del cuerpo de los vegetales, designada con el nombre de *fitotomía*. La zootomía se subdivide ademas en anatomía comparada ó comparativa, veterinaria, general, descriptiva, pintoresca, fisiológica, patológica, haciendo el estudio de las diferentes partes del cuerpo humano, que se la llame *osteologia*, si se refiere á los huesos, *miologia*, si á los músculos, ya *angeiologia*, si á los vasos de la circulacion de la sangre, *neurologia*, si es á los nervios ó bien *splanchnologia*, si hace conocer los órganos de los sentidos, de la voz, de la generacion, y las vísceras contenidas en las cavidades del cráneo, del torax y del abdomen.

Sin el conocimiento de la anatomía, no podrian hacerse con fruto las operaciones que ilustran al juez, al acusador público y al defensor de los procesados por muertes ó por heridas, cuya causa y gravedad se investiga; por cuya razon se considera necesario este estudio, para apreciar el resultado de estas operaciones. V. **AUTOPSIA.**

ANCIANOS. Con tan venerable nombre se designan las personas que han alcanzado una edad avanzada, y generalmente los

mayores de sesenta años. La decrepitud no acompaña siempre á la ancianidad, sino únicamente en los casos en que el hombre ha abusado de su naturaleza, ya entregándose al vicio en la primavera de su vida, ora habiéndose tenido que dedicar con exceso á improbos trabajos corporales, ó á los sedentarios del bufete.

En todas épocas ha inspirado profundo respeto y honoríficas consideraciones la ancianidad, así en los pueblos cultos y civilizados como entre las tribus nómadas y salvajes. En el origen de todos los pueblos descubrimos el sentimiento de adhesión y veneración hacia la senectud, llevada hasta el extremo de que esta circunstancia era un título suficiente para ejercer la autoridad. A la experiencia, á la madurez y á la prudencia de los ancianos se confiaba en la antigüedad la dirección de los negocios comunes, y la resolución de las contiendas que entre los particulares se suscitaban.

Esta costumbre observamos en la nación hebrea, donde el gobierno primitivo era puramente patriarcal; y en época posterior, los ancianos eran las personas más consideradas y los que tenían derecho á formar el Sanhédrin.

Las tribus salvajes reverencian á los ancianos, aun más que los pueblos civilizados, y les prestan tiernos y delicados homenajes, santificando tanto su afecto, que algunas de ellas jamás abandonan sus restos mortales en las escursiones de su vida errante y aventurera.

En la antigua república de Esparta, la elección para el senado solo podía recaer en los ciudadanos que hubiesen cumplido sesenta años, confiando así este pueblo severo la dirección suprema del Estado á los varones que habían pasado ya la edad de las pasiones y de la irreflexión.

Entre los romanos, la palabra latina *senex*, que significa anciano, explica el origen de la voz *senatus*, senado, porque esta respetable corporación fue compuesta en su principio de ancianos. Si luego no exigió la ley esta circunstancia, y pudieron nombrar los censores miembros para este consejo á los

ciudadanos que poseyesen 800,000 y más tarde 1.200,000 sextercios, todavía requería que no pudiesen ejercer tan importante cargo sino después de haber servido á la república en otra magistratura.

La palabra señor se deriva en nuestro idioma de la voz latina *senior*, con la que se designaba respetuosamente á los ancianos.

La Iglesia profesó también en su origen extraordinario aprecio á los ancianos, distinguiéndolos sobre manera y confiando á los sacerdotes de mayor edad los cargos más considerables y honoríficos del cabildo. No ha llegado esta costumbre hasta nuestro tiempo; pero su recuerdo sirve para enaltecer mucho á los individuos que obtienen dignidades eclesiásticas, pues se entiende que si no se les ha elevado á ellas por su edad, se ha tenido presente que su prudencia y sus virtudes equivalen á aquella circunstancia.

La constitución del año tercero de la república francesa estableció también un consejo llamado de los ancianos, del que no se podía formar parte sin haber cumplido cuarenta años y ser casado ó viudo.

El título de este consejo no era el más propio, puesto que á sus miembros no se les podía considerar ancianos; pero él indicaba claramente cual era el espíritu de la institución. Señalando como base de la elección la cualidad de haber cumplido cuarenta años, á la vez que rendía un tributo de respeto á la senectud, que podía aspirar con preferencia á componer dicho cuerpo, reconocía no menos explícitamente que también se combinan la prudencia, el acierto y el vigor de la edad viril.

Bonaparte premió la condescendencia con que se prestó este cuerpo á la conspiración del 18 de brumario, trasladando á la mayor parte de sus individuos al senado que creó la constitución consular.

Nuestra actual constitución, así como la de 1837, exige la circunstancia de cuarenta años para ser senador, y aun cuando no pueda llamarse anciano al hombre de esta edad, siempre es un hecho digno de notarse la

ANEJO.

9

atencion que tiene la ley de confiar funciones tan elevadas á hombres que hayan pasado la juventud.

Las leyes civiles tambien conceden varias exenciones á los mayores de sesenta años, pudiéndose escusar á esta edad de ejercer cargos municipales y provinciales, y reclamar el beneficio de la jubilacion los empleados en la carrera administrativa. Es causa legitima, asimismo, para escusarse del desempeño de la tutela, la cualidad de haber cumplido setenta años, la cual conferia por la ley de Partida el derecho de no ser llamado á declarar en juicio, debiendo ir el mismo juez á la casa del septuagenario á recibir su declaracion (4).

Se ve, pues, que la sociedad ha honrado en todos los tiempos y en todos los paises á los ancianos, atribuyéndoles mayor carácter y autoridad aquellos pueblos cuyas costumbres eran mas puras y sencillas. Nuestra época mas positiva, fundada en los grandes medios que han puesto al alcance de la juventud los extraordinarios adelantos de las ciencias, ha limitado sus respetos y consideracion hácia la senectud, reservándole las preeminencias que hemos señalado, la presidencia de las corporaciones interin la eleccion ó el gobierno no han designado quien ha de ocuparla, el sitio preferente en toda reunion privada, y otras atenciones delicadas que todo el mundo siente y comprende.

ANCLAJE. ANCORAJE (*Derecho de*). Cierta derecho que se imponia á los buques que llegaban á los puertos de los dominios de España, el cual era mayor ó menor segun la capacidad del buque y el puerto á que arribaba. Este derecho estuvo un tiempo destinado á sostener la alta dignidad de Almirante. Su cobranza ha estado encomendada á los capitanes de los puertos y despues á los empleados de la Hacienda. Siendo este derecho uno de los comprendidos en la categoria de derechos de puerto ha seguido las alternativas de estos. V. **DERECHOS DE PUERTO**.

ANDORRA (*Valles de*). Sobre esta pequeña república tienen señorío al propio tiempo que los condes de Foix, los obispos de Urgel. De esta circunstancia y de la de ser un pais limítrofe, nacen relaciones especiales con el mismo que alguna vez toman el carácter de tratados de potencia á potencia entre los reyes de España y el consejo general de la república. En ese caso se hallan los convenios de 22 de diciembre de 1834 y 17 de junio de 1844 sobre que la república no recibiera ni diera auxilio á los enemigos armados de la reina Isabel II.

V. LA COLECCION DE CANTILLO.

ANDRONA. El lugar destinado en las iglesias para solos los hombres, cuando era costumbre que estos y las mugeres estuviesen en los templos con separacion.

ANEJO. De la palabra latina *adnexus* lo que está unido ó ligado á otra cosa por la ley, ó por la voluntad del hombre, aunque por estension, y sobre todo en el lenguaje comun se toma por lo que naturalmente está unido á otra cosa, ó es efecto, ó consecuencia de ella. Así se dice que las penalidades van anejas á la vida, ó á la condicion humana. Por aqui se entiende bien lo que es *anejar*, *anexidad* y *anexion*. En lo civil *anexidades* y *conexidades* son palabras rituales del formulario de escrituras, que espresan, hablando de un fundo, sus servidumbres, y cualquier género de derechos accesorios, cuyas palabras sin embargo pudieran sustituirse con otras mas determinadas y precisas. En lo canónico se llama *anejo* un beneficio menor que está unido á otro, una dignidad que va unida á una prebenda, una parroquia unida á otra sin confundirse sin embargo, sino conservando sus denominaciones. Por principios generales todo beneficio unido á otro deja de ser título canónico de ordenacion, y es que por regla general se unen, cuando son incongruos, aunque hay tambien anejos por fundacion.

En estos últimos tiempos la palabra *anexion* se aplica á la union de un territorio á otro, y en el dia se contrae especialmente á la calculada por algunos de la Isla de Cuba á los Estados Unidos, lo cual en la forma que

(4) Ley 36, tit. 16, P. 3.
TOMO III.

se proyecta, se diría con mas propiedad *usurpacion, espoliacion*.

ANFIBOLOGIA. Palabra ó sentencia que puede tener dos ó mas sentidos.

V. AMBIGÜEDAD, INTERPRETACION.

ANFUS. En el lenguaje antiguo lo mismo que *Alfonsus*.

ANGARIAS. Era en lo antiguo un servicio que equivalia al que hoy llamamos de bagages, y consistia en prestar cada uno sus caballerías y carruages para el trasporte de tropas, equipage del príncipe ó señor feudal, etc. Esta obligacion era tambien extensiva á las naves. El servicio ó gravámen de angarias era estipulado, ó fijo, y eventual. El primero iba anejo á los feudos y enfitéusis, porque los fundos ó territorio se concedian con esa carga, como aun hoy muchos propietarios la estipulan con sus colonos: el segundo tenia por fundamento una necesidad perentoria, en cuyo caso se embargaban para dicho servicio las caballerías, carruajes y buques, como hoy tambien se hace. Por el derecho antiguo el servicio eventual de angarias era extensivo hasta las naves extranjeras, y lo mismo diremos de las caballerías y carruajes de los no indígenas, y ciertamente que cuando este servicio se determina por una necesidad suprema y perentoria, apenas podria reputarse injusto, mediando sobre todo la debida indemnizacion; pero hoy dificilmente lo consentiria el derecho moderno, sin ocasionar un conflicto igual ó mayor que el que pudiera autorizar el mencionado servicio, atendido sobre todo, no tanto la razon, como el poder de la nacion, cuyos buques ó súbditos hubiesen sufrido el gravámen. Es este en todo caso de tanta consideracion, que no es extraño que se hayan consagrado á desenvolver sus fundamentos y derechos, innumerables tratados, y muy especialmente en los paises feudales, así como tambien ha debido ser objeto de la legislacion. Puede verse á Viñio *ad Pechyrum*: Azuni, *Derecho Marítimo*: Selden, *Mare clausum*: Locen de *Jure marítimo*; y en cuanto al Derecho Romano, las leyes del código, 1.^a de *nav. non exc.*: 40 de *Sacros. eccles.*: *id. últim de sa-*

bric.: 3 et 4, *Quæ res vend. non poss.*: 5 de *navicul.* Lo mas violento del derecho antiguo en esta parte era la regla comun de que el bagagero ó naviero que perdiese sus buques ó trasportes en el servicio forzado que se le obligaba á prestar, no tenia derecho á indemnizacion, lo cual era evidentemente contra razon y justicia. Hoy ya hemos insinuado que atraeria aun mas que esa responsabilidad. Los eclesiásticos estaban exentos del servicio de angarias en lo que tenia de personal; pero no en prestar sus caballerías y carruages. El servicio de angarias en su fundamento y en su forma se equipara en un todo, como ya queda insinuado, al de bagages, y aun al de alojamientos en el dia.

ANILLO. Llámase así á un aro ó círculo de metal que se pone en los dedos, y en esta acepcion es muy comun darle el nombre de sortija. No incumbe á nuestro objeto detenernos á investigar cual haya sido el origen de los anillos, bastando solo que hagamos mencion de la remota antigüedad á que se eleva la costumbre de servirse de ellos para adorno de las manos, y de la variedad de los metales y piedras preciosas que para su composicion introdujo la ostentacion de los magnates de todos los pueblos.

El anillo de oro era en Roma el distintivo de los caballeros y patricios; pero desde el tiempo de los emperadores se concedió la facultad de llevarlos á los libertos, como para simbolizar el lazo de gratitud y reconocimiento que debia unirlos á sus patronos.

ANILLO EPISCOPAL. Es una sortija que forma parte de los ornamentos pontificales, y que reciben los obispos al tiempo de su consagracion. En los primeros siglos no se les permitia que llevasen la sortija en el dedo anular de la mano derecha mas que al tiempo de celebrar la misa, fuera de cuyo caso habian de llevarla en el pulgar. Esta distincion ya no está en práctica. Los reyes de Francia y los emperadores investian antiguamente á los obispos y arzobispos dándoles la cruz y el anillo. Los

ANILLO.

44

obispos usan este adorno como un distintivo que indica su union con la Iglesia, desde los primeros tiempos del cristianismo. Hablan de esta costumbre diferentes padres y doctores, y en el capítulo 28 del IV Concilio de Toledo, celebrado en el año 633, se dispone terminantemente, que si un obispo fuere privado de su dignidad, y en otro Concilio posterior se le declarase inocente, no se le considere reinstalado en aquella hasta despues de haber recibido, de manos de otro prelado y ante el altar, la estrella llamada *Orarium*, el anillo y el báculo ó la cruz.

Por la congregacion de ritos se ha prohibido á los notarios no participantes, á los doctores, á los canónigos de catedrales, sin exceptuar á las dignidades, usar el anillo mientras celebren la misa, y en general alcanza esta prohibicion á todos los eclesiásticos que no tengan derecho para ello. Para usar los abades el anillo, que es adorno peculiar de los obispos, han de tener á su favor un privilegio ó la posesion, así como para disfrutar de los demas honores pontificales.

De los obispos ha pasado el uso del anillo á los cardenales de la Iglesia romana, quienes deben dar para ello una cantidad determinada, *pro jure annuli Cardinalatui*.

ANILLO DEL PESCADOR. Se llama al que contiene el sello con que se cierran los breves apostólicos, suponiendo ó dando á entender, segun alguna opinion, que San Pedro fue quien primero se sirvió de él. Sin embargo, es lo cierto que no se conoce ni se ha usado este término sino desde hace unos 500 años, y lo que mas probable parece es que se ha adoptado tal denominacion por llevar esculpida la imagen del apóstol.

ANILLO NUPCIAL. Es el que se acostumbraba dar á la novia al contraer los esponsales, *annuli sponsalitii*, ó los de bodas ó de consorcio, *annuli geniales*, *annuli pronubi*, *annuli nuptiales*. Algunos remontan el origen de esta costumbre hasta á los hebreos, porque en el Exodo se dice que los hombres y las mujeres dieron sus co-

llares, sus pendientes, sus braceletes y sus anillos para hacer los vasos del santuario. Sostienen otros que no servian estos anillos de otra cosa que de mero adorno, siendo lo cierto que ni una ni otra opinion se funda bastante para que podamos decidir si se daban estas sortijas en la ceremonia del matrimonio, ó si no tenian otro destino que adornar los dedos de las mujeres.

Leon de Módena, P. IV, cap. 3, dice que los primeros hebreos no acostumbraban dar el anillo en la ceremonia de las nupcias, y que aun cuando luego fue introducido este uso, se practicaba rara vez. Selden en su tratado de la mujer hebrea, lib. 11, cap. 24, afirma que los novios daban un anillo á la esposa en los esponsales; pero que hacia veces de la moneda que anteriormente se les daba y debia ser del mismo peso.

Los griegos y los romanos han practicado idéntico rito, así como lo admitieron tambien con posterioridad los cristianos. Es antiquísimo este uso, si hemos de atenernos á los testimonios de Tertuliano en su tratado del vestido de las mujeres, de Gregorio de Tours en las vidas de los Padres, de San Isidoro en su lib. 11, cap. 19, *De Officiis*; y como lo prueba Laurencio Pignorius en su primera y décima nona carta, por las antiguas liturgias, en las que se halla la bendicion del anillo nupcial, así como en el orden romano, y en los mas antiguos rituales.

Entre los cismáticos griegos bendice el sacerdote dos anillos, uno de oro, que da al marido, y otro de plata que entrega á la mujer.

Otra clase de anillos es la de los destinados á sellar, en los cuales se grababan y aun se graban las armas de las familias; pero esta costumbre, muy en voga entre los lacedemonios y los demas pueblos de la antigüedad y de la edad media, se halla en el dia en bastante desuso.

En las ruinas de Clunia se han encontrado y se encuentran en el dia gran número de camafeos, que pertenecieron á los anillos signatorios de sus antiguos habitantes.

ANILLO, en términos de blason, es

un círculo que se coloca en el centro de los escudos.

ANILLO. Fué el nombre tambien que se dió en la época constitucional de 1820 á 23 á una sociedad secreta, fundada con el objeto de oponer un dique á la exaltacion que producian en los ánimos las ideas democráticas: *anilleros* se llamaba entonces á cuantos opinaban que la constitucion de 1812 era demasiado popular, si bien admitian el principio de la representacion nacional. Véase los artículos **BLASON**, **BREVE**, **ESPOSO** Y **ORISPO**.

ANIMALES. En el sentido que vamos á tratar de ellos en este artículo son lo mismo que brutos ó los seres vivos que carecen de razon. La legislacion los considera bajo diferentes aspectos y en cada uno de ellos han sido objeto de disposiciones especiales y determinadas. Unas veces los considera con relacion al patrimonio del hombre contándolos en el número de sus cosas y de sus bienes; otras veces se ocupa de ellos con relacion á la agricultura, y en este sentido concede á los dueños de los animales ciertos privilegios de que se hará mencion en su oportuno lugar. Tambien establece el derecho diferentes disposiciones relativas á los animales al tratar de la caza y pesca, y finalmente son objeto de las leyes que se dirigen á la conservacion de la salud pública en los diferentes reglamentos de policia dictados para este fin.

En el presente artículo nos proponemos generalizar la materia cuanto nos sea posible examinando, en primer lugar los principios jurídicos sobre los animales y sus diferentes especies, en segundo los medios legales de adquirir y perder su dominio; despues hablaremos de los derechos que el hombre puede ejercitar respecto de ellos, y últimamente de la responsabilidad que incumbe al dueño por razon de los daños que ocasionan. Todas las demas doctrinas y disposiciones relativas á los animales en las diversas relaciones que no se comprenden en este lugar van tratadas y espuestas en sus propios y respectivos artículos.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Fuero Juzgo.

Partidas.

Código penal.

FUERO JUZGO.

LEY 7, TIT. 4, LIB. 8.

Si algunos animales se hieren ó maltratan el dueño del animal que hirió dé otro sano como el herido ó estropeado.

LEY 12, ID. ID.

Si algun animal que estuviese en poder de su dueño hiciere daño dé el animal por el daño ó repárelo como mandare el juez.

LEY 16, ID. ID.

Dispone que si alguno tuviere buey bravo ú otro animal lo mate luego antes de que haga daño; y que si sabiéndolo no lo matare responda del daño con las penas pecuniarias que establece.

LEY 19, ID. ID.

Si algun perro mordiese á un hombre y la mordedura le causase daño ó la muerte, el dueño no sufrirá pena si no azuzó el perro: si lo azuzó contra ladron ó malhechor tampoco tendrá pena; si le azuzó contra otro que no lo fuese debe satisfacer todo el daño.

LEY 6, TIT. 5, LIB. ID.

El que encontrase caballo ú otro animal errante puede tomarle haciéndolo saber al sacerdote, al señor de la villa ó al juez ó públicamente ante los vecinos. Si no lo hiciere asi será tenido por ladron.

PARTIDAS.

LEY 17, TIT. 28, PART. III.

Cualquiera que cogiese bestias salvajes ó aves las hace suyas por el acto de la

ANIMALES.

43

aprension, ora las prenda en su heredad ó en la agena; pero si estuviese presente el dueño de la heredad y se opusiere á la entrada, si á pesar de esta prohibicion cogiese alguno bestia ó ave en la heredad, no será suya sino del dueño de ella. Lo mismo sucedería si este encontrase al cazador ya dentro é hiciese la misma prohibicion.

LEY 49, ID. ID.

El dominio de los animales salvajes se pierde luego que estos salen de poder del dueño y recobran su libertad natural: asi mismo le pierden cuando huyendo se alejan tanto que se pierden de vista ó aun cuando se les vea se hallan tan distantes que dificilmente se les puede cojer.

LEY 21, ID. ID.

El venado herido y perseguido por los cazadores pertenece al que le coje.

LEY 22, ID. ID.

Las abejas, que son animales salvajes, se hacen de aquel que las encierra en la colmena ó en otra cosa.

LEY 23, ID. ID.

El dueño de animales salvajes por su naturaleza y domesticados ó amanzados conserva el dominio de ellas mientras tienen la costumbre de ir y venir á la casa.

LEY 24, ID. ID.

El dueño de los animales que no son de naturaleza salvaje conserva el dominio aun que vuelen y se vayan de la casa y no vuelvan.

LEY 25, ID. ID.

Las crias de las vacas, yeguas ó asnas y demas bestias semejantes pertenecen á aquellos cuyas fueren las madres á no ser que hubiese costumbre en contrario.

LEY 48, TIT. 30, PART. ID.

Saliendo de poder del dueño las aves ó bestias bravas pierde su tenencia.

LEY 22, TIT. 45, PART. 7.

El dueño de bestias amansas que causaren daño está obligado á repararle haciendo una de dos cosas ó satisfacer su importe ó ceder la bestia al perjudicado. Pero si el daño fuere originado por culpa de otro este deberá responder.

LEY 23, ID. ID.

El dueño de bestia brava que causare daño á alguno debe satisfacer su reparacion, gastos de curacion, perjuicios causados y todas las pérdidas que haya experimentado el que sufrió el perjuicio en su persona.

LEY 24, ID. ID.

El dueño del ganado debe satisfacer el daño que hizo en heredad agena: si el que lo guardaba ó el dueño de él hubiera introducido el ganado á sabiendas debe satisfacer el daño doblado.

CODIGO PENAL.

Art. 477 antes 474. El dueño de ganados que entraren en heredad agena y causaren daño que esceda de dos duros será castigado con la multa, por cada cabeza de ganado:

- 1.º De 3 á 9 rs. si fuere vacuno.
- 2.º De 2 á 6 si fuere caballar, mular ó asnal.
- 3.º De 4 á 3 si fuere cabrio y la heredad tuviere arbolado.
- 4.º Del tanto del daño ó un tercio mas si fuere lanar ó de otra especie no comprendida en los números anteriores.

Esto mismo se observará si el ganado fuere cabrio y la heredad no tuviere arbolado.

Art. 485 antes 482. Incurrirá en la multa de medio duro á uno.

42. El dueño de un animal feroz ó dañino que le dejare suelto ó en disposicion de causar mal.

25. El que entrare con.... caballerías ó animales dañinos en heredades plantadas ó sembradas.

Art. 486 antes 483. El dueño de ganados que entrare en heredad ajena y causare daño que no pase de dos duros será castigado con una multa con arreglo á la escala del art. 477 en su grado mínimo.

En caso de reincidencia se impondrá el grado medio á no intervenir circunstancia atenuante.

LEGISLACION ESTRANJERA.

La legislacion de los códigos modernos de Europa, basada en esta materia sobre los principios de la romana, difiere muy poco y en puntos accidentales solamente de la nuestra. Los romanos establecieron la famosa division de los animales en fieros, mansos ó domésticos y amansados y determinaron como único medio de adquirir los primeros la ocupacion. «*Fera igitur bestia, et volucres et pisces et omnia animalia quæ mari calo et terra nascuntur, simul atque ab alicuo capta fuerint jure gentium statim illius esse incipiunt.*» Los amansados que en su origen eran fieros se adquirian por el mismo título, y los mansos que eran considerados como cosas pertenecientes al patrimonio del hombre le correspondian por los diferentes medios legales en cuya virtud se adquiria la propiedad de ellas.

Esta propiedad en los animales fieros duraba mientras continuaban en poder del que los adquirió; los mansos correspondian siempre á sus dueños, cualquiera que fuese el lugar donde se hallaren, y los amansados que tenian la costumbre de ir y volver á las casas continuaban en la propiedad de sus dueños mientras conservasen esa costumbre.

Los dueños de los animales eran responsables de los daños que ocasionaban en las personas ó en las cosas de otros cuando contra su natural instinto ó costumbre y sin instigarlos inferian dichos perjuicios. Las le-

yes de las 42 Tablas dispusieron que el dueño del cuadrúpedo satisficiera ó reintegrara al ofendido la estimacion del daño ó le entregase la bestia. De donde resultaba que si este era causado por una fiera ó por cualquier otro animal salvaje, debia intentarse la accion útil para el resarcimiento, la cual no tenia lugar cuando el perjudicado la incitó ó irritó para ello. Instigándola un tercero debia repetirse contra este por la accion de la ley Aquilia: causado el daño en cosas ajenas por hechos naturales, como pastando en prados y mieses de otros, se procedia por accion diferente, y últimamente cuando el daño se verificaba á consecuencia de mezclarse y refir rebasos ó parras de ganados de dueños distintos, no podia repetirse por el perjudicado ni intentarse accion alguna.

La division indicada se halla tambien reconocida en algunas leyes francesas. Segun ellas el dominio de los animales salvajes que viven en el estado de libertad natural no pertenece á nadie y se hacen del primer ocupante; los demas son considerados como cosas y bienes del patrimonio de aquel á quien pertenecen. La responsabilidad de estos por los daños que causen los animales está determinada espresamente en algunas leyes rurales y en el art. 4385 del código civil, que impone la responsabilidad al propietario ó al que se sirve de ellos mientras se verifica este uso, tanto en el caso de que el animal estuviese bajo el poder y guarda del mismo propietario como en el de que se hubiera huido y escapado.

La legislacion inglesa reconoce dos clases de animales, unos que son de naturaleza privada ó doméstica (*domitus naturæ*) y otros que son feroces ó salvajes (*fera naturæ*). Sobre los primeros puede tener y tiene el hombre los mismos derechos y la propiedad absoluta que sobre las demas cosas; sobre los salvajes conserva esta propiedad mientras se hallan en su poder. El dueño es tambien responsable de los daños que los animales ocasionan, concediendo la ley inglesa dos remedios á la parte perjudicada para conseguir la reparacion. El uno es

ANIMALES.

45

apoderarse del animal causante del daño y retenerle en su poder hasta que el propietario le haya dado satisfaccion completa del perjuicio: el otro recurrir al remedio comun ejercitando la correspondiente accion judicial. Esta accion es la que se denomina de *Trespass vi et armis*. En las demás legislaciones se reconocen con cortas ó insignificantes diferencias los principios de la legislacion romana.

PARTE DOCTRINAL.**SUMARIO.**

- SEC. I. DE LOS ANIMALES EN GENERAL.
 SEC. II. DE LAS DIFERENTES ESPECIES DE ANIMALES QUE RECONOCE EL DERECHO.
 SEC. III. DE LOS MODOS LEGALES DE ADQUIRIR Ó PERDER EL DOMINIO DE LOS ANIMALES.
 SEC. IV. RESPONSABILIDAD EN QUE INCURRE EL DUEÑO DE LOS ANIMALES POR LOS DAÑOS QUE CAUSAN EN LAS COSAS Ó EN LAS PERSONAS.

SECCION I.**DE LOS ANIMALES EN GENERAL.**

Se ha dicho ya que se comprenden bajo la denominacion de animales todos los seres vivientes que no estan dotados de razon como la estan los individuos de la especie humana. La razon, pues, es el atributo que separa á esos seres irracionales de la comunion de los hombres y la carencia de esa noble facultad lo que hace que no sean capaces como ellos de obligaciones morales ni civiles, ni de derechos ni de reglas, que son patrimonio de los hombres, porque llevan el sello de la razon y de la inteligencia.

No son por consiguiente los animales susceptibles de ningun derecho como los hombres; y aun cuando el emperador Justiniano dió á entender lo contrario al definir el derecho natural diciendo que es aquel que la naturaleza enseñó á todos los animales y que no era propio solamente del género huma-

no sino de todos los que nacen en el aire, en la tierra y en el mar, no es esa la significacion que debe darse á las palabras del legislador, puesto que ni quiso dar á entender ni mucho menos afirmar que los brutos fueran capaces de obligaciones y derechos, y por consecuencia de leyes como los hombres. El emperador Justiniano hablaba figuradamente y aludiendo á los actos que se consideran propios y peculiares del derecho natural por cuanto se ejecutan mediante el instinto ó impulso de la naturaleza, solamente quiso espresar que respecto de ellos habia cierta semejanza entre los hombres y los animales, y que á la manera que en estos parecen notarse ciertos indicios de inteligencia, así tambien parecia haber los del derecho natural. Por lo demás era cosa clara que no siendo estos seres susceptibles de razon no podian serlo de derecho, porque donde no existen la razon y la libertad, que es el fundamento y el ejercicio de ella, ni existen las nociones de lo bueno, de lo justo y conveniente, ni pueden imponerse los preceptos de la ley para que sea obedecida y observada, ni cabe por consiguiente que exista el derecho dirigido á regular dentro de los debidos límites las obligaciones y las facultades supuestas ó creadas por las leyes mismas.

Nace de esta doctrina incontestable una consecuencia atendible en el orden civil, y es que los animales ni pueden delinquir ni ser castigados: la responsabilidad por los daños que ellos ocasionen, sea en las cosas sea en las personas recae en su caso sobre los dueños: hacerla recaer sobre unos seres que no teniendo libertad para obrar se mueven por el impulso de una fuerza irresistible, sobre injusto seria altamente ridículo.

¿Y cuál será la estension y el carácter de las relaciones que las leyes civiles establecen entre el hombre y los animales? Para conocerlas y determinarlas de la manera mas genérica es indispensable conocer el destino de los últimos, y este destino se comprende examinando la naturaleza, la organizacion y hasta la capacidad de los brutos. Nacer, vivir, conservarse y perpetuar-

se, y gozar de todas las sensaciones agradables que pueden nacer del ejercicio de sus facultades y de la impresion de los objetos exteriores sobre sus sentidos, es en resumen el destino de aquellos con relacion á ellos mismos. Mas con relacion al hombre, su destino moral y filosófico es darle ideas grandes del poder y de la sabiduría del Criador, y su destino físico proporcionarle abundantes y diversos recursos para su conservacion, para la satisfaccion de sus placeres, para su recreo y para la estension de sus derechos, de sus gozes y de sus conocimientos. Así las relaciones entre el hombre y los animales son todas las que pueden derivarse inmediatamente de este destino físico de su creacion con relacion al primero: son las que pueden existir entre la cosa criada y la voluntad absoluta de aquellos para quienes lo ha sido; son en fin estensas, variadas é indefinidas, y pueden reasumirse con exactitud en la facultad que le compete para usar de ellos segun lo exijan sus necesidades.

Puede el hombre por consiguiente disponer de los animales que ya posee á su voluntad y arbitrio; puede disponer como dispone, usa y abusa de las demas cosas que forman parte de su patrimonio, puede emplearlas como emplea todas las demas que estan destinadas á servir de instrumento para la satisfaccion de sus gozes y necesidades. En cuanto á los que no posee y nacen ó viven en el aire, en la tierra ó en el mar, el hombre tiene el derecho ilimitado de apoderarse de ellos, sea por la fuerza, sea por la astucia, sea por otro medio cualquiera, sin otra limitacion que la de observar religiosamente las prescripciones establecidas para que este derecho no degenera en perjuicio de la propiedad de otros.

Son, pues, los animales en el órden de las leyes civiles cosas que, ó pertenecen al patrimonio de los hombres, ó le es potestativo adquirir por los medios comunes y ordinarios, bienes de que el hombre dispone á su antojo como puede disponer de cualquier otro objeto movable ó inmueble, y que como ellas está sometido al poder discrecional y

absoluto de su facultad y de su derecho. Puede venderlos, donarlos, permutarlos. Puede transmitirlos como cualquier otra cosa por causa de muerte; puede darlos en usufructo y arrendarlos, puede por último usar de ellos de la manera que crea mas conducente al fin de que se cumpla y efectúe el objeto que se haya propuesto.

Sin embargo, este derecho no puede usarse el hombre de una manera tan absoluta que cause ó pueda causar perjuicio á los demas. En el interes de la sociedad está que los individuos de ella no hagan mal uso de sus facultades, porque el abuso de unos embarazaria el uso de los demas. De aquí han nacido las disposiciones legislativas ó reglamentarias que en todas las sociedades bien regidas y administradas coartan facultad de servirse de los animales ó la someten á determinadas condiciones y requisitos.

¿Y le será lícito al hombre matar á los animales, sea por puro capricho, sea para servirse de ellos? En la esfera del derecho natural no deja de ofrecer alguna dificultad la contestacion á esta pregunta, y escritores hay muy respetables que en ese terreno niegan al hombre el derecho ó la facultad de hacerlo. Pero en el órden civil la cuestion es mas llana y no puede disputarse al hombre el ejercicio de ese derecho estremo. El hombre, disponiendo hasta ese punto de los animales que adquiere; legitimamente ó que le pertenecen del mismo modo, no causa violencia ninguna ni infiere injuria á otro. Podrán las leyes, consultando la conveniencia pública, poner algunas restricciones al ejercicio de ese derecho; podrán prescribir que se use con cierta moderacion y dentro de las condiciones de una necesidad cierta ó de un recreo razonable; podrán impedir que se ejercite en ciertas épocas y durante cierto período de tiempo; pero todo esto que el interes público dicta y exige en determinados casos, ni constituye la regla general, ni destruye el derecho comun y ordinario que envuelve, como hemos visto, la facultad de que se trata.

Hemos dicho que los animales ocupan en

ANIMALES.

17

el orden civil y con relacion al hombre el lugar de las demas cosas que estan en su patrimonio. De este principio así como nacen las facultades y los derechos ya indicados, se derivan tambien obligaciones y consecuencias onerosas para aquellos á quienes les pertenecen. El hombre experimenta en ellos las mismas responsabilidades que en todas las demas cosas de su propiedad: son bienes que se confunden con todos los demas de su patrimonio y á la manera que estos se califican de muebles ó de inmuebles para diferentes efectos legales, los animales son objeto de la misma distincion segun las circunstancias que concurren en ellos. De este particular así como de algunos privilegios concedidos con relacion á ciertos animales, de las restricciones impuestas para la adquisicion de ellos y de las obligaciones que se exigen á los dueños por consideracion á la salud pública ó al interes general, se hablará en sus artículos respectivos. V. **LABRADORES, BIENES, CABA, LANGOSTA, GANADOS.**

SECCION II.

DE LAS DIFERENTES ESPECIES DE ANIMALES QUE RECONOCE EL DERECHO.

El epígrafe de esta seccion indica desde luego que no vamos á examinar las diferentes clases en que se dividen los animales zoológicamente considerados: hablamos de ellos en el orden civil, y de la division que el derecho civil reconoce debemos ocuparnos esclusivamente.

Las leyes romanas, tomando por tipo la indole y los instintos de los animales, los dividieron en tres clases, á saber: fieros *feræ*, mansos, *domestica* y amansados, *mansueti*. La legislacion de las Partidas adoptó y reconoció esta misma clasificacion, que es la base de las disposiciones que se refieren á los animales considerados como bienes y á los medios legales de adquirir y perder su propiedad.

Los animales fieros eran, segun la legislacion romana y son por la nuestra, los que

viviendo en su libertad natural y obedeciendo al instinto de su naturaleza, vagan libremente por la tierra, por el aire ó por el mar huyendo de la presencia y compañía del hombre. Llamáronse fieros segun Vinnio á *ferendo quod naturali suo impetu ferantur vel quod é conspectu hominum se auferant in solitudines*; y el carácter distintivo que constituye su particular naturaleza está, no en los instintos fieros y dañinos de ella sino en la propension natural, *á natura insila*, de vagar libremente por aquellos elementos huyendo de la compañía humana. Así la legislacion romana contaba entre los animales fieros, no solamente los cuadrúpedos, sino tambien las aves y los peces, no solo las bestias de instintos feroces, sino las abejas, los pavones y las palomas, y de acuerdo con ella la nuestra establece que las abejas son como cosas salvajes (1) y que los «pavones é gavilanes, é gallinas de India, é palomas é gruas, é ansares, é faysanes é las otras aves semejanles de dellas son salvajes segun su natura, etc. (2)».

Animales mansos son aquellos que nacen en las casas de los hombres, viven en su compañía y apeteen hallarse en ella. Esta clase comprende: primero, los cuadrúpedos destinados á ciertos servicios, como los caballos, asnos, perros, bueyes, vacas, etc. Segundo, los que se comprenden en el nombre genérico de ganados de cualquier clase y especie que sean, como carneros, ovejas, puercos, cabras, etc. Y tercero, las aves que nacen y se crían en las casas, como las gallinas comunes, los capones, ansares, etc. El carácter distintivo de estos animales consiste en que nazcan y se crían en nuestras casas: así decia la ley 24 del libro y partida citados. «Gallinas, ó capones, ó los ansares que nacen é se crían en las casas de los homes non son de naturaleza salvaje».

Por último los amansados son aquellos que siendo de naturaleza salvaje han sido cojidos y domesticados por el hombre acostumbrándolos á su compañía, de manera que adquie-

(1) Ley 22, tit. 28, part. 3.

(2) Ley 23, id. id.

ren la costumbre de ir y volver á las casas donde se han domesticado. Esta, como es fácil observar, es una clase intermedia que por la libertad que ha disfrutado en su origen tiende á los animales salvajes; pero por su estado ulterior y por sus hábitos actuales tiene mayor y casi completa analogía con los animales domésticos. Su naturaleza es fiera; pero el hábito posterior los ha hecho pertenecer á la especie de los mansos. Así la ley ya citada al hablar de las diferentes clases que ya hemos nombrado, á saber: pavones, palomas, gruas, faisanes, etc., dice que «siendo salvajes segun natura acostumbraron los omes á las vegadas á amansar ó criar en sus casas.»

Esta division, como hemos indicado en la parte legislativa, fue adoptada en casi todas las legislaciones antiguas; sin embargo, algunos juriconsultos modernos han creído ver una redundancia inútil en la especie de los animales amansados y han establecido otra division en que se comprenden dos clases solamente; los privados ó domésticos, que como lo da á entender la palabra, son aquellos que estan en poder del hombre y sirven para los usos ordinarios de la vida, como los caballos, bueyes, carneros, etc., y los salvajes, que son los que viven en su libertad natural y originaria *in laxitate naturalí* fuera del poder de los hombres y que pasan á él por la fuerza ó por el arte, como las aves, los pescados, etc.

Esta division viene á ser en último resumen igual á la primera porque los animales amansados se hacen en realidad mansos y se equiparan á ellos mientras viven en la casa del hombre y en su compañía y recobran su primitivo carácter de fieros cuando se han huido de ella perdiendo la costumbre de volver para recobrar dicha libertad. Esto no obstante nosotros seguiremos en este artículo la antigua clasificacion, ya porque nos parece exacta y ya porque sirve de base y fundamento á las disposiciones de la mayor parte de los códigos, y especialmente de los nuestros, advirtiendo que aun cuando esta division tiene escasa aplicacion en la práctica, es indispensable tenerla presen-

te cuando se trata de la ocupacion de los animales ó de los medios legales de adquirir ó perder su dominio.

Reconoce el derecho ademas de las mencionadas, otra clase de animales llamados dañinos, que son los que tienen el instinto ó propension de causar daño, ya en los animales mansos ó domésticos, ya en los sembrados, ya en las personas á quienes acometen. A esta clase pertenecen los lobos, zorras, garduñas, gatos monteses, tejones, etc., y las leyes y reglamentos administrativos se ocupan de ellos en el sentido de dictar disposiciones eficaces para prevenir ó disminuir los daños que causan frecuentemente. En nuestras antiguas leyes constan las medidas eficaces que se tomaron para el exterminio de tales animales, y esas mismas y otras mas eficaces se han reproducido en disposiciones posteriores, que daremos á conocer en el artículo **CAZA**.

SECCION III.

DE LOS MEDIOS LEGALES DE ADQUIRIR Y PERDER EL DOMINIO DE LOS ANIMALES.

Al hablar en el artículo ~~ADQUISICION~~ de los medios de adquirir la propiedad dijimos que son de dos especies, á saber: originarios y derivativos; que por los primeros se adquieren las cosas que no corresponden á otro, y por los segundos las que ya han entrado en el patrimonio de alguna persona; que entre aquellos se comprenden la ocupacion que abraza la caza y pesca, la aprehension de cosas abandonadas y la invencion y la accesion, y finalmente que entre los segundos se comprenden la tradicion y todos los demas que proceden de las disposiciones del derecho.

Estos principios, que fueron desenvueltos en aquel lugar determinan la teoría relativa á los medios legales de adquirir la propiedad de los animales. Si estos son privados ó domésticos, que como hemos dicho pertenecen al patrimonio de los hombres y se cuentan entre sus cosas, la propiedad de ellos no puede adquirirse sino por cualquiera de los me-

ANIMALES.

49

dios que establece la ley para transmitir la propiedad de las cosas privadas; pero si son fieros ó salvajes, como quiera que estos viviendo en su libertad natural no pertenecen á nadie ni aun al propietario del fundo donde se encuentran porque no los posee, claro es que la propiedad de ellos no puede adquirirse sino del modo y forma con que se adquiere la de las cosas, que no siendo de otro se hacen del primer ocupante por medio de la aprehension.

Antes de pasar adelante en la esplanacion de estas ideas conviene advertir que la propiedad de los animales puede tener dos caracteres diferentes entre sí porque, ó es como la que compete sobre todas las demas cosas, absoluta, inherente á la persona y tal que no pueda ni deba ser privado de ella el dueño á no ser por su propio hecho ó mediante su consentimiento, ó limitada, condicional y dependiente de circunstancias particulares. El hombre puede tener sobre los animales domésticos ó privados la misma propiedad absoluta é incondicional que ejerce sobre todos los objetos inanimados supuesto que estos animales no dejan de estar jamás en su continua posesion ni abandonan su casa ni se separan de su compañía sino accidentalmente, en cuyo caso conserva la propiedad y no hay términos hábiles para que sea privado de ellos. Pero en cuanto á los animales salvajes ó fieros la propiedad del hombre no puede ser permanente, continua y absoluta; durará todo el tiempo que dure su posesion; y como esta deja de subsistir sin hecho del hombre y sin su consentimiento, en el instante mismo que los animales siguiendo la ley de su instinto y obedeciendo á su naturaleza recobren la libertad originaria, la propiedad que sobre ellos se ejerce ha de ser condicional, limitada y dependiente de la circunstancia que se acaba de indicar.

Los juriconsultos de otros países al hablar de la propiedad limitada y condicional que compete al hombre sobre los animales salvajes, añaden que puede tener esta propiedad de tres modos, á saber: *per industriam hominis, propter impotentiam y propter privi-*

legium. Se adquiere según ellos dicha propiedad *per industriam* cuando el hombre coge y domestica animales de aquella especie criándolos á fuerza de arte y de industria, ó teniéndolos encerrados de manera que no puedan escaparse ni usar de su libertad natural. La propiedad de ellos no compete sino en tanto cuanto el hombre los tiene en su poder; pero en el momento que salen de él cesa desde luego, á no ser que tengan la costumbre de volver, *animus revertendi*, lo cual se infiere y determina por los hechos y hábito anterior. Se adquiere, añaden, la propiedad *per impotentiam* cuando las aves por ejemplo fabrican sus nidos en los árboles propios de una persona ó los conejos establecen sus madrigueras en el terreno de ella, en cuyo caso la propiedad especial de las crías compete al dueño del terreno hasta que pudiendo hacerlo vuelen ó huyan. Y en fin se *adquiere propter privilegium* cuando uno goza el privilegio especial de cazar estos animales en determinado sitio y de matarlos ó prenderlos. La propiedad en este caso es transitoria y compete mientras los animales se hallan en la estension del terreno comprendido en el privilegio, pudiendo impedir el que lo disfruta á cualquiera otro que se apodere de dichos animales mientras se hallen en aquel distrito.

Las leyes romanas adoptaron con corta diferencia los principios que se han espuesto relativamente á los medios de adquirir la propiedad de los animales, y ellos son también los que constituyen nuestro derecho en esta parte. Justiniano designó como único medio de adquirir la propiedad de los animales fieros, la ocupacion, siendo indiferente que esta se verificase en fundo propio ó en ageno, con tal que se realizara la aprehension material y positiva. La ley 17, tit. 28, Part. 3, reconoce el mismo principio diciendo: «*Bestias salvajes, é las aves, é los pescados de la mar é de los ríos, quien quier que los prenda son suyos luego que los ha preso, quier prenda alguna de estas cosas en la su heredad misma ó en la agena*. Un solo caso de escepcion á esta regla reconoce nuestro derecho, y es cuando el dueño

de la heredad prohibiese á uno que entrase á cazar en ella, ó cuando hallándole ya cazando le prohibiese del mismo modo hacerlo: si á pesar de esta prohibicion lo verificase, los animales aprehendidos no serian suyos sino del propietario del terreno segun la disposicion citada. Deberemos advertir, sin embargo, que esta disposicion está modificada por el real decreto de 3 de mayo de 1834 en los términos que se indica en el artículo propio. V. CAZA.

La propiedad que se adquiere sobre los animales salvajes por la ocupacion tiene lugar, no solo respecto de aquellos que no llegaron á perder su naturaleza y se conservaron siempre en su estado originario, sino aun respecto de los que ocupados ya han salido del poder de quien se habia apoderado de ellos volviendo á su antigua y primitiva condicion. Cuando esto sucede y los animales huyen y se alargan tanto que el dueño no los puede ver ó aunque los vea se hallan tan apartados *que á duro los podrian prender*, adquiere la propiedad de ellos el primero que los ocupa.

El código de las Partidas juzgó tan necesaria é indispensable la aprehension para adquirir la propiedad de los animales salvajes, que proponiéndose en la ley 21 del tít. y Part. citados el caso de que persiguiendo uno algun animal de aquella especie ya herido le cogiese otro, resuelve que la propiedad corresponderá á este «ca maguer ellos lo traigan ferido non es aun en su poder é podria acaecer muchas cosas porque non lo aurian.» Las mismas disposiciones se observan cuando se trata de animales salvajes que hubiesen caido en trampa, lazo ó cepo; «quien quier que venga primeramente é lo fallare é lo prisiere que deve ser suyo.»

Las consideraciones de equidad que indudablemente hablan en este caso á favor del que hirió, se sacrificaron á la severidad del principio establecido, del cual es una consecuencia lógica y precisa la resolucion adoptada por la ley.

Sin embargo de la disposicion contenida en ella, la misma ley de Partida hace mencion de la costumbre que en contrario

se observaba en algunos lugares; y efectivamente la ley 16, tít. 4, lib. 3 del Fuero Real dispuso terminantemente que nadie debería coger la fiera interin fuera en su seguimiento el que la hirió. Lo mas justo en esta materia seria lo que propone un escritor moderno para conciliar los derechos encontrados del que hiere el animal y del que le coje, á saber, dividirla entre uno y otro como se practica ademas en el reino de Aragon con arreglo á uno de sus fueros.

La importancia que tienen las abejas por la utilidad y la abundancia de su produccion hizo que la misma legislacion de las Partidas dictase, en orden á la adquisicion de su propiedad, disposiciones particulares, aunque basadas en el mismo principio de la ocupacion. La ley 22 del tít. y part. citados dispuso que el dueño del árbol donde las abejas se hubieren posado, no pudiera por este solo hecho hacerlas suyas, necesitando para ello encerrarlas en enjambre, colmena ú otra cualquier cosa semejante. La ley se fundó en el principio de que la propiedad de los animales no puede adquirirse sino por la ocupacion, ó lo que es lo mismo por el acto de aprehension material que la confiere. V. ABEJAS.

Tambien creyó conveniente el código de las Partidas determinar la regla que debe observarse para la adquisicion de los animales que nacen de los que estan en nuestro poder ó nos pertenecen. El emperador Justiniano habia dicho ya en sus instituciones (1): *Item ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt eodem jure tibi adquiruntur*, y el rey don Alonso adoptando el mismo principio ordenó que las crias de los animales *deben ser de aquellos cuyas fueren las fembras y los parieren*, esceptuando dos casos, á saber: cuando hubiere costumbre en contrario usada en aquel pais, ó se hubiera convenido y estipulado otra cosa entre el dueño del macho y el de la hembra (2). El principio de la legislacion romana, adoptado en nuestra legislacion y en todas las demas antiguas y modernas es muy conocido *par-*

(1) Lib. 2, tít. 4, parr. 19.

(2) Ley 25, tít 28, part. 3.

ANIMALES.

24

tas sequitur ventrem, y esta regla se fundaba, según la doctrina de los jurisconsultos de aquella memorable nación, en que la hembra siempre es conocida y el macho pocas veces lo es. Sin embargo, el célebre Puffendorf siguiendo esta misma doctrina da para apoyarla otra razón más sensible, digámoslo así, diciendo que la hembra hasta el momento de parir es de poca utilidad al propietario y exige á la vez mayores cuidados y gastos para su conservación, por lo cual era necesario conceder cierta especie de compensación en favor del mismo, declarando suya la cría. La legislación inglesa que sigue por punto general la doctrina establecida, tuvo sin duda en cuenta la consideración espuesta por Puffendorf puesto que establece como escepción de dicha regla las crías de los cisnes, las cuales pertenecen igualmente al dueño del macho que al de la hembra, sin duda porque el uno no se aparta de la otra, y ambos propietarios experimentan el mismo perjuicio teniendo que procurar su alimento y conservación (1).

La propiedad de los animales domésticos se conserva y subsiste como la de las demás cosas pertenecientes al patrimonio del hombre, y no puede perderse sino por el propio hecho ó consentimiento del dueño. Estos animales ó sirven para el alimento del hombre ó están destinados á trabajos útiles al mismo, y en cualquiera de estos dos casos tienen un valor real y positivo: turbar al dueño en el goce pacífico de su propiedad ó privarle de ella sería un abuso punible ó más bien un delito que la ley no puede tolerar.

Así la ley 24 del tit. y part. de que hemos hecho ya mención, declara terminantemente que aun cuando vuelen ó se vayan de las casas y no vuelvan, no por eso pierde su dueño la propiedad, *ante dezimos*, añade, *que quien quier que las prendiese con intencion de las fazer perder á su señor que gelas puede demandar de furto bien assi como las otras cosas que tubiese en su casa ó de las furtasen.*

La propiedad de los animales que son de naturaleza fiera ó salvaje compete al dueño mientras los retiene en su poder ó en algun lugar destinado especialmente á su reproducción ó conservación. Mientras esto se verifica, la propiedad de ellos es tan inviolable como cualquier otra; pero en el momento mismo en que recobrando su libertad originaria cesan de estar en la posesión del que los retenia, pierde la propiedad y se hacen del primero que los ocupa á no ser que pertenezcan á la clase de aquellos que tienen la costumbre de volver, lo cual se reconoce y determina por los hechos anteriores. La ley finge en este caso que los animales no se han separado de la casa y compañía del dueño toda vez que la costumbre de volver hace la separación momentánea, y no puede dar á nadie la seguridad y la persuasión de que han quedado abandonados. Cuando mis palomas se separan volando de mi palomar, indudablemente continúan en mi posesión, y yo conservo la propiedad que me corresponde en ellas porque tienen la costumbre de volver reconocida ya en los hechos de todos los días.

Estos principios generalmente admitidos fueron los que adoptó la legislación romana. El emperador Justiniano los estableció espresamente en sus instituciones y el código de las Partidas se acomodó á ellos en sus leyes 49 y 23 del título y partida citados en este artículo.

Sin embargo, el código de las Partidas hace á este propósito una distinción notable entre los animales fieros que no tienen ó no han podido tener por sus instintos la costumbre de ir y volver á las casas y los que han llegado á domesticarse hasta el punto de obrar así. Al hablar de los primeros, la ley 49 declara que la propiedad se pierde luego que salen de poder del dueño *ó tornan al primer estado en que eran ante que las prisiessen* ó cuando huyen ó se alejan tanto que *las non pueden ver ó aun que las vean esta aquel tan apartado de ellos que á duro las podrian prender*. De los segundos dispone la ley 23 que mientras

(1) Blackstone, tomo 3, pág. 336.

conservan la costumbre de ir y volver á la casa de aquel que los cria conserva la propiedad *por do quier que anden*, lo cual indica claramente que no basta el hecho de alejarse de la casa y la presencia del propietario; pero *lugo que*, añade la ley, *ellas por si se dejan de la costumbre de ir é de tornar, pierde el dueño la propiedad, y se hacen del primero que las ocupa.*

La dificultad en este punto se presentará al determinar cuando habrá de decirse y entenderse abandonada la costumbre de ir y volver en estos animales. El emperador Justiniano, lejos de haber establecido una regla terminante y satisfactoria en este particular, usó de un círculo vicioso de palabras que no pueden resolver la duda de que vamos hablando. El emperador había dicho que el dueño de los animales salvajes conservaba su propiedad *donec animum revertendi habeant*, y estableciendo despues la regla para determinar cuando habria de considerarse perdida la intencion de volver añadió *Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc cum revertendi consuetudinem deseruerint*. De manera que la conservacion del *animo* se infiere por la conservacion de la costumbre, y el abandono del primero por el abandono de la segunda; pero la conservacion de la costumbre no se determina por ninguna regla establecida por la ley. Los comentadores del Derecho Romano, siguiendo su costumbre y su propósito se encargaron de llenar este vacío. Vinnio dice, que la costumbre de ir y volver en los animales debe estimarla el juez por las circunstancias. Otros quieren que la costumbre de no volver haya de determinarse por dos ó tres actos de intermision, cuya opinion es rechazada por el comua de los autores, y otros, en fin, siguiendo la opinion de Fab., opinan que la costumbre de que habla la ley se verifica cuando el animal no vuelve á pesar de estar á la vista de su dueño ó de los familiares cuya compañía solia apeteecer, ó cuando se aleja de la casa y de la poblacion permaneciendo huido algunos dias. Creemos en medio de todas estas opiniones que no es posible lijar

una regla absoluta y aplicable á todos los casos, y adoptando la juiciosa sentencia de Vinnio nos parece que la cuestion debe resolverse siempre el juez consideradas las circunstancias que en cada caso particular serán distintas. En cuanto á las abejas que como hemos dicho, estan sometidas á disposiciones especiales, la ley 22 declara que el dueño del enjambre huido no pierde su propiedad hasta que vuelen tanto, que el dueño las pierda de vista ó se hayan alejado tanto que no pudiera seguir las ni cojerlas

SECCION IV.

RESPONSABILIDAD EN QUE INCURRE EL DUEÑO DE LOS ANIMALES POR LOS DAÑOS QUE OCASIONAN EN LAS PERSONAS O EN LAS COSAS.

Es un principio de eterna justicia y de necesaria aplicacion en la sociedades civiles que el hombre no debe causar jamás perjuicio á otro. Esta prohibicion no solo le obliga á abstenerse de ejecutar personalmente aquellos actos que pudieran inferirle, sino á procurar que las personas que de él dependen y las cosas que le corresponden no sean jamás causa, motivo ni instrumento para que los demas esperimenten detrimento ó menoscabo en las suyas ó en sus personas. Es por consiguiente responsable en toda sociedad bien constituida, no solo de los perjuicios debidos á sus hechos personales, sino de los que han originado aquellas personas de cuyas faltas debe responder con arreglo á la ley, y de los que ocasionen las cosas que estan en su poder ó le pertenecen.

De la exacta aplicacion de esta doctrina se sigue el principio admitido, como ya se ha dicho en todas las legislaciones, de que el dueño del animal ó el que hace las veces de tal, sirviéndose de él, es responsable de todos los daños que haya ocasionado, ora sea en las cosas ajenas, ora en las personas. El que experimenta el daño por la razon y motivo de que se va hablando, debe tener su accion espedita para reclamar del dueño la conveniente reparacion, á no ser

ANIMALES.

23

que se haya debido á un accidente de todo punto fortuito ó á un acontecimiento en que el mismo perjudicado haya tenido alguna culpa.

La justicia y la conveniencia de estos principios no puede desconocerse ni ponerse en duda siquiera : para esplicarlas dicen los jurisconsultos que los animales mansos ó domésticos pueden ejecutar el daño, obrando de dos maneras distintas, *secundum naturam y contra naturam* de la primera cuando al obrar no han hecho otra cosa que seguir su instinto y observar sus costumbres naturales ó adquiridas, como por ejemplo cuando el buey, la vaca, el caballo y las ovejas se introducen en el campo ajeno, y obedeciendo á su instinto y á sus hábitos ; comen las yerbas y los pastos ; y de la segunda, cuando obrando contra su instinto y naturaleza, que los inclina á no hacer daño á nadie, muerden, hieren ó de cualquier otro modo maltratan á una persona sin escitacion ni provocacion de parte de ella. En el primer caso, añaden, hay una razon evidentemente poderosa para imponer la responsabilidad del daño al propietario de los animales porque él es quien en último resultado ha venido á aprovecharse del perjuicio inferido al dueño del campo ; fuera de que culpa tiene, y responsabilidad por consiguiente, el que debiendo anticiparse con su prevision á toda eventualidad los deja en disposicion de que puedan ejecutarlo. En el segundo, la responsabilidad que por el mero hecho de tener los animales en su poder, contrae implícitamente el dueño de indemnizar los perjuicios que con ocasion de ellos se originen, justifica la responsabilidad de que vamos hablando. Si se trata de animales que no son de índole mansa y doméstica, esa responsabilidad es mas evidente y directa todavía porque es mas directa y eficaz la obligacion que contrae el que los tiene, fuera de que rara vez sucederá que estos animales causen daño, sino por efecto de alguna omision ó falta que cometan el dueño ó la persona encargada de su cuidado y custodia.

Hemos dicho que el principio de que el

dueño del animal es responsable de los daños causados por el mismo, fue adoptado por todas las legislaciones desde la antigua de los romanos, fuente y maestra de ellas. Ahora añadiremos que lo fue tambien por la nuestra, y que subsiste como regla fundamental de la jurisprudencia en los términos que espondremos muy en breve.

El emperador Justiniano al tratar de los daños causados en las cosas ajenas adoptó el principio sin limitacion alguna ; mas al hablar de los daños causados en las personas no determinó la responsabilidad de los dueños tan lata é indefinidamente. En el §. 4., tit. 9, lib. 4 de sus instit. dijo: *Animulum nomine quæ ratione carent, si qua lascivia aut pavore aut feritate pauperiem fecerint noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est... ut puta, si equus calcitronus calce percussierit, aut bos cornu petere solitus cornu petierit.*

Exigió por consiguiente el legislador como circunstancia necesaria para la responsabilidad del dueño en este caso que el animal hubiese dado alguna prueba de la mala condicion en virtud de la cual ejecutara el daño, de donde se infiere que si este fuera causado por un animal que constantemente hubiese dado muestras de su condicion mansa y pacífica, el daño seria imputable considerándose como un accidente de todo punto fortuito. Mas al hablar de los animales que no son de semejante índole y naturaleza sino que por su instinto tienen la propension de hacer daño, dió mas latitud á la responsabilidad del dueño consignando el principio de que esta es mas eficaz y directa por el simple y mero hecho de tenerlos.

En el §. 3 del mismo título y libro, dijo: *«Cæterum sciendum est ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere quæ vulgo iter fit. Et si adversus ea factum erit et nocitum libero homini esse dicatur quod bonum et æquum iudici videtur tanti dominus condemnatur : cæterarum vero rerum quanti damnum datum sit dupli.* En este caso no tenia lugar la accion noxal: el dueño estaba obligado á responder

de todo el daño segun el prudente arbitrio judicial.

El Fuero Juzgo se conformó con estos principios estableciendo la responsabilidad del dueño en uno y otro caso. La ley 12 citada en la parte legislativa decia «*Si alguna animalia ficer algun danno en poder de so senyor de la animalia debe dar el animalia por el danno ó facer la enmienda como mandare el juez*. En esta disposicion se contenian la accion noxal y la útil segun las diversas circunstancias que hemos indicado. Cuando el animal era bravo y propenso por su naturaleza á hacer daño, *matelo luego ante que faga mal*, decia la ley 46 del mismo tit. y lib. *é si lo sabe por los vecinos quel dijeren que es tal ó despues lo toviere ó lo governare é no lo quisier luego matar é despues matar algun home ó friere faga ende enmienda al senyor cuemo manda la ley del omesilio*, añadiendo la ley que debia pagar ciertas cantidades que va designando en cada uno de los casos que comprende determinados por la calidad de la persona que hubiera sufrido el daño, esto es, si la persona es hombre de tal ó cual edad, mujer, niño, etc.

La legislacion de las Partidas consignó terminantemente la responsabilidad de los dueños de los animales por los daños causados en las cosas ajenas, como en los campos, sembrados, arbolado, etc. *Vacas ó ovejas, ó puercos ó algunos de los ganados ó bestias que los omes crian faciendo daño en viña, ó en huerto, ó en mieses ó en prados ó en otra cosa de alguno, si el daño fuere manifesto ó lo puidiere probar aquel que lo recibió deregelo facer emendar aquel cuyo es el ganado que lo fizo é debe ser apreciado el daño por omes buenos é sabidores é desque fuere catado si aquel que guardaba el ganado ó el señor de el lo metió y á sabiendas devalo pechar doblado. E si por aventura, el non lo metió y, mas el ganado se furto, é entró y á facer el daño, sin sabiduria del que lo guardaba entonce devalo pechar sencillo ó desamparar el ganado ó la bestia que lo fizo en lugar de la enmienda del daño* (1). La única dis-

tincion que en el presente caso hacia la ley citada nacia de la culpabilidad ó inculpabilidad del dueño de los animales. Si este los *metió á sabiendas* debia satisfacer el daño doblado; si este se causó sin culpa del mismo dueño y por un accidente que no estuvo en su mano evitar la reintegracion debia ser sencilla. Si el daño habia sido causado en las cosas por animales bravos de naturaleza, que el dueño no tuviese encerrados ó en disposicion de que no pudieran cometerle, debia satisfacerle doblado sin distincion de casos ni de circunstancias (1).

En cuanto á los daños causados en las personas distinguian las leyes de Partidas entre los animales mansos y los bravos. Cuando los primeros hacian el daño *por su maldad ó por costumbre mala que ayan como si siendo caballo ó cualquier otra bestia de montar sin culpa de otro lanzase las coces*, la ley imponia la responsabilidad al dueño y le obligaba á una de dos cosas, ó á resarcir el daño ó á entregar el animal al que le sufrió. Cuando el daño habia sido causado por animales bravos, como leon, onza, leopardo, oso, lobo, gineta, etc., respecto de los cuales la ley imponia al dueño la obligacion de guardarlos é tenerlos encerrados *de manera que non faga daño á ningun* si el dueño no los tenia en esta disposicion y por esta razon causaban daño en la persona de otro de manera que lo hiriesen ó maltratasen, debia satisfacer aquel todos los gastos de curacion hasta la completa realizacion de esta ademas los menos cabos recibidos y los intereses que hubiera dejado de percibir. Si el herido moria de resultas de las heridas debia pagar el dueño 200 mrs. de oro, la mitad para los herederos del muerto y la otra mitad para el fisco, y finalmente si quedaba lisiado de algun miembro, dejaba la reparacion al prudente arbitrio del juez.

El Código penal ha consignado espresamente la responsabilidad de los dueños de los animales cuando se trata de daños causados en las cosas, si bien no establece los diversos grados que comprendia la ley de

(1) Ley 24, tit. 18, part. 7.

(1) Ley 23, tit. y lib. cit.

ANIMALES.

25

Partida. Ya las penas del duplo que en sus respectivos casos imponia este código se hallaban en desuso mucho tiempo antes de la publicacion de aquel; pero hoy deben considerarse abolidas y lo estan efectivamente, porque como es sabido, segun el artículo 494 hoy 497 del mismo código no pueden imponerse otras penas que las determinadas espresamente en el mismo.

En su virtud el dueño de ganados que entraren en heredad ajena y causaren daño que esceda de dos duros será castigado con la multa que espresa el artículo 477 en los diversos casos que comprende. El dueño de animales bravos ó feroces que debiendo tenerlos encerrados y en disposicion de que no puedan hacer daño los dejare sueltos, y por esta causa cometieren daño en el campo, árboles ó sembrados ajenos, será castigado con la multa de medio duro á cuatro, debiendo ademas satisfacer en uno y otro caso la justa reparacion del perjuicio que hubieren originado.

Los artículos citados no hablan mas que de los ganados que causasen daño en heredades ajenas ó del dueño de animal feroz y bravo que le dejase suelto y en disposicion de hacer mal; pero ¿existirá la misma responsabilidad de parte del dueño cuando el daño se hubiere causado, no en las heredades sino en cualquier otra cosa y no fuese bravo ó feroz el animal que lo hubiese inferido? Creemos que sí porque el código penal ni en estos ni en otros artículos ha dejado sin efecto la responsabilidad civil impuesta por las leyes de Partida en estos casos; ni podia hacerlo toda vez que sus disposiciones se limitan á determinar la penalidad en que habian de incurrir los dueños de los animales en los casos que espresa como castigo de su imprudencia ó de su abandono. La obligacion legal de indemnizar dicho perjuicio subsiste en el caso propuesto y se hará efectiva por medio de la accion civil que el derecho concede para este objeto, la cual no debe confundirse en ningun evento con la penal.

Lo espuesto hasta aquí se refiere á la responsabilidad del dueño por los daños cau-

sados en las cosas; pero, ¿estará sujeto á esa misma responsabilidad por los daños causados en las personas? Indudablemente: en punto á la obligacion de indemnizar los perjuicios causados por el animal, ora sea en las cosas, ora en las personas, el Código penal nada ha innovado ni podia innovar por la razon anteriormente referida. La indemnizacion estaba impuesta por las leyes civiles como consecuencia del abandono unas veces, de la culpa en otras y siempre de la obligacion inherente á la cualidad de propietario; y lo único que el Código penal ha hecho con relacion á estos casos ha sido imponer las penas que ha conceptuado oportunas en cada uno de ellos segun su gravedad y sus circunstancias. En todos los casos, pues, de que hablan las leyes de Partida y nosotros hemos mencionado, ora sea el animal manso, ora sea bravo, su dueño estará sujeto á la responsabilidad civil que nazca de los daños ejecutados por la bestia, y si bien no tendrá lugar la pena del doblo, porque el código no la establece, le tendrá la indemnizacion de los daños y perjuicios que la persona haya experimentado por medio de la accion civil que concede el derecho para este efecto.

Pero ¿tendrá lugar en este mismo caso, á saber, cuando el animal ha causado daño en las personas la responsabilidad penal? En el caso á que se refiere esta pregunta creemos nosotros que pueden verificarse varias hipótesis, diferentes gradaciones que no deben resolverse del mismo modo. Si el animal era manso naturalmente y nunca habia dado muestras de su propension á hacer mal, no hay circunstancia ninguna que pueda determinar la penalidad del dueño; pero si el animal estaba viciado ó era de mala indole, si en algunas ó en muchas ocasiones habia dado muestras de ella habiendo llegado á contraer la costumbre de que habla la ley de Partida, y á pesar de ello y conociendo todo esto el dueño no adoptó las precauciones necesarias para evitar que ejecutase el daño, creemos que cuando menos habrá existido de parte de este la imprudencia temeraria de que habla el

artículo 469. La imprudencia no es la intención, ni la resolución, ni la voluntad deliberada de cometer el daño; pero es la omisión de la diligencia necesaria para dejar de causarle, la cual constituye la culpa; es el estado de la voluntad intermedio entre el delito y la inculpabilidad, y eso es precisamente lo que se verifica y concurre en el dueño del animal que, reuniendo las condiciones mencionadas, no adopta respecto de él las precauciones debidas y conducentes para evitar que el daño se verifique. En hora buena que al hombre no se le castigue por lo que no puede prever una inteligencia regular ó una diligencia llevada á un punto razonable; es sin embargo y será siempre responsable ante la justicia y el sentido comun de aquellos males que pudiendo y debiendo preverlos no los ha precavido.

Hemos dicho que en los casos espuestos habrá cuando menos de parte del dueño de los animales imprudencia temeraria y que en este concepto deberá imponérseles la responsabilidad penal; pero cuando hay de parte de aquel malicia, cuando hay intención decidida de causar el daño; cuando por ejemplo el dueño del animal le suelta ó le azuza y le ostiga para que muerda, hiera ó maltrate, entonces el daño se debe á un hecho directo, á la voluntad plena y deliberada de causarle, y no hay culpa ni imprudencia, sino delito que no puede dejar de sujetar al dueño del animal á una pena correspondiente á él. La responsabilidad que nace en estos casos no es la responsabilidad ordinaria en que incurren los dueños de los animales por los daños que ellos ocasionan en el orden comun. En estos casos los animales son propiamente hablando el instrumento de que el hombre se vale para causarlos, como en otras ocasiones se vale del palo, del arma ó de la piedra; por consiguiente la responsabilidad deberá graduarse por los resultados del hecho, esto es, por las lesiones, por las heridas, por la importancia en fin y calidad del daño, castigándose por los artículos del código que dicen relación á estos hechos.

El principio referente á la responsabilidad civil ó sea á la obligación de indemnizar los perjuicios causados por los animales puede ofrecer alguna dificultad en su aplicación cuando estos ó no se hallan bajo la guarda, vigilancia y cuidado de los dueños, ó cuando han sido entregados á otra persona en alquiler ó usufructo ó bajo cualquier otro concepto que haya conferido su uso ó disfrute. En la hipótesis indicada pueden verificarse diferentes casos que conviene distinguir porque su resolución es también diversa. Si los animales han causado el daño en la ocasión de que la guarda y cuidado de ellos estaba confiada á un criado ó dependiente del dueño ó á cualquier otro que desempeñara semejante encargo en nombre suyo, indudablemente la responsabilidad pesará sobre dicho dueño, no solo porque en principio todos los hombres responden del perjuicio ó daños que las personas á quienes emplean ó confían la ejecución de algun encargo causan en el desempeño de semejantes servicios, sino porque el artículo 48 del Código penal impone espresamente la responsabilidad civil, aunque subsidiaria y en segundo término á los amos y á las personas dedicadas á cualquier género de industria por los delitos ó faltas de sus criados ó dependientes en el desempeño de su obligación ó servicio. Si el daño ha sido causado en la ocasión de estar los animales en poder del usufructuario ó de otro que los tuviese en alquiler ó para servirse de ellos en su propio nombre y representación y no en la del dueño, creemos que la responsabilidad debe pesar sobre aquel y no sobre el segundo, porque la responsabilidad de este no podría apoyarse en ningún principio legal y en ninguna consideración de justicia. La responsabilidad en la materia de que vamos hablando debe fundarse y se funda en un hecho positivo ó negativo; es decir, en la acción ó en la omisión; en haber ejecutado un hecho ilícito, ilegal ó imprudente que haya ocasionado el perjuicio, ó en no haber hecho lo que hubiera evitado semejantes consecuencias, en cuyo caso, como se observa, hay una

ANIMALES.

27

imputacion personal que produce la obligacion de reparar el daño. Esta imputacion personal ó sea la accion y la omision que dan lugar á ella, no pueden objetarse al dueño en el caso de que se trata, porque el hecho ó la omision del usufructuario, del que tiene el ganado en alquiler ó del que se sirve del mismo en su propio nombre, no son hechos personales de aquel, ni en ellos han tenido la menor parte; son completamente agenos y solo su causante debe responder de las consecuencias á que den lugar.

En otro caso podria suceder que hallándose el propietario de los animales á larguísima distancia del lugar donde por hechos personales del que se servia de ellos en su propio nombre hubiera causado el daño, vendria eso no obstante obligado á su reparacion, lo cual seria en extremo violento y contrario á todos los principios de la justicia, de la equidad y del buen sentido. En fin, la responsabilidad del dueño por los hechos agenos se comprende y justifica cuando estos son debidos á personas sobre las que el primero debe y puede ejercer la vigilancia y el cuidado necesario para evitar que el daño se verifique, y evidente es que al propietario no le es potestativo ejercer vigilancia ni cuidado sobre los actos del usufructuario ó de aquel que tiene los animales en alquiler, porque estos no se hallan sometidos á ningun género de dependencia de parte del dueño, ni existen entre ellos otras relaciones que las derivadas inmediata y esencialmente del contrato celebrado. Finalmente, en orden al usufructuario todavía milita la especial razon de que por lo comun el usufructo se establece sin la intervencion del propietario, debiéndose á la voluntad y á los actos de una tercera persona; de forma que ni aun el celo esquisito y el sumo cuidado que pudiera exigirse del dueño en la eleccion de las personas á quienes concede el uso ó alquiler de los animales, puede alegarse con relacion al que goza y tiene el usufructo por disposicion de aquel á quien anteriormente correspondia la propiedad de aquellos.

Advertiremos por último para completar

esta parte de nuestro artículo que cuando el daño causado por los animales no es debido á la mala índole ni á las inclinaciones de ellos ni á descuido, faltas ó cualquier otro hecho imputable de su dueño ó de las personas que se sirven de ellos sino á la imprudencia ó culpa de algun tercero ó de la misma persona perjudicada que hubiera estimulado ó instigado al animal, la responsabilidad civil y penal recaerá sobre ellos y no sobre el propietario. En este caso existe una persona evidentemente culpable que con sus hechos propios y de una manera directa ha dado lugar á que aquel se verifique, y claro es que debe cesar la responsabilidad del dueño, que se funda en una culpabilidad presunta que no puede presumirse cuando hay culpabilidad real, efectiva y directa.

En orden á los daños que pueden experimentar los dueños de los animales por los atentados cometidos en ellos, véase el artículo donde se trata esta materia; **DAÑOS.**

ANIVERSARIO. Lo que sucede cada año. En lo eclesiástico se aplica á las festividades ó sufragios anuales de libre institucion, ó fundadas por los fieles; *quod fit pro defunctis*, dice la Glosa, hablando de los aniversarios por los finados, *anno revolutó á die mortis eorum*. En lo civil se aplica á las funciones ó solemnidades anuales por algun acontecimiento notable, como sucede entre nosotros, por ejemplo, respecto del 2 de mayo y de la publicacion de la Constitucion política de 1837. En el uso, y en un sentido lato, la palabra aniversario se aplica tambien á fiestas, sufragios ó conmemoraciones que se verifican antes del periodo de un año, y aun muchas veces dentro de él. Así las tablas llamadas de aniversarios que suele haber en muchas iglesias, y debia haberlas en todas, espresan todas las fundaciones y las cargas piadosas con que tiene que cumplir el párroco, cabildo ó comunidad, aunque el cumplimiento de ellas sea mensual, semanal y aun diario. Hemos dicho, aunque de paso, que las tablas de aniversarios debia haberlas en todas las iglesias no solo por que ellas evitan el olvido

de obligaciones sagradas, sino tambien porque, como muchas veces sucede, sirven y han servido las mismas para perpetuar la memoria de derechos familiares, y son desde luego un repertorio fácil y cómodo de ellos.

Como el aniversario en lo eclesiástico lleva consigo la prestacion ó gravámen que asegura su cumplimiento aniversario, se toma muchas veces por la misma prestacion ó gravámen, que por ser ademas de índole perpétua, se enumera en el lenguaje legal con los gravámenes de este género, y por tanto con los vínculos y mayorazgos, por lo que en este punto nos referimos á dichos artículos y á las leyes de vinculacion y desvinculacion civil de que se hará mencion en ellos. Sobre el modo y la obligacion de cumplirlos deben verse tambien las leyes y disposiciones de desamortizacion eclesiástica.

Segun el concilio de Trento, *Sess. 25 de ref. Cap 4*, cuando el número de sufragios de los aniversarios es gravoso ó imposible por la disminucion ó bajas de las rentas y emolumentos, pueden los obispos reducirlos. En 1625 la congregacion del Concilio decidió lo contrario. A pesar de eso en España rige la disposicion del Concilio, y los diocesanos estan en posesion de egercer ese prudencial derecho.

Los canonistas suscitan la cuestion de si los emolumentos de los aniversarios en corporaciones ó cabildos se han de computar en las distribuciones de *inter presentes*, y aun enumerarse entre los emolumentos de una prebenda ó beneficio. La opinion general está por la afirmativa en el primer caso, y por la negativa en el segundo. En su consecuencia el prebendado ausente por causa necesaria participa como los presentes, y sobre todo ello hay varias declaraciones. Si el Papa concediese permiso á un prebendado para no residir con opcion, como suele suceder á todos los emolumentos y observaciones ordinarias y estraordinarias, el ausente por tal título no percibirá mas que las que proceden de derecho comun, único en que puede disponer el Papa; pero no las

que se debiesen por la voluntad del hombre, como si un fundador dispusiese que las rentas ó emolumentos hayan de distribuirse únicamente *inter presentes*. Debe tenerse sin embargo en consideracion que en estas materias la ley suele ser la costumbre y práctica constante de cada cabildo.

ANONIMO. Palabra de origen griego, y significa *cosa sin nombre*. En el derecho tiene esta palabra dos aplicaciones principales. Una es á las sociedades ó compañías mercantiles, formadas por acciones y dirigidas por mandatarios amovibles las cuales son llamadas anónimas á causa de que ningun socio da nombre á la sociedad.

V. SOCIEDADES.

La otra aplicacion principal de la palabra anónimo es á los memoriales, esposiciones, cartas y cualquier género de documentos sin nombre. En general el anónimo, como el *seudónimo*, ó documento con nombre falso, ó supuesto, se emplea para infamar, calumniar, herir á las personas, turbar la paz de las familias, etc. En este sentido anónimo equivale á *libelo* infamatorio. Véase *este articulo*. Las leyes han tenido que venir muchas veces en defensa de las personas y de su reputacion y tranquilidad contra la tendencia infernal de los anónimos y libelos, y han prohibido terminantemente se les admita en juicio, estableciendo no produzcan efecto alguno en él, ni en materias de justicia, ni de gracia. Deben verse sobre esto la ley 5, tit. 9, part. 7,; la 7 y 8 tit. 33, lib. 12. Nov. Recop: la real cédula de 18 de julio de 1766; y real orden de 21 de julio de 1826.

Prohibido justamente á los tribunales y autoridades proceder por anónimos, ni aun á verificar pesquisas, debe fijarse sin embargo hasta qué punto debe llevarse esta prohibicion. V. **ACUSACION**. Nosotros creemos infalible y sabia esta regla en el órden judicial. Grande es en general la perversion de los anónimos; pero es cierto que no siempre tienen por objeto el dañar. Muchas veces avisan de un mal que debe evitarse: de un abuso que debe corregirse: de la existencia de un cadáver, del cuerpo de

ANTELACION.

29

na delito en parage desconocido. Es indudable que en estos casos puede y debe procederse por anónimos no contra personas, si respecto de las cosas, aunque de lo que apareciese en cuanto á estas, haya que proceder luego contra aquellas.

Debe distinguirse tambien entre la esfera judicial y la gubernativa. Hay en cuanto á los anónimos una sentencia vulgar, que puede muy bien admitirse como regla práctica en la esfera gubernativa, y es, hablando del anónimo, *que ni creerlo, ni despreciarlo*. Todo revela la obra de la prudencia. Esta y no una regla general inflexible, es la que ha de apreciar en cada caso el valor y tendencia del anónimo. Diremos que en el orden judicial, lo propio que en el gubernativo, nunca debe procederse contra personas por anónimos, pero que respecto de cosas, alguna vez puede y debe procederse á las prudentes indagaciones en el sentido que dejamos indicado. En el alto gobierno recientemente se piden informes por la via reservada acerca de la aptitud, moralidad ó comportamiento de los funcionarios, en virtud de anónimos, y no pocas veces la justicia y la conveniencia se han hallado en el caso inevitable de aplicar el oportuno remedio á males y abusos, hasta allí desconocidos y ni aun sospechados.

ANTAPOCA: la obligacion escrita, vale ó pagará que firma el deudor por lo que recibe á préstamo, ó de otro modo.

ANTEDATA. La anticipacion de la fecha, lo cual si es con malicia ó perjuicio de tercero es un hecho punible que sujeto á responsabilidad, por falsedad, estafa, abuso de confianza ó otro delito análogo, segun los casos. Los artículos 4040 y 4044 del Código de Comercio declaran ser cómplices en las quiebras fraudulentas, los que de acuerdo con el quebrado adelantan la naturaleza ó fecha del crédito para favorecer el derecho de algun acreedor, aun cuando el fraude se verificase antes de la declaracion de quiebra. V. ALTERACION, FALSEDAD, QUIEBRA.

ANTE-DIEM. Es una de las espresiones latinas que están admitidas en el

lenguaje comun. Va generalmente unida con las palabras cédula ó citacion, y sirve de fórmula para los emplazos ó llamamientos de particulares ó de individuos de corporaciones, hechos por estas ó por alguna autoridad, con un dia de anticipacion al en que se ha de verificar el acto para que se cita.

ANTELACION. Lo mismo que derecho preferente por prioridad de tiempo, y tambien por prioridad de llamamiento, como sucedia en las fundaciones de mayorazgos, aunque esta cualidad se espresaba mas frecuente y casi técnicamente con la palabra *prelacion*. En lo canónico sirve en general al mismo fin la palabra latina *anteferri*, que equivale tambien á preferir á uno respecto de otro en el disfrute ó declaracion de un derecho, contrayéndose á la materia benefical. La cláusula *anteferri* es formularia en las provisiones de beneficios, y equivale á declarar el papa que el provisto debe ser preferido á todos los demas, lo cual se entiende sin embargo sin perjuicio de tercero, si este tuviere *jus in re*; mas no asi si solo tuviere *jus ad rem*, como sucederia á un mandatario, ó que solo tuviese el derecho de *espectativa*, y eso aun cuando ya hubiese aceptado el beneficio. Tampoco la cláusula *anteferri* produce su efecto cuando concurre con gracias mas favorables, como por ejemplo las perpétuas respecto de las temporales. *Cláusula anteferri*, es la regla, *apposita in nova provisione non extendit vim suam nisi ad gratias sibi similes; non autem ad majores*. Conforme á este principio, si el Papa hubiese mandado ya la union de dos beneficios, no produciria su efecto la provision especial con la cláusula de *anteferri* que hiciese posteriormente de alguno de ellos. *Cap. quamvis, de prabend.*

Como este género de provisiones que sobreviene á otras, ó á derechos anteriores, son en cierto modo perturbatorias, el buen sentido ha limitado su uso; ha limitado tambien su estension, como hemos visto en las reglas que preceden: algunas naciones las han resistido de todo punto, como la Francia por el artículo 53 de las que se

llaman sus *libertades*. Luis el XI también publicó un edicto en 1464 encaminado á prohibir su uso y cumplimiento. En España están abolidos por medios mas legales y pacíficos, según lo están las *futuras, especulativas, afecciones*, etc., por solemnes concordatos como el de 1753.

ANTE MI. Fórmula práctica adoptada en el foro para la firma de los escribanos públicos ante quienes pasan ciertos actos; de la preposición *ante*, tomada en una de sus dos acepciones que determina la ejecución de algun acto en presencia de otra ú otras personas, y el pronombre *yo*. Así, decimos, actuarse un proceso por ante tal escribano, y otorgarse un instrumento público, ante tal otro. En su consecuencia usan los escribanos esa fórmula en la ante firma de ciertas actuaciones judiciales, y de las escrituras públicas, para espresar que aquellas y el otorgamiento de estas se han verificado á su presencia.

Esta fórmula trae origen del testo de varias leyes de las Partidas. La 2, tit. 19, de la 3, dice, hablando de los escribanos «que sepan bien tomar las razones ó las posturas que los hombres pusieren entre si, *ante ellos*» La 9 del mismo tit. y Partida, ordena «que tengan un libro registro en el cual escriban las notas de todas las cartas, en la manera que las partes que se las mandan hacer, acordaren *ante ellos*» La 54, tit. 8, de la Partida citada, espresa la fórmula que deben usar para autorizar las escrituras públicas, despues del signo, á saber: «Yo F., escribano de... estaba delante cuando los que son escritos en esta carta, hicieron el pleito, ó la postura, ó la venta etc.» Por último: las leyes 56, 63 y 64, del título y partida referidos, despues de formular las escrituras de venta, contienen las palabras siguientes: la 1.ª «el cual precio fué pagado al vendedor sobre dicho, *ante mi F.*, escribano público»: la 2.ª «el cual precio fué dado é pagado por mano del comprador, *ante mi* el escribano público;» y la 3.ª «cuyos maravedises contó, é dió al vendedor, *ante mi* el escribano público.» De manera que estas leyes prescriben á los escribanos y notarios como circuns-

tancia de los instrumentos públicos que se otorguen ante ellos, la espresion terminante de haberse verificado los actos á su presencia en la forma que de ellos consta; y de consiguiente puede decirse que es un requisito legal en todos los que autoricen. V. **ESCRITURAS PÚBLICAS.**

En cuanto á las actuaciones judiciales en que haya de hacerse uso de esa fórmula por los escribanos, nos referimos á los artículos á que corresponde. V. **ESCRIBANOS. JUICIOS.**

ANTICIPACION, ANTICIPO. Estas palabras que en el uso común significan el acto de ejecutar alguna cosa antes del tiempo regular ó señalado, en el lenguaje rentístico espresan las contribuciones extraordinarias que en las urgencias del Estado imponen los gobiernos á ciertas clases de contribuyentes, á cuenta de las contribuciones ordinarias, futuras ó reembolsables del producto de ellas ó de otras rentas en la forma y plazos que se determina. *Anticipo* se llamó á la contribucion extraordinaria de 200 millones, decretada el 30 de agosto de 1836, para atender á los gastos de la guerra, y también á la de 100 millones, decretada el 21 de junio de 1848, para ocurrir á la crisis del banco Español de san Fernando producida por el desprecio de los billetes. Así mismo se espresa con estas palabras los adelantos que suelen hacer al gobierno algunos particulares á virtud de contratos que celebran con ellos. Este sistema ha sido justamente reprobado por gravoso y perjudicial al Estado.

ANTICRESIS. El contrato por el cual consiente el deudor que una finca de su propiedad pase á poder del acreedor para que perciba los frutos de ella en compensacion de los intereses del dinero prestado, hasta que se le haga pago de él. Es palabra griega que significa goce ó uso contrario, y se aplica con exactitud á este contrato por cuanto el acreedor y el deudor usan y se aprovechan recíprocamente de la cosa que cada uno entrega.

Por la definicion que acabamos de dar puede inferirse, que el anticresis es un con-

ANTICRESIS.

31

trato real que no se perfecciona, sino por la tradicion de la cosa que pasa á poder del acreedor para percibir los frutos de ella, y que su objeto no es precisamente asegurar el pago de la deuda sino facilitar el cobro de los intereses, ó realizarlo con la percepcion de los frutos.

El anticresis consiste esencialmente en la cesion de ellos y el carácter propio y especial de este contrato que lo distingue de los demas, está en la facultad que trasmite de percibir los productos de la finca entregada al acreedor.

Por esta consideracion se comprende á primera vista la diferencia que hay entre el anticresis y la prenda ó la hipoteca, la cesion de acciones, el pacto comisorio y algunos otros contratos semejantes. La prenda se constituye sobre cosas muebles adquiriendo por ella el acreedor un derecho real para perseguirlas y hacerse pagar con su producto el importe del crédito, lo cual no se verifica en el anticresis que nuda derecho sino para percibir los frutos de la cosa raíz, imputándolos en cuenta de los intereses. Se diferencia tambien de la hipoteca en cuanto por esta no pasa la posesion de las cosas en que consiste al acreedor, mientras que en el anticresis es de esencia como hemos dicho la tradicion de ella para que se verifique el fin especial del contrato. Difiere así mismo de la cesion, porque este acto autoriza á los acreedores á vender los bienes y á reintegrarse con los frutos y el capital cuando el primero no autoriza al acreedor para realizar semejante venta. En fin, el pacto comisorio envuelve la facultad de que no pagando el deudor en el dia estipulado pueda el acreedor disponer de la cosa hipotecada sin que en ella quede á este ningun derecho, lo cual no se verifica en el anticresis.

Las condiciones esenciales de este contrato y aun puede decirse que su verdadera fisonomía, no están determinadas en las leyes ni en las doctrinas de los comentadores. Hasta en su definicion hay notable divergencia entre los pocos escritores que se ocupan de él. Hay quien crea que el carác-

ter distintivo del contrato anticrético consiste en el abandono completo y absoluto de los frutos de la cosa por parte del deudor, para que el acreedor los haga suyos en compensacion de los intereses, pero sin tener en cuenta la proporcion regular entre aquellos y estos; mientras otros creen que no es de esencia del contrato ese abandono total de los frutos, sino la cesion de ellos en la parte suficiente para compensar el interés legal del dinero prestado. Nosotros creemos que deben distinguirse los tiempos y las épocas para fijar con alguna exactitud las ideas y las doctrinas en una materia en que hay que caminar á ciegas toda vez que carecemos de leyes que se ocupen directamente de ella.

Empezando por la época mas antigua, diremos que la legislacion romana conoció el anticresis introducido en aquella nacion, segun afirman algunos comentadores por la costumbre, tomada sin duda de los griegos. No están aquellos enteramente de acuerdo en punto al caracter distintivo del anticresis; pero lo mas seguro es, que entre los romanos el contrato consistia en la cesion absoluta de todos los frutos toda vez que no era otra cosa sino una especie de garantía que daba el deudor á su acreedor cediéndole al mismo tiempo el usufructo de la cosa inmueble en que aquella consistia. Heineccio en sus Pandectas y otros comentadores sostiene que cuando no habia proporcion entre los frutos de la finca dada en anticresis y los intereses del dinero recibido excediendo los primeros notoriamente del importe de los segundos, el exceso debia imputarse en el capital, considerándose como pago parcial de este. Pero otros juriscultos combaten esta opinion demostrando que no era admisible en ningun caso la imputacion del exceso en el capital y esto parece mas verosímil ó seguro en primer lugar, porque como hemos visto, la etimologia misma de la palabra anticresis, lleva consigo la compensacion entre los frutos y los intereses y el uso absoluto aunque contrario del dinero, y de la finca, y en segundo, porque en aquella legislacion encontra-

mos no pocas disposiciones dirigidas á favorecer la condicion de los deudores anticréticos, de lo cual no hubiera habido necesidad si la índole particular del contrato rechazara la aplicacion absoluta y omnimoda de los frutos al acreedor y autorizara al deudor para pedir que el exceso de estos sobre los intereses legítimos se imputara en el capital. Lo que si es cierto es, que como en Roma los prestamistas llegaron á abusar escandalosamente de la usura, y fué necesario adoptar disposiciones muy enérgicas y severas contra los logreros, el contrato anticrético que se prestaba tan cómodamente para paliar las usuras mas exorbitantes, no estuvo jamás en boga y mereció siempre la animadversion y la censura de los jurisconsultos y de los hombres de buena fé, hasta que convencido el emperador Justiniano de los inconvenientes que llevaban consigo esa clase de convenciones prohibió espresamente á los acreedores que pudieran tomar á título de anticresis las fincas rústicas de los labradores.

El derecho canónico no autorizaba ningun interés por razon del mútuo: era por tanto consiguiente que condenara el anticresis ora se pactase que el acreedor debiera percibir todos los frutos de la finca, ora se estableciese alguna proporcion entre los frutos y los intereses. Asi se lee en el capítulo 4, título 49, libro 5, Decret. Greg. *Usura est lucrifacere rei pignora, Et si quis, dispone el Canon; alicujus possessionem data pecunia sub hac specie (vel condicione) in pignus acceperit, si sortem suam deductis expensis de fructibus jam percepit absolute possessionem restituat debitori.*

Ademas el derecho canónico consideraba el anticresis bajo el mismo punto de vista que la legislacion romana, es decir, como un pacto en virtud del cual se daba en hipoteca una cosa raiz con la condicion de que el acreedor deberia hacer suyos los frutos en compensacion de los intereses del dinero; y bajo este concepto, decian los canonistas, con razon se condena el contrato anticrético que vicia y desnaturaliza el de hipoteca, por cuanto esta solo se da al acre-

edor para su seguridad y garantia, no para percibir los frutos que pertenecen esclusivamente al dueño, en virtud de la naturaleza misma del contrato.

Mas adelante el rigor del derecho canónico empezó á modificarse, y se autorizó como es sabido, á los acreedores para percibir algun interés ó usura, no por el mútuo, sino habida consideracion al daño que se les irrogaba por causa del préstamo ó al lucro que dejaban de percibir. Desde entonces pudo y debió ser lícito á los prestamistas percibir alguna parte de los frutos en compensacion del daño emergente ó del lucro cesante, porque no seria justo que autorizándoseles para llevar un interés módico en dinero por los conceptos espresados no pudieran percibir ese mismo interés en los frutos de una finca, siendo el resultado idéntico para el acreedor y el deudor en uno y otro caso. El derecho canónico reprueba, pues, y no podia dejar de condenar el contrato anticrético cuando lleva en sí la cesion absoluta de los frutos sin guardar relacion ni proporcion alguna con la cuantía de los intereses legítimos correspondientes al capital prestado.

Nuestras leyes no se han ocupado del contrato anticrético, ni para condenarle ni para sancionarle, y no encontramos una sola en la cual se dé idea de la naturaleza, ni de las condiciones de semejante estipulacion. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, la admite y de ella se ocupan algunos escritores sosteniendo su validez y legitimidad. Nosotros diremos que hay contrato anticrético siempre que se pacta que el acreedor ha de percibir en frutos los intereses correspondientes al dinero prestado: esta circunstancia es precisamente la que constituye, como ya se ha dicho, el fondo ó esencia de este contrato; pero si no se determina la cantidad de los frutos que ha de percibir el acreedor en compensacion de los intereses, ó si se estipula espresamente que los ha de percibir todos, esten ó no en proporcion de los intereses, creemos que el contrato anticrético en cualquiera de estos dos casos se sostendrá únicamente en cuanto al-

ANTICRÉSIS.

33

cánce esta proporcion y no fuera de ella, y que por lo mismo el acreedor no podrá hacer suyos sino la parte de frutos que baste á cubrir el interés legal del dinero, siendo permitido al deudor reclamar el exceso ó exigir que se impute en el pago del capital. Bajo este punto de vista es como puede considerarse hoy y admitirse el contrato de que vamos hablando; y bajo del mismo le admiten y consideran las legislaciones extranjeras. El artículo 2086 del código francés establece esta convencion espresamente disponiendo al propio tiempo que el acreedor no adquiere por el contrato anticrético mas que la facultad de percibir los frutos de la finca con la obligacion de imputarlos anualmente en cuenta de los intereses si se le debieran satisfacer y el sobrante en la del capital ó crédito.

Considerado así el anticrétis nada tiene de ilícito ni de contrario á las buenas costumbres y á la justicia. En la esfera del derecho natural la razon y la conciencia no pueden condenar que un hombre que ha prestado su dinero por favorecer á otro y que tiene derecho á percibir una remuneracion razonable en la misma especie la perciba en frutos. En el terreno de la justicia no puede darse una compensacion mas conforme al orden de las cosas y tal vez mas beneficiosa al deudor que satisface los intereses. Pero considerado como una cesion absoluta de todos los frutos á favor del acreedor sin guardar relacion ni proporcion alguna con los intereses, no puede darse un contrato mas ocasionado á la usura ni que mayores perjuicios pueda itrogar á aquellos que por sus circunstancias especiales se ven en la precision de aceptar cualquier linaje de condiciones, por duras y afflictivas que sean, para hacer frente á la necesidad y al apuro de una situacion critica y difícil.

Parécenos por consecuencia de lo espuesto muy ociosa la cuestion que suscitan algunos escritores relativa á si nuestras leyes toleran ó condenan este contrato, y mas ocioso todavia entrar en el exámen de las leyes que se citan á este propósito, las

TOMO III.

cuales evidentemente no hablan del anticrétis. La cuestion de que se trata debe resolverse por los principios que la legislacion establezca en materia de usura: la legislacion que pone tasa al interés del dinero no podria sin contradecir su sistema en una parte muy importante y esencial permitir que con otro nombre y á la sombra de una falaz combinacion se exigiera un interés indefinido y exorbitante en frutos.

Pero si el anticrétis en el sentido espuesto no puede dejar de ser un contrato lícito y permitido, su uso es muy poco frecuente tanto en nuestro pais como en las demas naciones. La razon es tan obvia como sencilla. Si se trata de establecer con esta convencion una garantia á favor del acreedor, indudablemente es preferible á ella la hipoteca como seguridad mas sólida y de resultados mas eficaces; y si se recurre á este mismo contrato como medio de pago ó reintegro estipulando que el exceso de los frutos sobre el importe de los intereses legítimos se impute en cuenta del capital, ofrece menos ventajas al acreedor que la venta á retro. Por eso en la práctica ó exige el acreedor de su deudor el pago de los intereses y la hipoteca que le asegure el capital, ó procura conseguir una venta de aquella especie, que suele ser equivalente al contrato anticrético considerado bajo la base usuraria, ilegal é injusta que admitieron los romanos.

A pesar del poco uso que actualmente se hace de esta convencion, no podemos prescindir de indicar, siquiera sea brevemente, los principios jurídicos que deben aplicarse en la resolucion de algunas cuestiones á que puede dar lugar en los tribunales.

Ya hemos dicho que este contrato como puede celebrarse en la actualidad no da derecho mas que para percibir los frutos de la finca en la parte proporcional al importe de los intereses legítimos. De aquí se sigue que el acreedor anticretista por efecto de este contrato solamente no adquiere ningun derecho real sobre las cosas ni aun el de hipoteca, y que los demas acreedores de deudor pueden perseguirlas dirigiendo con-

tra ellas las reclamaciones que sean procedentes. Siguese tambien que el acreedor no puede considerarse dueño de la finca dada en anticr sis por el hecho solo de no haberse pagado la deuda al tiempo convenido. La legislacion francesa ha previsto este caso y lo resuelve espresamente en los términos indicados, añadiendo, como lo dispone igualmente la ley de Partida, que todo pacto celebrado en sentido contrario debe considerarse nulo y como no puesto.

 Podr  dudarse si el acreedor anticresista tendrá derecho   percibir los frutos de la finca á pesar de las reclamaciones de otros acreedores que recibieron posteriormente esa misma finca en hipoteca?  Podr  venderse por ejemplo esta finca   instancia de estos acreedores?  podr  adjudic rseles en perjuicio del derecho que asiste al acreedor anticrético para percibir los frutos? La cuestion no parece dudosa por cuanto el anticr sis no confiere al acreedor mas que la facultad de percibir los frutos sin adquirir sobre la cosa ningun derecho real, privilegio ni preferencia; por consiguiente, esa facultad no puede desvirtuar los derechos que da la hipoteca   los acreedores que la han estipulado y contraido legitimamente.

El derecho correspondiente al acreedor anticresista ni le autoriza   disfrutar la finca, sino en términos regulares   segun suele decirse en el derecho como un buen padre de familias. Si la abandona   si por causa del mal cultivo se deteriora y menoscaba est  obligado   resarcir los perjuicios originados al deudor propietario de ella.

Pudiera dudarse, no mediando estipulacion espresa, si es el acreedor quien debe satisfacer las contribuciones y demas cargas de la finca   si deben pesar sobre el deudor. La opinion mas general y la mas razonable es que dichos gastos debe satisfacerlos el primero como poseedor de la finca descontándolos de los productos de ella. Así lo establece el código francés, añadiendo que el acreedor debe tambien proveer   la conservacion y mejoras útiles y necesarias de la finca, siendo responsable en otro caso de

los daños y perjuicios que por su omision ocasionare.

Cuando el anticr sis se ha establecido por un número de años determinado con la condicion de que el acreedor ha de percibir todos los frutos porque se estima y gradúa su importancia equivalente   la de los intereses legítimos y al de las espensas, el deudor tiene la facultad de reintegrar al acreedor antes del plazo convenido volviendo á su poder la finca. Esta proposicion no ofrece dificultad ninguna cuando los productos de ella son ciertos y constantes todos los años como sucedería tratándose de una finca arrendada por una cantidad fija. Pero si los rendimientos son eventuales en su existencia y en su cuantía como sucedería tratándose de un campo à de otro fundo de produccion insegura, cuya circunstancia hubiere entrado en el cálculo de los contratantes para establecer cierta compensacion entre los años malos y los buenos, fijando para ello un período dado: parécenos que cuando menos la equidad exigiria que no se permitiera al deudor usar de aquella facultad por cuanto debería suponerse que el plazo se había estipulado en favor del acreedor y que la rescision anticipada desvirtuaba esta consideracion tan justa,   no ser que el deudor en este caso se allanase   indemnizar á su acreedor del perjuicio que pudiera causarle el pago verificado antes del tiempo convenido.

Concluiremos nuestro trabajo diciendo que de este contrato nacen las mismas dos acciones que produce el prenda   hipoteca; una en favor del deudor para recobrar la cosa despúes del pago de la deuda   para exigir del acreedor la conveniente indemnizacion si se ha deteriorado otra en favor del acreedor para reclamar   exigir la entrega de la misma finca y la indemnizacion de los gastos ocasionados si los productos no bastasen para sufragar   ellos.

ANTICUADO. Se aplica lo mismo en el de derecho, que en el lenguaje comun,   la voz, práctica,   disposicion que por antigua ha dejado de estar en uso. Hay diferencia entre *anticuado* y *antiguo*, y es

ANTILLAS.

35

que lo primero escluye el uso, lo segundo agrega al uso mayor antigüedad, lo cual siempre proviene de la sancion del tiempo.

ANTIGÜEDAD. En el derecho y en la administracion es una cualidad que equivale á prioridad de tiempo entre los funcionarios públicos, y á la cual van anejas singulares prerogativas, como la de presidir subsidiariamente á una corporacion, etc. La aplicacion de este principio es universal, alcanza á todas las clases de la administracion del Estado: en todas es regla general que subsidiariamente y hasta que el gobierno provee en vacantes, ausencias y enfermedades, si especialmente no está prevenido lo contrario, preside el mas antiguo. Las especialidades de esta teoria han de verse en los artículos particulares de cada clase.

ANTIGÜEDADES. Se comprende en esta locucion genérica todo lo que lleva en si la sancion del tiempo, y puede servir de enseñanza, ó de recuerdo á la posteridad, como muros y otras obras de arquitectura, esculturas, pinturas, escritos, medallas y todo género; en fin, de monumentos. La antigüedad fué en general bien poco avara de conservar los testimonios materiales de los hechos. La barbarie ha sido aun mas destructora que fué descuidada la antigüedad. La moderna civilizacion ha hecho y hace trabajos, y no del todo inútiles esfuerzos, por reparar el daño de las dos.

De aquí el establecimiento de corporaciones científicas y facultativas, como las academias de la historia, de arqueologia, etc.: y estaba encargado á los antiguos corregidores y alcaldes mayores que procurasen la reparacion y conservacion de los muros y monumentos públicos. Honrosas son bajo este punto de vista para nuestros monarcas y sus gobiernos la ley 3, tit. 2, lib. 8 de la Novísima Recopilacion y la real orden de 19 de setiembre de 1827, que recapitulan las muchas y muy especiales adoptadas anteriormente, con el fin importante del descubrimiento y conservacion de antigüedades. El mismo objeto tuvo la real orden de 28 de abril de 1837, prohibiendo extraer del reino

pinturas y otros objetos antiguos: y la creacion por último de las comisiones científicas y artísticas creadas en cada provincia para la reunion y conservacion de pinturas, esculturas, escritos y demas objetos y históricos y preciosos de los conventos suprimidos, de donde despues han resultado museos y bibliotecas provinciales, aunque no tantas ni tan ricas como pudieran haberlo sido.

Hemos aplicado la denominacion de *antigüedades* á todo lo que viniendo de tiempos remotos sirve de enseñanza, ó de recuerdo, y en este sentido autores eminentes se han dedicado á escribir las antigüedades de derecho: así es como se ha mandado en algunos planes de estudios, y nunca se recomendará bastante bien este importante estudio: y así es como, en fin, la jurisprudencia romana tiene aceptada y deben aceptarla todas las jurisprudencias: *antiquitatis nihil penitus ignorare licet*.

ANTILLAS. Forman estas islas el archipiélago mas considerable del mar Atlántico, en figura de arco circular, situado entre las dos Américas, septentrional y meridional.

Se dividen en grandes y pequeñas Antillas, pudiéndoseles unir las Lucayas, que con ellas presentan una linea seguida de tierras, separadas entre sí por brazos de mar, cuya anchura generalmente es menor que la longitud de las islas. El Océano Atlántico ecuatorial se comunica por estos canales con el mar de las pequeñas Antillas, llamadas tambien Caraibas.

Cuatro son las grandes Antillas, Cuba, la Jamáica, Haiti y Puerto-Rico, de las cuales la primera y la cuarta pertenecen a España, la Jamáica á la Gran Bretaña, y Haiti, conocido tambien por Santo Domingo, es desde fines del último siglo, pueblo independiente, habiéndose emancipado de los gobiernos español y francés, que se dividian antes su dominio.

Sin duda se dió á estas islas el nombre de antillas por su posicion delante del continente americano, derivándolo de las dos voces latinas *ante insula*, aun cuando ya se las

llamaba así en un tiempo en que se ignoraba que existía otro continente al Oeste del antiguo mundo. Los mapas anteriores al descubrimiento de la América, aplicaban la designación de *Antilla* á una tierra situada al Oeste de las Azores, y se creyó que las Antillas eran el país llamado *Antilia* por los primeros que á él arribaron. Pero el primer nombre que Colon puso á las dos primeras islas que descubrió, fue á Santo Domingo la *Española*, y á Cuba la *Isabela*.

España solo conserva en el vasto archipiélago que un día fué suyo, Cuba, Puerto-Rico y la isla Margarita. La mayor parte de las Antillas se hallan actualmente sometidas á la Inglaterra, y otras dependen de Francia y Dinamarca.

Para conocer el régimen económico administrativo y judicial, y todo cuanto además nos ha parecido conveniente decir sobre estas islas y demas posesiones ultramarinas, pueden consultarse los artículos **COLONIAS**, **INDIAS**.

ANTINOMIA. La contradicción real ó aparente de dos ó mas leyes entre sí, puesto que *anti* es una preposición griega; que significa siempre oposicion, ó contrariedad, y *nomos*, voz griega tambien que significa ley. Si la antinomia es real y efectiva, y las leyes en que resulte son de diversas épocas, debe estarse siempre á la posterior. Si fuesen simultáneas, pues que no debe suponerse que el legislador quiso, ni pudo contradecirse á sabiendas, debe la jurisprudencia conciliar su sentido. Si no fuese posible, si la práctica, la conveniencia ó el buen sentido lo resistiesen, debe recurrirse al legislador. Por extension se llama tambien antinomia la contradicción que resulta, ó parece resultar entre cláusulas de una misma ley ó disposicion. La regla es, interpretarlas siempre de un modo que tenga efecto el fin principal y conocido del legislador, como se practica y hemos asentado respecto de la ambigüedad y oscuridad de escrituras y documentos privados. Si eso no fuese posible, si la jurisprudencia no facilita tampoco solucion, es inevitable el recurso al legislador, y así lo

previenen varias disposiciones, prescribiendo tambien el modo con que debe verificarse,

ANTI-PAPA: el que se dice papa aunque su eleccion sea reconocida como ilegítima: es en general un jefe de un bando ó parcialidad, que causa cisma en la Iglesia. Se cuentan 28 anti-papas, habiendo sido el primero Novaciano en el tercer siglo, y Amadeo, duque de Saboya el último en el siglo XV bajo el nombre de Eelix V. Los publicistas proponen los medios siguientes para hacer cesar esta grave calamidad de la Iglesia: 1.º Convocacion de un concilio general: 2.º Que los contendientes comprometan su derecho en arbitrios: 3.º Que todos cedan y se apele á nueva eleccion: 4.º Que se recurra á la fuerza para compelerlos á ceder: 5.º Que convengan entre sí los contendientes en esperar unos á que muera el que hubiese de considerarse como papa legítimo: 6.º Que todos cometan ó deleguen la que llaman su autoridad, ó facultades en uno de ellos, y que este por tanto ciña la tiara como legítimo y único.

Fácilmente se comprende que algunos de estos medios son á propósito, mas bien que para legitimar, para falsear una eleccion de pontífice, que entonces es legítima cuando se ha verificado por los medios y formas establecidas por la Iglesia. Tal es, sin embargo, la índole de un cisma, de esta calamidad universal del orbe católico, que hace desear un término, olvidando el rigor y los ápices del derecho. Modernamente se ha hallado por algunas naciones un nuevo medio de terminar el cisma, y es el de negarla obediencia á todos los contendientes á la tiara. Así lo verificó la Francia en el gran cisma de Occidente, pues á eso equivale el edicto de neutralidad publicado por Carlos VI en 1418. V. **CISMA**, **PAPA**.

ANTIPOCA. En Aragón es la escritura en que se reconoce un censo ó renta. En Castilla se llama simplemente escritura de reconocimiento, la cual suele verificarse cada diez años, al suceder un nuevo heredero, ó llevador, y judicialmente cuando un mero llevador de una hipoteca censual, pre-

ANUALIDAD.

37

Sere dimitirla, cuando puede, librándose así de las consecuencias del juicio y de toda reclamacion; se convierte en constituyente de un censo no suyo, ni de sus causantes, añadiendo por este hecho propio y espontáneo en favor del censalista á la accion real, como mero llevador por título singular, la personal de reconocimiento.

ANTOR. En Aragon el vendedor de buena fé de una cosa hurtada ó robada. *Antoria* es el descubrimiento de este primer vendedor á fin de computar la buena fé para el efecto de la prescripcion, que es sabido no procede en estos casos sino *vitio purgato*, ó lo que es lo mismo, cuando la buena fé sustituye á la mala que hay siempre en el robador y sus encubridores y cómplices.

ANUALIDAD. En términos generales espresa el sueldo, rentas ó emolumentos de un oficio ó beneficio, correspondientes á un año. *Anualidad eclesiástica* espresa los productos anuales de cualquier pieza eclesiástica que por concesiones pontificias tienen nuestros reyes la facultad de percibir en todas las vacantes de las mismas. Al hablar de la *anata* manifestamos ya que aunque esta equivale tambien á la renta ó emolumentos de un año, era distinta de la *anualidad eclesiástica*. Y en efecto, las piezas eclesiásticas en general, además de estar gravadas por diversos fines piosos, ó que se reputaron justos, no obstante que fuesen profanos, como la estincion de vales reales, con la *media anata* y con una mensualidad por separado, lo estaban tambien con una *anualidad*. Por *Breve* de enero de 1793 se concedió al rey la facultad de percibir los frutos y emolumentos de todas las vacantes de piezas eclesiásticas, de patronato real, con aplicacion á la consolidación de vales. Por real decreto de 2 de agosto del mismo año, no habiéndose limitado en el *Breve* la duracion de las vacantes, se ordenó que no se proveyesen los beneficios que vacasen, hasta pasado un año. Por real órden de 18 del propio mes, se dispuso se exceptuasen de la gracia concedida por el mencionado *Breve* los beneficios curados, y aquellos cuyos poseedores tuviesen la obligacion

de ausiliar á los párrocos en la administracion de Sacramentos. Posteriormente por *Breve* de 10 de febrero de 1804 se reiteró la propia gracia para los mismos fines, la cual por real cédula de 10 de febrero de 1805 se redujo, y mas bien se amplió á media anualidad en las capellanías laicales. No obstante el citado real decreto de 2 de agosto de 1793 para que los beneficios eclesiásticos no se proveyesen hasta pasado un año de vacante, el bien y decoro del servicio y del culto hizo que bien pronto se faltase á esta regla, si bien gravando siempre al agraciado con el pago de la anualidad, para lo cual ó daba fianza abonada, ó lo verificaba con los productos mismos del beneficio que en este caso no percibia él.

En el mencionado *Breve* de 1804 se hizo extensiva la gracia á los beneficios y encomiendas de las cuatro órdenes militares y de la de san Juan de Jerusalem.

Dictáronse varias determinaciones para la recaudacion de la anualidad, así en España como en Ultramar, sobre lo cual debe verse el título 24, libro 4 de la Novísima Recopilacion, y los artículos **ESPOLIOS, VACANTES.**

ANUBADA. Era una contribucion personal que se componia y exigia en favor de las personas que estaban en el deber de convocar las gentes para la guerra. Se conocia tambien con los nombre de *Abnuda*, *Abnubda*.

ANUPTA. No se sabe nada cierto ni de la cantidad en que consistia ni de la forma ó método de su repartimiento y recaudacion.

El documento mas antiguo en que se hace mencion de ella es el privilegio expedido por Alonso I á favor de la iglesia de Santa María de Valpuesta en 12 de las calendas de junio de la era de 812 (20 de mayo de 774). En él se lee, «que ninguno sea osado de los inquietar (á los pueblos y términos) por fonsado, *anubada*, trabajo de castillo ó servicio fiscal ó real (1).

(1) Pinilla. *Biblioteca de Hacienda de España* T. I. Apéndice al lib. 1, núm. 1.

ANULACION. ANULAR. La primera de estas dos palabras significa la declaracion que se hace por la autoridad competente de que un acto, tratado, testamento, contrato, reglamento, etc., queda sin valor ni fuerza alguna para obligar, y la segunda espresa el acto de dictar semejante declaracion. En la práctica tienen poco uso estas voces, sirviendo comunmente para significar los mismos actos las frases «*declarar nulo, de ningún valor ni efecto*» «*se declara nulo, etc.*» Así se dice al hablar de la anulacion de las sentencias «*se declara nula la sentencia dictada*» etc. *Se ha de servir usted declarar nulo el auto. Se declara nulo el contrato.* «*Se ha de servir usted... declarar nulas las actuaciones desde el folio 3.*»

AÑO. Como todo sucede en el tiempo, como por él se determina la duracion y vencimiento de nuestros empeños y obligaciones, los pueblos mas rudos tienen y han tenido siempre alguna regla para computarle. Pero siendo la medida verdadera y exacta del tiempo un punto facultativo, que ni aun la ciencia alcanzó á determinar en muchos siglos, bien se ve que los medios de computacion habian de ser varios, inexactos por necesidad, casi tantos como los pueblos y naciones; y siempre sujetos á variacion y correccion, segun el adelanto progresivo de la ciencia. De esta verdad testifican á un tiempo la filosofia, la legislacion y la historia, y no es menos cierto que de la necesaria confusion que habia de resultar de este principio, podria abusarse y han abusado á su vez la impiedad y la iguorancia, haciendo una aplicacion viciosa ó indebida de la voz año, que en su acepcion genérica y etimológica, puede sin violencia referirse, como en breve veremos, á periodos de tiempo infinitamente designales, y lo mismo á la revolucion solar, que á la lunar, todo segun el fenómeno celeste que sirviese de base y fundamento. Hemos indicado ya que esta confusion alcanzó á la filosofia, á la historia y á la legislacion, tanto eclesiástica como civil: abarcó errores necesarios y voluntarios, ora astronómicos, ora cronológicos, ora históricos: la astronomia al fin

ha derramado en los últimos tiempos inmensa luz sobre la cuestion, y rectificando sus propios errores, como era consiguiente, la cronología y la historia han rectificado los suyos, aunque menos completamente, sobre todo en aquellas cuestiones en que la impiedad sigue su destino de explotar la dificultad y la oscuridad, en vez de esclarecerlas; y descansando por necesidad sobre los adelantos de aquellas ciencias, la legislacion, este es un punto que merece siempre el estudio del jurisconsulto y muy especialmente del canonista.

Año proviene de *annus*, y esta palabra de la griega *ana*, equivalente una y otra á círculo, periodo, revolucion y espresan segun el uso las de la Tierra al rededor del Sol, ó del Sol al rededor de la Tierra, segun el sistema astronómico que se adopte, desde que uno de dichos astros parte de un punto del Zodiaco hasta que vuelve á él, despues de haber recorrido con su movimiento periódico los doce signos del mismo. Sobre este punto es indiferente para la legislacion cualquier sistema astronómico que se siga, pues uno y otro dan el mismo resultado: siempre el año espresará el mismo periodo, la misma cantidad de tiempo, la sucesion ordenada y completa de las cuatro estaciones, cualquiera que sea el astro de cuyo movimiento resulten.

En el sentido anterior, esto es, tomando por medida de tiempo la revolucion de un astro, se ve bien que astronómicamente hablando puede haber años de diferentes denominaciones y duraciones, pues mientras la luna hace su revolucion al rededor de la Tierra en menos de un mes, y el Sol en 365 días y cerca de 6 horas, el grande año sideral ó grande año platónico, abarca un periodo de cerca de 25,748 años solares, todo segun el principio de que se parte, y le aplican que se haga de la palabra círculo, revolucion, periodo, al pasar de esta acepcion genérica á la específica ó convencional. Pero las naciones han adoptado para sus cálculos la revolucion de aquellos astros que les son, digámoslo así, mas familiares, esto es, del Sol y la Luna, y de aquí el que la legis-

lacion eclesiástica y civil, se limiten al año solar y lunar. Las revoluciones lunares sin embargo han entrado siempre por mucho en la estructura, digámoslo así, del año solar que ha venido á ser el año usual y como el año por excelencia, y de ahí la division de este en porciones, ya iguales, ya desiguales, que llamamos meses. En su artículo manifestaremos lo conveniente sobre esta fraccion del año. Solo diremos aquí que por lo general en lo antiguo los meses fueron todos iguales, y constaban de treinta dias; despues desiguales como hoy se conocen. Unas veces el año se ha dividido como hoy, en 12 de estas secciones; otras en solo diez, como sucedia entre los romanos, y segun lo indican los nombres numerales de setiembre, octubre, noviembre y diciembre que estos meses conservan, hasta que por Numa se añadieron los de enero y febrero.

Esta division del año en porciones iguales ó desiguales, seria indiferente, si se salvase en ello la verdad astronómica; pero no habiéndose observado, sucedió como era inevitable, que el capricho y el error en el arreglo de meses influyó en el de dias, que es el elemento cardinal del año, y el que por último han tenido que fijar la astronomía y la legislacion.

Los egipcios dieron al principio al año solar 360 dias, y despues, queriendo sin duda corregir el error, 365. Así lo recibió la posteridad, y llegó hasta Julio César. Nótese que los equinocios se atrasaban, y que continuando así, podrian confundirse con los solisticios, contando la primavera por ejemplo en diciembre y el otoño en junio. Comprendióse que este error procedia de haber supuesto que la revolucion zodiacal, verificada por el Sol, segun el sistema de Tolomeo, se verificaba en 365 dias, mientras en cada año empleaba algunas horas mas, que entonces se supuso ser seis completas, las cuales no computadas, atrasaban un dia en cada cuatro años. Julio César realizó la reforma del calendario, mandando que el año 708 de la fundacion de Roma constase de 445 dias para subsanar los atra-

sados ó no computados, restableciendo así las estaciones. Dicho año se llamó por eso *año de confusion*, y espresa que las estaciones se habian atrasado nada menos que 80 dias, en cuyo caso, el equinocio por ejemplo de 21 de marzo caia segun el cómputo civil, el 31 de diciembre. Para en lo sucesivo se mandó que las seis horas que en la revolucion solar suponian esceder de los 365 dias, no se contasen cada año, sino cada cuatro, formando un dia que se añadiría al mes de febrero, contando dos veces el dia 24 del mismo. El año que contaba este dia mas se llamó *bis-sextus*, y de ahí *bisiesto*, por el modo de contar de los romanos que decian al 24 de febrero *sexto kalendas Martij*, y despues al mismo dia *bis-sextus* ó *dos veces sexto*.

Inmenso fué el adelanto hecho por Julio César; pero no podia ser definitivo. La astronomía mostró despues que el tiempo invertido por el Sol, ó por la Tierra, en la completa revolucion zodiacal, no es de 365 dias y seis horas como se supuso, sino de 365, cinco horas, 48 minutos primeros, 45 segundos y 30 terceros. Ahora pues tenia que verificarse un fenómeno opuesto. Si antes por contar seis horas menos, se atrasaba la computacion un dia cada cuatro años, ahora contando sobre once minutos mas cada año, se aumentarían con el tiempo algunos dias, y adelantarian los equinocios, y por tanto todas las estaciones.

Así se realizó en efecto, y tanto que en 4582 se notó que los equinocios se habian adelantado 10 dias, lo cual inducia una gran perturbacion, sobre todo en el oficio eclesiástico, y ya no podia tener aplicacion lo establecido por el venerando Concilio de Nicea sobre la celebracion de la Pascua. El Papa Gregorio XIII, despues de consultar á los astrónomos, emprendió la reforma ó *correccion* que, como la de César, lleva su nombre; y si este añadió 80 dias al año de 708 de Roma, Gregorio XIII suprimió 10 al mes de octubre de 1582, mandando que el dia 5 se contase 15, continuando despues la numeracion por el orden regular.

Pero esto no completaba la correccion. Hemos visto que las seis horas de la cuestion, no eran completas, sino que faltaban á estas sobre 41 minutos. Hallóse que estos venian á formar un dia en cada 133 años, y se estableció que en dicho período se suprimiese un dia en la computacion, y que de cada cuatro siglos el último año de los tres primeros no fuese *bisiesto*. Por esta razon no fue bisiesto el año de 4700, ni el 4800, ni lo será el 4900; pero sí el año de 2000, y así en adelante.

Todavía esta computacion, segun el estado actual de los conocimientos astronómicos, no es de todo punto exacta. Los 41 minutos de que se viene hablando, hemos visto que no son realmente tales, sino 44 minutos, 44 segundos y 30 terceros, cuya fraccion, aunque pequeña, vendrá á aumentar un dia en cada 72 siglos desde la correccion gregoriana.

La correccion *gregoriana*, publicada por bula de 24 de febrero de 1582, aunque concerniente al oficio y asuntos eclesiásticos, trascendió como no podia menos al orden civil. Adoptáronla las naciones sometidas á la obediencia del Papa. Por prevencion y tenacidad de sistema la rechazaron los protestantes; pero como en ello, mas bien que contra la determinacion del Papa, iban realmente contra la evidencia, la fueron adoptando, á los 22 años los de Alemania, Dinamarca y Holanda, y á los 70 los ingleses. La Rusia sin embargo sigue contando por uno y otro arreglo, juliano y gregoriano.

En España, como podia suponerse, se adoptó desde luego la reforma por pragmática de 49 de setiembre del mismo año, que es la ley 44, tít. 4, libro 4 de la Nov. Recop., la cual dispuso.

1.º Que la *Bula* fuese cumplida por los arzobispos, obispos y demas prelados eclesiásticos, debiendo reducirse conforme á ella el próximo octubre á 24 dias, contando 15 el dia 5, y continuando despues la numeracion de dias y meses en la forma ordinaria.

2.º Que tambien se cumpliese por los

tribunales y autoridades civiles, observándose lo en ella establecido en lo judicial, oficial y escriturario.

3.º Que para evitar perjuicios á todos los plazos y términos judiciales que antes de la publicacion de dicho calendario se hubiesen dado, se añadiesen los dichos diez dias mas; y asimismo en los pagos de rentas ó de cualquier otra deuda en que no se pudiese reducir á prorata lo que montasen dichos diez dias; pero que pudiéndose prorratear, se verifique para que desde el principio del año venidero en adelante vengan todas las cuentas justas con los años; sin que sea necesario añadir los dichos diez dias.»

4.º Que de los sueldos públicos se rebajase en dicho mes de octubre la prorata de los diez dias.

5.º Que se cuidase igualmente de que en ningun otro ramo la reforma irrogase perjuicio á nadie.

6.º Y por último, que en aquellos dominios en que por la distancia no pudiesen la bula y pragmática ser recibidas, publicadas y aplicadas en aquel año, lo fuesen en el siguiente de 1583; ó en el primero en que se tuviese noticia oficial de ellas.

Hay diversas clases de años, aunque solo mencionaremos aquí los que tienen alguna relacion con el orden legal y político.

AÑO SOLAR, que en el sistema copernicano habia de llamarse año *terrestre*: la duracion de 365 dias, 5 horas, 48 minutos primeros, 45 segundos y 30 terceros; empleada por el Sol (ó sea por la Tierra) en recorrer los signos del zodiaco, hasta volver el astro al mismo punto de que partió, y que se adopte para la computacion, siéndolo generalmente el solisticio invernol, que corresponde al 24 de diciembre, aunque en esto la legislacion no ha seguido á la astronomía, como en breve veremos.

AÑO LUNAR. Hay opiniones sobre que en los tiempos antiguos y en la cronología exagerada de algunos pueblos, se llamaba así cada lunacion: hoy es la duracion de doce lunaciones, y algunas veces de trece, cuya razon indicaremos. Doce luna-

AÑO.

41

ciones no componen mas que 354 dias y un tercio con corta diferencia, resultando de aquí que el año lunar tiene sobre 11 dias menos que el solar; lo cual en el trascurso de tres años produce una diferencia de cerca de 34 dias. Tómanse unas veces 30 y otras 29 de estos para formar un mes, que se añade al año lunar para igualarlo con el solar, y de este modo cada cuatro años consta aquel de 13 lunaciones, segun hemos indicado. Este mes sobreadido es el que se llama técnicamente *embolismo*. El año lunar, pues, tiene cada tres años seguidos 354 dias, y el cuarto 383 unas veces y otras 384, segun el número de los que hayan correspondido al mes *embolismo*.

AÑO JULIANO. El solar de 365 dias y 6 horas, conforme á la correccion de Julio César.

AÑO GREGORIANO. El solar de 365 dias, 5 horas, 48 minutos, 45 segundos y 30 terceros, segun la correccion de Gregorio XIII.

AÑO BISIESTO. El que consta de 366 dias, para embeber las 6 horas que motivaron la correccion de César, y cuyo dia, como es sabido, se añade al mes de febrero, numerando correlativamente hasta 29, y no contando dos veces el 24 del mes, como los romanos.

Dícese tambien en plural años *julianos* y años *gregorianos*, los que han corrido ó se computan conforme á cada una de las dos correcciones.

AÑO ECLESIASTICO. El año solar que se cuenta desde la primera dominica de *adviento*, que es siempre la mas inmediata, anterior ó posterior al dia de san Andrés. Este año lo usó la Iglesia para el arreglo del rezo y oficio divino.

AÑO SANTO. Aquel en que el Papa concede indulgencia plenaria á todos los fieles del orbe católico, mediante el cumplimiento de las prácticas religiosas que se prescriben, y suele ser la visita de cierto número de iglesias, previa confesion y comunión. El año santo empieza á contarse desde la hora de vísperas del dia anterior á

Navidad y concluye en igual dia y hora del año siguiente.

Durante él cesan las demas indulgencias, excepto las concedidas para *in articulo mortis*, ó para ganarias dentro de Roma. No se sabe quien instituyó el año santo, y se cree proviene de la ley antigua, como parece revelarlo, primero el que tambien se le llama de *jubileo* ó de alegría general, como entre los hebreos; y segundo por empezar á contarse desde la hora de vísperas acercándose así á la costumbre hebrea de empezar á contar el dia al poner del sol. Bonifacio VIII mandó que el año santo ó de *jubileo* se celebrase cada 100 años: Clemente VI cada 50: Urbano VI cada 33: Paulo II cada 25.

AÑO SABATICO. Aquel en que los hebreos debian dejar descansar las tierras, y los pobres participaban de sus despojos y frutos naturales, lo cual sucedia cada siete años.

AÑO DE GRACIA. Es sabido que la era cristiana ha empezado á contarse unas veces desde la Encarnacion, y otras desde el nacimiento de Jesucristo, dia en que la ley antigua fue sustituida por la de gracia. Año de gracia, pues, es el que se computa desde el nacimiento de Jesucristo.

En algunas catedrales de fuera de España se llamaba tambien año de gracia aquel en que falleciendo un prebendado, acrecian los frutos y emolumentos de su prebenda á los demas, hasta que esta costumbre fue abolida por el Concilio de Tréveris en 1310.

AÑO GRANDE. En términos de la dataria romana se llama así el año en que fallece el Pontífice, por cuanto se conceden ó permiten como es indispensable algunos meses mas para poner corrientes las fechas y asientos de lo despachado en tiempo hábil sin incurrir en nota de falsedad.

AÑO CIVIL. Aquel de que se sirven las naciones para regular el tiempo. Hay que atender respecto del año civil á dos cosas, á su duracion y al dia en que empieza. Bajo el primer punto de vista el año civil es hoy en España como en casi todas las naciones cultas segun hemos dicho ya, el

solar gregoriano. En el segundo concepto hay muy notables diferencias en los diversos puntos del globo, y aun fueron mayores en lo antiguo, por los motivos que revelan esas mismas diferencias.

Los chinos empiezan á contar el año con la luna primera de marzo.

Entre los indios el año religioso empieza tambien con la luna de marzo, y el civil con la de setiembre: los persas lo empiezan á contar en junio: los turcos al entrar el sol en aries: los antiguos mejicanos, segun Acosta, en 20 de febrero, siendo una cosa bastante singular para la crítica histórica que entre ellos el año solar constaba, como entre los egipcios y casi todos los pueblos del viejo mundo, de 365 dias, pues que se componia de 48 meses de á 20, que dan un resultado de 360, dejando cinco fuera de cuenta, los cuales dedicaban á los placeres.

Entre los romanos, despues de Numa, el año empezaba el 1.º de enero; de donde á este mes le venia el nombre de *januarius*, ó el que abria la puerta del año:

Las variaciones anteriores interesan principalmente á la cronología y á la historia; pero hay otras que ocasionando notable confusion, importan sobremanera en el derecho, en lo oficial y escriturario, y en las transacciones sociales, en que es preciso recurrir á documentos antiguos. Hay actualmente prácticos en la curia romana, cuyo conocimiento exacto conduce á discernir las bulas, breves y documentos auténticos de los apócrifos, como dijimos hablando de las abreviaturas usuales y formularias en su artículo correspondiente. A este propósito debemos añadir todavía algunas indicaciones, que si bien corresponden en rigor al orden eclesiástico, tambien alguna vez trascienden á lo civil, ya por la influencia necesaria del derecho canónico, ya porque las bulas mismas y breves, publicados por la autoridad temporal, reciben el carácter de leyes.

Y con efecto: al sustituir para la computacion del tiempo la era cristiana á la de César, que como es sabido, empieza 38 años antes de Cristo, las naciones se dividieron en

cuanto al principio ó punto de partida: unas fijaron el 25 de diciembre; dia de la natividad de Nuestro Señor Jesucristo; otras, como antes hemos indicado, el 25 de marzo, dia de su encarnacion. Dionisio el menor fija en este dia la era que lleva su nombre, y algunos papas, entre ellos Eugenio IV, la adoptaron. Hoy la práctica general en Roma es que en los rescriptos de la Cancilleria se cuentan los años desde la Encarnacion; y en los de la Cámara desde la natividad, distincion importante para apreciar y reducir á una época comun el tenor de unos y otros documentos y nombres antiguos, como para la legitimidad de los mismos.

Anteriormente en Roma, y aun hoy para algunos usos, se empieza á contar el año desde el dia posterior inmediato á la Pascua de Resurreccion, lo cual puede ocasionar duda y una confusion extraordinaria, pues que por tal método el principio del año varia, siendo como es la Pascua una fiesta movable, entre el 22 de marzo y el 25 de abril.

En Francia se siguió por mucho tiempo la costumbre de empezar á contar los años desde el dia de Navidad: durante la segunda dinastía de sus reyes, se adoptó la costumbre de Roma de contar desde el dia despues de Pascua, hasta que Carlos IX, por la ordenanza del Rosellon, artículo 39, dispuso se contase desde 1.º de enero.

En España la diversidad ha sido mayor, si cabe, pues sobre contarse unas veces por los años del reinado de sus reyes, como en tiempo de los godos, despues sucesivamente por la era de César, por la cristiana, y en esta desde el 25 de marzo, segun dispuso Don Juan el I en las Cortes de Segovia, año de 1383, se tenia en cuenta tambien la *egira*, como diremos al hablar de las eras, hasta que por último se ordenó la computacion desde 1.º de enero.

Sobre la computacion general y usual ha habido siempre y hay en muchas naciones computaciones particulares ó modos especiales de contar; como v. g. por consulados, como en la antigua Roma, por años de pontificado, de reinado, de la fundacion de un

pueblo, constitucion de un Estado, de un gran suceso, etc., le cual no trae otra dificultad que la molestia de reducir los años al cómputo ordinario.

En los contratos entre particulares, usos y costumbres de pueblos, y en la administracion y práctica oficial de tribunales, el cumplimiento de ciertos deberes se determina por años, que no pudiendo siempre ser el civil, nacen de aquí diversas denominaciones, algunas de las cuales, por tener ya una significacion fija, no necesitan expresarse, ó hasta la mera enunciativa, mientras otras requieren mayor expresion en la escritura ó documento de su razon. Así por ejemplo:

AÑO EMERGENTE, que pudiere llamarse *accidental ó convencional*: es el que se fija por una determinacion oficial, á contar, por ejemplo, desde la fecha de la misma, por cláusula de una fundacion, ó por contrato entre particulares; empieza á correr desde el dia prefijado del año civil, y acaba en el anterior correspondiente del año civil que sigue. Estos años, sino se determina otra cosa ó hay práctica autorizada en contrario, son siempre continuos, se cuentan, no de momento á momento, sino de dia á dia, y constan de 365. En asuntos mercantiles, dice terminantemente el artículo 256 del código de comercio, como sigue: «En todos los cómputos de dias, meses y años, se entenderán, el dia de 24 horas, los meses segun estan designados en el calendario gregoriano, y el año de 365 dias.» Conforme á lo dicho el que nace el 1.º de enero y muere el 31 de diciembre del mismo año ha vivido un año completo. Sobre este punto, dice así el juriscónsulto Paulo, lib. 2 y 3, *ad legem Jul. et Pap.* «*Anniculum implet qui extremo anni die moritur. Anniculus non statim, ut natus est; sed trescentesimo, sexagésimo quinto die dicitur, incipiente plano, non exacto die; quia annum civiliter, non ad momenta, temporum; sed ad dies numeramus.*»

AÑO CONTINUO. Es aquel en que corren ó se cuentan todos los dias sin intermision.

AÑO ÚTIL. Aquel en que solo se cuentan los dias utilizables para el fin de que se trata, como por ejemplo, si es en asuntos judiciales, los dias de tribunal, en cuyo caso el año en realidad tendrá muchas de 365 dias. En esta razon la ley 3, título 43, Partida 7, no solo establece que en el año útil no se comprendan los dias festivos, sino que conforme al principio equitativo y racional de derecho, *impeditis non currit terminus*, determina que tampoco se cuenten aquellos dias en que el actor se vió imposibilitado por causa legitima de acudir al tribunal. «En ese año, dice, non se deben contar los dias que non juzgan los juzgadores; sino los otros en que aquel á quien fue fecho el roba, fue embargado por alguna razon derecha, de manera que non pudiese hacer la demanda.» Gregorio Lopez, dice, comentando la misma ley: *in anno utili non computantur dies in quibus iudex non judicat; nec quibus actor, justa ratione impeditus, non potest agere*. Esta materia tiene su natural esplanacion en la teoria general sobre términos judiciales, con sus diferencias de *útiles y perentorios ó fatales*.

AÑO ACADÉMICO. La duracion de un curso escolar ó universitario, que á veces no es sino de nueve meses, segun los reglamentos y la facultad ó enseñanza de que se trate.

El mismo valor entendido, convencional, ó consuetudinario tiene la denominacion de *año* en los empeños y obligaciones de corporaciones ó personas, como por ejemplo, *año cómico*, etc., sobre lo cual ha de estarse al tenor de los contratos, y en su defecto á la costumbre.

AÑO ECONOMICO. Suele llamarse así al que rige para el pago de contribuciones.

AÑO DE PROBACION O DE NOVICIADO. El que por los Cánones debe preceder á la profesion religiosa.

En punto al indulto cuadregesimal, el año se cuenta desde la publicacion de la *bu-la* hasta otra publicacion, por cuya razon el año es por lo comun desigual.

En cuanto al modo de contar los años de

edad ó de preparacion y aptitud que las leyes canónicas y civiles exigen para llegar á ciertos cargos, categorías ó dignidades; ó al ejercicio de ciertas profesiones, corre como un principio general la regla siguiente: *In favorabilibus annus inceptus summittitur pro completo*, lo cual sin embargo tiene no pocas escepciones, y creemos oportuno indicar, aunque ligeramente, las reglas que sobre ello establecen los teólogos y canonistas.

1.^a El año debe ser completo, siempre que en las bulas, breves, réscriptos, etc. se espresa el mismo:

1.^o En genitivo, como 20 *annorum*.

2.^o En acusativo con las proposiciones *per* ó *post*, como *per* 20 *annos* ó *post* 20 *annos*.

2.^a El año empezado se toma por completo.

4.^o Si se designa en acusativo con las preposiciones *ad* ó *ante*, como *ad* 20 *annos* ó *ante* 20 *annos*.

2.^o Si en ablativo con la preposicion *in*, v. g., *in quinto anno*.

3.^a Si en las bulas, breves, etc., no se espresa el año con las fórmulas antes indicadas, ni con palabras terminantes, sino de un modo que ofrece duda, rige la regla general de que en lo favorable el año empezado se tiene por completo, y al revés en lo odioso. Limitada esta regla á los asuntos de pura gracia, bien se ve que no puede tener aplicacion cuando mediase perjuicio de tercero, como si se tratase de la sucesion de un vínculo, beneficio familiar, etc. Véanse los artículos **CALENDARIO**, **COMPUTACION**, **CRONOLOGIA**, **ÉPOCA Y ERA**.

AÑO RURAL. AÑO AGRÍCOLA. En general se llama así el que rige en los contratos sobre disfrute y cultivo de la tierra. Entre propietarios y arrendatarios ó colonos, son frecuentes las contiendas sobre el modo de contar el año para el desahucio y pago de rentas, cuando nada era mas fácil que evitarlo, espresándolo terminantemente en las escrituras y contratos. A pesar de todo se omite esta circunstancia no pocas veces, y entonces es menester at-

nerse al uso, ó á una razon deducida de la naturaleza de las cosas. En punto al pago de rentas que consisten en especie, lo natural y lo comun es verificarlo al tiempo de la recoleccion. El año por consecuencia se contará de cosecha á cosecha, ó segun la expresion usual, á *frutos levantados*. Así el año para el pago de las rentas en granos es de verano á verano, con la variedad que en esto puede inducir el clima. En unas provincias por tanto el año rural en el sentido en que vamos hablando será de julio á julio, y en otras de agosto á agosto. En el arriendo de viñas el año rural para el pago de rentas será de vendimia á vendimia; en el de olivares, de diciembre á diciembre. La renta en dinero debé seguir en este punto la regla de la renta en especie, pues que la razon de deber se completa con la recoleccion ó alzamiento de frutos.

Todavía esta regla puede modificarse en cada caso dado. A veces las rentas de las tierras se estipulan en una sola especie; por ejemplo en trigo; cualquiera que sea el género de produccion á que se las destina: otras en una especie compuesta, como por ejemplo, trigo y centeno, ó trigo y cebada, que es lo que indica la expresion usual de *á pan mediano*. En estos casos regirá la regla general que antes hemos indicado; pero si la renta se estipulase en la especie misma que produjese la tierra, el año para demandar el pago de rentas, vencerá al terminar la recoleccion respectiva, y, concretando la regla, tan luego como se hubiese verificado el entrojamiento de aquella especie. El fundamento natural de esta regla es porque entonces se completa la razon de deber, porque nada es mas natural, equitativo y justo para el propietario y para el colono, que el que el pago de rentas se verifique en el fruto mismo producido por la tierra: y porque en la demora, sobre empezar á carecer el propietario de lo que ya se le debe, hay el peligro de la adulteracion y del desaparecimiento de los frutos entrojados.

El año rural para la duracion de los arriendos, y por consecuencia para el desahucio, sigue la indole de las labores prepara-

torias, como la cava y barbecho; lo uno porque hasta entonces no se irroga perjuicio en lo contrario, ni al dueño, ni al colono; y lo otro, porque aun levantado el fruto principal, queda al colono el disfrute de pastos, como la rastrojera, la pámpana, etc.

Esta regla regirá aun cuando los arriendos se hagan, como con frecuencia se verifica, por tantas cosechas á tal hoja, y tantas á tal otra, por cuanto los pastos y aprovechamientos antes indicados son parte de la cosecha.

AÑO DE LUTO O DE VIUDEDAD. El que se sigue inmediatamente á la muerte del marido, y dentro del cual la viuda ha podido ó no pasar á nuevas nupcias, segun las diversas legislaciones. Entre los romanos la viuda no podia contraer nuevamente dentro del año de luto (1). En caso contrario, lo propio que si vivia escandalosamente, incurria en la nota de infame, perdía el derecho á cuanto habia percibido de la liberalidad del marido, y se hacia incapaz de recibir ciertas herencias.

Como en tantas otras cosas, nuestra legislación siguió á la romana. El Fuero Juzgo dispone en su ley 4, título 2, libro 3 «que si la mujer, despues de la muerte de su marido se casa con otro ante que cumpia el año, ó si ficiere adulterio, la meitad de todas sus cosas reciban los hijos della, et del primer marido. E si non tiene, los parientes mas propincuos del marido muerto hayan la meitad. E por esto queremos que haya la mujer esta pena, porque ella á quien el marido deja preñada, quando se coltamoito de casar, ó de facer adulterio, que no mate el parto ante que sea nascido. Todavía mandamos que aquellas mujeres sean sin pena de esta ley, las cuales se casan ante del año cumplido con licencia del príncipe.»

La ley 4, título 2, libro 3 del Fuero Real

disponia que la mujer que sin mandato del rey casase desde el dia en que muriese su marido hasta un año cumplido, «pierda la meitad de cuanto oviese, ó lo que quedase, hay anlo susijos, ó nietos del marido que hubiere muerto; et si non los oviere, hayanlo los parientes mas propincuos del marido muerto.»

La ley 3, título 42, Part. 4, ordenaba que la mujer que casase dentro del año de luto, ó *ficiere maldad de su cuerpo*, incurria en nota de infamia, y pierda las arras, y cuanto recibió del marido por donacion, ó testamento, todo lo cual pasará á los hijos de aquel matrimonio, y en falta de ellos á los demas herederos legítimos, librándose la viuda de estas penas si casaba con licencia del rey.

La ley 5, título 3, Part. 6, completando, digámoslo así, la legislación romana, priva á la mujer de la testamentación pasiva de estraños y de la de parientes del marido del cuarto grado en adelante.

La 3, título 6, Part. 7, amplía la sancion penal de las anteriores, haciéndola extensiva al padre que casase á sabiendas á la hija viuda, y lo propio al nuevo marido, salvo que hubiese casado por mandato del padre, ó abuelo que le tuviese bajo la patria potestad, en cuyo caso estos sufrirían la pena.

Las dos leyes anteriores daban por razon de la prohibicion legal y de sus determinaciones penales la confusion de estirpe, ó duda que podria resultar sobre paternidad respecto del hijo que naciese durante el año; y la sospecha desfavorable á la mujer, que podria concebir el nuevo marido por su impaciencia en pasar á nuevas nupcias, añadiendo aun la segunda de dichas leyes que tambien porque no se recelase de ella que habia tenido parte en la muerte del marido.

Los autores añadieron una nueva razon sacada realmente de la ley romana como este la dedujo de la naturaleza de las cosas, y era el *género de injuria* que decian inferirse á la memoria del finado. Esta fórmula es sin duda inconveniente. La ofensa es realmente á la sociedad y buenas costum-

(1) L. 3, tit. 2, lib. 1, Cód. Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viri nuptiarum festinatione praestiterit, ex jure quidem novissimo sit infamis, praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam testam. partem reliqua. Omnia praeterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, morticuae donationum, sit expers, haec namque omnia ab heredibus vel coheredibus, aut ab intestato succedentibus vindicari jubemus, ne in his quibus correctionem mos rom. induximus, fisci videamur habere rationem....

bres, pues parece faltarle en ello, al respecto debido á la memoria del marido.

La exageracion en combatir esta opinion, que por los términos en que se concebía, se prestaba seguramente á la impugnacion, hizo nacer sin duda un sentimiento contrario, y por pragmáticas de Enrique III publicadas en 1400 y 1401 en Cantalapiedra y Valladolid, las cuales forman hoy la ley 4, título 2, libro 40 de la Novísima Recopilacion, alzó la prohibicion de los Fueros y Partidas, ordenando que las viudas pudieran casarse cuando quisiesen, y estableció la pena de dos mil maravedis contra los jueces que en tal caso procediesen contra las viudas ni los que casasen con ellas.

La ley no iba ciertamente de acuerdo con la filosofía. La confusion de la familia, y la suerte del posible póstumo, destituido en ese caso de otro amparo que el de la ley, son siempre una gran razon, como lo es todo lo que está fundado en la naturaleza de las cosas. El nuevo Código penal por tanto, derogando la ley recopilada, dispone en su artículo 390, que «la viuda que casare antes de los 301 dias desde la muerte de su marido, ó antes de su alumbramiento, si hubiere quedado en cinta, incurra en las penas de arresto mayor y multa de 20 á 200 duros.»

En la fijacion del tiempo parece que el Código ha tenido presente la jurisprudencia romana, que reducía el año de luto á diez meses, por calcular ese sin duda el término máximo de la gestacion.

Todavía quedan pendientes las cuestiones sobre la paternidad de un hijo que naciese en tiempo dudoso, por haber la viuda contraído nuevo matrimonio dentro del año. Sobre ello pueden verse los artículos **MATrimonio**, **POSTUMO** y otros análogos.

APARCERIA. Palabra antigua que sirve para expresar la compañía ó sociedad celebrada entre dos ó mas personas que van á la parte en alguna grangería. Dicese mas comunmente de la que tiene por objeto beneficiar las haciendas del campo y la venta de sus frutos ó la cria de ganados y el tráfico en ellos, y se derivó segun Covarrubias

del nombre *pars*, *tis*, por la parte que cada uno de los interesados lleva en el trato ó especulacion á que se refiere. La aparcería se contrae por consiguiente entre el dueño de un campo que lo da á otros para que lo cultive, no por una pension en dinero, en cuyo caso el contrato seria de arrendamiento, sino por una parte de los frutos que produzca, no siendo esta determinada, ó lo que es lo mismo, no consistiendo en cierta y determinada porcion de ellos, como por ejemplo, diez, veinte ó cuarenta fanegas. Contráese tambien entre el dueño del ganado y la persona á quien lo cede para que le entregue una parte de sus beneficios.

V. **SOCIEDAD.**

APARCERO. El que tiene celebrado el contrato de aparcería con otro ó sea el que va á la parte con otro en alguna grangería. V. **APARCERIA.**

APAREJADA EJECUCION. Locucion forense que está muy en uso en la práctica, y que sirve para expresar la cualidad que tienen ciertos instrumentos, determinados por las leyes, de ser suficientes para servir de fundamento á la accion ejecutiva, y de los cuales se dice que producen ó que hacen aparejada ejecucion.

V. **EJECUCION**, **JUICIO EJECUTIVO.**

APARTARSE. Desistir formalmente de la accion intentada; separarse del juicio promovido, renunciar al ejercicio de un derecho que se está ejercitando. En este sentido tiene mas frecuente uso la palabra *separar*. En el artículo correspondiente á ella esplicamos la doctrina relativa al desistimiento judicial en los casos indicados.

V. **SEPARAR.**

APARTAMIENTO. El acto de desistimiento que formaliza enjuicio alguno de los litigantes. V. **APARTAR.**

APEAR. Es la operacion de deslindar las tierras determinando los límites ciertos de ellas para que puedan fijarse los mojones que atestigüen la pertenencia de cada una de las propiedades deslindadas. Véase **APEO**, **AMOJONAMIENTO**, **DESLINDE.**

APEDREAR. En su significacion general y comun equivale á tirar, arrojar

APELACION.

47

pedras; pero en su significacion jurídica espresa cierto castigo que usaron algunos pueblos antiguos. La ley 6, tit 34 de la Partida 7 que autoriza algunos castigos bárbaros y atroces, como quemar, échar á las bestias bravas, etc., dispuso espresamente que los *juzadores non deben mandar apedrear ningun ome*.

APELABLE. Esta palabra no se usa por sí sola, sino unida á las de sentencia, auto ó providencia, para indicar la cualidad de ellas de ser por su naturaleza susceptibles de apelacion. V. **APELACION.**

APELACION. Esta palabra procede de la latina *appellatio*, que significa llamamiento, provocacion, reclamacion, y en su sentido jurídico no es otra cosa que «el recurso que concede la ley á todo el que se siente agraviado por sentencia ó providencia de juez ó tribunal inferior para ante el superior inmediato, á fin de que la enmiende ó revoque: es, en resumen, la institucion de una segunda instancia. Las leyes de las Partidas llaman á este recurso *alzada*, palabra que aplican tambien á la tercera y ulteriores instancias; pero como el recurso de la tercera instancia y los estraordinarios tienen hoy nombres propios, reservamos su doctrina para los artículos **INJUSTICIA NOTORIA, QUEJA, SUPLICA, SEGUNDA SUPPLICACION Y NULIDAD**. Algunas legislaciones especiales, como la canónica, llaman tambien apelacion al recurso de la tercera y ulteriores instancias, significando así con una sola palabra cosas tan diversas, lo cual quita al lenguaje la precision y claridad que debe tener. Siguiendo nosotros la tecnología del derecho civil, circunscribimos el sentido de la palabra apelacion á solo la segunda instancia.

La definicion anterior espresa perfectamente la naturaleza de la cosa que se quiere dar á conocer; porque la palabra recurso indica una nueva instancia, un segundo debate en que las partes pueden hacer uso de pruebas y defensas no empleadas anteriormente; la voz *agraviado* dá á entender que el recurso de apelacion no solo se concede á los litigantes que se creen perjudicados,

sino tambien á las personas que no han litigado, siempre que se les cause por la sentencia ó providencia algun daño ó menoscabo en sus derechos; y finalmente, la última parte manifiesta el objeto del recurso, que no es otro, sino que el superior revise el fallo apelado y lo reforme ó lo sustituya con otro en los términos que considere mas justos.

La apelacion es un remedio ordinario contra las injusticias cometidas por los tribunales inferiores, concedido no en el favor solo de las partes, sino en beneficio de la sociedad en general, como utilísimo y aun necesario para la mas recta y mas espedita administracion de justicia. Hállase, pues, admitido, tanto en el fuero ordinario, como en los especiales, lo mismo en los asuntos criminales, que en los civiles. Mas como la materia criminal es muy diferente de la civil, y por consiguiente diversos los trámites y formalidades que en una y otra se observan, tomaremos de aquí ocasion para dividir el artículo en dos partes muy principales; una que tratará de la apelacion en los asuntos civiles y otra en los criminales.

Por lo que hace á los tribunales de fuero especial, no juzgamos conveniente al mejor orden y claridad, formar capítulo aparte sobre cada uno de ellos; primero, porque el derecho civil confiere los principios generales, comunes en gran parte á todos; segundo, porquesiendo estas jurisdicciones escepciones de la regla ordinaria, la suponen existente en todo aquello que espresamente no ha sido derogada. Por estas razones nos acuparemos en las secciones respectivas de los puntos en que cada tribunal especial se aparta de las máximas y marcha adoptada por el derecho comun, conciliando por este método la brevedad, con la ventaja de hacer resaltar las diferencias entre unos y otros.

Otra division se presenta tambien de las apelaciones, muy digna de llamar nuestra atencion. Porque las apelaciones, bien pueden ser principales, bien accesorias, y aun cuando nuestras leyes no contienen disposicion alguna relativa á las úl-

timas, y muchos prácticos al administrarlas tampoco les han dado un nombre propio, creemos que el adoptado les conviene perfectamente y revela de una manera espresiva su índole y naturaleza. La apelacion principal es la que ha sido interpuesta en primer lugar; y por el contrario accesoria la que con motivo de aquella introduce el otro litigante con objeto de mejorar alguno de los particulares de la sentencia que no le favorecen. Esta apelacion viene siempre despues de la principal, y como dependencia de ella, por cuya razon puede distinguirse muy bien con el adjetivo *accesorias*. Nuestros prácticos llaman á esta apelacion *accesoria*, *adhesion á la apelacion*; nombre que no espresa en nuestro juicio la naturaleza y relaciones de este acto.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes del Fuero Juzgo.
Leyes de las Partidas.
Leyes de la Novísima Recopilacion.
Disposiciones posteriores.
Leyes mercantiles.
Leyes administrativas.
Leyes de minas.
Leyes de Hacienda.
Leyes militares.
Leyes de Indias.
Leyes canónicas.
Legislacion estranjera.

LEYES DEL FUERO JUZGO.

LEY 22, TIT. 1, LIB. 2.

Cuando alguna de las partes tiene al juez por sospechoso, debe este librar el pleito con el obispo de la ciudad, y ambos poner por escrito su sentencia, pudiendo apelar de ella para ante el rey, y si resultare que juzgaron mal, debe revocarse la sentencia, devolviéndole al apelante lo que por aquella se le mandaba entregar, y condenando al juez á que le entregue otro tanto mas; si re-

sultare que la sentencia era justa, se confirmará y se condenará al apelante en la misma pena que se impondria al juez, si hubiese juzgado á tuerto; y si no tubiere con qué pagar, reciba cien azotes ante el juez.

LEY 26, ID., ID.

Los pactos ó conciertos que hacen las partes, instigadas ambas ó alguna de ellas por el juez, obligándose á no apelar ni reclamar contra su injusta sentencia, son nulos y de ningun valor ni efecto.

LEY 27, ID. ID.

Las sentencias ó providencias que dicten los jueces contra derecho por miedo ó por mandado del rey son nulas y deben revocarse.

LEY 28, ID. ID.

Los obispos deben amonestar á los jueces de su territorio que juzgan mal contra los pueblos, para que reformen las providencias y las dejen sin efecto; y si no lo quieren hacer, el obispo del territorio debe llamar al juez y á otros obispos ú á otros hombres buenos, y enmendar el pleito el obispo con el juez segun derecho. Y si el juez fuese tan porfiado que no se preste á la enmienda, juzgue solo el obispo, y la providencia que dictare remitala al rey para que confirme lo que le pareciese que es justo.

LEYES DE LAS PARTIDAS.

LEY 5, TIT. 5, PART. 4.

En los pleitos eclesiásticos puede apelarse para ante el Papa, *omisso medio*.

LEY 34, TIT. 6, ID.

El clérigo apremiado por el obispo para que se ordene, si despues de alegar justa causa para no hacerlo, se le vuelve á mandar, puede apelar de esta providencia, mas si no la alegó; no puede interponer apelacion.

LEY 23, TIT. 19, ID.

Puede apelarse para ante el legado del Papa, *omisso medio*.

APELACION.

49

LEY 5, TIT. 22, ID.

Los obispos no pueden alzarse contra la resolución de los arzobispos, por la que acuerdan volver á visitar el obispado.

LEY 32, TIT. 9, PART. 2.

El adelantado puede oír las alzadas de las sentencias que diesen los alcaldes de las villas. El que se sintiere agraviado de las setencias que el adelantado ó sus alcaldes diesen en los negocios de su competencia, puede apelar para ante el rey, y debe otorgársele la apelacion, y dar las cartas del adelantado selladas con su sello, en las que se deben poner todas las razones de los pleitos, tales como pasaron ante él, ó ante sus alcaldes, y enviarlas al rey con él para que pueda saber si se alzaron con derecho.

LEY 4, TIT. 24, ID.

De las sentencias del capitan de navío en los negocios de su tripulacion, debe apelarse para ante su almirante, y no para ante el rey, á menos que este estuviese en la flota, ó el capitan dictase la sentencia el dia en que el buque volviese donde el rey se hallase.

LEY 23, TIT. 4, PART. 3.

Las sentencias de los avenidores dadas maliciosamente ó con engaño, se deben en-derezar é enmendar segun alvedrio de algunos hombres buenos, escojidos para esto entre los jueces ordinarios de aquel lugar en que se dictare.

LEY 35, TIT. 4, ID.

De las sentencias de los avenidores no hay apelacion, habiéndose establecido pena en el compromiso. Mas si pena no se hubiese puesto, y las partes hubiesen aprobado la sentencia por palabra, por escrito, ó la consintiesen, dejando trascurrir diez dias sin reclamar contra ella, quedará firme y valedera.

TOMO III.

LEY 23, TIT. 5, ID.

El procurador contra quien se ha dado sentencia puede apelar, aunque no se le haya concedido esta facultad en la carta de personería; mas no seguirla alzada, mientras no se le confiera poder para ello.

LEY 4, TIT. 9, ID.

Dada sentencia contra el que tiene la cosa objeto del litigio, puede ser desapoderado de ella y ponerse en secuestro, aunque haya interpuesto apelacion, si hay motivo para sospechar que la malmetera ó desgastara los frutos de ella.

LEY 440, TIT. 48, ID.

Esta ley contiene la fórmula de la sentencia dictada *por los oidores y juzgadores delas alzadas de casa del rey*, tanto en el caso de confirmar la sentencia, como en el de confirmar una parte y revocar otra.

LEY 52, TIT. 48, ID.

Del hecho que ejecutare aquel á quien el rey manda carta para ello, no puede nadie alzarse, á menos que se hubiere escedido de cuanto se le ordenaba en ella.

LEY 4, TIT. 23, ID.

«Alzada es querella que alguna de las »partes face de juicio, que fuese dado contra ella, llamando é recorriendo á enmenda de mayor juez; é tiene pro el alzada, »cuando es fecha derechamente, porque »por ella se desatan los agravamientos que »los jueces facen á las partes torticeramente, ó por non lo entender.»

LEY 2, ID. ID.

Todo hombre libre puede alzarse de la sentencia dada contra él. Tambien puede el siervo en las causas civiles en que tiene personalidad para estar en juicio y en las

criminales. Mas si el juicio fuese dado contra su Señor, en razon de algun yerro de que le hubiesen acusado, entonces el siervo non se podria alzar por su Señor, *como quier que lo podria facer su hijo que fuese en su poder*. Otrosi, si el hijo que está en poder de su padre se puede alzar de todo juicio, que fuese dado contra él, en razon de los bienes suyos que el padre tuviese en guarda, *onde quier que los oviese ganado*. La misma facultad tienen los guardadores de los huérfanos, los personeros, y sus sustitutos legítimos, á saber: los que fueron nombrados por aquellos en los pleitos que comenzaron por demanda y por respuesta. El señor del pleito puede alzar de la sentencia dada contra su personero; y si este no se alzó de ella ni se le hizo saber, tiene para apelar el plazo de diez dias, contados desde el que lo supiere. Pero si el personero tuviese bienes suficientes para pagar al señor todos los daños que se le originaron por su culpa, debe pecharlos, y quedar firme el juicio. En caso contrario podrá el señor interponer y seguir su alzada.

LEY 3, ID. ID.

El procurador dado para un pleito determinado, débese alzar de la sentencia, y hacerlo saber al dueño del pleito, para que siga la alzada si quisiere, porque él si bien puede, no está obligado á seguirla contra su voluntad. Pero si fuere dado generalmente para todos los pleitos, ó en el poder se dijera que pudiese ó debiese seguir el alzada, seria tenido de alzarla y de seguir la instancia, maguer non quisiese.

LEY 4, ID. ID.

No solamente pueden apelar las partes, ó sus personeros, sino tambien los terceros á quien pertenece el pro ó el daño que viniese de aquel juicio. El vendedor, por exemplo, podrá alzar de la sentencia dada contra el comprador, y este á su vez, cuando el primero fuese vencido sobre aquella cosa que le vendió. En el caso que el vendedor

se alzase del juicio, pero sospechase el comprador que no lo hacía con buena fé, puede acudir al juez, y pedir que no proceda adelante, hasta que él vea el pleito y esponga sus razones. Iguales derechos tiene el acreedor, cuando fuere dada sentencia contra su deudor sobre aquellas cosas que le habia empeñado. Lo mismo decimos del fiador, el cual se puede alzar, aun cuando el comprador y el vendedor se aquieten y otorguen el juicio.

LEY 5, ID. ID.

Cuando fuere dada sentencia sobre alguna cosa mueble ó raiz que pertenece á muchos en comun, cualquiera de ellos que se alce y venza, aprovecha su victoria á los compañeros. Pero si alegase alguno que era menor y se desatare la sentencia por via de restitucion, este beneficio no aprovecha á los demas que no apelaron. Lo mismo sucede en las servidumbres, cuando alguno de aquellos á quien pertenece en comun tomase alzada, pues de ella se aprovecharian los otros, escepto en el usufructo. Y cuando son muchos los guardadores de un huérfano y todos mueven pleito por él, la alzada que interpone el uno, aprovecha á los demas, si todos administran. El que no administra no podrá alzar de la sentencia dada contra su compañero que administra, ni podrá tampoco aprovecharse de la apelacion interpuesta por este.

LEY 6, ID. ID.

El pariente puede alzar de la sentencia condenada en causa de sangre; y aun cuando este lo rehuse, le aprovecha el alzada. La razon es, que siempre finca la mancilla de la deshonra en su linage. Cualquier extraño movido de amor ó piedad, puede interponer apelacion, pero para que sea valdadera, es menester que el reo la otorgue y consienta.

LEY 7, ID. ID.

Cuando á instancia de los parientes del

APELACION.

51

testador se da contra los herederos sentencia de nulidad del testamento, y no apelan de ella, pueden apelar y seguir la alzada los legatarios. Y aun cuando los herederos se alzasen del juicio, podrán los últimos ser con los herederos en seguir la alzada, mayormente si tienen sospecha de que estos no proceden rectamente.

LEY 8, ID. ID.

Cuando el juez nombrare á uno guardador de algun huérfano, loco, ó pródigo, no se puede alzar de este mandamiento, sino que debe proponer sus excusas dentro de 50 dias. Pero si el juez no se las admitiese, y se creyere agraviado de este fallo, podrá entonces apelar.

LEY 9, ID. ID.

Tambien puede alzarse aquel á cuyo favor fuese dada la sentencia, cuando no es tan cumplida como debia: tal seria, si la heredad que demandaba con los frutos, le fuese dada sin los frutos, ó no condenando al vencido en las despesas que hizo directamente el vencedor del pleito, ó dando sentencia de otra manera semejante de esta, que no correspondiese cumplidamente á la demanda ó prueba, ó razones que fuesen presentadas en el pleito. Pero si el actor ó el reo fueren rebeldes en no querer venir al plazo que el juez les puso para oír ó dar sentencia, no se pueden despues alzar de ella. Si el demandado fuere obediente en venir, mas fuese desmandado en no mostrar ó entregar aquella cosa que le demandaban, y por eso fuese condenado en cuanto jurase la parte contraria, podrá alzarse de esta sentencia.

LEY 10, ID. ID.

Los ausentes por causa de la república, si dejan personeros en su lugar, pero estos no los defienden bien, ó no se alzan de la sentencia dada contra ellos, pueden hacerlo por sí mismos desde el dia que tornen á su casa, ó lo supieren, hasta diez dias. Y

si por aventura no hubiesen dejado personero, entonces la sentencia que diesen contra ellos no les empeceria, pues debe el juez á su instancia restituir el pleito al estado que tenia cuando se verificó la ausencia. Esto mismo debe ser guardado con respecto á la sentencia dada contra el cautivo.

LEY 11, ID. ID.

Si habiendo ido uno á romeria ó á escuela, ó sido desterrado ó preso, se fallase contra él algun pleito que hubiese dejado comenzado, no se podrá alzar de la sentencia á su regreso, siempre que hubiera dejado procurador, ó hubiera habido quien lo defendiese derechamente. Pero si el procurador muriese antes de darse la sentencia, puede á su regreso pedir al juez dentro de diez dias contados desde que llegó y lo supo, que torne el pleito al estado que tenia antes de salir. Y lo mismo se deberá hacer, si al partir no pudo encontrar personero que le defendiera, prévio el juramento de malicia.

LEY 12, ID. ID.

Si emplazadas las partes para oír sentencia, no pudiese alguna de ellas presentarse dentro del plazo por fuerza ó engaño de su contrario, la que se dicte en su perjuicio no le empece, probando aquel impedimento, debiéndose restituir el pleito al estado que tenia antes. Pero si el engaño ó la fuerza provinieren de un tercero, ó el obstáculo consistiere en los caminos, ladrones ó enfermedad, no tiene lugar la restitucion, pero sí cabe apelar de la sentencia dada dentro del plazo de diez dias, contados desde el en que hubiere sabido el fallo.

LEY 13, ID. ID.

De toda sentencia definitiva se puede alzar cualquier que se tuviere por agraviado de ella. Mas de otro mandamiento ó sentencia que diese el juzgador andando el pleito antes de la sentencia definitiva, no puede ni debe ninguno alzarse. *Fueras ende, si*

mandase el juez dar tormento á alguno á tuerto, ó facer alguna otra cosa torticeramente, que fuese de tal natura que, seyendo acabado el pleito, no se podria despues ligeramente enmendar á menos de gran daño ó de gran vergüenza de aquel que se turiese por agraviado. En estos casos se podria alzar, sin esperar la sentencia definitiva. Mas quando el demandante y demandado pactan en juicio ó fuera de él, que ninguno podrá alzar-se de la sentencia que se dé, ó quando fuese uno vencido en juicio que debiese dar algo al rey, bien por razon de cuenta, despecho, ó de cualquier otra debda, ó quando el rey mandase á algunos que decidan pleitos determinados sin apelacion, no pueden las partes agraviadas apelar de la sentencia.

LEY 14. ID. ID.

Quando la sentencia contuviese varias partes, puede apelarse de unas, y consentirse las otras. Y si alguno fuere condenado por muchos yerros ó delitos, y se alzar de los mayores, el juez debe recibir el alzada y suspender la ejecucion de la pena impuesta á los menores, hasta que aquella se decida. Pero si apelase de los menores, entonces no debe admitir la apelacion hasta ejecutar la pena impuesta á los mayores.

LEY 15. ID. ID.

De la aclaracion ó declaramiento que hacen los jueces de sus sentencias á instancia de las partes, puede apelar la que se sintiere agraviada.

LEY 16. ID. ID.

Los ladrones conocidos, revolvedores de los pueblos, ó sus caudillos en aquellos malos bollicios, los forzadores y robadores de vírgenes, viudas ó mujeres religiosas, los falsificadores de monedas ó de sellos del rey, los que matan á yervas ó á traicion, ó alevé; probándoles su delito por buenos testigos, ó por su confesion hecha en juicio sin premia, no se pueden alzar de la sen-

tencia dada contra ellos por dichos yerros.

LEY 17. ID. ID.

Se puede apelar, tanto de los jueces puestos para todos los pleitos ordinarios, como de aquellos que lo son para pleitos señalados, salvo en los casos esceptuados en las leyes anteriores. Pero del emperador ó rey ninguno se puede alzar, si bien puede pedirle merced, que vea si ha alguna cosa de enderezar ó de mejorar en aquello que juzgó. Eso mismo decimos del adelantado mayor de la corte del rey, que non se pueden alzar de él; ni de la sentencia que dan los jueces de avenencia contra alguna de las partes que metieron el pleito en su mano; á no ser que alguno de estos jueces se mostrase manifestamente enemigo del demandador ó del demandado, y la parte que esto entendiese, afrontase á aquel avenidor su contrario, que non diese juicio, ni andoviese mas por aquel pleito; en cuyo caso podrá apelar de la sentencia que diere.

LEY 18. ID. ID.

El que se sintiere agraviado por la sentencia de un juez, puede se alzar del á otro que sea mayoral. Pero la alzada debe ser subiendo de grado en grado, del menor al mayor, no dejando ninguno entre medias. Si quisiese alzarse al rey desde luego, pasando por los otros jueces, bien puede hacerlo. Y si interpone la apelacion para otro mayoral, distinto de aquel á quien corresponde en grado, ó igual del juez inferior, vale la alzada, no para darles su conocimiento, sino para que envíen el pleito á aquel que tiene derecho de juzgarlo. Si por el contrario se hubiere alzado para otro juez menor ó extraño, es lo mismo que si nada hubiere hecho.

LEY 20. ID. ID.

De las apelaciones que interponen las viudas, huérfanos ó los pobres que no tienen veinte maravedís, ó los muy viejos,

APELACION.

53

debe conocer el mismo rey; ó nombrar quien las despache luego. Tambien conocerá solo el rey de las alzadas contra las sentencias de los jueces nombrados por él para fallar determinados negocios.

LEY 21. ID. ID.

Cuando el rey nombra á un juez para librar un pleito señalado, y este juez delegado lo encomienda á otro, de la sentencia que diere el último, se debe apelar al juez delegante. Mas si este mismo lo oyese ó lo librase, la alzada debe ser al rey. Si el que nombrase delegado fuese un juez ordinario, y despues de contestado el pleito, subdelegase á aquel sus facultades, la parte agraviada por la sentencia de este último, debe apelar al juez ordinario y no al delegado.

LEY 22. ID. ID.

La alzada se puede interponer de palabra, luego que fuere dada la sentencia, ó por escrito, desde el dia que fué dada hasta diez dias. Si la parte apelante se temiere algun mal del juez, debe leer su escrito ante homes buenos, para hacer testimonio como se alza de aquel juicio.

LEY 23. ID. ID.

La parte debe seguir la alzada al plazo que le pusiere el juez, y si el juez no lo hubiere señalado, dentro de dos meses. De modo que si el apelante no se presenta dentro de estos plazos, debe quedar firme la sentencia y pagar las costas á la otra parte. Si es su contrario el que no comparece, y no se le señaló plazo, el juez débelo emplazar para que venga á seguir el juicio; en cuyo caso, si no comparece dentro del término del emplazamiento, el juez procederá segun derecho conforme á su leal entender. Lo mismo sucederá si se le señaló plazo y no comparece dentro de él. Mas si acaeciese que ninguna de estas partes se persona, quedará firme la sentencia, y ninguna parte pagará las costas á la otra.

LEY 24. ID. ID.

En los plazos para alzarse y seguir la alzada deben contarse los dias feriados; é si alguno se alzase fuera de tiempo, la otra parte puede alegar que no debe ser oido, y que debe cumplirse la sentencia, é si la otra parte no estuviera delante, el juez de su oficio puede hacer eso mismo. Empero si el tiempo en que debia seguir el alzada pasase, porque el juzgador non le pudiere oir, ó non quisiere, entonces no le empece al que se alzó.

LEY 26. ID. ID.

Los apelantes no deben usar de palabras injuriosas contra el juez de quien se alzan, sino referirles mansamente el pleito como pasó, las razones alegadas y la sentencia que fuere dada sobre ello. El alcalde ó juez débelo otorgar, dándoles traslado de todo bien é lealmente dentro de tercero dia, contado desde el en que interpusieron la apelacion, y si no lo hacen deben pagar á la parte el daño que recibiere, y las costas y gastos que le ocasionaren. Tambien debe ponerles plazo para que se presenten á seguir la apelacion. Durante la apelacion el juez de cuya sentencia se apeló, no debe hacer ninguna cosa de nuevo en el pleito, ni en aquello sobre que fué dada la sentencia, estando ademas prohibido el que maltraten ó denuesten á los apelantes.

LEY 27. ID. ID.

El juez de alzada, luego que la parte pareciere ante él, debe abrir la carta en que es escripta el alzada, examinar el pleito como pasó, y la sentencia en él dada, mandando al apelante esponga los agravios.... Y si alguna de las partes dijere, que halló de nuevo cartas ó testigos que le ayudan mucho en su pleito, que no pudo mostrar ante el otro juzgador, devegelo recibir. Y si viesse que la sentencia fué dada derechamente, débela confirmar, y condenar al apelante en las costas, y enviar á las partes otra vez al

primer juez que cumpla su sentencia, ó ande adelante por el pleito principal, cuando el alzada fuere sobre algun incidente. Pero si entendiere que se alzó con derecho, mejore la sentencia, juzgue el principal sin condenacion de costas, y no lo envíe á aquel que juzgó mal. Otrosi, si el juez superior hallase que alguna cosa habia sido innovada por fuerza ó por engaño, ó por mandamiento del primer juzgador, del estado que tenia al tiempo de tomar la alzada, la debe hacer tornar á su lugar: y si la parte agraviada alegase y probase que no habia interpuesto la apelacion por miedo de que le heririan, matarian ó prenderian, debe ser oida, como si hubiera apelado.

LEY 28, ID. ID.

Cuando en una causa criminal ha sido dada sentencia de muerte, perdimiento de miembro ó destierro, y muere una de las partes, despues de interpuesta la apelacion, bien sea el acusador, bien el acusado, se acaba el alzada, y se termina el proceso. Pero si la sentencia fuere contra la persona, y contra los bienes del acusado, termina solo respecto á la primera, y los herederos del acusado están obligados á seguir la alzada, si quisieren heredar sus bienes. Los herederos del acusador pueden seguir el alzada en cuanto á los bienes, si quisieren, dentro del plazo de cuatro meses, además del que tuvo el finado.

LEY 29, ID. ID.

Si la cosa litigiosa muere despues del alzada, y es de tal naturaleza que vale casi tanto como viva, debe el juez seguir la alzada. Mas si despues de muerta no se pudiese aprovechar, ó valiese muy poco, no debe seguirla, sobre la cosa muerta, mas sí sobre la estimacion que pudiera valer cuando era viva. De manera que si aquel contra quien fué dada la sentencia tenia la cosa de mala fé, como si la habia de hurto ó robo, ó de quien sabia que no era dueño; si el juez superior confirmase la sentencia, debe

el poseedor pechar cuanto valiese, cuando era viva y además los frutos y rentas, que el Señor hubiera podido llevar de ella. Empero si la tuviese de buena fé, se termina el pleito por la muerte de la cosa, siempre que hubiese ocurrido por ocasion, y sin culpa del que la tenia.

LEY 4, TIT. 25, ID.

De la sentencia que dictare el rey ó el adelantado mayor de la corte no cabe apelacion, mas puede pedirse merced.

LEY 5, TIT. 25, ID.

El que pudiendo apelar de una sentencia no lo hace, la consiente y no puede despues reclamar contra ella por otro recurso.

LEY 5, TIT. 26, ID.

La sentencia dada en apelacion, no se anula porque falte la litis contestacion.

LEY 8, TIT. 48, PART. 4.

De la sentencia que diere el adelantado mayor de la corte del Rey, no puede apelarse, pero puede pedirsele por merced que vea ó enmiende su sentencia, si quisiere.

LEY 36, TIT. 5, PART. 5.

El comprador contra quien se da sentencia sobre la cosa comprada, debe apelar, si el vendedor no estuviere delante, y si no lo hace, no puede reclamar de este el saneamiento.

LEY 6, TIT. 40, PART. 7.

Pena esta ley al juez que no admitiendo la apelacion, deshonor al apelante.

LEYES DE LA NOVISIMA.

LEY 4, TIT. 20, LIB. 44.

LEY 1, TIT. 45, LIB. 2 del Fuero Real.

De la sentencia que den el alcalde ó el

APELACION.

55

juez, siquier sea juicio acabado, siquier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tuviere por agraviado pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sentencia, ó recibido el agravio y viniere á su noticia, y si asi no lo hiciere, quede firme en adelante. Tambien mandamos que en dicho dia quinto sea contado aquel en que fuere dada la sentencia ó hecho el agravio.

LEY 6, ID. ID.

Ley 2, tit. 15, lib. 2 del Fuero Real.

Cuando el apelante se presente á seguir el alzada, y no el apelado, habiéndole señalado término para comparecer, el juez que ha de conocer de ella vea el proceso, y los agravios que alega el primero y determine lo que hallare por derecho. Mas si al apelado no se le hubiere señalado término para comparecer, debe antes citársele, y oírsele si se presentase, pasando en caso contrario á fallar la causa, segun dicho es anteriormente.

LEY 22, ID. ID.

Ley 9, tit. 15, lib. 2 del Fuero Real.

No se otorgue apelacion en los pleitos siguientes: si se alzare algun hombre de mandar que otro que no sea descomulgado ó devedado, que no sea sepultado; ó sobre cosa que no se pueda guardar, como sobre uvas, antes que el vino sea fecho de ellas, ó sobre mieses que se han de segar, ó sobre otra cosa semejante que perece por tiempo, ó si fuere sobre dar gobierno á niños pequeños. Sin embargo aun en tales pleitos puédese querellar y proseguir su derecho aquel que se creyere agraviado por el alcalde.

LEY 24, ID. ID.

Ley 9, tit. 15, lib. 2 del Fuero Real, Don Enrique III
título de panis. cap. 23.

Si algun hombre se agraviare del juicio que el alcalde diere y apelar de él, no le denueste, ni le diga mal por ello, mas reciba

la alzada y haga lo que debe: otro si mandamos que aquellos que apelarén, no sean osados de decir al alcalde que juzgó mal, ni denuesto alguno, salvo que en buena manera digan y razonen aquello que hace á su pleito; y quien al alcalde denostare ó aviltare, peche el alcalde [diez maravedís por la osadía, y sobre esto pásese á la pena que manda la ley, segun que fuere la injuria: y si el alcalde deshonnare ó denostare al que apela de él, haya la misma pena. Y todo juez que denegare apelacion y no la quisiere otorgar, habiendo lugar, caya en pena de treinta mil maravedís para nuestra Cámara, salvo en los pleitos que son sobre nuestras rentas.

LEY 23, ID. ID.

Ley 4, tit. 13 del ordenamiento de Alcalá.

Establecemos que de las sentencias interlocutorias no haya alzada, y que los juzgadores no la otorguen ni la den, salvo si fueren dadas sobre defension perentoria, ó sobre algun artículo que haga perjuicio en el pleito principal; ó si dijere y probare la parte dentro de los nueve dias, que no es su juez, y el juez se pronunciare por tal, ó lo recusare por sospechoso, y no se acompañare, segun le está prevenido ó si en los pleitos criminales no guardare lo que se contiene en la ley 4, tit. 2 de este libro; ó si la parte pidiere traslado del proceso publicado, y el juez no se lo quisiere dar. En cualquiera de estos casos la parte agraviada se puede alzar de la sentencia, y el juez está obligado á otorgar la apelacion.

LEY 2, ID. ID.

Ley 3, tit. 13 del ordenamiento de Alcalá.

Cualquiera de nuestras justicias que espresamente señalare dia para dar sentencia, notificándolo á las partes, si alguna no pareciere para oírle aquel dia ni despues de dada, no se alzare de ella en cuanto el juez estuviere asentado juzgando los plei-

tos, que dende en adelante no se pueda alzar; pero si la sentencia fuere dada despues del dicho dia señalado, la parte que no fuere presente contra quien fuere dada, puede se alzar hasta quinto dia despues que le fuere notificada.

LEY 5, ID. ID.

Ley 3, tit. 13 del ordenamiento de Alcalá.

El juicio de alzada se debe seguir y acabar en el término de un año, contado desde el dia en que se apeló de la sentencia, salvo si hubiere algun embargo derecho porque no se pueda seguir y librar, y si por culpa del juez fincare de lolibrar, pague las costas y daños á las partes.

LEY 3, ID. ID.

Ley 4, tit. 13 del ordenamiento de Alcalá,

El apelante debe presentarse ante el juez superior á seguir la apelacion dentro del plazo que le hubiere asignado el inferior, y si este no lo hubiere señalado, debe comparecer ante el rey hasta cuarenta dias, si fuere allende los puertos; y si fuere acun- de los puertos hasta quinze dias; y si el rey estuviere en la villa hasta tercero dia, si fuere el alzada de los alcaldes del rey; y si fuere de los de la villa para ante otro al- calde mayor en la villa que haya poder de oir las alzadas, quela siga hasta tercero dia; y si fuere la alzada del término, tierra y ju- risdicción para los alcaldes dela villa, que ha- ya nueve dias contados desde á aquel en que le fuere otorgada la apelacion. Los mismos plazos tiene el apelante para querellarse del juez, si no le quisiere otorgar el alzada, y si en este tiempo no lo quisiere seguir ó no se querellare como dicho es, finque firme el juicio de que se alzan en estos plazos que dichos son: y la parte que hubiere de seguir el alzada, sea tenido de presentarse ante el juez de las alzadas con todo el proce- so del pleito, y de lo contrario no será oido y quedará firme la sentencia, sin que le val- ga decir que no tiene dinero para pagarlo.

Pero si el señor del pleito ó el procurador en su nombre alegare y probare que es po- bre, podrá seguir la apelacion y apremiar al escribano á que le dé el proceso sin di- neros; y lo mismo debe observarse, cuando alegare y probare otra razon derecha porque no pueda seguir el alzada.

LEY 7, ID. ID.

Don Juan II en 1423, pet. 14.

Las apelaciones que por uso y costum- bre antigua se interpusiesen en los lugares de señoríos para las nuestras ciudades, vi- llas y lugares, donde antiguamente solian ir, que vayan libremente á las dichas ciu- dades y villas, y que los dichos señores no pongan obstáculo ni impedimento á los ape- lantes, ni perturven nuestra jurisdicción, sopena de la nuestra merced.

LEY 8, TIT. 4, LIB. 5.

Don Juan I en Bribiesca y don Juan II en Tordesillas 1423.

Todos los pleitos, causas y cuestiones asi civiles como criminales que pendiesen ante los de mi consejo, y otros cualesquier jue- ces, asi ordinarios como delegados y comi- sarios sean remitidos para su despacho á las audiencias y chancillerías. Y asimismo mandamos que todas las apelaciones asi de las nuestras ciudades, villas y lugares, como de la reina y príncipe, como de todos los otros infantes, duques, condes, perlados y caballeros, y cualesquier otras personas vayan á las chancillerías, sin que los tales señores puedan poner en ello embargo.

LEY 8, TIT. 20, LIB. 44.

Don Fernando y doña Isabel en Toledo, año 1460, ley 67.

Ordenamos, que la sentencia definitiva, que fuere dada y pronunciada por los nues- tros alcaldes y jueces de las ciudades, villas y lugares de nuestros reinos, que fuere de cuantía de veinte mil maravedís ó dende ayuso la condenacion de ella sin las costas,

APELACION.

57

que en tal caso no se pueda interponer apelacion ante nos, ni para nuestro Consejo y oidores, ni otros jueces de la nuestra corte y chancilleria; ni los jueces de quien se apelar, sean tenidos de la otorgar ni la otorguen, so pena de las costas; pero si cualquier de las partes litigantes se sintiere agraviada de tal sentencia, que pueda apelar de ella, hasta cinco dias, del dia en que se diere la sentencia, y viniere á su noticia, para ante el Concejo, justicia y oficiales de la ciudad de la jurisdiccion donde el juez dió la sentencia, en los lugares y partes do las apelaciones acostumbran ir al regimiento: y mandamos, que el proceso pase ante el escribano ante quien pasó en la primera instancia, el cual lleve luego el proceso original á los jueces que fueren nombrados; los cuales el dicho Concejo elija, nombrando entre ellos dos buenas personas, los cuales en uno con el juez que dió la sentencia, hayan juramento que á todo su leal poder y entender juzgarán aquel pleito bien y fielmente: y ante ellos el apelante sea tenudo de concluir el pleito, y ante el mismo escribano dentro de treinta dias, dende el dia que pasare el quinto dia en que se pudo apelar y presentar: y despues dentro de otros diez dias primeros siguientes, los dichos tres jueces diputados, ó los dos dellos, si los tres no se conformasen, den y pronuncien sentencia en el dicho pleito, confirmando ó revocando, añadiendo ó menguando la primera sentencia, como hallaren que se debe de hacer; y lo que estos así determinaren sea firme, y ejecutado por la justicia ordinaria, y no haya ni se resciba apelacion ni suplicacion para ante nos, ni para ir á nuestra audiencia, ni para ante otro juez alguno; y esto se entienda, si la ciudad, villa ó lugar donde esto acaeciére, estuviere mas de ocho leguas lejos de las nuestras chancillerias; pero que si estuviere á ocho leguas ó menos, que vayan á ellas tales pleitos por apelacion, segun se usó y acostumbró. Y mandamos al Concejo do esto acaeciére, que luego que por el apelante fuere requerido dentro de los dichos cinco dias, nombren los dichos dos diputados,

TOMO III.

sopena de diez mil maravedis á cada uno, y de privacion de los dichos oficios: y mandamos al dicho juez, y á los otros dos diputados, que dentro de los dichos diez dias, despues de pasados los treinta, determinen la dicha causa, sopena de diez mil maravedis, y las costas para la parte que sobre ello le requiere; los cuales ejecuten luego el corregidor ó justicia del pueblo, sopena que, no lo haciendo, lo paguen con el cuatro tanto, y se le ponga por capitulo en la residencia; y que ademas de esto paguen á la dicha parte la cantidad de lo que montare en la causa principal porque se apela. Y si la parte que se sintiere agraviada no hiciere sus diligencias, por manera que dentro de los dichos diez dias se pueda ver y determinar el pleito; mandamos, que dende en adelante la sentencia quede firme y pasada en cosa juzgada: y mandamos á los dichos jueces, que despues de dada la dicha sentencia, y pronunciada en regimiento, la ejecuten luego sin dilacion alguna, sopena, que incurran en pena de veinte mil maravedis, la tercia parte para nuestra Cámara, y la otra para el denunciador, y la otra para los pobres de la cárcel del lugar dó sucediere.

LEY 9, TIT. 4, LIB. 3.

Don Fernando y doña Isabel en las ordenanzas de Medina, cap. 3, año 1489.

Todas las apelaciones de cualesquier jueces así ordinarios como delegados vayan á las nuestras chancillerias, salvo las que está mandado vayan á nuestro Consejo.

LEY 17, TIT. 20, LIB. 41

Don Fernando y doña Isabel en Sevilla. Pragmatica de 6 de junio de 1500, cap. 26.

Mandamos, que los procesos que fueren apelados para ante nos y las pesquisas y testimonios que enviaren cerrados, despues que fueren signados, cerrados y sellados, los hagan sobreescribir encima, poniendo entre que partes es, y el juez delante quien fue apelado y á quien va remitido, y que todos

los dichos procesos y pesquisas signadas vengan á nuestra corte en hoja de pliego entero, y puestos los derechos en las espaldas, sopena que el escribano que no lo hiciere, devuelva lo que llevó con el cuatro tanto mas para nuestra Cámara.

LEY 4, TIT. 20, LIB. 44.

Don Fernando y doña Isabel en las ordenanzas de Madrid, cap. 34, en 1502.

En las causas que vienen á las nuestras audiencias por via de apelacion ó remision, tengan las partes para presentarse, y venir y seguir las causas, y traer los procesos los términos que estan ordenados por la ley del ordenamiento de Alcalá; que si fuere acuende los puertos, sean quince dias, y si allende, cuarenta; y que sobre esto no se hayan de esperar los términos de doce dias, á saber, los nueve dias de corte y tres de pregonos, y que de aqui adelante no se haya de acusar ni escribir la rebeldia de los dichos nueve dias de corte, ni tres de pregonos.

LEY 4, TIT. 44, LIB. 2.

Cédula de 20 de noviembre de 1522.

Las apelaciones de las sentencias de los jueces subdelegados de Cruzada en negocios de Cruzada, Bula y Subsidio, vayan al comisario general y no á las audiencias ó chancillerías.

LEY 2, TIT. 2, ID.

Don Carlos y doña Juana en Toledo, año 1535.

Por cuanto asi por derecho como por costumbre inmemorial nos pertenece alzar las fuerzas que los jueces eclesiásticos y otras personas hacen en las causas que conocen, no otorgando las apelaciones que de ellos legítimamente son interpuestas, mandamos á nuestros presidentes y oidores de nuestras audiencias de Valladolid y Granada, que cuando alguno viniere ante ellos, quejándose de que no se le otorga la apelacion que justamente interpone de algun juez eclesiás-

tico, den nuestras cartas en la forma acostumbrada en el Consejo para que se le otorgue la apelacion, y si el juez eclesiástico no la otorgase, manden traer á las dichas nuestras audiencias el proceso eclesiástico originalmente, el cual trahido, sin dilacion lo vean, y si por él les constare que la apelacion está legítimamente interpuesta, alzando la fuerza, provean que el tal juez la otorgue, y reponga lo que despues de ella hubiere hecho, y si por el dicho proceso pareciere la dicha apelacion no ser justa y legítimamente interpuesta, remitan luego el tal proceso al juez eclesiástico con condenacion de costas si les pareciere, para que él proceda y haga justicia.

LEY 4, TIT. 8, ID.

Cédula de 23 de agosto de 1597

Determinanse en esta ley los pleitos y causas que deben seguirse ante los tribunales y jueces reales, aunque sean actores ó reos los comendadores de las órdenes, ó la misma orden, ó la mesa maestral, y aquellos en que pueden conocer los jueces de la orden y se previene 2. Que en los lugares donde la orden de Santiago tiene la jurisdiccion temporal, se guarde lo que siempre se ha hecho, reservando para nos y para nuestra corona real y para nuestros jueces y oficiales en lo que toca á las segundas apelaciones, y de todo lo otro que nos es debido por razon de la suprema mayoría conforme á derecho y leyes de estos reinos.

En la nota 2 á esta ley se dice que por cédula de los señores reyes católicos, de 10 de noviembre de 1495, y sobre cédula de 21 de junio de 1496 se supone estar mandado que de las sentencias de los gobernadores de las órdenes de Santiago y Calatrava ó sus tenientes se apelase para ante el Consejo de las órdenes, como se habia acostumbrado apelar para ante sus maestros, y por otra cédula de 3 de noviembre del mismo año se previno, que en las anteriores habia sido la intencion de los reyes solamente declarar que el Consejo representaba y era habido como cada uno de los maestros para que fueren ante él las apelaciones que podian y debian ir ante estos, pero no perjudicar á la real preeminencia, ni que dejase de conocer la audiencia de los casos y cosas que le correspondian segun las leyes del reino. Asimismo por otra cédula de 26 de junio de 1513, se mandó que en adelante por estar y

APELACION.

39

residir en la corte el Consejo de las órdenes, remitiesen á este las chancillerías todas las causas que fuesen á ellas en grado de apelacion de los gobernadores, alcaldes mayores y ordinarios del territorio de las órdenes, para que en él se conociera de ellas y determinasen, cuya cédula se derogó por otra de 7 de agosto de 1523 en la que se ordenó que en adelante conociese la chancillería de las causas y negocios que fuesen en apelacion de las sentencias que se dieran en los lugares de las órdenes.

LEY 46, TIT. 20, LIB 44.

Don Carlos y doña Juana en Madrid, pet. 37, año 1528.

Cuando en virtud de las ordenanzas de los pueblos fechas sobre mandamientos, los corregidores y justicias de las ciudades y villas de nuestros reinos condenaren á algunos regatones ó personas delincuentes en sus tratos hasta en cuantía de mil maravedís y dende abajo, que la pena se ejecute en la persona y bienes del condenado, sin embargo de su apelacion; la cual, despues de ejecutada, pueda proseguir ante quien, y donde viere que le cumple.

LEY 44, ID. ID.

Los mismos en Madrid, pet. 38, año 1528.

Las apelaciones en causas criminales, cuya condenacion no pase de seis mil maravedís, vayan donde han acostumbrado ir y no al regimiento. Lo mismo se observará respecto de las apelaciones de igual suma que se interpusiera de los alcaldes entregadores de cañadas y mestas.

LEY 2, TIT. 44, LIB. 2.

Cédula de 18 de setiembre de 1531.

Que las apelaciones de los pleitos y causas en materia de cruzada, bulas, subsidios cuartas y cuentas de ello, vayan al comisario general de cruzada.

LEY 8, TIT. 3, LIB. 44.

Los mismos en Madrid, pet. 60, año 1534.

Los pleitos civiles sobre deudas que no

escedan de mil maravedís, ventíllense sumariamente, sin oír abogados, ni asentar por escrito mas que la absolucion ó condenacion, sin que de dichas sentencias puede apelarse, ni admitirse restitution, ni otro recurso alguno, todo lo cual no se entienda en los casos y penas de ordenanza.

Por el art. 1, §. 6 de la real Cédula de 6 de octubre de 1768, se declara que la cantidad para los juicios verbales de que puede y debe conocer cada alcalde de cuartel en Madrid, es hasta 500 reales; y por real resolucion, á consulta de 16 de marzo de 1796, comunicada en circular de 18 de diciembre se previno, que en los juzgados militares se conozca en juicio verbal hasta en cantidad de 500 rs. en España y 100 pesos en Indias, así como sobre palabras y hechos livianos, sin que haya recurso ni remedio de las determinaciones que en tales negocios se dieran. (Notas 1 y 2 de la Novísima Recopilacion á esta ley).

LEY 19, TIT. 20, ID.

Los mismos en Madrid, pet. 83, año 1534.

Cuando alguno fuere preso por causa pecuniaria, no sciendo la causa criminal, si apelare de la sentencia que contra él fuere dada, depositando la cantidad en que fuere condenado, ó dando fianzas, sea suelto, para que pueda proseguir la apelacion.

LEY 48, ID. ID.

Los mismos en las Cortes de Valladolid, pet. 44, 1537.

Por evitar los inconvenientes que resulten en no venir en los testimonios de apelacion declarada la cantidad sobre que es el pleito, y si la causa es civil ó criminal, mandamos, que los escribanos ante quien pasaren los tales procesos de que así se apelare, en los testimonios de apelacion en las causas civiles pongan la relacion de la demanda y la cantidad de ella, con la reconvention si la hubiere, y tambien la sentencia ó relacion de la cantidad de ella, y lo mismo en las causas criminales, so pena de ser suspendidos de oficio por dos meses, y mandamos á los presidentes y oidores de las audiencias que provean como los dichos testimonios vengan claros, de manera que se pueda entender si la causa es civil ó criminal.

LEY 15, ID. ID.

Los mismos en Alcalá, 1543.

De los alcaldes mayores de los adelantamientos de Palencia, Burgos y Leon, aun en los pleitos de seis mil maravedís abajo, se apele pena nuestras audiencias, y no para los concejos de los lugares.

LEY 13, ID. ID.

Don Cárles y don Felipe en las ordenanzas del consejo hechas en la Coruña, año 1534, cap. 3.

Mandamos, que todas las apelaciones de cualesquier jueces ordinarios como delegados vayan á la nuestra chancillería, salvo las apelaciones de residencias, y las cartas ejecutorias que del nuestro consejo emanaren de cosas vistas en él y de las pesquisas y pesquisadores que fueren por nuestro mandado ó los del nuestro consejo que no llevaren poder de determinar. Y que las apelaciones de los alcaldes de la nuestra casa y corte de las causas civiles vayan ante los del nuestro consejo, estando en el lugar donde el tal negocio se verifcare, y si el nuestro consejo partiere del tal lugar sin determinar el pleito, irá á terminarse á nuestra audiencia, salvo si nuestra corte asentare dentro de veinte leguas del tal lugar, ea en tal caso mandamos que el tal pleito se siga y fenezca en el nuestro consejo.

LEY 2, TIT. 8, LIB. 2.

Cédula de 14 de mayo de 1554.

Semanda que las apelaciones de todos los pleitos y causas en negocios que se tratan ante los visitadores generales de las dichas órdenes y ante las justicias de ellas sobre cosas tocantes á disposiciones de comendadores, caballeros y otras personas de las dichas órdenes, y de las sentencias, mandamientos y otros autos que se dictaren en las residencias públicas ó secretas que se tomen á los gobernadores y jueces de residencia y alcaldes mayores de las ciu-

dades, villas y lugares de los partidos de las dichas órdenes, y de las que se dieren y pronunciaren por los jueces perseguidores y de comision que se proveyeran en el consejo de ellas, no puedan ir ni vayan á las audiencias y chancillerías reales, ni otra parte alguna, sino ante los del dicho consejo de las órdenes.

LEY 4, ID. ID.

Cédula de 11 de mayo de 1536.

Las apelaciones de todos los pleitos, causas y negocios que se traten ante los gobernadores ó jueces de residencia, alcaldes mayores y otras justicias y jueces de las ciudades, villas y lugares de las órdenes de Santiago, Calatrava y Alcántara, y de cada una de ellas, tocante á rentas, derechos, preeminencias y otras cosas anexas á las mesas maestras de las dichas órdenes y de cada una de ellas, y á las encomiendas, conventos, monasterios, hospitales, ermitas y cofradías, y á otras cosas que consigo tengan anexa espiritualidad, no puedan ir ni vayan á las audiencias y chancillerías reales, ni á otra parte alguna, si no ante el consejo de las órdenes, salvo en las cosas y casos que fuere sobre estancos y nuevas imposiciones.

LEY 3, ID. ID.

Cédula de 23 de diciembre de 1554.

Las apelaciones que se interpusieren de la ejecucion de cualesquier ejecutoria libradas por los dichos jueces de comision, que se executaren en cualesquier ciudades, villas y lugares fuera del territorio de las órdenes de Santiago, Calatrava y Alcántara, vengan ante los jueces de comision que en aquel tiempo conocieren de los pleitos y causas que se suplican del consejo de las órdenes para el rey, los cuales conozcan de las tales causas y las sentencien y determinaren conforme á justicia.

APELACION.

61

LEY 4, TIT. 2, ID.

Don Carlos y doña Juana 1555.

Los procesos que se mandan llevar por via de fuerza, vayan á las audiencias bajo de cuyos límites estuviere el juez eclesiástico.

LEY 5, TIT. 8, ID.

Cédula de 7 de noviembre de 1562.

Por ella se deroga la escepcion ó limitacion puesta en la ley 4 de este título.

LEY 9, TIT. 20, LIB. 44.

Don Felipe II en las Cortes de Madrid, pet. 27, 1560.

En las apelaciones de los pleitos que van á los ayuntamientos, los escribanos entreguen los procesos á los jueces nombrados dentro de los dos primeros dias de los diez que se dan para sentenciar, aunque la parte no lo pida, so pena de diez ducados.

LEY 6, TIT. 8, LIB. 2.

Cédula de 19 de enero de 1609.

Las segundas instancias de todas las causas criminales y mixtas contra los caballeros de las órdenes militares corresponden al consejo de las órdenes que conoce de las primeras.

LEY 10, TIT. 20, LIB. 44.

Don Felipe III en la corte de Madrid 1614.

Ordenamos y mandamos que así en los lugares donde hay chancillerías y audiencias, como en los que estan ocho leguas de ellas, toquen á sus ayuntamientos las apelaciones de las sentencias definitivas en pleitos cuya cantidad no esceda de treinta mil maravedís, quedando á eleccion de las partes elegir tribunal, quier sea el de cualquiera de las dichas mis audiencias, ó el ayuntamiento de la ciudad, villa y lugar.

LEY 2, TIT. 4, LIB. 2.

Auto acordado de 9 de octubre de 1640.

CAP. III. 4. Para obviar la multiplicacion de breves en materia de justicia, ordenamos y mandamos, que así en el tribunal (de la Nunciatura) como en la abreviatura, se tenga cuidado de no conceder letras, comision ú otro breva alguno en grado de apelacion, sin que se presente testimonio del agravio del juez a quo; y que no se libre sin que primero se presente y quede en el oficio poder legítimo de la parte apelante; y para esto no se admitan cauciones algunas; y si el juez ó notario de la primera instancia rehusare dar el dicho testimonio, en este caso, exhibiéndose fé de la petition del apelante y de negacion del juez ó notario, se pueda despachar la tal inhibicion sin el dicho testimonio.

CAP. IV. 4. En cualquiera inhibicion que se despachare en este tribunal en virtud de apelacion, se ponga cláusula, *Ita tamen quod, si sententia, a qua existit appellatum, non fuerit deffinitiva, vel vim deffinitivæ non habens, præsentis literæ nullius sit roboris vel momenti, aut præsens inhibicio non afficiat.*

CAP. V. 4. En cuanto á oír los reos en causas criminales, acudiendo los apelantes á la abreviatura por breves de comision, se ponga en la signatura de la súplica la cláusula, *oratore in carceribus constituto, vel parito judicato*; y si se despachasen letras por el tribunal en grado de apelacion ó por via de recurso, si el apelante se presentare personalmente, se le mande *ante omnia*, que se constituya preso en la cárcel eclesiástica de esta villa, ó en otra parte segun la calidad de la persona y gravedad de los delitos, y con fianza eclesiástica de cárcel segura y de guardarla con censuras y penas pecuniarias, segun la gravedad de las causas y calidades de los delitos; y estando preso se le manden despachar letras ordinarias para citar, inhibir y compulsar los autos en forma; y si en los casos por derecho permitidos se presentare por medio de su procura-

dor (en caso que se admita) se le mande ante todas cosas ponga poder legítimo en los autos y testimonio del agravio; y siendo *super articulo injustæ carcerationis*, se ponga la cláusula, *firmiter remanente in carceribus*; y si la apelacion fuere de sentencia definitiva, *servata forma molus proprii Pii IV et V*, como siempre se ha estilado en el tribunal.

CAP. XV. En la forma de sustanciar las causas, se guarde y observe el estilo y práctica del tribunal.

LEY 4, TIT. 44, LIB. 3.

Resolucion de 7 de junio de 1649

De las sentencias que dictaren los capitanes de la guardia de S. M., puede apelar-se para el Bureo.

LEY 7, TIT. 8, LIB. 2

Sobre cédula de 27 de mayo de 1663.

Se ordena la observancia de la real cédula de 19 de enero de 1609, que es la ley 6 de este título.

LEY 4, TIT. 9, ID.

Cédula de 23 de febrero de 1693.

Que las apelaciones de las providencias del juez privativo de las iglesias de las tres órdenes militares vayan al consejo de las órdenes solamente, para ante quien se las otorgara.

LEY 2, TIT. 44, LIB. 3.

Resolucion de 15 de marzo de 1697.

Que las apelaciones en los negocios de que conocen los capitanes de la Guardia Real, vayan al Bureo y al consejo de guerra acumulativamente.

LEY 9, TIT. 8, LIB. 2.

Cédula de 16 de mayo de 1707.

Que de las sentencias que en las causas criminales y mixtas de los caballeros de las órdenes dictaren en primera instancia el

Consejo de las órdenes, se pueda apelar á la junta de comisiones (1).

LEY 2, TIT. 43, ID.

Cédula de 11 de noviembre de 1751.

Los ministros del tribunal de cruzada conozcan de las segundas instancias en los negocios de espolios y vacantes.

LEY 8, TIT. 12, ID.

Real orden de 22 de abril de 1761.

Las apelaciones de las causas de que conoce la direccion de la gracia de escusado vayan á la sala de justicia del Consejo de Hacienda.

LEY 6, TIT. 4, ID.

A consulta del Consejo pleno de 18 de agosto de 1767.

El nuncio de S. S. use de las facultades que se le conceden por el siguiente breve sin perjuicio de las concordias de 26 de setiembre de 1737, 20 de febrero y 10 de setiembre de 1753 y la celebrada con el nuncio don César Facheneti (ley 2, de este título y libro).

Breve del Papa Clemente XIII de 18 de diciembre de 1766.

Y ademas (le damos y concedemos plena autoridad) para proceder, y conculas devidamente segun fuere de justicia, terminar las causas de dichos crímenes y otras cualesquiera criminales, meras y mistas, eclesiásticas y profanas y otras pertenecientes de cualquier modo al fuero eclesiástico (fuera de las causas en primera instancia, sino es que necesiten reparo de gravámen irreparable ó que tengan fuerza de sentencia definitiva), así por via de recurso y simple querella, como en fuerza de cualesquiera apelaciones interpuestas ó que se interpusieren de cualesquiera jueces ordinarios y tambien delegados de la dicha silla.....

(1) Esta junta quedó suprimida por Pragmática de 18 abril de 1793, que es la ley 16, tit. 21, lib. 11.

APELACION.

63

LEY 6, ID. ID.

Resolucion y circular del Consejo de 26 de noviembre de 1767.

Encaminada á reprimir los abusos de la Nunciatura, previene que las apelaciones no se admitan ni se concedan sino *gradatim*, segun se dispone en el *cap. Romana de appellat*, in 6, en el Concilio de Trento, capítulo 7, Sess. 22 de *Reformat*, y se repitió en el cap. 25 de la Bula de Clemente VIII, 26 de octubre de 1600, que empieza *Apostolici ministerii*, espedita para estos reinos; que los arzobispos, nuncios apostólicos, legados *a latere* y jueces de la curia romana, no admitan apelaciones ni espidan inhibiciones en todos los negocios y causas que deben ser ejecutivas, segun lo dispuesto en la Bula espedita por el Papa Benedicto XIV, que comienza *Ad militantis ecclesiae regimen*, en cuya ejecucion procedan los obispos escitada su jurisdiccion ordinaria, ó tambien como delegados de la Silla Apostólica, *appellatione vel inhibitione quacumque postposita*; que en las causas en que las apelaciones proceden en ambos efectos se observen las reglas y preceptos que previenen el modo de admitirlas el Concilio de Trento, las constituciones citadas, y la concordia con el Nuncio Don César Fachineti (ley 2 de este título).

Nota 8 de esta ley.

Por circular acordada del Consejo de 26 de enero de 1769 se previno por punto general, que los reverendos obispos, metropolitanos y demas jueces eclesiásticos seculares y regulares del reino, admitan precisamente las apelaciones con determinacion al metropolitano ó superior inmediato del juez de la anterior instancia, y no en otra forma, castigando á los notarios que admitieren pedimentos de apelaciones vagas, ó *omisso medio*, y multando á los procuradores y abogados que los firmaren.

LEY 4, TIT. 10, LIB. 3.

Decreto de 13 de noviembre de 1768.

Las apelaciones que de los negocios que conocen los alcaides gobernadores ó intendentes de los palacios, alcázares, sitios rea-

les y casas de campo que iban antes á la junta de apelaciones, irán en lo sucesivo á la sala de justicia del Consejo, incluso el sitio de San Ildefonso que no ha tenido tribunal de apelacion señalado.

LEY, 2, ID. ID.

Provision del Consejo de 23 de abril de 1760.

Las causas sobre cazas, cortas, etc. en los bosques reales, se consulten con el Consejo y las sentencias que se dictaren en las de cortas se ejecuten sin embargo de apelacion.

LEY 8, ID. ID.

Cédula de 17 de febrero de 1771.

Las apelaciones de las sentencias que dictaren el gobernador de las reales acequias de Jarama y Colmenar de Oreja en los negocios de su competencia, vayan al Consejo en su sala de justicia.

LEY 4, TIT. 5, LIB. 2.

Real decreto de 26 de octubre de 1773.

Inserta esta ley el breve de 26 de marzo de 1771 por el que se crea el tribunal de la Rota de la nunciatura Apostólica, á quien el nuncio debe en adelante cometer el conocimiento de las apelaciones en los pleitos seguidos en primera instancia ante los obispos y arzobispos de estos reinos, por derecho propio ó delegacion de aquel, ordenándose ademas que en las causas criminales se observe perpétua y puntualmente en todo y por todo lo prescrito por el Concilio Tridentino, por los sagrados Cánones y por las constituciones Apostólicas acerca de las apelaciones y recursos, en todo lo que sea compatible con esta nueva forma de juzgar las causas, establecida por estas nuestras letras, por lo cual se observará perpétua y legítimamente el orden gradual y legítimo en admitir y recibir las apelaciones y cualesquiera recurso, de suerte que siempre quede

salva á los ordinarios la facultad de conocer en primera instancia.

LEY 44, TIT. 20, LIB. 44.

Don Carlos III por resolucion á consulta y cédula del Consejo de 3 de noviembre 1778.

Conformándome con el dictámen del Consejo, he venido en mandar que se observe y guarde como ley por punto general en estos mis reinos de Castilla y Leon, que sus ayuntamientos conozcan en adelante de las sentencias apeladas de las justicias ordinarias de sus respectivos pueblos hasta en la cantidad de cuarenta mil maravedís, y siendo necesario derogo y anulo todas las cosas que sean ó puedan ser contrarias á esta mi real resolucion.

LEY 4, TIT. 5, LIB. 2.

Resolucion de 2 de octubre de 1787.

Al tribunal de la Rota, como colegiado único eclesiástico de apelaciones últimas en estos reinos en lo perteneciente á la jurisdiccion eclesiástica sin escepcion, corresponde el conocimiento de las de la vicaría general del ejército.

LEY 44, TIT. 8, ID.

Cédula del Consejo de las órdenes de 13 de noviembre de 1787.

De las providencias que dictare el juez administrador de las encomiendas de los infantes haya apelacion al Consejo de las Ordenes, sin perjuicio, ni retardacion de lo que fuere ejecutivo.

LEY 9, TIT. 40, LIB. 3.

Ordenanzas del real sitio de Aranjuez de 31 de mayo de 1791.

En las causas de menor cuantía que no esceda del valor de mil reales, no habrá otro recurso contra las providencias del teniente gobernador del sitio, que la reclamacion para ante la junta de gobierno, y ninguno contra lo que esta resolviere.

En las causas criminales las apelaciones las admitirán para la sala de Corte, y en las

civiles de mayor cuantía para ante el Consejo en sala de justicia.

LEY 42, TIT. 42, LIB. 2.

Decreto de 21 de marzo de 1794.

En los negocios ó pleitos entre los administradores del Escusado y los interesados sobre asuntos no eclesiásticos de que conocen los subdelegados de rentas, las apelaciones vayan al Consejo Real de Hacienda en la sala de justicia, segun se previno en real orden de 6 de febrero de 1787 y otras anteriores.

LEY 6, TIT. 10, LIB. 3.

Real cédula de 3 de marzo de 1804.

El gobernador del real sitio de San Lorenzo no admita las apelaciones de las sentencias que dictare de los negocios de su jurisdiccion, sino para ante el Consejo en su sala de justicia.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

REAL CÉDULA DE 6 DE FEBRERO DE 1830.

Le concede fuerza de ley al breve espedido por el S. P. Pio VIII con fecha 5 de octubre de 1829, por el que se faculta al Nuncio para admitir las alzadas ó apelaciones en causas de fé, cometiendo su decision al tribunal de la Rota por el mismo orden que está prescrito en la Constitucion del Papa Clemente XIV, de 1774, para las demas causas civiles ó criminales que se cometen al mismo tribunal para su sustanciacion y decision, observando, empero, todas aquellas solemnidades que suelen y deben observarse en los juicios de materia tan grave.

REAL ÓRDEN CIRCULADA EL 45 DE FEBRERO DE 1835.

Se manda que los tribunales eclesiásticos se conformen á la práctica y leyes que observan los civiles, en cuanto á la remision

APELACION.

65

de los autos originales á sus respectivos superiores en los casos de apelacion y de mas recursos.

REAL ÓRDEN DE 1.º DE JULIO DE 1835.

Tercero. Se previene entre otras cosas, que las causas de fé se sustancien conforme en un todo á lo que se ejecuta á los demas precios eclesiásticos, admitiéndose las apelaciones, recursos de fuerza y otros que procedan de derecho.

REAL DECRETO DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1835.

Reglamento provisional para la administracion de justicia.

De la sentencia que den el alcalde ó los tenientes en juicio verbal, no habrá apelacion.

Art. 40. No la habrá tampoco de las que pronuncien los jueces de primera instancia en los juicios verbales.

Art. 41. De las demandas civiles que, pasando de las cantidades espresadas en el precedente artículo, no escedan en la Peninsula é islas adyacentes de los 40,000 maravedís que fija la ley 11, tit. 20, lib. 11 de la Novísima Recopilacion, y del cuádruplo en Ultramar, conocerán los jueces de primera instancia por juicio escrito, sin que de la sentencia que dieren haya lugar á otro recurso que, ó el de apelacion para ante el ayuntamiento de la capital del partido judicial respectivo, ó el de nulidad para ante la real audiencia.

Art. 42. En el caso de interponerse alguno de estos recursos, se observarán las reglas siguientes.

1.ª La parte agraciada deberá interponer uno ú otro ante el mismo juez que hubiere dado la sentencia, y dentro del preciso término de los cinco dias siguientes al de su notificacion, so pena de que pasado sin hacerlo quedará firme y ejecutoriada la sentencia.

2.ª Si se interpusiere apelacion para el ayuntamiento, la admitirá el juez sin otra circunstancia, y le pasará los autos originales, haciendo citar y emplazar antes á las partes, para que dentro de tercero dia acudan á usar de su derecho.

TOMO III.

3.ª Dentro del preciso término de ocho dias de habersele pasado los autos, el ayuntamiento pleno, asistido de algun asesor letrado, se instruirá bien de lo que de ellos resulte, y oyendo de palabra cuanto las partes tuvieren que esponer, ó intentaren probar con nuevos testigos que presenten en el acto; pero sin admitirles ningun escrito ni dar lugar á mas trámites, pronunciará *ex aquo et bono* la sentencia que le parezca mas justa, la cual sin ulterior recurso será llevada á debido efecto por el juez, devolviéndose los autos para ello.

Art. 49. En los juicios sumarísimos de posesion será siempre ejecutiva la sentencia del juez de primera instancia, sin embargo de apelacion, la cual no se admitirá, sino solo en el efecto devolutivo; é interpuesta y admitida hará el juez que á eleccion del apelante, ó se remitan los autos á la audiencia en compulsa á costa de este, ó se aguarde para remitirlos originales, á que sea plenamente ejecutada dicha sentencia, citándose siempre, y emplazando previamente á los interesados para que acudan á usar de su derecho ante el tribunal superior.

Art. 50. En los demas casos en que conforme á la ley sea admisible en ambos efectos la apelacion, el juez admitirá lisa y llanamente la que se interpusiere, y desde luego remitirá á la audiencia los autos originales á costa del apelante, con la prévia citacion y emplazamiento sobre dichos, sin que se puedan exigir derechos algunos con el nombre de compulsa.

Art. 51. En las causas criminales observarán muy cuidadosamente, ademas de lo que respecto á ellas ordenan las leyes, el capítulo primero de este reglamento las disposiciones que siguen. *Regla décima cuarta.* La sentencia definitiva será notificada á estas inmediatamente (á las partes), y apelen, ó no, se remitirán desde luego los autos originales á la audiencia del territorio con prévia citacion y emplazamiento de las mismas, siempre que la causa fuese sobre delito á que por la ley esté señalada pena corporal. Si la causa fuere sobre delito liviano á que por

la ley no se imponga pena de esta clase, se le remitirá á la audiencia con igual formalidad, cuando alguna de las partes interponga apelacion dentro de los dos dias siguientes al de la notificacion de la sentencia; la cual causará ejecutoria, y será llevada desde luego á debido efecto por el juez, sino se apelare en dicho término.

Art. 58. Corresponde á las audiencias *Primera*: conocer en segunda instancia de las causas civiles y criminales, que los jueces de primera instancia de su distrito les remitan en apelacion ó en consulta.

Art. 72. En las demas causas criminales que venga en apelacion del juzgado inferior ó en consulta de sentencia definitiva pronunciada por él, sobre delito de pena corporal, la audiencia para determinar en vista ó en revista oirá al fiscal en su caso, y tambien á las demas partes, si se presentaren, concediéndoles un término que no pase de nueve dias á cada uno, con las circunstancias que añade la regla 5.^a del citado artículo 54. Si pasado el término del emplazamiento hecho en el juzgado inferior no se hubiere presentado alguna de las partes cuando el fiscal dé su dictámen, se le conferirá traslado de este, mandando emplazarla de nuevo por el término absolutamente necesario, segun la distancia; y si tampoco así se presentare personalmente, ó por medio de apoderado, se habrá por conclusa la causa, trascurrido que sea dicho término, é inmediatamente se procederá á la vista, haciéndose en estrados las citaciones y notificaciones por lo respectivo á aquella parte.

Art. 90. 7.^a Conocer en apelacion (el Tribunal Supremo de Justicia), así de los asuntos judiciales de la real Hacienda en todo el reino, segun lo que determinen las leyes, como tambien de todos los asuntos contenciosos de la real Caja de amortizacion.

REAL DECRETO DE 8 DE OCTUBRE DE 1835.

Artículos adicionales al reglamento provisional sobre administración de justicia.

Primero. En las apelaciones de autos interlocutorios, y en los definitivos sobre

negocios de menor cuantía, se observará lo establecido en el artículo 69 del reglamento provisional para la administracion de justicia en lo respectivo á la real jurisdiccion ordinaria.

REAL ÓRDEN DE 10 DE ABRIL DE 1835.

Dispone que los tribunales eclesiásticos inferiores, en los juicios ordinarios, admitan las apelaciones en ambos efectos, conforme á lo dispuesto en las leyes civiles, arreglándose en lo demas á lo que estas previenen, prescindiendo de cualquier costumbre contraria. Al mismo tiempo se ha servido mandar S. M. que se recuerde á los tribunales eclesiásticos el mas puntual y exacto cumplimiento de la real órden circular en 15 de febrero del año anterior, mandándoles uniformarse á la práctica y leyes que observan los civiles en cuanto á la remision de los autos originales á sus respectivos superiores en los casos de apelacion y demas recursos.

LEY DE 17 DE ABRIL DE 1821.— REESTABLECIDA EN AGOSTO DE 1836.

Art. 25. Notificada la sentencia á las partes, las emplazará el juez con término de ocho dias para ante la audiencia territorial, haciendo saber al reo en el acto que nombre procurador y abogado, y si pasado este término y dos dias mas no se presentasen procurador y abogado nombrados por el reo, y que residan á la sazón en la capital, el tribunal los nombrará de oficio.

DECRETO DE LAS CÓRTEES DE 8 DE MAYO, PROMULGADO DE 13 DE 1837.

Se autoriza al Tribunal Supremo de Justicia para que por ahora conozca de las apelaciones de que conocia el suprimido consejo de Indias, fallando con arreglo á las leyes vigentes y establecidas para los dominios de Ultramar.

APELACION.

67

TIT. 5, CAP. 2, DE LA CONSTITUCION DE 1812,
FUENTE COMO LEY.

Art. 281. La sentencia que dieren los arbitros se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar.

LEY DE 10 DE ENERO DE 1838.

Art. 43. La sentencia no apelada (en los pleitos de menor cuantía seguidos en los tribunales ordinarios) se tiene por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada por ministerio de la ley y sin necesidad de declaracion judicial. Trascurrido el término de la apelacion el juez ejecutará la sentencia.

Art. 44. Si se interpusiere apelacion dentro de los cinco dias señalados por la ley, el juez la admitirá lisa y llanamente y sin dar traslado, mandando que se cite á las partes para que dentro de quince dias acudan por sí ó por medio de procurador á la audiencia del territorio, á la que remitirán los autos á costa del apelante.

Art. 45. Llegados los autos á la audiencia, hecho el repartimiento inmediatamente que haya trascurrido el término de la citacion ó emplazamiento, se dará cuenta á la sala á que corresponda y esta mandará pasar los autos al relator, señalando desde luego el dia de la vista, que ha de ser uno de los seis primeros siguientes.

Art. 46. El dia señalado dará cuenta el relator sin formar extracto ni ajustamiento, pero leyendo á la letra lo que sea necesario, especialmente en las diligencias de prueba. No asistirán abogados; mas se permitirán que hablen las partes ó sus procuradores sobre los hechos.

Art. 47. Los pleitos de menor cuantía pueden verse y determinarse en segunda instancia por tres magistrados, de los cuales hacen sentencia dos votos conformes.

Art. 25. La apelacion se puede interponer por escrito ó in voce. En el último caso se anotará por diligencia formal.

Art. 27. Todos los términos señalados en esta ley son perentorios é improrogables, pero no se contarán en ellos los dias feriados en que vacan los tribunales.

REAL DECRETO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1838.

Artículo único. Por ahora y mientras no se publique la instruccion provisional de enjuiciamiento, en lugar de la regla décimacuarta del art. 51 y de los artículos 72, 75 y 76 del reglamento provisional para la administracion de justicia, contenido en el real decreto de 26 de setiembre de 1835, se observarán las disposiciones siguientes:

1.ª Que sustituye á la regla 14 del artículo 51.

La sentencia definitiva será notificada á estas (las partes) inmediatamente, y apelen ó no, se remitirán desde luego los autos originales á la audiencia del territorio con prévia citacion y emplazamiento de las mismas, siempre que la causa fuere sobre delito á que por la ley esté señalado pena corporal. Si la causa fuere sobre delito liviano, á que por la ley no se imponga pena de esta clase, solo se remitirá á la audiencia con igual formalidad, cuando alguna de las partes interponga apelacion dentro de los dos dias siguientes al de la notificacion de la sentencia, la cual causará ejecutoria, y será llevado desde luego á puro y debido efecto por el juez, si no se apelare en dichos términos.

Será obligacion del escribano que notifique la sentencia definitiva al reo, advertirle que, si en el término del emplazamiento no eligiera procurador y abogado que le defendan en el tribunal superior, le serán nombrados por este de oficio, y con el procurador se entenderán los traslados y actuaciones relativas al mismo reo hasta que recaiga en el proceso sentencia ejecutoria. El escribano que omitiere esta formalidad, ó no la hiciere constar en la diligencia de notificacion de la definitiva, incurrirá en la multa de 200 hasta 500 reales de vellon. El mismo escribano escribirá *apud acta* el nom-

bramiento de defensor ó defensores en su caso, y firmará el reo esta diligencia, que equivaldrá por poder en forma.

2.ª Que sustituye al art. 72.

En las demas causas criminales que vengan en apelacion de juzgado inferior ó en consulta de sentencia definitiva pronunciada por él sobre delito de pena corporal, la audiencia para determinar en vista ó en revista oirá al fiscal en su caso y tambien á las demas partes ó sus defensores, si se presentaren ó hubiesen sido nombrados *apud acta*, concediéndoles un término que no pase de nueve dias á cada uno, con las circunstancias que añade la regla 5.ª del artículo 51.

Si pasado el término del emplazamiento hecho en el juzgado inferior, no hubiesen comparecido las partes, se les nombrará de oficio defensor y procurador, con quien se entenderán las actuaciones relativas á la no compareciente, hasta que recaiga ejecutoria en el proceso.

REAL DECRETO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1838.

Art. 41. El auto en que se deniegue el recurso de nulidad por el tribunal *á quo* es apelable para ante el Supremo. Si se interpusiese la apelacion, el tribunal *á quo* mandará sacar testimonio de lo conducente por señalamiento de los interesados, y le remitirá al Supremo, dentro de los 15 dias inmediatos al en que se les hubiese notificado el auto de que se apeló, emplazando á las partes para que se presenten á usar de su derecho en dicho tribunal dentro del término respectivamente señalado por el artículo anterior. El tribunal Supremo previa entrega de los autos á las mismas para el solo efecto de que informen el dia de la vista, decidirá definitiva é irrevocablemente este incidente.

DECRETO DE 2 DE MAYO DE 1845.

Para evitar los gastos de dobles apuntes, inmediatamente que se remita á un tribunal superior ó al supremo algun

pleito ó causa en apelacion ó consulta, del repartimiento pasará el proceso al relator para la formacion del apuntamiento ó memorial ajustado, al cual correrá unido al pleito ó causa, para que los defensores saquen las copias ó anotaciones que tengan por conveniente, y formado el apuntamiento seguirá el asunto su legal sustanciacion.

REAL ORDEN DE 5 DE JULIO DE 1847.

Dispone que de las sentencias que dictaren los administradores de encomiendas en los negocios que aun esten reservados á su jurisdiccion, pueda apelarse para ante el tribunal de las Ordenes.

LEY PROVISIONAL PARA LA APLICACION DEL CODIGO PENAL.

Regla 15 (antes 4.ª). De la sentencia que dieren los alcaldes, no habrá lugar á otro recurso que el de apelacion para ante el juez de primera instancia del partido.

16 (antes 5.ª). Si se interpusiere apelacion por cualquiera de las partes, la admitirá el alcalde siempre que fuere introducida en los tres primeros dias siguientes al de su notificacion; y sin mas formalidad pasará al juez una copia testimoniada del acta y la sentencia, haciendo citar y emplazar antes á las partes, para que dentro del término de diez dias acudan á usar de su derecho. A continuacion de la copia testimoniada se pondrá nota de haberse admitido la apelacion, y se estenderá la diligencia de emplazamiento.

17 (antes 6.ª). Al dia siguiente de haberse concluido el término del emplazamiento, el juez señalará dia para la vista, acordando en el mismo acto que por el escribano se ponga de manifiesto el expediente á las partes por el término de cuarenta y ocho horas.

18 (antes 7.ª). En los juicios sobre faltas ejercerán el ministerio fiscal: Primero. Los promotores en las segundas instancias.

Acto continuo de la vista el juez dictará sentencia, la cual causará ejecutoria.

APELACION.

69

REAL ORDEN DE 1.º DE JULIO DE 1848.

Art. 3.º Las apelaciones de que habla la ley provisional, se interpondrán, siguiendo el mismo principio, para ante el juez de primera instancia, en cuyo distrito se haya cometido la falta, aun cuando la mayor parte de la demarcación del alcalde ó teniente de alcalde corresponda á otro distrito judicial.

REAL DECRETO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1848.

6.º Cuando no convengan entre sí las demarcaciones municipales y judiciales, siendo desigual por lo tanto el número de los tenientes y el de los juzgados de primera instancia; si el de los primeros fuere mayor, se observará respecto á las apelaciones, lo dispuesto sobre este punto en la real orden de 1.º de julio del presente año.

DECRETO CON FUERZA DE LEY DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1848.

Art. 7. En los juicios correccionales para aplicación de lo dispuesto en el libro tercero del Código penal, conocerán el vicescánel en la primera sentencia y el cánel en apelación al tenor de lo prevenido en las reglas 3. y 4. (hoy 3.ª y 15) de la ley provisional dictada para la observancia del mismo Código.

Si no hubiere mas que cánel ó vicescánel, él mismo conocerá de la apelación con asesor ó adjuntos, conforme á la regla 4.ª (hoy 15) de la misma ley.

Art. 18. Las apelaciones en los casos prevenidos en el artículo 43, se interpondrán y admitirán respectivamente para ante la audiencia territorial, ó tribunal superior inmediato de los mismos.

Art. 19. De las apelaciones á que dieron lugar las providencias de los tribunales consulares, cuando procedan como juzgados de primera instancia, conocerá la audiencia territorial mas inmediata de la Península ó posesiones de Ultramar. En su consecuencia, á fin de evitar dudas y difi-

cultades que ya han ocurrido respecto á los consulados de Africa, de los fallos pronunciados por los establecidos ó que se establecieren desde el Cabo de Buena Esperanza inclusive hasta el Cabo Blanco, sobre las costas de Marruecos, irán las apelaciones á la audiencia de Canarias; desde el Cabo Blanco hasta el Peñon de Velez, á la de Sevilla; desde el Peñon de Velez hasta Mostagarin, á la de Granada; y del resto de las costas de Africa y puntos de Levante, á la de Mallorca.

DECRETO DE 8 DE JUNIO DE 1850.

Art. 3.º Despues de la regla 21 (de la ley provisional para la aplicación de las disposiciones del Código penal) se añaden las siguientes:

22. En la instancia de apelación ante el juez del partido, no se admitirán nuevas pruebas á las partes. Celebrada la vista con arreglo á la disposición 6.ª, se dictará sentencia, y archivándose el expediente en el juzgado, se remitirá al alcalde testimonio de ella para su ejecución.

27. Si en la sentencia de apelación se modificare la pena atenuándola, no se hará aumento alguno en la cantidad de las costas; si se confirmare la sentencia, ó agravare la pena, podrá aquella aumentarse hasta el equivalente á la tercera parte de la multa impuesta.

28. Los jueces de primera instancia... no devengan derechos en los juicios sobre faltas. Los escribanos de las alcaldías cuidarán de distribuir en la debida proporción entre los demas funcionarios que los devengan, la cantidad impuesta por condenación de costas, y de remitir al juzgado de apelación la parte que le corresponda.

42. Los autos de prisión y sus incidencias, son apelables en un solo efecto: Luego que se interponga el recurso, el juez de la causa remitirá al tribunal superior inmediato testimonio en relación, sin omitir, bajo su responsabilidad, ninguna circunstancia importante del proceso, sea en favor ó en contra del reo.

El tribunal superior fallará, previo dictámen fiscal, y si no se hubiere recibido aun la confesion al encausado, sin audiencia pública. De la decision que recaiga no habrá lugar á súplica.

43. Si en la acusacion se pidiere la imposicion de alguna de las penas correccionales y el reo se conformare con ella, el juez la aplicará sin mas trámites, si la conceptúa justa, y consultará el fallo con el tribunal superior, remitiendo original el proceso.

44. Si el juez ó tribunal estimaren justo hacer en la pena alguna variacion, que no altere esencialmente su naturaleza correccional, lo decretarán así y consintiendo el acusado, se llevará á efecto la sentencia.

45. Si el tribunal superior, prévia audiencia y dictámen por escrito del fiscal de S. M., no estuviere conforme con la pena impuesta de conformidad del procesado, se devolverá la causa para que se siga por los trámites ordinarios.

46. Solo serán necesarios cinco magistrados para ver y fallar aquellos procesos en que el juez inferior haya impuesto ó pedido el fiscal de la audiencia la pena de muerte ó alguna de las perpétuas.

Tambien concurrirá igual número de magistrados, cuando la sala crea que el reo merece alguna de dichas penas, aunque el juez inferior no la haya impuesto, ni pedido el fiscal de S. M.

LEYES MERCANTILES.

CÓDIGO DE COMERCIO.

Art. 1180. En la segunda y tercera instancia conocerán de las causas sobre negocios de comercio las chancillerías y audiencias reales en cuyo territorio se halle el tribunal de comercio, ó juzgado real ordinario, que haya conocido de la primera instancia.

Art. 1212. En las causas de mayor cuantía, cuyo interés no sea mayor de tres mil reales en los tribunales de comercio, y de dos mil en los juzgados ordinarios, causan ejecutoria sus respectivas sentencias.

LEY DE ENJUICIAMIENTO SOBRE LOS NEGOCIOS Y CAUSAS DE COMERCIO.

Art. 388. Se dá el recurso de apelacion con efecto devolutivo y suspensivo de todas las sentencias definitivas de los tribunales de comercio, dadas en juicio ordinario, cuyo interés esceda de tres mil reales, y de las de los juzgados que conozcan de los negocios mercantiles, cuando pase de dos mil.

Art. 389. Las sentencias interlocutorias dadas en la misma via ordinaria son apelables en uno y otro efecto: Cuando se desestime la recusacion, sea por insuficiencia de la causa propuesta, ó por no estimarse bastante probada. En la que se provea sobre la escepcion de la incompetencia de jurisdiccion, ya se declare el tribunal competente, ó incompetente. Si se denegare la prueba en el pleito, ó el término extraordinario para hacerla.

Art. 390. Solo procederá en el efecto devolutivo la apelacion de las sentencias interlocutorias en que se admita la recusacion sobre cualquiera de las escepciones dilatorias que se haya propuesto, no siendo la de incompetencia de jurisdiccion. En que se declare por contestada la demanda. En que se reciba la causa á prueba ó se conceda el término extraordinario. En que se deniegue la comunicacion de autos.

Art. 391. En el juicio ejecutivo solo procede en ambos efectos la apelacion de sentencia, en que denegándose el remate de los bienes ejecutados, se revoque la ejecucion.

Art. 392. La de la sentencia de remate y providencias que se den para la venta y adjudicacion de los bienes ejecutados y pago del ejecutante, no tiene lugar mas que en el efecto devolutivo.

Art. 393. En los procedimientos sobre quiebras no tendrá mas que efecto devolutivo la apelacion sobre las sentencias en que se decidan. El artículo de reposicion de la declaracion de quiebra. Las pretensiones del quebrado sobre soltura, ampliacion y arresto ó salvo-conducto. Las reclamaciones contra los nombramientos de los síndicos.

APELACION.

71

Sobre la aprobacion del convenio entre el quebrado y los acreedores. Las demandas de los síndicos para la aplicacion de los artículos 4038, 4039 y 4040 del Código de Comercio.

Art. 394. Procederá en ambos efectos la apelacion de las sentencias sobre la calificación de la quiebra, en que se haya declarado de primera, segunda ó tercera clase, sin perjuicio de llevarse á efecto la libertad del quebrado en los dos primeros casos con arreglo al párrafo 2, artículo 4443 del Código de Comercio.

Art. 395. También se admitirá en ambos efectos la apelacion de las sentencias dadas en el procedimiento de quiebra. Sobre acciones que se hayan sustanciado por la via ordinaria, en conformidad de los artículos 222, 234, 239 y 242 de esta ley. Sobre tercerías de dominio de los bienes de la quiebra. Sobre agravios de las cuentas del depositario ó de los síndicos. Sobre las repeticiones contra los síndicos por haber comprado efectos de la quiebra.

Art. 396. Las apelaciones se interpondrán en el término perentorio de cinco dias, y se proveerá sobre ellas lo que corresponda en derecho sin traslado ni otra sustanciacion.

Art. 397. Admitiéndose la apelacion en ambos efectos, se acordará por la misma providencia la remesa de autos originales al tribunal á quien corresponda su conocimiento. Esta se verificará á costa del apelante, previa citacion y emplazamiento de todas las partes litigantes, para que en el término de veinte dias acudan á usar de su derecho en la segunda instancia.

Art. 398. Si solo procediese la apelacion en el efecto devolutivo, se mandará sacar compulsa de los autos, prelijándose término al escribano para darla concluida, y que se remita al tribunal de apelacion. Pero si estuviere ejecutada la providencia apelada, ó no hubiese que practicar diligencia alguna en su cumplimiento, se remitirán los autos originales.

Art. 399. Por morosidad del apelante en pagar los derechos de la compulsa no podrá

diferirse su remesa, pasado el término prelijado para sacarla.

Art. 400. En las apelaciones sobre procedimientos de quiebras no se remitirá mas pieza de autos que la respectiva á la providencia apelada, sin perjuicio de que el tribunal superior mande remitir testimonio de cualquier actuacion que obre en las demas piezas de autos que se estime necesaria en el juicio de apelacion.

Art. 401. Las partes deberán presentarse en el tribunal de apelacion dentro del término del emplazamiento. En defecto de hacerlo el apelante, con una sola rebeldía por término de tercero dia, que se notificará en los estrados, se declarará por desierta la apelacion, devolviéndose los autos al tribunal inferior para que se lleve á efecto la providencia apelada.

Art. 402. Si el apelado no se presentase en la segunda instancia, se sustanciará esta con los estrados del tribunal, sin perjuicio de que, si lo hiciese posteriormente, se le admita á hacer parte en el juicio en el estado que tenga.

Art. 403. Personándose el apelante en la segunda instancia, se le entregarán los autos por término de seis dias para que espese agravios de la sentencia apelada. De la espresion de agravios se conferirá traslado al apelado por igual término de seis dias.

Art. 404. Con la contestacion del demandado, si la apelacion fuere de auto interlocutorio, se tendrá el pleito por concluso, mandándose citar las partes para sentencia.

Art. 405. En las apelaciones de sentencia definitiva podrán, así el apelante como el apelado, presentar nuevos documentos que se refieran á actos posteriores á la contestacion de la demanda, ó que siendo de fecha anterior jure la parte que haga uso de ellos, que no habian llegado á su noticia, ó que no pudo proporcionárselos en tiempo oportuno para producirlos en la primera instancia.

Art. 406. Si el apelado presentare documentos con su contestacion, se conferirá traslado al apelante. En su defecto se ten-

drá el pleito por concluso con aquella, mandándose traer para sentencia, citadas las partes. Lo mismo se verificará con el escrito de réplica del apelante en el caso que tenga esta lugar.

Art. 413. Siempre que se confirme por el tribunal superior la providencia apelada, se condenará en costas al apelante.

Art. 414. En las apelaciones de los juicios ejecutivos no tendrá lugar mas prueba que la documental de que las partes bagan uso en conformidad del artículo 405.

Art. 415. Las partes que se sintieren agraviadas de la providencia en que se les hubiere denegado el recurso de apelacion, usarán de su derecho ante el tribunal superior, acompañando testimonio de la providencia apelada, del escrito de apelacion y del auto proveido en su consecuencia; y si por estos documentos y los informes con justificacion que el mismo tribunal podrá exigir, hallare que la apelacion fue mal denegada, la declarará admitida, y mandará venir los autos originales.

Art. 416. En las apelaciones admitidas solamente en el efecto devolutivo, si despues de venida la compulsa al tribunal superior, se pretendiere por el apelante, que se declare al recurso el efecto suspensivo, se conferirá traslado al apelado por término de segundo dia preciso, y si en vista de lo que esponga estimare el tribunal arreglada á derecho la peticion del apelante, declarará admitida en ambos efectos la apelacion, y espedirá despacho para que se suspenda la ejecucion de la providencia apelada remitiéndose los autos originales.

Art. 417. Cuando se hubiere admitido en ambos efectos una apelacion que no procediese mas que en el devolutivo, podrá el apelante pedir en el tribunal superior, antes de espresar agravios, que se mande poner en ejecucion la providencia apelada; y si con prévia audiencia de la parte contraria en un traslado que se le conferirá por dos dias precisos, hallare el tribunal que así procede de derecho, mandará librar despacho al inferior con insercion de la espresada providencia, para que la lleve á

efecto, reteniendo los autos en el tribunal para el conocimiento de la segunda instancia.

Art. 455. Las providencias dadas en los juicios verbales con audiencia de ambas partes, serán ejecutivos, sin admitirse sobre ellas apelacion ni otro recurso.

LEYES ADMINISTRATIVAS.

LEY DE 2 DE ABRIL DE 1845.

Art. 49. De las sentencias de los consejos provinciales se apelará ante el consejo supremo de administracion del Estado. Las apelaciones no serán admisibles en litigios cuyo interés, pudiendo sujetarse á una apreciacion material, no llegue á dos mil reales.

REGLAMENTO DE LOS CONSEJOS PROVINCIALES DE 1.º DE OCTUBRE DE 1845.

Art. 58. Contra la sentencia dada en rebeldía, habrá el recurso de rescision ante el consejo que la hubiere dictado. Antes de decidirse sobre la rescision de la sentencia, no se podrá interponer apelacion ni otro recurso alguno.

Art. 68. Conforme á lo dispuesto en el artículo 49 de la ley de organizacion de los consejos provinciales, solo podrá apelarse de las sentencias dictadas en primera instancia por dichos consejos, cuando el interés del litigio ó valor de la demanda, pudiendo sujetarse á una apreciacion material, llegue á dos mil reales.

Art. 69. La apelacion se interpondrá necesariamente dentro de diez dias, contados desde la fecha de la notificacion de la sentencia.

Art. 70. La apelacion se interpondrá para ante el consejo real, salvo el caso previsto en el artículo 409 de la ley de ayuntamientos. La parte que no apele podrá adherirse á la apelacion hasta el dia de la vista esclusiva.

Art. 71. El recurso de apelacion no suspenderá la ejecucion de la sentencia, salvo

APELACION.

73

si en esta se hubiere mandado lo contrario,

Art. 72. No podrá apelarse de las providencias interlocutorias: las nulidades y agravios que con ellas se causaren, se ventilarán y decidirán en el Consejo Real con los recursos de nulidad y apelacion que se interponga de las sentencias definitivas.

REAL DECRETO DE 30 DE DICIEMBRE DE 1846.

Cap. 4. Art. 2. Compete igualmente al Consejo conocer en apelacion y nulidad de las resoluciones de los consejos provinciales, y de las de cualquiera otra autoridad que entienda en primera instancia en negocios contencioso-administrativos.

Cap. 17. Art. 251. En el término señalado por el artículo 69 del reglamento de los consejos provinciales de 4.º de octubre de 1845, la parte que se sintiese agraviada interpondrá el recurso de apelacion por escrito ante el consejo respectivo, y se hará saber al apelado con cédula de uqier.

Art. 252. Dentro de tres meses, si la alzada se interpusiere en Canarias, y de dos, si en la Península é islas adyacentes, contados desde el trascurso de los diez dias concedidos para interponerla, el apelante mejorará el recurso, deduciendo ante el Consejo Real la demanda de agravios por medio de uno de sus abogados, apoderado debidamente, ó en su caso por el representante de la administracion y de las corporaciones que estan bajo su tutela. Con la demanda presentará el apelante: Primero. Certificacion de haber interpuesto el recurso y haberse notificado al apelado en tiempo y forma. Segundo, certificacion sacada con citacion de la sentencia apelada y de la probanza sobre que esta hubiere recaído.

Art. 253. En el término prescrito por el artículo anterior se presentará ante el consejo el abogado del apelado con poder bastante para representarle en juicio.

Art. 254. Si el apelante no mejorare el recurso en el término señalado, se declarará desierta la apelacion y la sentencia consentida á la primer rebeldía que le acuse el apelado.

TOMO III.

Art. 255. Si el apelado no compareciere por medio de abogado en el término del artículo 252 y en la forma allí determinada, se seguirá la instancia en rebeldía.

Art. 256. Si en primera instancia no se hubiere proveído la ejecucion interina de la definitiva, la seccion, á solicitud del apelado, podrá acordarla desde el primer dia en que se le diere cuenta del negocio.

Art. 257. A instancia del apelante podrá la seccion desde el primer dia en que se le diere cuenta del recurso, y atendiendo á sus circunstancias: Prohibir ó suspender en todo ó en parte la ejecucion interina declarada por el inferior. Mandar que presente fianza el apelado, á quien el inferior no hubiere puesto obligacion de otorgarla.

Art. 258. En la instancia de apelacion se observará lo dispuesto en los artículos precedentes con las modificaciones que siguen.

Art. 259. No se admitirá en la instancia de apelacion ninguna pretension ni excepcion nueva, salvo aquellas que no se hayan podido proponer en la primera instancia.

Art. 260. La seccion, ó el consejo en su caso, para mejor proveer, podrá ordenar se practiquen de nuevo ante ella las diligencias probatorias de primera instancia que estimare viciosas ó insuficientes. Tambien podrá ordenar cualquiera otra clase de actuacion ó prueba que no se hubiere practicado ante el inferior.

Art. 261. El consejo confirmará ó revocará en todo ó en parte la sentencia apelada, proveyendo de nuevo sobre los puntos en que la revocare.

Art. 262. Si la apelacion no hubiere recaído mas que sobre algun incidente, el consejo proveerá tan solo acerca de él, reservando al inferior la decision de lo principal.

Art. 263. Sin embargo, en el caso del artículo anterior, el consejo, si revocare el fallo del inferior, podrá decidir sobre lo principal, cuando lo pidieren todas las partes.

Art. 264. El consejo no podrá fallar sobre ninguno de los capítulos de la deman-

da que no se hubieren propuesto á la decision del inferior, salvo si se tratare: De compensacion por causa posterior á la definitiva de primera instancia: De intereses y cualesquiera otras prestaciones accesorias vencidas despues de la definitiva: De daños y perjuicios causados desde su procedimiento.

Art. 265. El secretario del consejo remitirá al del inferior certificacion del real decreto que contenga la resolucion final en la segunda instancia, dentro de la semana en que se publique en el consejo. El secretario del inferior pondrá sin demora la certificacion con la minuta de la definitiva en primera instancia, estendiendo al pie ó al margen de ella la nota oportuna.

REAL ORDEN DE 5 DE FEBRENO DE 1848.

Se previene por ella á los jefes politicos:

4.º Que cuando la administracion sea en los negocios contenciosos-administrativos, la parte apelada lo ponga en conocimiento del ministro de la Gobernacion, dentro de tercero dia despues de notificado el auto en que se haya admitido la apelacion á la parte contraria, acompañando copia literal de este auto y de la sentencia.

2.º Que cuando se deje de apelar de una sentencia que sea contraria en todo ó en parte á lo solicitado por la administracion en el litigio, lo participen igualmente á dicho Ministerio, esponiendo las razones que para proceder así hayan tenido.

REAL ORDEN DE 9 DE ABRIL DE 1848.

Dispone, que ademas de los documentos que debe presentar el apelante con la demanda de agravios, con arreglo al artículo 252 del reglamento del Consejo Real, lo haga en lo sucesivo de la demanda, de la contestacion y de los demas escritos de las partes, si los hubiere.

LEY ELECTORAL PARA NOMBRAMIENTO DE DIPUTADOS A CORTES DE 18 DE MARZO DE 1846.

Art. 50. De las resoluciones (sobre in-

clusiones y exclusiones en las listas electorales) tomadas por el jefe politico, se podrá interponer recurso ante la audiencia del territorio; pero solo podrán interponerle aquellos sobre cuyas reclamaciones ó instancias hubieren recaído las resoluciones mencionadas.

Art. 34. El recurso se interpondrá dentro de los quince primeros dias del mes de abril por medio de procurador ó de mero apoderado, ó directamente por el mismo recurrente.

La audiencia pedirá en seguida al jefe politico el respectivo expediente original, y venido que sea, la sala que conozca lo mandará pasar al ministerio fiscal y al defensor del recurrente, á cada uno por un dia y para el solo efecto de instruirse, citándose al mismo tiempo para la vista con preferencia á cualquier otro negocio.

Hecha relacion en el acto de la vista, informarán de palabra el ministerio fiscal y el defensor, y la sala dictará inmediatamente sentencia.

Con esta sentencia, contra la cual no habrá ulterior recurso, devolverá la audiencia el expediente al jefe politico dentro de los últimos quince dias de abril, librando al recurrente testimonio de la sentencia, si lo pidiere. Todos estos procedimientos se entenderán de oficio.

LEYES DE MINAS.

REAL DECRETO DE 4 DE JULIO DE 1825.

Art. 41. Las apelaciones de las sentencias que los inspectores de distrito, como subdelegados, dicten en los asuntos contenciosos relativos á las minas y oficinas de beneficio, irán á la direccion general del ramo.

INSTRUCCION PROVISIONAL DE 8 DE DICIEMBRE DE 1825.

Art. 9. La direccion general de minas ejercerá la jurisdiccion contenciosa en las apelaciones de los inspectores de distrito ó

APELACION.

75

intendentes, en virtud del artículo 41 del real decreto de 4 de julio de 1825, y de la disposicion del número 6 de esta instruccion.

Art. 48. En los negocios contenciosos, que de los juzgados de los inspectores de distrito, ó de los intendentes de las provincias, se eleven en grado de apelacion á la direccion, siendo de sentencia definitiva, ó de auto interlocutorio con grávamen irreparable, y escediendo su importancia de tres mil reales, se admitirá la apelacion, y se procederá breve y sumariamente, observando lo dispuesto en el artículo 41 del real decreto y lo indicado en el número 44 de esta instruccion, precediendo á toda actuacion la comparecencia de los interesados ó de sus apoderados para tratar con empeño de su avenencia.

Art. 49. Si por este medio no se corta-se el litigio, se entregarán los autos al apelante para espresar agravios en el término de seis dias improrogables, y por otros tantos se dará traslado de su alegato al contrario; recibíendose á prueba la causa únicamente, cuando la que se ofrezca recaiga sobre puntos nuevos y conducentes no ventilados en la primera instancia, con señalamiento de veinte dias á lo mas, comunes á ambas partes; y hecha su publicacion, se concederán á cada uno ocho dias para sus nuevos alegatos. Con ella ó sin ella en su respectivo caso, y citadas las partes, pronunciarán la sentencia que corresponda.

Art. 440. Los inspectores de distrito, cuando de sus sentencias definitivas ó autos interlocutorios con grávamen irreparable apelaren las partes para ante la direccion general, otorgarán las apelaciones, con tal que se interpongan dentro de tercero dia, que la importancia del negocio pase de tres mil reales y que el crédito quede pagado ó asegurado.

LEY DE 44 DE ABRIL DE 1849.

En el capítulo 7.º determina los tribunales que deben conocer de los asuntos de minas, distribuyendo estos entre los consejos pro-

vinciales, Consejo Real, tribunales ordinarios, y de hacienda, guardando de consiguiente las apelaciones de sus sentencias, las reglas que se siguen en cada uno en los demas negocios de su competencia.

LEYES DE HACIENDA.

LEY PENAL SOBRE LOS DELITOS DE FRAUDE CONTRA LA REAL HACIENDA DE 30 DE MAYO DE 1830.

Art. 126. En la segunda y tercera instancia conocerá privativa y exclusivamente de las causas sobre delito de contrabando y defraudacion mi Consejo Supremo de Hacienda, cerrándose irrevocablemente el juicio con sus providencias que causen ejecutoria.

Art. 183. Serán apelables las decisiones del superintendente general de mi real Hacienda en las causas sobre delitos de contrabando y defraudacion.

1.º Siempre que por ellas se imponga pena corporal, cualquiera que esta sea.

2.º Cuando el total de la condenacion pecuniaria llegue á diez mil reales vellon.

En ambos casos, la apelacion tendrá lugar en los efectos suspensivo y devolutivo.

Art. 184. Serán tambien apelables las sentencias del superintendente general, en que la condenacion pecuniaria llegue á cinco mil reales vellon, sin suspenderse la ejecucion de la sentencia, bajo la responsabilidad de los partícipes en la distribucion de la pena á su devolucion, en caso de revocarse en segunda instancia.

Art. 185. Tambien podrá apelarse de los apercibimientos judiciales impuestos por el superintendente general en causas en que no tenga lugar este recurso, contrayéndose la apelacion al apercibimiento y no á las penas pecuniarias.

Art. 186. De las condenaciones que en su totalidad no lleguen á cinco mil reales vellon, no se dá apelacion de la decision del superintendente general.

Art. 187. Procediendo el recurso de apelacion en ambos efectos, se proveerá por el mismo auto de su admision la remesa de

autos originales á mi Consejo Supremo de Hacienda, á costa del apelante y previa citacion y emplazamiento de todas las partes litigantes.

Art. 188. Si solo procediese la apelacion en el efecto devolutivo, se remitirán tambien los autos al Consejo, conservándose en el juzgado de la subdelegacion testimonio de la sentencia y demas que sea conducente para proceder á su ejecucion.

Art. 189. Sintiendo agravada una parte litigante del auto en que deniegue la apelacion el subdelegado de rentas, podrá acudir á mi Consejo Supremo de Hacienda con testimonio de la sentencia, del escrito de apelacion y del auto de denegacion, y aparcenciendo por dicho testimonio y las demas instrucciones que el Consejo estime necesarias, que la apelacion procede de derecho, se declarará admitida por el mismo Supremo Tribunal, y se mandará la remesa de autos originales.

Art. 190. No se dá apelacion de las providencias interlocutorias de los subdelegados en las causas de contrabando y defraudacion. Las partes á quienes se cause agravio en el órden de la sustanciacion, usarán de su derecho ante el superintendente general, como juez universal en primera instancia de estas causas, para que reforme y dirija los procedimientos de sus subdelegados con arreglo á derecho, sin perjuicio de que en la segunda instancia se tomen en consideracion, para calificar los méritos de la providencia definitiva, los defectos de la sustanciacion del juicio, si los hubiere.

Art. 191. En la segunda instancia no se admitirán mas escritos que el de expresion de agravios de la sentencia apelada al apelante, y el de su impugnacion al apelado, con los cuales se tendrá la causa por conclusa de derecho y se procederá á la vista y decision.

Art. 192. La prueba testifical no tendrá lugar en la segunda instancia sobre estas causas, sino cuando habiéndose dejado de dar en la primera, intervengan en la decision hechos impugnados por cualquiera de las partes, ó si se hubiesen propuesto al-

gunos de nuevo, cuya prueba se considere indispensable. La prueba documental se admitirá en cualquier estado de la sustanciacion, antes de haber la causa por conclusa.

REAL CEDULA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1828.

Art. 3.º El tribunal Mayor de Cuentas, como autoridad judicial, conocerá tambien de las apelaciones que se interpongan conforme á derecho de las providencias judiciales que dieren los juzgados de Hacienda en materia de cuentas, cobranza de alcances y sus insidencias.

REAL ORDEN DE 20 DE JULIO DE 1831.

Dispone entre otras cosas, que la jurisdiccion concedida al tribunal Mayor de Cuentas para conocer en apelacion de las providencias dictadas por los subdelegados, y en tercero por el mismo, debe entenderse limitada á las que recaigan en causas formadas, seguidas y determinadas por delitos descubiertos al tiempo del exámen de las cuentas, que sujeta á su calificacion el artículo 1.º de la real ordenanza de 10 de noviembre de 1828, y en las que han conocido y procedido los subdelegados por su órden y subdelegacion, pues las que han recaído y recaigan en adelante en causas principales, seguidas y determinadas definitivamente en las subdelegaciones por delitos de infidencia, falsificacion, alteracion de documentos, abuso de caudales, ó efectos de la real Hacienda ó del Estado y cualesquiera otros en que haya sido perjudicada aquella ó este, y en que han conocido á consecuencia de su primitiva jurisdiccion, inmediatamente subdelegada por el superintendente general de la real Hacienda, han estado y estan sujetas en su segunda y tercera instancia al conocimiento y jurisdiccion del Real y Supremo Consejo de Hacienda.

REAL DECRETO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1835.

Dispone, que de las apelaciones de las

APELACION

77

sentencias que dicten los intendentes y subdelegados en las causas de fraude y contrabando conozcan las audiencias territoriales.

REAL ORDEN DE 17 DE DICIEMBRE DE 1835.

Establece entre otras cosas que á las audiencias territoriales corresponde conocer en grado de apelacion de las causas de fraude y contrabando.

REAL ORDEN DE 15 DE MARZO DE 1836.

Enterada S. M. la reina gobernadora de las dudas consultadas por el intendente de Mallorca acerca de la inteligencia del real decreto de 27 de noviembre y real orden de 17 de diciembre último, ha tenido á bien declarar, que el citado decreto no se limita á las causas de contrabando y fraude, sino que abraza todas las demas cuyo conocimiento corresponde á los juzgados de real Hacienda.

CIRCULAR DEL TRIBUNAL MAYOR DE CUENTAS
DE 20 DE OCTUBRE DE 1835.

El tribunal, despues de haber oido á su fiscal togado y de conformidad con su dictámen, ha resuelto se dirija la presente circular á todos los intendentes, subdelegados de rentas de la Peninsula é islas adyacentes, previniéndoles, que en apelaciones que interpongan las partes de sus providencias en los pleitos ó causas de que tratan los artículos 3.º y 47 de la referida ordenanza, y en los que entienden en comision, ó por autoridad delegada de este tribunal, las admitan precisamente para el mismo, como único competente en la materia, segun se marca en los citados artículos.

REAL ORDEN DE 28 DE ENERO DE 1839.

Por el ministerio de Gracia y Justicia se comunicó al de Hacienda con fecha 40 de enero la real orden dirigida al presidente del Supremo Tribunal de Justicia, por la que

S. M. ha tenido á bien resolver, que el tribunal Mayor de Cuentas debe continuar por ahora y mientras por una ley no se disponga otra cosa, en el ejercicio de las facultades que le concede la real cédula de 40 de noviembre de 1828, y en el conocimiento de las apelaciones en negocios de cuentas ó sus incidentes, de que segun la propia cédula le toca conocer.

REAL ORDEN DE 6 DE FEBERO DE 1839.

Dispone, que correspondiendo á las audiencias en grado de apelacion el conocimiento de las causas de contrabando y defraudacion, cumplan los intendentes y subdelegados, con respecto á las causas y negocios contenciosos de Hacienda pública, las disposiciones contenidas en el artículo 53 del reglamento provisional para la administracion de justicia.

REAL ORDEN DE 25 DE JUNIO DE 1839.

Declara, que los subdelegados no deberán remitir en consulta á las audiencias territoriales las sentencias definitivas pronunciadas por ellos en primera instancia con los requisitos prescritos en las reales órdenes de 27 de noviembre y 17 de diciembre de 1835, sino publicarlas y ejecutarlas inmediatamente, cuando no hubiere apelacion; pues solo en el caso de haberla, ó en los relacionados con referencia á la resolucion de 6 de febrero último, deberán conocer las audiencias, segun se halla ya dispuesto, sin que convenga por ahora dar mayor estension á aquellas facultades.

LEY DE 20 DE MARZO DE 1846.

Dispone en su art. 4.º, entre otras cosas, que la apelacion de las sentencias que los consejos provinciales dicten en los negocios sobre indemnizacion á los partícipes legos de diezmos vaya al Consejo Real.

REAL ORDEN DE 20 DE MAYO DE 1849.

6.º Todas las veces que recayere sen-

tencia definitiva sobre un negocio de la mencionada clase (sobre calificación de los derechos de partícipes legos en diezmos) los fiscales interpondrán el recurso de apelación que corresponda para ante el Consejo Real, según el art. 4.º de la ley de 20 de marzo de 1846.

7.º El fiscal del Consejo Real será quien ejerza la acción de la Hacienda pública en los asuntos contenciosos de diezmos, llevados en apelación á dicho cuerpo, bajo las reglas establecidas por el reglamento del mismo.

LEYES MILITARES.

REAL CÉDULA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1705.

Que el Consejo de Guerra no se entrometa á conocer ni conozca de lo tocante á á mis guardias en cosa alguna, aunque sea por vía de apelación, ni en otra forma; que los autos, determinaciones y sentencias definitivas que dicten los capitanes de Guardias con su asesor en los negocios de su competencia se consulten con mi real persona para su ejecución antes de pronunciarlas, reservándome el desagravio que las partes intentaren contra ella.

ORDENANZAS GENERALES DEL EJERCITO DE 22 DE OCTUBRE DE 1768.

TRATADO 8, TIT. 4, ART. 3.

De las sentencias de los capitanes generales en materias civiles y criminales, podrán recurrir los oficiales al Supremo Consejo de Guerra, donde se determinarán en última instancia; pero los procesos procedentes del consejo de guerra general, en que haya duda, y los de sentencias de oficiales que deben consultarse antes de su ejecución, los pasará el capitán general á mis manos por la vía reservada de mi secretario del despacho de la Guerra, con el parecer del auditor ó asesor.

TRATADO ID., TIT. 8, ART. 6.

De las sentencias del auditor general del

ejército no se podrá apelar á Consejo, ni tribunal alguno, y solo será permitido á la parte que se sienta agraviada, hacérmelo presente por la vía reservada de Guerra en forma de recurso, para que yo lo mande examinar.

TRAT. ID., TIT. 11, ART. 6 AL FIN.

Dispone, que de los autos y procedimientos que las justicias ordinarias dictaren en autos de inventario de militares difuntos, como delegados del Consejo de Guerra, puedan las partes que se sintieren agraviadas ocurrir al dicho Consejo de la Guerra y no á otro tribunal alguno.

TRATADO ID., TIT. 11, ART. 13.

Las apelaciones, quejas ó recursos que en todo lo dicho (en los inventarios y autos de testamentaria ó abintestato de los militares) ajuicio y dependiente puedan ocurrir, han de ser precisamente á mi Supremo Consejo de la Guerra con inhibición de todo otro tribunal, á escepcion únicamente en los casos en que el militar difunto fuese de alguno de los cuerpos privilegiados que tienen su tribunal y fuero distinto privativo, pues á este, ó á la justicia ordinaria como su subdelegada, pertenece providenciar en tales casos.

ORDENANZA DEL REAL CUERPO DE GUARDIAS DE CORPS DE 27 DE MARZO DE 1792.

Dispone entre otras cosas, que las sentencias definitivas y los autos que tuviesen fuerza de tales, que los sargentos mayores del real Cuerpo de Guardias dicten con acuerdo de asesor en los pleitos y causas de su competencia, se consulten con S. M. para su ejecución, con remisión de los procesos originales y por la vía reservada de la secretaría del despacho de la Guerra, quedando así ejecutorias, y sin mas recurso que á la real persona.

APELACION.

79

ORDENANZAS DE ARTILLERIA DE 22 DE JULIO DE 1802.

Reglamento 44. Art. 26. Las apelaciones que en su caso y lugar se interpusieren por los reos y partes interesadas, han de ser precisamente para mi Supremo Consejo de la Guerra, donde se ejecutoriarán los pleitos y causas, según justicia.

ORDENANZAS DE MATRICULAS DE MAR DE 12 DE AGOSTO DE 1802.

Tit. 4.º. Art. 4. Aunque el comandante principal es un jefe de toda la matrícula del departamento, en cuanto fuese conducente á su gobierno y manejo, como subalterno inmediato del capitán general en este ramo, no tendrá autoridad judicial; y así las causas de esta naturaleza civiles y criminales por vía de apelación, ó convocadas por el capitán general, deben verse y juzgarse en su tribunal, del que solo podrá apelarse á mi Supremo Consejo de la Guerra.

Art. 32. En las causas de pena de la vida, pronunciada la sentencia por los comandantes de las provincias, se remitirán los autos al capitán general del departamento, para que reconocidos ó informados por aquel tribunal, se remitan al Supremo Consejo de la Guerra para su decisión.

Art. 33. Después de sentenciada una causa por el comandante militar de la provincia, podrá alguna de las partes interponer apelación ante el capitán general del departamento, quien en tal caso, y siempre que lo hubiere por conveniente, avocará así todas las causas, cuyos autos deberán remitirle inmediatamente los comandantes de las provincias, en el estado en que se hallaren. De las sentencias del capitán general podrá por último recurso apelarse á mi Consejo de Guerra, el que en vista de autos confirmara, modificará ó anulará la sentencia dada por el capitán general en el modo más arreglado á justicia; pero si antes de providenciarla, necesitare de nuevas informaciones, pedirá informe al mismo jefe que haya entendido inmediatamente en la causa, á no tener funda-

do motivo para lo contrario; en cuyo caso no deberá el consejo proceder contra él directamente, sino consultárme, á fin de que yo mande dar la providencia correspondiente.

ORDENANZAS DE INGENIEROS DE 11 DE JULIO DE 1803.

Reglamento décimo. Art. 26. Las apelaciones que en su caso y lugar se interpusieren por los reos y partes interesadas, han de ser precisamente para mi Supremo Consejo de la Guerra, donde se ejecutoriarán los pleitos y causas según justicia.

Art. 27. El ingeniero general tendrá jurisdicción y facultades para aprobar, alterar, ó variar, previo el correspondiente examen de las causas criminales en su juzgado, las sentencias que los subalternos de las provincias le remitieren en consulta, antes de su publicación, y para mandarlas ejecutar en los reos que se conformaren con ellas, sin perjuicio del recurso de apelación que los otros no conformes comprendidos en la misma causa interpusieren para mi Supremo Consejo de la Guerra, en los casos en que fuere admisible, al modo que se ha observado y practica constantemente en mi real cuerpo de artillería.

REAL ORDEN DE 10 DE FEBRERO DE 1807.

Con presencia de lo que se observa por los juzgados de los reales cuerpos de Guardias de Corps y de infantería española y walona, semejante en punto á su jurisdicción peculiar y privativa á la que por particulares gracias y privilegios ejerce el de artillería, se ha servido el rey declarar, que en lugar de lo prevenido en el artículo 26 del reglamento 44 de la ordenanza de 22 de julio de 1802, se observe inviolablemente, que el juzgado general de artillería establecido en Madrid, conozca de todas las causas civiles y criminales en que sean reos demandados los individuos y dependientes de este real cuerpo, con inhibición absoluta del Sudremo Consejo de la Guerra, y que las sen-

tencias que fueren consultadas y recaiga en ellas la real aprobacion, queden ejecutorias; que todas las apelaciones que se interpongan de los departamentos de artilleria en España, sean y se admitan en su caso y lugar para el juzgado general establecido en Madrid, en donde se ejecutoriarán los pleitos y causas con arreglo á la justicia, dejando espedito á las partes el recurso de súplica á mi real persona; que por lo respectivo á ambas Américas, Filipinas y Canarias, quede á voluntad de la parte que se considerase agraviada el interponer la apelacion en el tribunal inmediato, que previene la real orden de 4 de febrero de 1805, ó en el juzgado general del cuerpo, y si aun los interesados se sintieren agraviados de las sentencias pronunciadas por uno ú otro de estos tribunales, tengan tambien espeditos el último recurso de súplica á S. M.

REAL DECRETO DE 24 DE MARZO DE 1834.

Art. 3.º El tribunal Supremo de Guerra y Marina conocerá en grado de apelacion, de los procesos militares con arreglo á las leyes y ordenanzas, y de todos los negocios contenciosos de Guerra y Marina.

5.º La sala de generales conocerá de la revision de los procesos y decisiones de los consejos de oficiales generales, y asistirá á ella un ministro togado á juicio del presidente, siempre que lo exija la gravedad del negocio.

6.º La sala de ministros togados conocerá de los negocios contenciosos del fuero de Guerra, de Marina y de estrangeria.

REAL DECRETO DE 7 DE ABRIL DE 1834.

Art. 12. Conocerá el Supremo Tribunal de Guerra y Marina de los sumarios y procesos militares sobre hechos sujetos á los Consejos de Guerra ordinarios y de oficiales generales, así del ejército, como del armada, con arreglo á lo prevenido en las reales ordenanzas, leyes y ordenes vigentes; de los pleitos y causas de individuos del fuero de Guerra, Marina y estrangeria y demas asun-

tos que no tengan conexion con el servicio militar, de los cuales conocen en primera instancia los capitanes ó comandantes generales de provincias, departamentos ó apostaderos con acuerdo de sus auditores ó asesores, y que conforme á derecho tendrán apelacion al tribunal Supremo en segunda y tercera instancia: de los recursos de indulto, en apelacion de las causas y negocios contenciosos en que hubiere entendido en primera instancia el asesor de los cuerpos de casa real, y de las declaraciones de fuero militar de Guerra y Marina.

REAL DECRETO DE 31 DE JULIO DE 1835.

Art. 1.º Será de la atribucion del tribunal Supremo de Guerra y Marina conocer de las sumarias y procesos militares sobre hechos sujetos á los Consejos de Guerra de oficiales generales, así del ejército, como de la armada, y á los ordinarios y extraordinarios de cualquier clase que sean, con arreglo á lo prevenido en las reales ordenanzas, leyes y ordenes vigentes.

2.º Conocerá igualmente de las sumarias que se forman contra oficiales de orden de los coroneles de los cuerpos, ó inspectores generales en virtud de las facultades que les conceden la ordenanza general y las reales ordenes de 29 de setiembre de 1780 y 22 de marzo de 1784.

3.º Consultará ó fallará en la revision de los procesos de Consejo de Guerra ordinarios ó de oficiales generales, segun lo establecido por la ordenanza y reales ordenes; é impondrá ó consultará, segun los casos y reglas vigentes, la correccion ó castigo á que se hayan hecho acreedores los vocales de los consejos por haberse desviado en sus juicios ó fallos de la ordenanza.

7.º Asimismo conocerá en consulta, grado de apelacion y súplica, segun la naturaleza y circunstancias de los pleitos, causas y demas asuntos contenciosos del fuero de Guerra, Marina y estrangeria, de los cuales conocen en primera instancia los capitanes y comandantes generales de las provincias, departamentos y apostaderos, los goberna-

APELACION.

81

deres de plazas ó coroneles de milicias provinciales con acuerdo de sus auditores ó asesores, ejerciendo todas las funciones de Tribunal Supremo de la milicia de tierra y mar; y respecto de los juzgados de la Guardia Real, de los cuerpos de artillería é ingenieros, precediendo mi real determinacion, segun las ordenanzas y aclaraciones posteriores.

8.º Igualmente conocerá en el mismo grado de apelacion y súplica de todos los negocios relativos á la real Hacienda militar, sobre contratas, fábricas, hospitales, armamento, vestuario y equipo de los ejércitos, sueldos y demas objetos pertenecientes á los diferentes ramos de Guerra y Marina, desde que se manden determinar y concluir en justicia, y pasen como tales á los juzgados militares de cualquier clase que sean.

DECRETO DE 4.º DE JUNIO DE 1812 MANDADO OBSERVAR POR REAL DECRETO DE 30 DE SETIEMBRE DE 1830.

Art. 2. Las sumarias y procesos militares sobre hechos sujetos á los consejos de Guerra ordinarios de capitanes, y los de oficiales generales, en todos los casos en que se dirigian en consulta al rey por la via reservada, ó al estinguido Consejo Supremo de Guerra y Marina, se remitirán en adelante en derecho por los jefes militares al Tribunal Especial de Guerra y Marina, el cual resolverá por sí en los casos en que las ordenanzas autorizaban para ello á dicho Supremo Consejo, ó consultará al rey ó á la regencia del reino con su dictamen y la sumaria ó proceso original, cuando las citadas ordenanzas exigen la real resolucion para que se lleven á efecto las determinaciones.

Art. 4. Los demas pleitos y causas de individuos del fuero militar de Guerra y Marina sobre asuntos civiles ó delitos comunes, que no tengan conexion con el servicio militar, de los cuales, segun lo dispuesto por las ordenanzas, conocen en primera instancia los capitanes y comandantes generales de las provincias y departamentos y de-

TOMO III.

mas jefes militares con acuerdo de sus asesores y conforme á derecho, vendrán en apelacion á este tribunal.

REAL ORDEN DE 11 DE OCTUBRE DE 1836.

Mándase en ella, que el Tribunal Especial de Guerra y Marina se arregle en un todo al reglamento provisional para la administracion de justicia de 26 de setiembre de 1835.

REAL ORDEN DE 20 DE OCTUBRE DE 1836.

He dado cuenta á S. M. la reina gobernadora de la acordada en pleno de ese tribunal (especial de Guerra y Marina) de fecha 6 del actual, en la que á virtud de lo espuesto por los ministros togados, le ocurre la duda sobre qué deberá hacerse con las causas y pleitos remitidos en consulta, mediante á que, segun el decreto de 4.º de junio de 1812, al que debe arreglarse en fuerza del de 30 de setiembre último, no debe conocer de mas causas ni pleitos que los remitidos en apelacion al mismo, y enterada de todo S. M., ha tenido á bien resolver, que las mencionadas causas y pleitos se fallen segun la práctica hasta aquí establecida, pues seria causar graves dilaciones y crecidos gastos á los interesados, volverlos para su sustanciacion con arreglo á los decretos recientemente restablecidos.

ORDEN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE GUERRA Y MARINA, COMUNICADA AL COMANDANTE GENERAL DE CARTAGENA CON FECHA 24 DE MARZO DE 1840.

Previene, que las providencias de sobreseimiento que recaigan en las causas criminales que se promuevan en los respectivos juzgados de Marina, no se lleven á efecto sin consultarlas con dicho Tribunal Supremo y hasta la superior resolucion, cuya consulta se ejecute por medio de la comandancia general.

LEYES DE INDIAS.

LEY. 17, TIT. 34, LIB. 2 DE LA RECOPI.

Las apelaciones de las sentencias que en los negocios de su competencia pronuncia-

ren los oidores visitadores, en caso que de derecho haya lugar á ellas, las otorguen para ante la real audiencia.

LEY 20, ID. ID.

De los autos interlocutorios que el visitador de la tierra proveyere y se puedan reparar en definitiva, no se admita apelacion en las audiencias, en los casos en que de justicia no se deba admitir.

LEY 4, TIT. 44, LIB. 3.

Los vireyes, como capitanes generales de las provincias del Perú y Nueva-España conozcan en segunda instancia de todos los delitos, casos y causas que en cualquiera forma tocará á los capitanes, oficiales, capitanes de artillería, artilleros y demas gente de guerra que sirviese á sueldo en dichas provincias, lo mismo que de los casos criminales con los capitanes de caballos é infantería nombrados para que sirvan en las ciudades y puertos de aquella costa, y con sus soldados cuando estuvieren en campaña, debiendo los vireyes en el conocimiento de la segunda instancia, demas de su asesor letrado, nombrar otro en los casos que les pareciere que no tiene inconveniente.

LEY 2, ID. ID.

Establece lo mismo que la primera, respecto á los capitanes generales de la Española, Nuevo Reino, Tierra-firme, Guatemala y Chile.

LEY 3, ID. ID.

Que el gobernador y capitán general de Filipinas conozca en apelacion de las causas criminales y militares de los soldados ordinarios que se hubieren levantado para alguna faccion militar y estuvieren con las armas en la mano, siendo reos, y de las civiles de la gente de milicia de Terrenate, y en las civiles de aquellos conozca en apelacion la audiencia.

LEY 4, ID. ID.

Ordena, que las apelaciones de las sentencias que dictaren los gobernadores y capitanes generales de las ciudades y provincias de Cartagena, Habana, Cuba, la Florida, Puerto Rico, etc., en causas y pleitos de gente de guerra, incluso los oficiales y soldados de artillería, vengan á nuestra junta de guerra de Indias.

LEY 7, ID. ID.

Que las apelaciones en los negocios que conocen los alcaides y castillanos de los castillos vayan al gobernador y capitán general.

LEY 48, TIT. 3, LIB. 5.

Las apelaciones de los alcaldes ordinarios en casos de hermandad, de que conocen á falta de los alcaldes de la hermandad, vayan ante el presidente y oidores del distrito; y si hubiese sala de alcaldes del crimen, irán á esta.

LEY 22, TIT. 8, ID.

Mandamos, que los escribanos del número de la ciudad ó villa donde residiere audiencia, en cualquier pleito ó negocio de que las partes ó cualquiera de ellas apelare á la audiencia de auto interlocutorio, sean obligados, al siguiente dia que no sea feriado, á ir á los estrados á hacer relacion, aunque las partes no se hayan presentado en grado de apelacion, sin aguardar que les sea ordenado con pena, ni sin ella, pena de seis pesos y el daño ó interés de las partes, y en cuanto á citarlas, ó á sus procuradores, para que se hallen presentes, guarden la ley 32, título 27, lib. 2.

LEY 2, TIT. 40, ID.

Todas las condenaciones que se hicieren por la justicia, regimiento y fieles ejecutores de las ciudades donde residiere audien-

APELACION.

83

cia real, hasta en cantidad de seis pesos de á ocho reales, y si fuere por pena de ordenanza hasta la de tres mil maravedises, se puedan ejecutar sin embargo de apelacion, y los que fueren condenados en ellas podrán seguir sus apelaciones, conforme á derecho.

LEY 9, ID. ID.

Las audiencias no impidan niaguna ejecucion de sentencias que deben ejecutarse sin embargo de apelacion, especialmente en causas militares.

LEY 1, TIT. 12, ID.

Manda, que en los pleitos civiles de seiscientos maravedises y mas, que pendieren y se trataren en la casa de contratacion de Sevilla, vayan en apelacion de las sentencias de vista al Consejo de Indias, si alguna de las partes no quisiere seguir la instancia en la casa.

LEY 2, ID. ID.

Si los jueces de la casa denegaren la apelacion al Consejo de las sentencias definitivas y autos interlocutorios que hubieren pronunciado ó proveido, pongan en las respuestas que dieren las causas que les mueven á no otorgarla, y hagan poner en los testimonios la cantidad sobre que se litiga especificamente, y los nombres de las partes, y si los pleitos son civiles y criminales, para que mejor se pueda proveer en los negocios, lo que convenga y sea justicia. Y el escribano en el testimonio de apelacion ponga el tenor de la sentencia ó auto de que se apelase, pena de diez mil maravedises para la cámara.

LEY 3, ID. ID.

Ordena, que los jueces letrados no conozcan por apelacion de los mandamientos que dieren los contadores de averia, si antes no had oido estos en justicia á las partes que se opusieren á ellos.

LEY 4, ID. ID.

Manda, que durante la apelacion, los jueces de la casa de contratacion, ni el presidente suelten los presos de las causas apeladas, cualquiera que sea la calidad de ellos.

LEY 5, ID. ID.

De todas las apelaciones que se interpusieren de los jueces de registros de Canarias, Tenerife y Palma, en los pleitos y causas civiles y criminales, sobre cantidad, ó condenacion de cuarenta mil maravedises ó menos, conozcan el regente y jueces de apelacion de la real audiencia de Canaria y en ella se fenezcan y acaben; y las demas apelaciones vengán ante el presidente y jueces de la casa de contratacion de Sevilla, y con lo que determinen, confirmando ó revocando por sus sentencias ó autos, se acabe el juicio sin mas apelacion, ó suplicacion, ni otro remedio ni recurso alguno; pero si la sentencia fuere de muerte, ó inutilizacion de miembro, ú otra pena corporal, ó destierro perpétuo, en tales casos vengán las apelaciones al Consejo de Indias y no á otro Tribunal.

LEY 6, ID. ID.

Manda, que la audiencia de Canaria no retenga las causas que vayan á ella en apelacion de auto interlocutorio ó artículo en los asuntos que determina la ley anterior, sino que la devuelva al juez de registros para que pronuncie la sentencia en definitiva.

LEY 7, ID. ID.

Ordena, que los jueces de comision otorguen las apelaciones para las audiencias de sus distritos, si en la comision ó negocio particular no se mandase otra cosa, que en tal caso se ha de guardar nuestra orden.

LEY 8, ID. ID.

De las sentencias que pronunciaren los jueces de residencia, proveidos por Nos

se ha de apelar al consejo, y en las demandas de partes á las audiencias, con que la condenacion no esceda de seis cientos pesos de oro, ó lo que estuviere determinado especialmente para cada provincia; pero esto no se entienda en lo tocante á condenaciones que se hicieren por los dichos jueces de residencia á pedimento fiscal, en nombre de la cámara ó fisco, ni de oficio, porque las apelaciones en estos casos interpuestos, han de venir al Consejo y no á otro tribunal, y con esta limitacion se practique la ley 69, tit. 15, lib. 2.

LEY 9, ID. ID.

En las apelaciones de autos interlocutorios que los oidores visitadores de la provincia proveyeren, se guarde la ley 2, título 34, lib. 2, y en las que se interpusieren de sentencias definitivas, se otorgarán las que fueren conforme á derecho para las audiencias de donde hubieren salido.

LEY 10, ID. ID.

En los pleitos civiles que pasaren ante la justicia ordinaria de las ciudades de Lima y Méjico, si se apelare indistintamente para ante cualquiera de los alcaldes del crimen, jueces de provincia, y la parte se presentare en este grado ante el escribano de provincia que quisiero elegir, si fuere de auto interlocutorio, vaya el escribano de la ciudad á hacer relacion ante el alcalde, y con lo que resolviere, remita los autos á la justicia ordinaria, para que allí las partes prosigan hasta la sentencia definitiva; y si se apelare de sentencia, ó auto que tenga fuerza de definitiva, se presente la parte ante un alcalde del crimen, y luego se despache mandamiento compulsorio y saque el proceso, y le presente ante el escribano de provincia para que allí se siga el pleito; y si as partes quisieren apelar para ante los oidores, lo podrán hacer, guardando la misma forma.

LEY 11, ID. ID.

Las audiencias devuelvan á los jueces de

provincia las causas que fueren á ellas en apelacion y cuyas sentencias confirmen, para que aquellos las manden ejecutar.

LEY 12, ID. ID.

Solo en apelacion podrán conocer los alcaldes mayores, de lo que comenzaren á conocer los ordinarios.

LEY 13, ID. ID.

Las apelaciones en causas civiles de los alcaldes ordinarios de Lima y Méjico, vayan á la sala de oidores de aquellas audiencias, conforme á las ordenanzas de las audiencias de Valladolid y Granada.

LEY 14, ID. ID.

Las apelaciones en las causas de que conocen los oficiales de Hacienda, vayan á la audiencia del distrito.

LEY 15, ID. ID.

Las audiencias de Lima y Méjico han de conocer por apelacion en causas de ordenanzas hasta en cantidad de cinco mil maravedises, y las que escedieren, se han de ver y determinar por los alcaldes del crimen.

LEY 16, ID. ID.

Los alcaldes del crimen, como jueces de provincia, no puedan conocer ni conozcan en grado de apelacion de los autos ó sentencias que hubieren proveido ó pronunciado los jueces ordinarios de fuera de la ciudad, aunque sea dentro de las cinco leguas, ni de lo que se proveyere ó acordare en el regimiento, y solamente puedan conocer en este grado en causas civiles de la que proveyeren las justicias ordinarias de la misma ciudad, y así se practique la ley 1.ª, tit 17, lib. 2.

LEY 17, ID. ID.

Los ayuntamientos conozcan en apelacion

APELACION.

85

de las sentencias pronunciadas por la justicia ordinaria en negocios cuya entidad no pase de sesenta mil maravedises. Y los cabildos de la Habana y de su gobernacion, no excediendo de noventa mil maravedises.

LEY 18, ID. ID.

Corresponde el conocimiento de la apelacion al ayuntamiento donde naciere y tuviere principio la causa.

LEY 19, ID. ID.

Las apelaciones que se interpusieren de los fieles ejecutores de la ciudad donde reside audiencia, vayan al cabildo y no á la real audiencia, si la condenacion no excede de treinta ducados, y si excede, vayan precisamente á la audiencia.

LEY 20, ID. ID.

De las sentencias que dicten los ayuntamientos en los negocios de sesenta mil maravedises, que vayan á ellos en apelacion, no haya apelacion y se ejecuten.

LEY 21, ID. ID.

Confirmando las audiencias las sentencias apeladas, devolverán los pleitos ó causas á los alcaldes ordinarios para su ejecucion.

LEY 22, ID. ID.

Puédese interponer apelacion de los autos, acuerdos y órdenes que hubiesen proveído los vireyes, ó presidentes en gobierno, para las reales audiencias, como se contiene en la ley 35, tít. 43, lib. 2. Y se declara que de los vireyes se ha de apelar para las audiencias de Lima y Méjico, y no para otra alguna de las subordinadas, debiendo en tales casos hallarse presentes á la vista y determinacion todos los oidores, en acuerdo de justicia, y no de sala particular.

LEY 23, ID. ID.

Las justicias ordinarias, en los casos que

proceden de derecho, otorgarán las apelaciones para ante las reales audiencias de sus distritos.

LEY 24, ID. ID.

Para mas estension y claridad de las leyes 34 y 35, tít. 45, lib. 2. mandamos, que si en todos los casos en que los vireyes procedieren á título de gobierno, ó cédula nuestra, en que se les cometa cualquier negocio, ó causa en lo general del oficio, si algunas de las partes interesadas se agravare, tenga el recurso por apelacion á la real audiencia, donde el virey presidiere, y en ella se guarde justicia sobre el negocio principal y calidad de la apelacion, en cuanto así tiene efecto suspensivo, ó devolutivo, y no se entienda que está inhibida, sino fuere cuando en las cédulas especialmente se declarare.

LEY 25 ID. ID.

Si los vecinos y moradores de los lugares de la gobernacion de Popayan, que estan en el distrito de la audiencia de Santa Fé, siguiesen algunos pleitos ó causas ante el gobernador de la dicha provincia de Popayan, en otro lugar sujeto á la audiencia de Quito, vayan las apelaciones á la audiencia de Santa Fé y no á la de Quito, aunque haya conocido el gobernador, estando en lugar sujeto á la de Quito; y que lo mismo se entienda con los vecinos y moradores de los lugares de la dicha gobernacion, sujeto á la audiencia de Quito, salvo en unos y otros, si el gobernador hubiere conocido en primera instancia en algun lugar, por haber surtido allí el fuero las partes, por delito ó contrato, ó por otra razon legitima, que en tal caso las apelaciones han de ir á la audiencia en cuyo distrito estuviere el lugar donde se hubiere conocido de la causa, aunque las partes tengan domicilio en lugares de otro distrito.

LEY 26 ID. ID.

Mandamos, que de las sentencias pro-

nunciadas por los jueces y justicias de las villas y lugares de la provincia de Popayan, que no escedieren de cincuenta pesos, se pueda apelar al concejo, justicia y regimiento de la ciudad, villa ó lugar donde el juez hiciere la condenacion de causas civiles y pecuniarias, y lo que fuere determinado, guardando las leyes de estos reinos de Castilla, se ejecute y no haya lugar á apelacion; pero si escediere de esta cantidad, se pueda apelar y apele al gobernador ó juez de residencia, que es ó fuere de aquella provincia, y si esta sentencia y la primera fueren conformes, hasta en cantidad de quinientos pesos de oro, y no mas, se pueda ejecutar por el gobernador ó persona á quien él remitiere la ejecucion, dando fianzas la parte á cuyo favor se ejecutar para el caso en que se revoque la sentencia; y si la causa ó condenacion escediere de los quinientos pesos, ó la sentencia del gobernador ó juez de residencia no fuere conforme á la primera, se pueda apelar para nuestras reales audiencias de Quito ó Nuevo Reino de Granada conforme á lo dispuesto por la ley 25 de este título, guardando la forma y orden de derecho sobre sustanciar el proceso, y citando á las partes para que vayan en seguimiento de su apelacion.

LEY 27, ID. ID.

De las sentencias de los alcaldes mayores de la provincia del rio de la Plata conozca en apelacion el gobernador de ella, escepto en los casos que deben ir al ayuntamiento.

LEY 28, ID. ID.

El apelante puede entregar la mejora al escribano de la audiencia que quisiere, quien dará cuenta para que se reparta.

LEY 30, ID. ID.

Los que apelasen para el consejo de Tierra Firme, desde el cabo de la Vela y golfo de Venezuela, hasta el cabo de la Florida, Santa Marta, Nicaragua, cabo de Honduras,

Higueras, Guatemala, Yucatan, Nueva-España y rio de las Palmas, y lo á esto adyacente, se han de presentar dentro de ocho meses; de las provincias del Perú, dentro de un año; de las Filipinas, dentro de año y medio, contados estos términos desde el día que saliere de cada provincia la flota ó armada ó navío de registro para estos reinos.

LEY 33, ID. ID.

Los jueces inferiores, despues de haberse apelado de sus sentencias, no puedan soltar ningun preso.

LEY 34, TIT. 45, ID.

Dispone, que las apelaciones de las providencias que los oficiales reales de las cajas de partido dictaren en las cuentas de Hacienda, dadas por los corregidores óalcaldes mayores, vayan al tribunal de Cuentas de la provincia, y que si alguno de los puntos sobre que se apelare fuere caso en que se hubiere de determinar conforme á derecho, se vea y determine por los oidores de la real audiencia, que conforme á lo ordenado para los tribunales de cuentas conocieren de las demas causas de aquel tribunal.

LEY 37, ID. ID.

Las apelaciones en las demandas de residencia á los gobernadores de Venezuela y sus tenientes vayan á la real audiencia de la Española, si fueren hasta mil ducados, y si escedieren de esta cantidad venga al Consejo.

LEY 38, ID. ID.

Las apelaciones en las demandas de residencia á los gobernadores, capitanes generales, presidentes, oidores y fiscales de la audiencia de Manila y otros cualesquier ministros, así civiles como criminales, vayan en apelacion y se fenezcan en aquella audiencia, si no escedieren de mil pesos corrientes.

APELACION.

87

LEY 39, ID. ID.

Los jueces de residencia no ejecuten las sentencias que en estas causas pronuncian, habiendo apelado las partes en tiempo y forma, si no fuere en las cantidades que por derecho está dispuesto.

LEY 21, TIT. 4, LIB. 6.

Dispone, que de los autos y sentencias que el oidor dictare en negocios de comunidad y cajas de censos haya apelación á la audiencia donde el oidor ejerciere.

LEY 22, TIT. 4, LIB. 7.

Los jueces de comision nombrados por el alcalde del crimen y el pesquisidor admitan las apelaciones de sus autos y sentencias, en los casos de derecho para ante los alcaldes del crimen.

LEY 37, TIT. 4, LIB. 8.

De los pleitos, negocios, diferencias y causas que resultaren de cuentas y sus alcances ante los contadores, no conozcan los tres oidores para verlos en justicia ni otros ningunos por via de agravio, apelacion ni en otra cualquiera forma hasta haberse ejecutado los mandamientos de los contadores y pagado las partes, escepto en los negocios y casos que los contadores remitiesen.

LEY 75, TIT. 4, ID.

Dispone, que las apelaciones que los oficiales reales interpusieren de los autos que los contadores dieren contra ellos en materia de rentas y haciendas que por ordenanza deben aquellos dar cobradas, ó mostrar diligencias bastantes, no sean oidas hasta haber pagado.

LEY 93, ID. ID.

De las apelaciones y agravios que se interpusieren y espresaren de autos y proce-

dimientos de comisarios despachados por los tribunales de cuentas, no han de conocer los vireyes, presidentes y audiencias, sino el tribunal de contadores donde se ha de acordar, y por cuyas provisiones se despachan, basta que cobrado el alcance haya pleito formado, que es el tiempo en que ha de ir á la audiencia y jueces nombrados, como se dispone por la ordenanza 33 de 1603, ley 37 de este titulo.

LEY 42, TIT. 6, ID.

De las sentencias que pronunciaren el prior y cónsules, pueden apelar las partes ante uno de los jueces oficiales de la casa de contratacion que mandaremos nombrar en cada un año y no ante otro cualquier tribunal, quien con dos cargadores de Sevilla que elija, determine el pleito á estillo de mercaderes.

LEY 47, TIT. 9, ID.

Las apelaciones en materia de cuentas de tributos, cuya cobranza haya estado á cargo del corregidor ó alcalde mayor de las providencias que se dictasen por los oficiales reales en las cajas de las cabezas de partido, vayan al tribunal de Cuentas de su distrito, y si alguno de los puntos sobre que se apelase, se hubiere de determinar conforme á derecho, se verá y determinará por los oidores de la real audiencia donde el tribunal de Cuentas residiere, guardándose lo ordenado en la ley 34, tit. 43, lib. 5.

LEY 4, TIT. 17, ID.

Las apelaciones en todas las causas de comiso de mercancías, hecho en los puertos de la India, y de esclavos en cualquier parte, vengán al Consejo, y las que se interpusiera en causas de aprehensiones de mercancías hechas de tierra adentro vayan á las reales audiencias del distrito donde tocan.

LEY 44, TIT. 20, ID.

Las apelaciones en asuntos de cuentas.

cuyos pagos se justifican por órdenes y cédulas reales, se admitan y otorguen para ante el Consejo de Indias.

CEDULA DE 22 DE AGOSTO DE 1766.

Art. 6.º El tribunal de apelaciones (de la intendencia) en los recursos que se introduzcan, proceda con arreglo á la disposicion de derecho, segun la naturaleza de las causas, y solo las admita de las sentencias definitivas pronunciadas por el intendente, y de los autos interlocutorios que tengan la misma fuerza, ó causen daño irreparable, imponiendo fuera de estos casos las penas que se hallan establecidas contra lo que con facilidad y sin justo motivo interponen semejantes recursos.

Art. 16. Los recursos de apelacion de autos interlocutorios, se actuarán por el escribano de la intendencia, pasando á dar cuenta de ellos al tribunal; pero en los demas casos deberá entregar los procesos al escribano de este juzgado, quien evacuados los devolverá al oficio, donde tuvieron su origen, para que se archiven en él.

REGLAMENTO DE MILICIAS DE CUBA DE 19 DE ENERO DE 1769.

Cap. X. Arts. 1 y 4. El capitan general conocerá en apelacion en las causas civiles y criminales de los coroneles, oficiales, sargentos, cabos y soldados de las milicias, y de todas las que sentenciaren y determinaren los gobernadores y sus tenientes.

Cap. XI. Art. 7. Debiéndose concluir las causas criminales con la mayor brevedad, tendrá recurso de apelacion al capitan general, quien la determinará con acuerdo de su asesor y el auditor general de Guerra, confirmando ó revocando las sentencias que se hubieren dado en ellas, segun hallasen justicia; pero en esta apelacion se han de remitir originales los autos, y sin otra sustanciacion se ha de determinar por el espresado capitan general.

Art. 8. De las sentencias definitivas que se dieren por los jueces de primera instancia, aunque no se haya apelado de

ellas, siempre que la sentencia contenga pena de muerte, destierro, azotes, mutilacion de miembros ú otra grave, no se ha de ejecutar sin la remision de autos y aprobacion del gobierno superior del capitan general, en los términos que va prevenido.

REAL ORDEN DE 20 DE ABRIL DE 1780.

Previene, que lo mandado en las leyes 1 y 2, tit. 41, lib. 3 de la Recopilacion de las de Indias sobre las apelaciones á los vireyes, presidentes y capitanes generales de la isla Española, nuevo reino de Tierra Firme, Guatemala y Chile, sean extensivas á los capitanes y comandantes generales de las demas provincias de Indias.

ORDENANZAS DE INTENDENTES DE NUEVA ESPAÑA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1786.

Art. 6.º Previene en su última parte á la junta superior de real Hacienda que crean los artículos 4 y 5, que deje los asuntos contenciosos que traigan origen de la jurisdiccion real ordinaria y causa de policía y gobierno en apelacion de los intendentes, los subdelegados y demas jueces ordinarios, sujetos á la respectiva audiencia del territorio, como lo estan por las leyes recopiladas de Indias.

Art. 49. De los autos ó sentencias que dieren los tenientes asesores de los intendentes gobernadores, como jueces ordinarios, deben admitir las apelaciones y recursos de las partes para la audiencia del distrito, conforme á las leyes de aquellos reinos.

Art. 78. Manda admitir para la junta superior de real Hacienda las apelaciones que se interpusieren de los intendentes en los casos que procedieren y entendia antes el tribunal de apelaciones.

ORDENANZA GENERAL DE INTENDENTES DE 23 DE SETIEMBRE DE 1803 (1).

Art. 43. La junta superior contenciosa

(1) La junta superior contenciosa de Hacienda mandada crear en cada capital de superintendencia por el artículo 12, y lo ordenado en punto á apelaciones en los que se inserian, están vigentes en las dos Antillas y en las Filipinas por declaraciones hechas de real orden.

APELACION.

89

de hacienda se compondrá del superintendente, regente de la real audiencia, dos oidores y fiscal de real Hacienda, ó de lo civil en su defecto, y los cuatro primeros tendrán voto decisivo en todos los asuntos puramente contenciosos y apelaciones que en ellos se interpongan en las causas de Hacienda y Guerra, tanto de providencias del superintendente (que en tal caso no concurrirá), como de los demas intendentes.

Art. 16. Declara lo que debe entenderse por contencioso, y añade, en estos otros semejantes casos, sustanciados los autos por el superintendente ó intendentes que corresponda, se admitirán las apelaciones conforme á derecho en la junta contenciosa.

Art. 25. El superintendente delegado no podrá impedir las apelaciones que de sus providencias ó de las de los intendentes se interpongan en tiempo y forma para la junta superior contenciosa.

REAL ORDEN DE 4 DE FEBRERO DE 1805.

Previene, que de las sentencias de artillería en Indias dadas en primera instancia, puedan las partes apelar en ambas Américas, Canarias y Filipinas á los vireyes, capitanes generales y gobernadores independientes, á fin de que reunidos con los dos ministros de la audiencia que nombre, si estuviere en el pueblo de intendencia, ó con los dos letrados que le parezcan residentes en los mismos destinos y concurriendo tambien el comandante de artillería, juzguen las apelaciones, informándose cada uno de los jueces militares del letrado que fuere de su agrado, sustanciándose dichos recursos de apelacion en el juzgado del virey, capitan general ó gobernador.

REAL CÉDULA CIRCULAR DE 29 DE AGOSTO DE 1806.

En ella se declara, que con arreglo á la letra, genuino sentido y espíritu de la ley 38, título 45, libro 2 de la Recopilacion, cuando se ofrezca duda sobre si el punto de que se trata es de justicia ó de gobierno, esten

TOMQ III.

y pasen las audiencias y sus ministros por lo que declararen ó ordenaren los vireyes, ó presidentes, con lo demas que dicha ley previene, sin admitir recurso que impida su conocimiento, ó tenga por objeto la inhibicion del virey ó presidente; pero que si en el progreso del negocio, en que por ser ó haberse declarado de gobierno en la forma referida, se hallare conociendo ó entendiendo el virey ó presidente, y dictare alguna providencia definitiva, ó que tenga fuerza de tal, y que conforme á las reglas generales del derecho fuere apelable, puedan en este caso las partes apelar de ella, presentándose de hecho en la audiencia; y esta mandar, sin mas requisito previo, que el escribano de gobierno vaya á hacer relacion de la causa al tribunal para proveer en la vista lo que fuere justo, no impidiendo los vireyes por ningun motivo que dichos escribanos pasen á hacer relacion, ó que en treguen los autos ó espedientes en la escribanía del tribunal para el mismo fin; en inteligencia que la calificacion de si ha ó no lugar al grado que los vireyes y presidentes suponen corresponderles por ser materia de gobierno, es un abuso introducido contra la disposicion expresa de la ley 35 del mismo título y libro, porque los vireyes solo pueden declarar conforme á la 38 si les compete ó no el conocimiento; pero de ningun modo si tiene ó no lugar la apelacion á la audiencia, fundados en ser asunto de gobierno, pues en los de esta clase es precisamente en los que la ley 35 les manda que no impidan las apelaciones.

REAL ORDEN DE 10 DE FEBRERO DE 1807.

Esta fue circulada tambien al ejército de Indias. Véase en LEYES MILITARES puestas anteriormente.

REAL ORDEN DE 19 DE SETIEMBRE DE 1807.

Para uniformar el cuerpo de ingenieros en Indias con el de artillería establece, que por lo respectivo á la direccion del propio cuerpo de ingenieros en Indias quede á la

12

parte que se considere agraviada de las sentencias dadas en primera instancia por los juzgados provinciales del mismo cuerpo, la libertad de interponer la apelacion, ya sea en el juzgado general de Madrid, ó ya en el tribunal inmediato de los vireyes, capitanes generales y gobernadores independientes, que previene la real orden de 4 de febrero de 1805 para el cuerpo de artillería, y cuando los interesados se sintiesen aun agraviados de las sentencias pronunciadas por alguno de los dos tribunales, tengan tambien espedito el último recurso de súplica á S. M. segun esté mandado observar al cuerpo de artillería por la real orden de 10 de febrero del corriente año.

ORDENANZA DE LA JUNTA DE GOBIERNO Y DE LA SUPREMA DE APELACIONES DE LA REAL CASA Y PATRIMONIO DE 1817.

Capítulo 4.º Las apelaciones de los juzgados de las subdelegaciones irán á la junta suprema.

REAL ORDEN DE 26 DE MARZO DE 1817.

Se crean por ella dos tribunales de revision, uno para las Antillas y otro para las Filipinas, de las causas criminales de los aforados de marina, formadas en concejo ordinario de Guerra, cuyas sentencias debian remitirse á la aprobacion de S. M. ó del supremo Consejo, facultándolo para que las revea y las apruebe, y para que conozca en grado de apelacion de las otras criminales contra dichos aforados que se forman en los juzgados de los comandantes generales de marina.

REGLAMENTO DE LA JUNTA SUPERIOR CONTENCIOSA DE REAL HACIENDA DE LA HABANA, APROBADO POR REAL ORDEN DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1834.

Art. 11. La junta superior conocerá en segunda instancia de todos los negocios y causas contenciosas que determinen en esta capital el tribunal de la intendencia, los jueces hacendados de diezmos, el de la real

lotería, el juzgado apostólico y real de la Santa Cruzada, el de la media annata eclesiástica y el juez de anualidades; y en las provincias, de las que vengan en alzada de los respectivos intendentes y jueces de iguales ramos constituidos en ellas.

REAL ORDEN DE 26 DE JULIO DE 1836, COMUNICADA AL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA EL 10 DE SETIEMBRE.

Declara, que al Supremo Tribunal solo toca conocer de las causas de contrabando y demas de que se interponga apelacion de las sentencias de los de Ultramar, en el caso y grado prescrito por las disposiciones vigentes, y de ningun modo de las que remiten de oficio aquellos intendentes, que han de tener precisamente un curso gubernativo.

REAL ORDEN DE 9 DE JUNIO DE 1844.

Por ella se ha ratificado á la presidencia y audiencia de Puerto Rico la real cédula de 29 de agosto de 1806, previniendo al tribunal de gobierno, que en negocios de gobierno no impida las apelaciones que otorgan las leyes vigentes de Indias.

REAL DECRETO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1844.

Art. 16. En élse dispone, que sea válido y tenga efecto lo que se hiciese pasados los sesenta dias que fijan las leyes de Indias para terminarse en definitiva las causas de residencia, sobre la admision de la apelacion que se interpusiese para la sala de Indias del tribunal Supremo de Justicia.

REAL ORDEN DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1844.

En ella se ordena al presidente y regente de Puerto Rico, que habia consultado sobre si la calificacion del grado en un espediente que conocia por via de gobierno correspondia al gobierno ó á la audiencia, «que V. E. en cumplimiento de la cédula de 29 de agosto de 1806, debe cumplir con las comunicaciones de la audiencia para que vaya el es-

APELACION.

94

cribano á hacer relacion de los autos y en su defecto que se entreguen en la escribanía de Cámara, y que hecha relacion proceda la audiencia segun las leyes.»

REGLAMENTO DE LAS MILICIAS DE CANARIAS DE
22 DE ABRIL DE 1844.

Art. 282. Las apelaciones en los negocios que competen al tribunal de la capitania general de las islas Canarias, se elevarán para ante el tribunal Supremo de Guerra y Marina, con arreglo á las disposiciones vigentes.

DISPOSICIONES CANONICAS.

DECRETO DE GRACIANO.

Causa 2, quest. 6.

Cánon 1. Al que apela sea permitido quitar la causa injusta, por el remedio de la apelacion.

Cánon 7. Si alguno cree que su propio metropolitano le perjudica, apele á otra silla mayor.

Cánon 9. No se niegue audiencia al que de unos jueces eclesiásticos haya apelado á otros, cuya autoridad es mayor.

Cánon 11. No puede conocer de la causa de apelacion, sino aquel á quien se apela.

Cánon 12. Solo aquellos para ante quienes se apela pueden oír las causas ó juicios de los litigantes.

Cánon 20. En las causas criminales es permitido apelar: y no debe negarse la apelacion al que por sentencia fue condenado á suplicio.

Cánon 22 (del código Teodosiano). El que quisiere apelar del juez que conoció de su causa para ante otro juez, hágalo dentro de cinco días, y dentro de ellos preséntese sin escusa alguna al juez de la apelacion, y cómputese en este término el día mismo en que recibió las letras. Si el camino es mas largo, cuéntense, ademas de estos cinco días, los que se necesiten para andar el camino.

Cánon 24 (del mismo, tit. 34). El juez de

quien se apela dirija cartas dimisorias, llamadas vulgarmente *Apóstolos*, al juez que ha de conocer de la apelacion, debiendo pedirse y concederse dentro del término de cinco días.

Cánon 25 (del mismo, tit. 35, cap. 2). No es admisible la apelacion viciosa y maliciosa.

Cánon 26 (del mismo, tit. 36, cap. 4). Apelando el poseedor, si el éxito de la causa es dudoso, secuéstrense los frutos de la posesion.

Cánon 27 (del mismo, tit. 37, cap. 4). El que interpusiere una apelacion injusta, quede obligado á restituir á la parte contraria el cuádruplo de lo que esta gastase en seguirla.

Cánon 28 (del emperador Justiniano, novela 23). El remedio de la apelacion pueda interponerse dentro de diez días.

Cánon 33 (del concilio Milevitano, capitulo 24). No es permitido apelar de los jueces elegidos de comun consentimiento.

Cánon 34 (del concilio 3.º de Cartago, cap. 40). Si las partes de comun acuerdo eligiesen jueces, permitase apelar aun de un número menor que el elegido.

Cánon 37 (del mismo lugar). Tambien se determinó que si de unos jueces eclesiásticos se apelase á otros que tengan mayor autoridad, no obste esto á aquellos cuya sentencia se revocó, si no pueden ser convencidos de que fallaron con ánimo inícuo, ó llevados de ambicion ó favor.

Cánon 40 (del Papa Adriano). No es permitido seguir por procurador la apelacion interpuesta en causa capital, ó en que se trate del estado de una persona.

Cánon 44 (del mismo, tomado de las Auténticas). El tiempo para seguir la apelacion es el de un año, ó de dos si interviene justa causa.

DECRETALES DE GREGORIO IX.

LIB. 2, TIT. 28.

Cap. I. Alejandro III en 1180.

Es nula *ipso jure* la colocacion de un be-

nelicio, hecha despues de la apelacion interpuesta con causa probable y verosimil.

Cap. 2. El mismo en id.

No es admisible la apelacion general ó de perjuicio no determinado.

Cap. 3. El mismo en id.

No puede apelarse de la correccion legitima, no siendo excesiva en el modo.

Cap. 4. El mismo

Si el apelante no prosigue la apelacion dentro del término señalado por el juez de quien apeló, se le obligará estar y pasar por la sentencia ó juicio que aquel hubiese pronunciado (concuerdan con el 21 y 23).

Cap. 5. El mismo.

Cuando la apelacion es á Roma, el apelante tiene un año para seguir el recurso, y dos con causa necesaria y evidente, á no ser que el juez de quien se apeló modere el tiempo en consideracion á la distancia de los lugares y á la cualidad de las personas y del negocio. Y si dentro de este tiempo no le sigue, queda firme la sentencia de que apeló y no volverá á ser oido en apelacion sobre el mismo negocio. Si hubiese apelado de que se le sigue gravámen, antes de entrar en el pleito, será oido tal apelante, puesto que los sagrados cánones permiten á menudo apelar fuera del juicio, y esto suele llamarse mas bien *provocacion á la causa*. Mas si se apelare antes de la sentencia, se le obliga á estar y pasar por el fallo de aquel á quien apeló. Además, si es raptor ó fornicario manifesto no puede apelar, aunque todo delincuente pueda hacerlo de la sentencia condenatoria.

Cap. 6. El mismo en dicho año.

El juez de quien se apeló en una causa, puede conocer en otra de la reconvention, á no recusarsele como sospechoso. (Concuerdan con él el cap. 24).

Cap. 7. El mismo.

Si uno de los litigantes apela del juez inferior al Papa, y otro al inferior, el primero está obligado á comparecer á la citacion del juez inferior, para oponer al menos su apelacion: de otro modo valdrá el proceso de este, á no ser que supiere la apelacion hecha al Papa.....

Cap. 8. El mismo en 1174.

El trascurso de dos años no perjudica al apelante, para que sea oido con causa legitima, al menos por el beneficio de la restitucion *in integrum*.

Cap. 9. El mismo en 1175.

Si el reo acudió á la silla apostólica, despues de la citacion, ó de tener noticia de las letras dimisorias, el delegado que lo fuere del Papa para conocer con la cláusula *apellatione remota*, proceda en la causa; pero no, si el reo emprendiese el camino á la curia antes de la citacion. (Concuerdan con él los capitulos 15 y 30).

Cap. 10. El mismo en 1188.

Si sobre alguna escepcion nace cuestion y sucede entablarse de aquí apelacion, habrá de sobreseerse en la escepcion; y lo mismo en la causa principal, cuando sin la resolucion del artículo no pueda esta terminarse. Si la apelacion interpuesta es maliciosa, no impide al juez la ejecucion de la sentencia.

Cap. 11. El mismo.

Puede interponerse apelacion en causas leves.

Cap. 12. El mismo.

Segun los cánones se apela tambien antes de la sentencia: segun las leyes no, á no ser en ciertos casos. La apelacion y la recusacion se equiparan, en que en una y otra se requiere causa racional. El tiempo señalado al juez delegado para decidir la causa, empieza á correr desde que recibió las letras ó rescripto.

APELACION.

93

Cap. 12. El mismo.

El reconvenido por injuria hecha á clérigo, ó por adulterio, puede apelar, como su delito no sea notorio. (Concuerda con este el capítulo siguiente.)

Cap. 16. El mismo.

El escomulgado puede ser absuelto *ad cautelam*, mientras está pendiente el conocimiento de la apelacion; y si apareciese que apeló legítimamente, no se le castigará, porque celebró los divinos oficios entretanto. (Concuerda con él el 25.)

Cap. 17. El mismo.

Si el poseedor, que apela al Papa, es turbado en la posesion, el juez *á quo* puede conocer en juicio ordinario de la queja ante él entablada con este motivo.

Cap. 18. El mismo.

Si alguno interpusiese apelacion general de todo gravámen que pueda acontecerle, no valdrá la apelacion; pero si se interpusiere de cualquier juez sobre todo gravámen ó perjuicio que pueda inferirse en una causa, aunque tal apelacion es general, debe deferirse á ella por el juez.

Cap. 19. El mismo.

La apelacion frívola no excusa al inferior de la obediencia al superior, ni de ser castigado como inobediente á no purgar de otro modo su inocencia.

Cap. 20. El mismo.

El que jura estar ó pasar por el juicio de la Iglesia, y despues apela, sea obligado ó á guardar el juramento, ó á seguir dentro de 40 dias la apelacion que hubieren interpuesto. (Concuerda con él el siguiente.)

Cap. 22.

Al que, apelando á la silla apostólica, cometiese despues crimen grave, no aprove-

cha la apelacion interpuesta para que dejen de corregirse sus excesos por medio de censuras canónicas.

Cap. 23. El mismo en 1172.

El que se opone á la apelacion de su contrario, no puede apelar despues sobre el mismo asunto.

Cap. 26. El mismo en 1198, en el concilio de Letran.

El prelado no debe suspender ni escomulgar al súbdito sin proceder amonestacion: ni el súbdito, especialmente religioso, puede apelar contra la disciplina eclesiástica. El juez *á quo* señala término al apelante para proseguir la apelacion, y si dentro de él no lo hace, el juez *á quo* reasume la jurisdiccion. Mas si el apelante no prosigue su apelacion, es condenado en costas á instancia del apelado.

Cap. 27. El mismo.

El juez *á quo* conoce de la causa, sin perjuicio de la apelacion, si el apelante no la sigue..... (Concuerda con el capítulo 33.)

Cap. 28. El mismo.

Si amonestado un canónico para que resida, apela, se le dá término para proseguir la apelacion; y entretanto sirva el beneficio un vicario á costa de sus frutos; y si no prosigue la apelacion, ó no reside, queda privado de la prevenda.

Cap. 29. El mismo en 1176.

No se apela del juez ejecutor de la sentencia.

Cap. 32. El mismo.

Al religioso no escuda la apelacion, contra las constituciones de su regla.

Cap. 35. El mismo en 1175.

No se devuelva la causa al juez *á quo*, no estando aun mejorada la apelacion, á no ser por consentimiento de las partes.

Cap. 37. El mismo.

La sentencia de entredicho no se suspende por la apelacion.

Cap. 38. Clemente III en 1190.

El juez de apelacion devuelva la causa al juez primero, como no le conste que se apeló de un gravámen ó injusta sentencia.

Cap. 39. El mismo.

Si el que apela y no prosigue la apelacion vuelve ante el juez *á quo* y es nuevamente gravado, puede apelar de nuevo, no obstante la primera desercion.

Cap. 40. Celestino III en 1193.

Queda en suspenso la sentencia de excomunion, suspension ó entredicho dada con condicion, si se apela antes de que esta se cumpla.

Cap. 41. El mismo.

Si por medio de un rescripto se comete el conocimiento de muchos artículos conexos, y en el uno se deniega la apelacion, se entiende denegado tambien en los demas.....

Cap. 42. El mismo.

Ni el juez ni el contrario estan obligados á deferir á una apelacion á que no defirió el apelante.

Cap. 43. Inocencio III en 1208.

No puede recusarse al juez ejecutor ni apelarse de él, si no se escude en el modo de su comision. (Vide capítulo 29.)

Cap. 44. El mismo.

Admitida por el juez la apelacion ó aprobada por la parte, es perentorio el término prefijado para seguirla, de modo que se procede contra el ausente lo mismo que si perentoriamente se le hubiere citado, y no pueda ninguna de las partes prevenir este término.

Cap. 45. El mismo en 1210.

Desierta la apelacion por negligencia del apelante, el juez puede proceder de oficio en los casos en que tenga jurisdiccion.

Cap. 47. El mismo en 1212.

Si se señala á las partes uu lugar inseguro, pueden apelar, aunque haya la cláusula *apellatione remota*.

Cap. 48. El mismo en id.

El reo puede apelar, si no se le oye al escepccionar que el procurador del actor carece de suficiente poder, ó que ha sido citado en virtud de otras letras que no se mencionan en las segundas.

Cap. 49. El mismo en id.

Puede lícitamente apelar el reo que no es oído al pedir que se declare lo que pide en su libelo.

Cap. 50. El mismo en 1213.

El juez *á quo* no puede fijar término para concluir la apelacion: y si lo hace se entiende que se ha fijado para presentarse.

Cap. 51. El mismo en id.

El que extrajudicialmente apela por causas verosímiles y probables para no ser molestado en la posesion, si despues es despojado, debe ante todas cosas restituírsele al estado que tenia antes de apelar.

Cap. 52. El mismo en id.

El emprender el camino á la silla apostólica hace las veces de apelacion, si se guarda lo que en esta debe guardarse.

Cap. 53. El mismo en id.

La cláusula *apellatione remota* esciuye toda apelacion no concedida espresamente por el derecho.

Aunque el escomulgado apele de la esco-

APELACION.

95

munión, puede ser no obstante denunciado y privado de los réditos del beneficio.

Cap. 54. El mismo en id.

Si el que apela para ante el superior, comparece ante el juez inferior sobre cosas tocantes á la misma apelacion, se entiende que renuncia á la apelacion misma. Mas si protesta que no por esto es su ánimo renunciar á la apelacion, no ha de oírsele, como que alega cosas contrarias: á no ser notoria la injusticia de aquel acto sobre cuya enmienda acudió al inferior.

Cap. 55. El mismo en id.

La apelacion legítima priva al juez inferior del conocimiento de la causa, que pasa al superior en cuanto á lo principal y accesorio; y son nulas las sentencias de escomunion y entredicho dadas despues de la apelacion.

Cap. 56. El mismo en 1212.

Si el Papa avoca á sí alguna causa, no vale el proceso hecho despues por el juez menor, como no valdria si de él se hubiese legítimamente apelado.

Cap. 57. El mismo en id.

Si establecido término por el juez al apelante para seguir la apelacion, callase esta circunstancia, y obtuviese letras, no valen; pero si el tiempo no estuviese determinado, la parte apelada puede solicitar el término de derecho, si de la dilacion se le sigue algun gravámen: y no prosiguiéndose la apelacion, el juez superior debe obligarles á ello.

Cap. 58. El mismo en id.

Si una de las partes es contumaz por no querer presentarse, puede el juez de apelacion terminar el negocio principal, si se apeló despues de contestado el pleito.

Cap. 59. El mismo en el concilio general de 1216.

El que apela antes de la sentencia, está obligado á espresar la causa razonable por-

que lo hace ante el juez *d quo*; sin que sea admisible la escepcion de haber enviado con anterioridad apoderado á la silla apostólica, ó haber obtenido letras, que aun no se han presentado al juez.

Cap. 60. El mismo en dicho concilio.

Si el juez de quien se apela de un gravámen lo revoca, puede proceder en el negocio principal.

Cap. 61. El mismo en id.

.....«En los escesos notorios no se admite apelacion: en los dudosos debe espresarse ante el juez una causa probable que deba reputarse legítima; y si no se prosigue, el juez *d quo* debe continuar en la causa. Lo mismo tiene lugar si prosigue la apelacion y no prueba la causa. Esta constitucion no es estensiva á las causas de regulares.

Cap. 62. Honorio III en 1211.

Si el juez tuviese por contestado el pleito con la respuesta errónea del abogado, que fue rectificada é invalidada dentro del mismo día por el procurador de la parte, pueda este apelar; tambien se podrá apelar, si el delegado del Papa subdelega la causa en otro, y esté la comete á otro en su lugar.

Cap. 63. El mismo en dicho año.

No basta que el apelante manifieste que opuso una escepcion legítima y verdadera, y que apeló; sino que es menester tambien que haga ver que apeló por no habersele admitido.

Cap. 64. El mismo en id.

Si el apelante a quien señaló término para la apelacion nombra procurador solamente para contradecir, y la apelacion ha sido admitida por el juez ó consentida por la parte, sea condenado en costas, si su contrario prosigue legítimamente la apelacion.

Cap. 65. El mismo en id.

Ninguno puede apelar tres veces de una misma sentencia.

Cap. 86. El mismo en id.

La apelacion interpuesta *omisso medio* no vale, y propuesta esta escepcion, impide el conocimiento del recurso.

Cap. 67. Gregorio IX en 1232.

Si el que dejó de ser tutor es reconvenido como tal por un tercero, puede apelar.

Cap. 69. El mismo en 1234.

Es lícito apelar, si el juez innova alguna cosa acerca del negocio principal antes de contestado el pleito, ó adelanta sin causa el día señalado. Y si el procurador nombrado para interponer y seguir la apelacion no guardó la forma del mandato, se admite la apelacion, aun despues de pasado un año.

Cap. 70. El mismo en 1235.

1. Para justificar la apelacion interpuesta con causa ha de probarse la verdad de la causa ante el juez *ad quem*, á no ser que la prueba se hubiese ofrecido ante el juez *á quo* y este la hubiese rechazado.

2. Si el juez desestimó la apelacion ó no consintió la parte, el apelante puede impetrar letras para seguir la apelacion por medio de procurador nombrado para impetrar y contradecir, aunque la parte apelada esté dispuesta á seguir el juicio en la curia por sí ó por medio de procurador idóneo.

3. Antes de dar principio al seguimiento de la apelacion, el apelante puede, si quiere, aun contra la voluntad del apelado, pedir que se remita la causa al juez *á quo*; pero será condenado en las costas.

4. El artículo de apelacion se decide por el juez *ad quem*, estando ausente la parte en rebeldía, aunque no haya tenido lugar la contestacion del pleito en el mismo artículo de apelacion, ó en el negocio principal.

Cap. 71. El mismo en 1235.

La *clausula appellatione remota* puesta en medio de las letras de la delegacion de una

causa, solo hace relacion á los artículos precedentes á que se une, no á los siguientes, como no se repita al fin de las letras: esto es si son muchos y diferentes entre sí los negocios cuyo conocimiento se delega.

Cap. 72. El mismo en id.

La apelacion de uno aprovecha á los demás, si todos tienen igual derecho, es uno mismo el negocio, una misma la causa de defensa, y todos condenados por una misma sentencia: no de otro modo.

Cap. 73. El mismo en id.

El justo miedo escusa, de suerte que el que en virtud de él no apelase tiene por apelante, si protesta seguir el recurso y exponer los agravios.

SEXTO DE DECRETALES.

LIB. 2, TIT. 15.

Cap. 1. Inocencio IV en el concilio de Leon de 1245.

El que apela al Papa en juicio ó fuera de él, debe hacerlo por escrito, espresar la causa, y pedir los *Apostolos*. Si el apelado quiere y lo pide, los interesados deben acudir al Papa por sí ó por medio de procuradores instruidos sobre lo principal. En las apelaciones que se interponen de la sentencia definitiva, nada se innova. Si el apelante no observa este orden, se tendrá por no apelante devolviéndose la causa al juez inferior, y condenándosele en las costas legítimas. Si hace lo mismo el apelado, se procederá contra él como contumaz, lo mismo en las costas que en la causa, cuanto el derecho permite.

Cap. 3. El mismo.

Del vicario general del obispo se apela al arzobispo, no al obispo.

Del súbdito del obispo se apela á este, no al arzobispo, á no haber costumbre en contrario.

APELACION.

97

El arzobispo no debe cometer la causa de apelacion interpuesta del obispo, ni citar á las partes, si en la apelacion no se espresa causa probable.

Si se niega que el negocio ha sido apelado, el arzobispo no impedirá que el juez de la causa principal proceda, como no sea que antes le conste la devolucion.

Si se objeta que se interpuso apelacion antes de la sentencia, con causa injusta ó menos legítima, y que por esto no debe admitirse la apelacion, el arzobispo, ó su oficial, no pueden impedir se proceda en la causa, á no ser que admitida la apelacion como probable, empezase á conocer de la verdad de la causa.

Si se dice que se apeló de la definitiva en un caso prohibido por derecho, desde que el arzobispo empezase á conocer acerca de esto, puede impedir se ejecute la sentencia.

El arzobispo no puede ejercer jurisdiccion contra tercera persona que innovase alguna cosa, cuando se hubiese él inhibido de conocer en la causa que fue llevada al mismo en apelacion.

El arzobispo no puede eximir de la jurisdiccion del obispo al que apela en otras causas.

Debe por derecho apelarse de los obispos al arzobispo, en las causas en que aquellos tienen jurisdiccion temporal, á no ser que un derecho especial permita otra cosa.

El arzobispo no puede revocar la censura eclesiástica impuesta por el obispo al apelante, á no ser despues de llamadas las partes y conocer legítimamente de la causa.

Luego que el arzobispo declare que se apeló sin razon antes de la sentencia, debe al momento remitir la causa al sufragáneo.

Cap. 4. El mismo

Si el juez *á quo*, requerido, no entrega al apelante el testimonio para mejorar la apelacion y despues procede en la causa, el proceso no vale, á no haberse renunciado á la apelacion.

Cap. 5. Clemente V en 1267.

El juez de apelacion debe remitir al juez principal al que apeló intencionalmente antes de

la sentencia y condenarle en costas: esto, si el juez principal no admitió la apelacion; pero si la admitió, no es de necesidad la remision. Guárdese el derecho antiguo en cuanto á las apelaciones que se interpongan de sentencia definitiva.

Cap. 6. Bonifacio V en 1298, en Roma.

Si el apelante no pide con instancia los *Apóstolos* dentro de 30 dias, renuncia á la apelacion. Si requerido el juez legalmente, no los entrega, sino que procede despues, su proceso no vale.

Cap. 7. El mismo.

Cuanto el juez inferior innove despues de la sentencia definitiva de que se apeló, como lo que lo fuere antes de apelar se revocará al momento por el juez de apelacion. Mas lo que despues de apelar se atentase antes de la definitiva, no se revocará, si antes no consta la verdad, á no ser que el atentado se hubiese hecho despues de la inhibicion hecha debidamente.

Cap. 8. El mismo.

El que estrajudicialmente apela, debe hacerlo dentro de los 40 dias desde que supo el gravámen; despues de este término podrá ser oido por otro remedio del derecho comun, mas no por el de apelacion.

Cap. 9. El mismo.

La apelacion presentada por escrito vale aunque no se lea ante el juez.

Cap. 10. El mismo.

El juez *á quo* no puede compeler al apelante á que pruebe la verdad de gravámen, pero si citarle para que oiga su revocacion: la cual hecha, puede proceder en la causa, aunque no comparezca, lo mismo que si no hubiese apelado.

Cap. 11. El mismo.

Por la apelacion interpuesta de la definitiva, puede revocarse la interlocutoria, si

perjudica el negocio principal; no de otro modo.

CLEMENTINAS.

LIB. 2, TIT. 42.

Cap. 1. Clemente V en el concilio de Viena de 1311.

Vale la apelacion hecha ante la mayor parte de los jueces; pero la apelacion, admision de ella y fijacion de término debe notificarse al apelado.

Cap. 2. El mismo en id.

Basta que el testimonio de apelacion, ó los *Apóstolos*, se pidan en un escrito, y con instancia; y si para recibirlos señala el juez cierto término, no pidiéndolos dentro de él el apelante, se entiende que renuncia á la apelacion. Lo mismo, cuando el juez señaló término incierto de derecho, dentro del cual no los pidió debidamente el apelante, ó rehusó recibir los que se le ofrecian.

Y si el juez dentro del término que prefijó para dar los *Apóstolos*, no los diese al apelante que los pide; ó si mientras se pudiesen, respondiese que los daria, sin señalar término cierto, ó asegurarse que querria darlos dentro del término legal, y requerido despues por el apelante en lugar y tiempo oportuno, pidiéndolos con insistencia, no cuidase de entregarlos dentro del dicho término, entonces el apelante puede proseguir su apelacion, como si espresamente se le hubiesen denegado.

Cap. 3. El mismo en id.

El apelante está obligado á seguir la apelacion estrajudicial dentro de un año de interpuesta la apelacion, ó inferido el gravámen; y si deja de hacerlo sin legítimo impedimento, se declara desierta la apelacion.

Cap. 4. El mismo en id.

El tiempo señalado por el juez ó por la ley para seguir la apelacion, no corre para el apelante cuando hay compromiso ó las

partes han convenido espresamente acerca de ello, á no ser que amenazando peligro la tardanza, decrete otra cosa el juez.

Cap. 5. El mismo en id.

Al apelante que apela de sentencia interlocutoria no es lícito seguir otras causas que las señaladamente espresas en su apelacion. Ni el proceso del primer juez puede justificarse ni impugnarse por cosas nuevas ó que han de probarse nuevamente: solo si por las que se hicieron ó exhibieron ante él.

Cap. 6. El mismo en id.

Las gestiones para continuar una apelacion declarada desierta, no obstan para que se tenga la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.

Cap. 7. El mismo en id.

Cuando el que segunda vez apela de la denegacion de una escepcion perentoria, sucumbe, no debe ya oírsele acerca de ella en la causa de apelacion que despues interponga de la definitiva, á no ser que entonces la proponga en debida forma, y antes se le hubiere denegado por no hacerlo así.

CONCILIO DE TRENTO.

SESION 43.

Capítulo 1 de reforma.

No cabe apelacion, antes de la sentencia definitiva del obispo, ó de su vicario general en las cosas espirituales, de la sentencia interlocutoria, ni de ningun otro gravámen, cualquiera que sea, en las causas de visita y correccion, ó de aptitud é ineptitud, como ni tampoco en las criminales: ni el obispo ó su vicario estén obligados á diferir á semejante apelacion por frívola; sino que puedan proceder adelante, sin que obste ninguna inhibicion emanada del juez de apelacion, ni tampoco le sea obstáculo ningun estilo ó costumbre contraria, aunque sea inmemorial, á no ser que el gravámen alegado sea irreparable por la sentencia de-

APELACION.

99

definitiva, ó no se pueda apelar de esta, en cuyos casos deben subsistir en su rigor los antiguos estatutos de los sagrados cánones.

Cap. 3 de id.

Si aconteciere que las apelaciones de la sentencia del obispo ó de su vicario general en lo espiritual sobre materias criminales, se delegasen por autoridad apostólica *in partibus* ó fuera de la curia romana, en caso que haya lugar, la apelacion se ha de cometer al metropolitano ó á su vicario general en lo espiritual, ó en caso de ser aquel sospechoso por alguna causa, ó diste mas de dos dias legales de camino, ó se haya apelado de él, cométase á uno de los obispos mas cercanos, ó á sus vicarios; pero no á jueces inferiores.

Cap. 3 de id.

El reo que en causa criminal apela de la sentencia del obispo, ó de su vicario general en lo espiritual, presente de necesidad al juez ante quien apeló los autos de la primera instancia, y de ningun modo proceda este á absolverle sin haberlos visto. El juez de quien se haya apelado debe entregar gratis los mismos autos al que los pidiere dentro de treinta dias: á no hacerlo así, termínese sin ellos la causa de la mencionada obligacion, segun pareciere en justicia.

SESION 22.

Cap. 7 de reforma.

Los Legados y Nuncios Apostólicos, los Patriarcas, Primados y Metropolitano, estén obligados á observar en las apelaciones interpuestas para ante ellos, en cualesquiera causas, tanto para admitirlas como para conceder las inhibiciones despues de la apelacion, la forma y tenor de las sagradas constituciones en especial la de Inocencio IV que principia «*Romana*,» sin que obsten en contrario costumbre alguna, aunque sea inmemorial, estilo ó privilegio: de otro modo

sean nulas *ipso jure* las inhibiciones, procesos y demas autos que se hayan seguido.

SESION 24.

Cap. 30 de reforma.

Las causas que de cualquier modo pertenecan al foro eclesiástico, aunque sean benéficas, solo han de conocerse en primera instancia ante los ordinarios de los lugares, y se han de finalizar precisamente dentro de dos años, á lo mas, desde el dia en que se entabló el pleito ó proceso; si así no se hace, sea permitido á las partes ó cualquiera de ellas recurrir pasado aquel término al Tribunal Superior, con tal que sea competente, y este tomará la causa en el estado en que estuviere, y procurará terminarla con la mayor prontitud. Antes de este tiempo no se cometan á otros ni se avoquen, ni ninguno de los jueces superiores admitan las apelaciones que las partes interpongan, ni se permita su comision ó inhibicion, sino despues de la sentencia definitiva ó que tenga fuerza de tal, y cuyos daños no puedan repararse apelando de la definitiva. Se exceptúan las causas que, segun los cánones, deben tratarse ante la silla apostólica, ó las que el Sumo Pontífice tuviese á bien, por urgentes y fundados motivos, cometer á avocar por rescripto especial de la signatura de su Santidad, firmado de su propia mano. Ademas de esto, no se dejen las causas matrimoniales ni criminales al juicio del Dean, Arcediano, ú otros inferiores, ni aun en el tiempo de la visita, sino solo al examen y jurisdiccion del obispo, aunque haya en las circunstancias alguna litis pendiente, en cualquiera instancia que esté, entre el obispo y Dean ó Arcediano, ú otros inferiores, sobre el conocimiento de estas causas. Y si la una parte probare ante el obispo, que es verdaderamente pobre, no se le obligue á litigar en la misma causa matrimonial fuera de la provincia, ni en segunda, ni en tercera instancia, á no querer la otra parte suministrarle sus alimentos y los gastos del pleito. No presuman tampon-

co los legados, aun los *á latere*, los nuncios, gobernadores eclesiásticos, ú otros, en fuerza de ningunas facultades, no solo poner impedimento á los obispados en las causas mencionadas, ó usurpar de algun modo su jurisdiccion, ó perturbarles en ella; pero ni aun tampoco proceder contra los clérigos ú otras personas eclesiásticas, á no haber requerido antes al obispo y ser este negligente: de otro modo sean de ningun momento sus procesos y determinaciones, y queden ademas obligados á satisfacer á las partes el daño causado. *Anádese*, que si alguno apelare en los casos permitidos por derecho, ó se quejare de algun gravámen, ó recurriere á otro juez, por la circunstancia de ser pasados los dos años que quedan mencionados, tenga obligacion de presentar á su costa ante el juez de apelacion todos los autos formados ante el obispo, con la circunstancia de avisar antes al mismo obispo, con el fin de que si le parece conducente alguna cosa para entablar la causa, pueda informar de ella al juez de la apelacion. Si *compareciere* la parte contra quien se apela, obliguesela tambien á pagar su cuota en los gastos del traslado de los autos, en caso de querer valerse de ellos; á no ser que se observe otra práctica por costumbre del lugar; es á saber, que pague el apelante los gastos por entero. *Tenga el notario* obligacion de dar copia de los mismos autos al apelante con la mayor prontitud, y á mas tardar, dentro de un mes, pagándole el competente salario por su trabajo. *Y si el notario cometiese el fraude de* diferir la entrega, quede suspenso del ejercicio de su empleo á voluntad del ordinario, y obliguesele á pagar en pena doble cantidad de la que importaren los autos, la que se ha de repartir entre el apelante y los pobres del lugar. *Si el juez* fuese tambien sabedor, ó tuviese parte en estos obstáculos y dilaciones, ó se opusiere de otro modo á que se entreguen íntegros los autos al apelante dentro de dicho término, pague tambien la pena de doble cantidad, segun va dicho: sin que á la ejecucion de todo lo expresado obsten ningunos privilegios, indul-

tos, concordias que obliguen solo á sus autores, ni otras costumbres, cualesquiera que sean.

LEGISLACION ESTRANJERA.

La apelacion, tal como se encuentra organizada en el Derecho Romano moderno, apenas se diferencia de la que reglan y admiten nuestras leyes de Partidas y aun las Recopiladas. Establecido y consolidado en tiempo de Justiniano un orden gerárquico en todas las jurisdicciones, era cosa natural que se concediese á las partes el derecho de elevar sus pretensiones al superior, cuando creyesen que las decisiones del inferior les irrogaba perjuicio, y tambien que se facultase al primero para reveer el fallo del segundo y confirmarlo ó revocarlo segun entendiese justo. La estension del derecho de apelar, y la forma del procedimiento en la admision del recurso y en la segunda instancia, han sido objeto constante de reforma en el Derecho Romano, y nada lo prueba tanto como los veinte y ocho títulos que sobre apelaciones se encuentran en el cuerpo del derecho civil, á saber: los 13 títulos primeros del L. XLIX. D. los 8 desde el 62 al 90 del L. VII. C. y los capítulos 4, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la Nov. 23. Como la mayor parte de sus disposiciones han pasado á nuestras leyes con muy leves reformas, no creemos conveniente descender aquí á pormenores que encontrarán un lugar mas oportuno en la parte doctrinal de este mismo artículo.

La legislacion francesa no guarda tanta armonía con la nuestra como el Derecho Romano. Esta divergencia no es estraña si consideramos, que en la mayor parte de aquel país llegó á olvidarse la legislacion romana; que las costumbres feudales se enseñorearon de todo el territorio, y que el combate judicial fue el único medio de ampararse y guarecerse contra la iniquidad é injusticia de los señores. Semejantes hechos, arraigados en las ideas y en la vida íntima de aquella sociedad, debian ejercer un influjo constante; y aun cuando aquella organiza-

APELACION.

401

cion política desapareció, y volvió á renacer la afición al estudio de los derechos Romano y Canónico, todavía no se han borrado completamente sus huellas, y aun se puede asignar el origen bárbaro de alguna de sus disposiciones. Bástenos citar por de pronto la multa llamada *amende de fol appel*, que se impone al apelante que sucumbe, la cual tuvo su nacimiento en el régimen de los combates judiciales, y que es inadmisibles según los buenos principios filosóficos.

No diremos por esto, sin embargo, que el código de procedimientos francés no haya introducido algunas mejoras en esta materia, que aventajan á lo establecido por el Derecho Romano.

Simplificada la organizacion judicial y reducidas á lo que deben las jurisdicciones especiales, el derecho francés tiene tan sencillo y claro el orden gerárquico de los jueces, no solo en lo civil, sino tambien en lo criminal, que es muy fácil conocer desde luego, aun á los no peritos, el tribunal competente á donde deben llevarse las apelaciones. En lo civil, del juez de paz se apela al tribunal de primera instancia, y de este, así como tambien de los tribunales de comercio á la *cours royal*, ó audiencia territorial, en los casos en que procede la apelacion. En lo criminal, del juez de paz en materia de simple policia se apela al tribunal de correccion del partido, y del tribunal de correccion en materia de policia correccional, se apela, si es de partido, para el de igual clase de la capital del departamento, y si es de capital de departamento para otro igual del departamento mas inmediato, dentro del territorio de la misma *cours royal* ó audiencia, á menos que en aquel ó este resida la *cours royal*, pues en este caso, debe llevarse á ella la apelacion. De las causas sobre los llamados crímenes por el Código penal francés y delitos graves por el nuestro, conoce el Jurado, y no hay apelacion. V. el art. **ADMINISTRACION DE JUSTICIA**, tomo I, pág. 675, donde se da á conocer la organizacion de los tribunales franceses.

El plazo para interponer la apelacion es, en lo civil, el de tres meses, y no solo se diferencia el derecho francés del nuestro en dar mas espacio á los litigantes para apelar, sino que no permite usar de esta facultad hasta despues de pasar ocho dias de haber sido publicada la sentencia. Semejante innovacion tiene por objeto impedir las alzadas hijas de la irritacion y efervescencia de los primeros momentos, dando lugar á que con la calma y serenidad entre la reflexion en el ánimo, y sea la que decida si conviene ó no apelar de la sentencia.

La parte relativa á los autos interlocutorios presenta tambien bastante claridad. Sabido es, que este es uno de los puntos mas oscuros y que ofrece mas dificultades en la práctica. El Código de procedimientos ha dividido los autos comprendidos bajo el nombre générico de interlocutorios en dos clases, unos preparatorios, y otros verdaderamente interlocutorios. Los primeros, que solo se proponen la instruccion y marcha del negocio, no son apelables sino despues de pronunciada la sentencia definitiva y juntamente con la apelacion de esta; los segundos, que son los que prejuzgan el fondo de la cuestion, admiten desde luego la apelacion.

Los procedimientos han sido tambien simplificados y despojados de las formas inútiles y dispendiosas que el Derecho Romano introdujo y que formaban nuestro método antiguo de mejora, que aun se practica en algunos tribunales.

El Código prusiano, como redactado con anterioridad, no iguala al francés, antes bien los redactores de este lo tuvieron á la vista y tomaron de él algunas disposiciones, mejorándolas.

El Código moderno de Ginebra presenta un tratado mas completo, con divisiones mas exactas y metódicas, enmendando muchos de los defectos que se oponen al francés.

Este código contiene esta materia en un solo título, dividido en siete secciones. En la primera seccion determina los casos en que es admisible la apelacion: en la segunda, los términos para interponerla, sobre lo cual

establece que no pueda interponerse antes de ocho días ni después de tres meses de pronunciada la sentencia, salvo en algunos casos en favor de los menores y personas privadas de la administración de sus bienes; en la tercera regla la forma de la apelación; en la cuarta se trata de los efectos generales de la apelación y de los casos exceptuados en que *puede ó debe* llevarse á ejecución la sentencia apelada, con ó sin fianza; en la quinta establece los trámites y procedimientos de las segundas instancias; en la sexta determina lo que puede decidir el tribunal de apelación, y en la séptima prescribe las reglas sobre la interpretación y aclaración de las sentencias de vista.

Por esta ligera indicación puede muy bien comprenderse que el código de procedimiento del cantón de Ginebra es más metódico y completo que el francés, y el más regular de los códigos modernos.

En Inglaterra aparece la materia de las apelaciones bajo el mismo carácter anómalo que presenta su organización judicial y su orden de proceder. Los jueces inferiores son en casi todos los negocios delegados de los altos tribunales, y por lo tanto van á estos las apelaciones de las sentencias que pronuncian los primeros. En muchos casos, de uno de estos altos tribunales, que residen en *Wesminster*, se apela para el otro; en varios, se apela para ante la *Sala del Echiquier* y siempre de esta para ante la *Cámara de los Lores*, que es el Supremo Tribunal de la Gran Bretaña. Así sucede, que en cierta clase de negocios puede apelarse dos, tres, cuatro y aun cinco veces. Sobre esta organización judicial de Inglaterra, y el orden gerárquico de sus tribunales hemos dicho ya lo bastante en el artículo **ADMINISTRACION DE JUSTICIA**, tomo I, pág. 678 y siguientes, á donde remitimos al lector para evitar repeticiones. Solo añadiremos, que el modo de alzarse contra un juicio erróneo es por medio de un escrito, llamado *writ of error*, que se interpone ante el mismo tribunal de apelación, y que para evitar apelaciones frívolas é inmotivadas, el apelante debe dar caución por el doble en dinero de la suma ad-

judicada en la sentencia, y también por los gastos é indemnizaciones á que pueda haber lugar.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

CAPITULO PRIMERO. INTRODUCCION HISTORICA.

CAPITULO SEGUNDO. DE LA APELACION EN LOS ASUNTOS NO CRIMINALES.

SEC. I. UTILIDAD Y FUNDAMENTOS DE LA APELACION.

SEC. II. DE LAS SENTENCIAS O PROVIDENCIAS QUE SON O NO APELABLES.

§. 1.º De las sentencias definitivas.

§. 2.º De las sentencias ó providencias interlocutorias, y otras determinadas decisiones judiciales.

SEC. III. QUIENES PUEDEN APELAR.

§. 1.º De las partes ó sus representantes.

§. 2.º De los que sin haber litigado, se sienten perjudicados.

§. 3.º De las personas á quienes aprovecha la apelación interpuesta por un tercero.

SEC. IV. DE LOS TERMINOS PARA APELAR.

§. 1.º Dentro de qué plazo debe interponerse la apelación.

§. 2.º De las causas que suspenden ó prorogan el plazo para apelar.

SEC. V. ANTE QUIEN Y PARA ANTE QUIEN DEBE APELARSE.

SEC. VI. EN QUE FORMA DEBE INTERPONERSE LA APELACION.

SEC. VII. DE LOS EFECTOS DE LA APELACION Y DE SU ADMISION.

§. 1.º Del efecto devolutivo.

§. 2.º Del efecto suspensivo.

APELACION.

403

- §. 3.º *De la denegacion ó admision de la apelacion.*
- SEC. VIII. DE LOS RECURSOS LEGALES CONTRA LA DECISION DEL INFERIOR QUE DENIEGA, O ADMITE INDEBIDAMENTE LA APELACION, Ó MANDA EJECUTAR LA SENTENCIA APELADA.
- §. 1.º *Del recurso contra la denegacion improcedente.*
- §. 2.º *Del recurso contra la admision en un solo efecto procediendo en ambos, ó al revés.*
- §. 5.º *Del recurso contra los alenados de los jueces inferiores.*
- SEC. IX. DE LA REMESA DE AUTOS ORIGINALES O EN COMPULSA AL SUPERIOR.
- SEC. X. DENTRO DE QUE TERMINO DEBE EL APELANTE PRESENTARSE A MEJORAR SU APELACION.
- SEC. XI. DEL PROCEDIMIENTO DE LA APELACION ANTE LOS TRIBUNALES DE ALZADA.
- §. 1.º *De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los asuntos comunes.*
- §. 2.º *Id. en los negocios mercantiles.*
- §. 3.º *Id. en los asuntos contencioso-administrativos.*
- §. 4.º *Id. en los de cuentas de la Hacienda pública.*
- §. 5.º *Id. en los del fuero de guerra y marina.*
- §. 5.º *Id. en los del fuero eclesiástico.*
- SEC. XII. DE LA DESERCIÓN O DESESTIMIENTO DE LA APELACION.
- CAPITULO TERCERO. DE LA APELACION Y CONSULTA EN MATERIA CRIMINAL.**
- SEC. I. DE LAS PROVIDENCIAS Y SENTENCIAS QUE SON Ó NO APELABLES.
- SEC. II. DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN APELAR; DENTRO DE QUE TERMINO; PARA ANTE QUIEN, Y EN QUE FORMA.
- §. 1.º *Personas que pueden apelar.*

- §. 2.º *Dentro de qué término debe interponerse la apelacion.*
- §. 3.º *Para ante quien debe apelarse.*
- §. 4.º *En qué forma debe apelarse.*
- SEC. II. DE LAS PROVIDENCIAS O SENTENCIAS QUE DEBEN CONSULTARSE.
- SEC. III. DEL PROCEDIMIENTO EN LAS CAUSAS REMITIDAS EN APELACION O EN CONSULTA AL TRIBUNAL SUPERIOR.
- §. 4.º *De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los juicios sobre faltas.*
- §. 2.º *Id. id. de la apelacion y consulta en los delitos comunes.*
- §. 3.º *Id. id. en los delitos de fuero de guerra y marina.*
- §. 4.º *Id. id. en los delitos de fuero eclesiástico.*

CAPITULO CUARTO. DE LA APELACION ACCESORIA, O ADHESION A LA APELACION.

- SEC. I. ORIGEN, NATURALEZA Y UTILIDAD DE LA APELACION ACCESORIA.
- SEC. II. DE LOS CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA APELACION ACCESORIA.
- SEC. III. DEL TIEMPO EN QUE DEBE INTERPONERSE, Y EN QUE FORMA.

CAPITULO QUINTO. DE LAS APELACIONES EN ULTRAMAR.

CAPITULO PRIMERO.

INTRODUCCION HISTORICA.

Es tal la justicia y conveniencia en que se funda el remedio de la apelacion, que la historia nos lo presenta bajo una ú otra forma en todos los paises algun tanto civilizados.

No es esto decir que las apelaciones se conociesen en un principio con la extension y regularidad, con que despues se formularon y han sido acogidas en los códigos modernos. Ninguna institucion nace la primera vez perfecta de manos del hom-

bre: el tiempo, la experiencia y los adelantos sociales las van puliendo, y sucesivamente mejorando.

En el Egipto, cuyas instituciones nos son muy poco conocidas, sabemos, sin embargo, que había gerarquías judiciales, lo cual nos dá á entender que existirían recursos de unos á otros jueces hasta llegar al tribunal superior, que estaba en la cúspide, compuesto de treinta miembros.

El pueblo hebreo nos presenta un ejemplo muy semejante. Allí existía el consejo de los setenta, llamado *Sanhedrin*, el cual no solo tenía por objeto fallar los negocios mas importantes en primera y segunda instancia, sino que conocía de todos los demas por vía de apelacion. Ya Moisés, siguiendo los consejos de su suegro Jethró, había establecido principes del pueblo que mandasen, unos, mil hombres; otros, ciento; otros, cincuenta, y otros, diez. Estos jefes juzgaban las pequeñas diferencias que ocurrían entre sus subordinados, y solo reservaban á la decision de Moisés los asuntos mas áridos y complicados. Con el tiempo se organizaron las apelaciones, de manera, que del caudillo de diez hombres se apelaba al de ciento, de este al tribuno, y por último al consejo supremo, donde se terminaban definitivamente los negocios.

También en Grecia y Roma aparece desde los primeros tiempos el gérmen de esta institucion. Sin embargo, el diferente organismo político de aquellas repúblicas revisió la facultad de apelar de nuevas y diversas formas. Como la soberanía residía en las juntas ó comicios populares, era lógico y natural que las apelaciones de los magistrados fuesen al pueblo. Así demuestran que sucedía en Atenas y Esparta repetidas indicaciones que encontramos en Plutarco y otros escritores griegos, las cuales, si bien ponen de manifiesto el principio en general de la apelacion, no especifican los pormenores que lo acompañaban.

Al llegar á Roma detendremos un poco mas el paso para examinar el origen y progreso sucesivo de esta institucion, que recibió allí su completo desarrollo. Desde los

tiempos mas antiguos á que remonta su historia, tenemos datos que confirman, que la facultad de apelar fue reconocida y practicada, aun antes de escribirse en las leyes. Horacio, que conquistó á su patria la supremacía sobre Alba, su rival, héroe y paricida en un mismo día, solo debió la vida á la absolucion que pronunciaron los comicios de la sentencia capital que por su crimen le había sido impuesta. Las curias conferían con el *imperium* la potestad de castigar con pena de muerte, á otra *corporis afflictiva*, y con multas la desobediencia al poder soberano; pero de la sentencia había recurso á ellas, *provocatio*, el cual se daba aun contra las decisiones de los reyes (1). Este derecho, que segun Niebur (2) fue en su origen un privilegio de los patricios, no se concedió en un principio ni aun á estos contra las decisiones del dictador y no se extendió á mas de una milla de Roma. Espulsados los reyes y conferidos á los cónsules el *imperium*, nació el derecho del *veto* recíproco entre los magistrados, y con el *veto* la potestad de invalidar uno las decisiones de otro. Las leyes *Valerius* hicieron estensivo á los plebeyos el derecho de provocacion á la asamblea de sus iguales, á los comicios por tribus, contra las sentencias de los magistrados, en los casos en que decidiesen de la vida de ciudadano, de su libertad, ó del derecho de ciudadanía. Los tribunos eran los guardianes de este precioso derecho, suspendiendo, con la interposicion de su *veto*, la ejecucion de las sentencias de los demas magistrados.

Acaso se podrá objetar, que los ejemplos y razones alegadas parecen referirse mas principalmente á los asuntos criminales que á los civiles. No negaremos por cierto que en estos últimos reina mas oscuridad sobre la forma y ejercicio de la facultad de apelar, teniendo que acudir á conjeturas para suplir la falta de datos históricos y legislativos. Pero si creemos demostrado, que la generalidad con que está formulado el derecho

(1) *Cicero, De Republ., II, 31, Provocationem etiam á regibus fuisse, declarant pontificales libri, significant nostri etiam augurales.*

(2) *Historia Romana*, tomo I, pág. 303, nota 390.

APELACION.

105

de apelar, abarca tanto los casos civiles como los criminales, pues una vez reconocido en estos, su admision en los primeros es una consecuencia inmediata. La vida y la libertad son los bienes mas preciosos que el hombre posee, es verdad; pero los intereses de fortuna, condiciones de su existencia y felicidad, ocupan tambien un lugar muy preferente en su corazon.

La facultad de apelar en los negocios civiles, en que á veces se libra la suerte de toda una familia, se halla por todos los autores reconocida; pero el determinar como se ejercitaba, hé aquí en lo que no concuerdan sus opiniones. El sábio alemán Zimmern (3), ha presentado una teoría tan ingeniosa como sólida, fundada en la organizacion política de la república. Sabido es que todos los magistrados romanos tenían el uso del *velo*, respecto de las decisiones que emanaban de otro igual ó inferior; y que reservado con mas especialidad á los tribunos de la plebe, supieron hacer de él todo el cimientó de su gran poder é influencia. El ciudadano que se creía agraviado por una sentencia, no tenía mas recurso contra el *imperium* del magistrado que la habia dado, que acudir á otro igual ó superior, invocar su auxilio, y oponer poder á poder por la intercesion del *velo*. De aquí nació el verbo *appellare* y la voz apelacion; porque el condenado llamaba en su favor á otro magistrado, *appellabat eum*, para que por su intercesion paralizase los efectos de la sentencia. Lo mas comun fue, dirigirse á los tribunos, los cuales despues de oidas las partes interponian su veto; siempre que se habia faltado á los principios de justicia, ó á los trámites del procedimiento. Vemos, pues, que entre la provocacion al pueblo y la apelacion al magistrado mediaba una diferencia capital; la primera envolvía en sí la idea de un nuevo juicio, en el cual se podia reformar la sentencia dada, sustituyendo otra en su lugar; la segunda dejaba sin efecto el juicio anterior, pero no tenía virtud para dictar un nuevo fallo.

Esta organizacion debió variar de forma, cuando desapareció la república para convertirse en imperio. Augusto, que reunió en sí todos los poderes, usaba de las facultades concedidas á cada magistratura en los casos que ocurrían. El veto de los tribunos y el derecho de revision de los comicios ambos estaban en su mano, viniendo por ellos á constituirse en supremo poder judicial, no solo sobre los negocios que radicaban dentro de una milla de Roma, sino sobre todos los del territorio de la república. De este derecho supremo y de la nueva organizacion gerárquica que recibió la magistratura, nació el remedio de la apelacion bajo la forma que aparece en el cuerpo del derecho y que fue despues adoptada por las legislaciones modernas. En Roma se apelaba de los pretores al prefecto de la ciudad; en Italia de los magistrados municipales á los correctores; en las provincias á los legados y gobernadores; en muchos casos al senado, y en último término al emperador. Del juez delegado se apelaba al delegante. Todas estas jurisdicciones se modificaron sensiblemente desde Constantino por la nueva constitucion.

He aquí el bosquejo que ha trazado la diestra pluma de Walter sobre la organizacion de este derecho, segun resulta de las leyes (1).

Para que la apelacion fuese debidamente formulada, era necesario interponerla inmediatamente y de viva voz, *apud acta*, ó bien dentro de un término dado y por medio de un *libellus*. El juez entregaba al apelante, para que pudiera seguir la nueva instancia, un acta justificativa de haber interpuesto la apelacion, cuya acta se llamaba *litteræ dimisorie*, ó de un nombre griego, *apostoli*. A estas *litteræ* se agregaba una copia del proceso, llamada *acta*. Con estos documentos debia el apelante presentarse dentro del plazo legal ante el tribunal superior. Cuando la apelacion se llevaba al emperador, estuvo en uso desde el siglo IV, que el juez

(1) *Tratado de las acciones entre los romanos*.
TOMO III.

(1) Historia del procedimiento civil entre los romanos, cap. 9.

formase una *relatio* ó *consultatio* detallada del negocio, la cual se comunicaba á las partes para que agregasen á ella sus alegaciones y remitiesen con mensajeros todo el *offitium* á la cancillería imperial. Symmaco nos ha conservado en sus cartas muchas de estas *relationes*, y algunas muy interesantes, para la historia del Derecho. De la Cancillería iba el negocio al *consistorium* para su exámen y decision. Tal era el procedimiento en las apelaciones de los proconsules, del conde de Oriente, del prefecto de Egipto, de los vicarios de las diócesis, las cuales, salvo algunas escepciones, se interponían directamente para ante el emperador. Mas tarde ordenó Teodorio II que se procediese en estas apelaciones en la forma ordinaria, y estableció con este fin una comision permanente compuesta del prefecto del pretorio y del cuestor. «*Ne, dice el Emperador, ne nostris occupationibus quibus pro utilitate mundi a singulorum nomnumquam negotiis avocamur, aliena defraudari commoda videantur*». La forma de la *consultatio* no tuvo ya lugar, sino cuando se apelaba de las sentencias dadas por los funcionarios mas altos del imperio.

Por lo demas, las apelaciones no eran admisibles en lo general, sino de las sentencias definitivas, y solo por escepcion se admitian de ciertas interlocutorias, hasta que Justiniano las prohibió absolutamente, *ne lites infinita extendantur*. Del grado gerárquico que ocupaba el magistrado que habia dado la sentencia, dependia el derecho de apelar una ó mas veces en un mismo negocio. En la última época se limitó á dos veces cuando mas.

Dicho se está que no podia apelarse del emperador que no reconocia superior. Tampoco se podia del prefecto del pretorio. Las apelaciones inadmisibles se castigaban con cierta multa. Los que sin motivos bastantes apelaban, sufrían la pérdida de cierta suma consignada de antemano y el pago del cuatro-tanto de los gastos del proceso; posteriormente se introdujeron nuevas penas, hijas de la rapacidad y del menosprecio del hombre, que resaltan en todas las instituciones del Bajo imperio.

En el siglo IV se introdujo el uso de las *supplicationes* ó *retractationes* contra las sentencias del prefecto del pretorio, de que quien, como se ha dicho, no se podia apelar. Esto fué en realidad una forma indirecta de apelacion.

Pero hagamos alto en la historia de la apelacion entre los romanos, y vengamos á determinar las vicisitudes por que ha pasado en nuestro derecho esta institucion, perfeccionada ya en muchos puntos por los legisladores del mundo.

A todos consta que, cuando Justiniano publicó sus inmortales códigos, el imperio de Occidente habia desaparecido, y España, la postrera de sus tierras, habia pasado tambien al dominio de los bárbaros. Estos pueblos, salidos del Norte, trageron consigo nuevas ideas, nuevas costumbres y nuevas formas de gobierno. Sumamente atrasados en civilizacion, y llevando una vida errante y aventurera, no necesitaban leyes escritas, ni tribunales fijos; el poder judicial residia en sus asambleas populares, las cuales juzgaban el hecho y aplicaban el derecho, segun refiere Tácito en su tratado de *Moribus germanorum*. En semejante estado de sencillez salvaje mal podian conocer las apelaciones, cuya institucion supone un grado mayor de cultura y complicacion en las relaciones sociales. Mas luego que fijaron su asiento en las provincias conquistadas, y constituyeron en ellas poderosas monarquías, luego que su rudeza primitiva se modificó, y recibieron la influencia de los vencidos, adoptando muchas de sus leyes é instituciones, dieron tambien cabida en sus códigos á este remedio, que á la par que sirve de garantía á la recta administracion de justicia, contribuye á la tranquilidad y bien general del Estado.

Dispútase con calor sobre si en Francia existió, durante la primera y segunda raza de sus reyes, algun recurso contra las sentencias que dictaban los jueces. La opinion general se inclina por la afirmativa, aun cuando no faltan razones para sostener lo contrario. Entre nosotros no puede haber cuestion sobre este particular. Ora porque los visigodos estuviesen mas ade-

APELACION.

407

lantados en civilización que las demás tribus germánicas, ora porque el clero, ilustre por su sabiduría y santidad de vida, ejerciese un ascendiente moral sobre los vencedores, el resultado es, que la nación española aventajaba notablemente por aquella época á las demás de Europa, y ofrece novedades y monumentos dignos de estudio y admiración.

Entre las diferencias que la separan del resto de los demás pueblos y dan á todas sus instituciones un color propio y local, contaremos como la primera, el ejemplo único de haber abolido el uso de las leyes romanas, reemplazándolas con un código sencillo, comun á todos los españoles; monumento insigne que á través de los tiempos permanece aun en pie para atestiguar la gloria y esplendor de aquella monarquía.

Es la segunda diferencia, que en ningún documento antiguo, ni en el citado Fuero Juzgo, se encuentra rastro ni vestigio alguno de que en España se introdujera la organización judicial germánica, que rigió en Alemania y Francia durante las dos primeras razas de sus reyes. No puede ponerse en duda que las tribus germánicas, al establecerse en las provincias del imperio, dejaron á los vencidos el uso de sus leyes, siguiendo ellos sus prácticas y costumbres, é introduciendo el sistema llamado de las legislaciones personales. Resultado de esta prudente conducta fue, que trasladaran á los nuevos territorios la sencilla organización judicial de ellos conocida, acomodándola á las nuevas exigencias de su posición social y política. En frente de otros pueblos de diverso origen, y obligados á vivir con ellos en íntimo contacto y unión de intereses, era de absoluta necesidad, darles parte en dicha organización, y asignarles el lugar correspondiente en las diferencias que pudieran suscitarse entre unos y otros. Así vemos, que tanto en Francia, como en Alemania é Italia, se generalizó la institución de los *echevini*, que eran los hombres libres que bajo la presidencia del conde juzgaban todos los negocios civiles y criminales de su cantón, dando el nombre de *placita* á los

fallos que pronunciaban. Andando el tiempo, los *echevini*, mas atentos á los intereses privados, comenzaron á escusarse de asistir á los juicios, y entonces los documentos contemporáneos hacen mención de los *scabini*, que eran los hombres libres que en ausencia de aquellos designaba el conde para que compusieran su tribunal. Elegíanse entre los individuos de la nación á que pertenecían ambos litigantes, y si eran de distinta, el tribunal era misto. Desde el reinado de Carlo Magno los *scabini* aparecen ya como una institución uniforme y general, por cuyo medio, y la práctica de los *missi dominici* que enviaba el emperador á todos los puntos de su tierra, se iban aumentando las atribuciones de la corona. Nada semejante á esto se encuentra entre nosotros. No consta ni sabemos que existieran las asambleas de hombres libres para juzgar, ni *echevini*, ni *rachimbourgi*, ni *scabini*; antes bien el Fuero Juzgo, obligatorio para los godos igualmente que para los naturales, presenta la idea romana del juez y adopta las consecuencias que lleva consigo su establecimiento. Tan fundadas observaciones nos mueven á calificar de muy débil el argumento de analogía que presenta Savigny (1) para hacer extensiva á nuestra patria la organización judicial germánica que acabamos de describir. El que los godos procedieran de un mismo origen que los francos, lombardos, borgoñeses y alemanes, no es un dato suficiente para afirmarlo, cuando no hay documento alguno que lo acredite, antes bien el único que existe ofrece una prueba contraria. Es, pues, mas lógico deducir, que en este punto como en otros los godos dieron un ejemplo notable que los distingue de las demás tribus germánicas.

La tercera diferencia consiste, en que el sistema feudal, que durante los siglos medios se difundió por todas partes, no adquirió en España la misma extensión y preponderancia que en los demás países; ni los derechos señoriales fueron tan desme-

(1) *Historia del Derecho romano en la edad media.*

didos y estraordinarios como la historia acredita que fueron en el resto de Europa.

De semejantes hechos deriva el que la facultad de juzgar haya estado siempre en España inherente al poder real y se haya considerado como emanacion suya la ejercida por todos los demas, existiendo por consecuencia de este principio la apelacion al rey de todas las sentencias que dictaban los jueces. Varias leyes del Fuero Juzgo lo demuestran y todos los documentos históricos sucesivos lo confirman. Citaremos en comprobacion de esto la ley 22, tit. 4, lib. 2 (Fuero Juzgo romanecado) la cual dice: *«El todo ome que dize, que a el juez por sospechosa, sis quisiere del querellar mas adelante, pues que el pleyto fuere acabado é cumplido, puede apellar antel principe aquel juez. Et si el juez fuere provado, ó el obispo, que julgó tuerto, lo que mandaron tomar á aquel á quien lo jutgaron, sea todo entregado, y el juez le entregue otro tanto de lo so, porque julgó tuerto, et el juicio demas sea desfecho. Et si algun ome se querella con tuerto del juez que dice que julgó tuerto, é despues fuere provado quel juez lo julgó derecho, la pena que debía recibir el juez, si tuerto juzgase, la debe recibir el otro, porque se querelló con tuerto. E si non oviere onde los pague, reciba ciento azotes antel juez. La ley 28 prosigue: Nos amonestamos á los obispos de Dios, que deben aver guarda sobre los pobres, que ellos amonesten los jueces que judgan tuerto contra los pueblos, que meinren, é que fagan buena via, é que desfagan lo que judgaron mal. E si ellos non lo quisieren fazer por su amonestamiento, é quisieren judgar tuerto, el abispo en cuya tierra es, debe lamar al juez que dizien que judgó tuerto, é otros obispos, e otras omes buenos, y emendar el pleyto el obispo cum el juez, segun cuenno es derecho. E si el juez es tan porfiado, que non quiere emendar el juicio con él, estonze el obispo lo puede judgar por sí, y el juicio que fuere emendado, faga ende un escripto de cuenno lo enmendó, y envie el escripto con aquel que era agraviado antel rey, que el rey confirmelo quel semeiare que es derecho. Y la ley 29 continúa: El juez, si alguno le demanda razon de lo que judjó antel sennor de la cibdad, ó ante*

otro juez ante qui mandare el rey, débelle responder. E si el pleyto viniere antel rey, los jueces qui mandare el rey, deven terminar el pleyto sin el obispo, é sin los otros jueces.

Esta prerogativa de la apelacion confirmada en los testos que acabamos de citar, se continuó sin interrupcion en todas las épocas sucesivas, y halló cabida en cuantos códigos posteriormente se formaron. Verdad es, que tanto por efecto de las circunstancias sociales y políticas en que la reconquista colocó al naciente reino de Leon y de Castilla, como por la introduccion de las costumbres feudales, generalizadas en toda Europa, los señores y magnates usurparon varias de las atribuciones de la soberanía, y llevaron sus pretensiones y sus fueros hasta el de administrar justicia en los pueblos de su pertenencia y jurisdiccion. Pero conviene no perder de vista que esta facultad de dispensar justicia no se consideró jamás como un derecho absoluto, ni se dió por consiguiente á sus fallos el carácter de irrevocables; antes bien se consignó cuidadosamente el principio de que su ejercicio era una emanacion de la soberanía real, á la cual podia siempre apelarse de las sentencias que los señores ó sus delegados daban en primera instancia. El Fuero Viejo de Castilla, ese código propiamente nobiliario, en que se hallan recogidas y ordenadas las varias preeminencias, franquicias y derechos de los ricos homes é hijosdalgo, confirma nuestro juicio. La ley primera en que se consignan las regalías de la corona, dice: *«Estas quatro cosas son naturales al señorío del rey que non las debe dar á ningund ome, nin las partir de sí, ca pertenescen á él por razon del señorío natural: justicia, moneda, fonsadera é suos yantares. Justicia, es la primera atribucion de la soberanía; y de su administracion se mostraron siempre muy celosos los monarcas de Castilla. Costumbre fue en ellos antiquísima, andar visitando el reino, parándose en los pueblos á oír y fallar los negocios de los súbditos que acudian á implorar su proteccion. Aumentadas las atenciones del Estado con su misma grandeza y prosperidad, fue preciso señalar algunos*

APELACION.

409

días á la semana para este objeto. D. Alonso X, en el ordenamiento hecho en las Cortes de Zamora de 1274, acordó tomar tres días en la semana para librar los pleytos, é que sean lúnes, é miércoles, é viernes. D. Alonso XI los redujo á dos días, lúnes y viernes, el primero para oír peticiones y querellas civiles, el segundo para las causas criminales. Por último los reyes católicos lo limitaron á los viernes únicamente.

No se crea por esto que es nuestro ánimo pintar aquellos siglos turbulentos y agitados como una época de regularidad y orden, en que las atribuciones estaban deslindadas, y los negocios marchaban á compás por las vías legales y ordinarias. El poder real, centro de la unidad, no había aun adquirido la fuerza conveniente; y desempeñado á veces por reyes débiles, sometidos ciegamente á un privado, y poco aplicados al cuidado de los asuntos públicos, se ofrecía á los ambiciosos la ocasión mas propicia de ensanchar sus derechos y prerogativas á costa del bien general del Estado.

Nuestro historiador Sempere y Guarinos no duda afirmar que, «á fines del siglo XV ya no se contentaban los señores con la jurisdicción ordinaria ó de primera instancia, sino que aspiraban á la suprema, llamada mayoría de justicia, reservada siempre á la soberanía en los tiempos anteriores como uno de los atributos mas inseparables de la magestad real.» Cita en comprobación una queja de los procuradores del reino á don Juan II contra don Alfonso, conde de Denia, en la cual dicen, que *despues que ovó el dicho marquesado, non consentia que ninguna apelucion de su tierra fuese al rey, nin á la su audiencia, nin consentia que carta del rey fuese en su tierra complida.* Pero es menester añadir que el rey declaró y contestó lo siguiente. *Que todos los pleitos de los señorios se librasen ante los alcaliles ordinarios de la villa ó lugar que era donadio de señor ó caballero, fasta que diesen sentencia. E si la parte se sintiese agraviada, apelase al señor de la tal villa ó lugar. E si el señor non le ficiese derecho, é le agraviase, estonce pudiese apelar ante el rey. E fíncó así asosega-*

do. Y tambien que el mismo rey don Juan II mandó que *los dichos señores no pongan obstáculo ni impedimento á los apelantes, ni perturbén nuestra jurisdiccion, sopena de la nuestra merced (1).* Estas tentativas parciales, estas usurpaciones y atentados cometidos por uno ú otro grande en tal ó cual época no pudieron causar un derecho, antes bien sirven para poner en claro el principio contrario, como la regla ordinaria y legal. No en vano, pues, afirmamos, que las facultades de los señores y sus derechos feudales no fueron tan escesivos en nuestra patria, como en lo demas de Europa. Echese si no una rápida ojeada por Alemania, Italia y Francia, y se verá que arraigado el feudalismo en toda su estension, los señores y grandes feudatarios se arrogaron la facultad de administrar irrevocablemente la justicia en sus dominios. Las apelaciones en su genuino sentido desaparecieron, y el rey solo tuvo derecho de juzgar en las tierras de su obediencia.

Mas como las instituciones que llevan en sí una justicia intrínseca, y satisfacen una necesidad social, no pueden desaparecer por mucho tiempo, sin renacer bajo una ú otra forma, las apelaciones revistieron en aquellos países feudales la que reclamaba el espíritu de la época, y los combates y duelos judiciales llenaron el vacío que habia ocasionado su falta. No pudiendo recurrir al rey contra los juicios de los señores, recurrieron á Dios, cuya superioridad no podian aquellos desconocer, creyendo que daría la victoria á aquel que contase de su parte la razon y la verdad. Esta clase de apelaciones envolvian una injuria á los jueces, declarando que habian fallado mal y deslealmente, por lo cual el combate se verificaba entre ellos y el apelante, y si el tribunal se componia de varios miembros, tenia este que sostener el duelo con todos sus individuos. Semejante institucion hacia muy peligroso el oficio de juez, al paso que tampoco era ventajosa al apelante, que tenia que vencer á todos

(1) Ley 7, tit. 29, lib. 11, Nov. Rec.

los individuos del tribunal para conseguir su objeto. San Luis abolió este uso bárbaro, mandando que las apelaciones se llevasen a los tribunales reales, y se juzgasen por las pruebas que presentase cada parte. El que desee ver los pormenores con que se verificaban estos combates, y los casos en que podía ó no tener lugar, consulte á Montesquieu en su *Espíritu de las leyes*, lib. 29. V. tambien **PRUEBAS JUDICIALES**.

Por lo que toca á nosotros, no hemos encontrado texto ni rastro alguno que indique, que el combate judicial haya sido conocido como un medio general de apelar, ó invalidar las sentencias dictadas por los tribunales. Lo que se conoció en los siglos medios, fue el combate como prueba; de lo que hablan nuestros códigos es del desafiamiento y de la facultad de retarse que tenían los fijos-dalgo para vengar sus agravios, prefiriendo, segun dicen las Partidas, defender su derecho ó su lealtad por armas, que meterlo á peligro de pesquisas ó de falsos testigos. Asi es, que esta institucion no presenta entre nosotros el mismo carácter que en los demas paises, ni se encuentra ley alguna que imponga al apelante la obligacion de batirse con sus jueces. Verdad es, que la idea de injuria que se creia causaban las apelaciones y que, en aquellos tiempos caballerescos de un honor puntilloso y exagerado, dió nacimiento á los duelos, se encuentra tambien en el fondo de nuestras disposiciones legislativas. Hemos visto que el Fuero Juzgo imponia siempre en caso de apelacion una pena, ora al apelante, si sucumbia en sus pretensiones, ora al juez, si era vencido en la segunda instancia. Porque se decia, ó el juez juzgó bien, ó mal; si lo primero, el apelante que califica de injusta la sentencia, causa un agravio al tribunal, que debe reparar de algun modo; si lo segundo, no queda bastante satisfecha la justicia, enmendando el tuerto, si por otra parte queda impune el que lo verificó. Mas esta cuestion se ventilaba judicialmente ante un tribunal superior, y no por las armas y en combates, como en las demas naciones que hemos citado. La facultad, pues, de apelar

es entre nosotros tradicional; está sancionada en todos los códigos, y admitida en todas las épocas de nuestra historia; mas su organizacion y desarrollo se han verificado paulatinamente, segun se han ido perfeccionando las demas instituciones del orden judicial, como vamos á ver.

Reconocido el principio de que toda justicia emana del rey, consecuencia necesaria era que todos los jueces adquiriesen de él la potestad de juzgar, y que todos sus fallos pudiesen ser revisados por el mismo, para confirmarlos ó reformarlos, segun entendiere ser justo y equitativo. La apelacion directa al rey es el primer paso que dió esta institucion en nuestro derecho. La dificultad de oir el rey las alzadas, y el perjuicio que resultaba á los particulares y á la causa pública de tener que acudir siempre al soberano para obtener justicia contra las sentencias de los jueces, y otras varias causas políticas dieron origen al establecimiento de un orden gerárquico judicial de dos, tres ó mas grados en cada una de las jurisdicciones, y desde que esto se verificó, aparece la apelacion bajo la forma de recurso del inferior al inmediato superior, y nacen los otros remedios ordinarios de revision gradual, conocidos entre nosotros con el nombre de SUPPLICA, y los extraordinarios de SUPPLICACION, INJUSTICIA NOTORIA Y NULLIDAD. Veamos cuándo y cómo se realizó este tránsito en nuestra historia.

En los primeros siglos de la monarquía goda, ó en la época que hemos llamado en otro lugar gótico-romana, eran jueces inferiores los duques, condes, vicarios ó tenientes de estos, los pacificadores, tiufados, quingentenarios, centenarios, defensores, numerarios, villicos y prepósitos; los delegados por el rey ó por los jueces ordinarios, y los árbitros nombrados por compromiso de las partes. De todos estos podia apelarse para ante el rey, ó para ante su tribunal de Corte, presidido por él, compuesto de consejeros entendidos (2). En algunos casos constituian los obispos con otros sacer-

(2) Concilio Toledano IV, can. 78.

APELACION.

441

dotes y buenos omes legos, una especie de tribunal de alzada para reveer las sentencias torcidas de los jueces inferiores y enmendarlas, si estos no se prestaban á mejorarlas por sí, en cuyo caso debían los obispos remitir al rey una especie de testimonio de lo actuado, con las sentencias, para que este confirmase la que mejor le pareciere (1). Se ve, pues, que en esta época el único y verdadero juez de apelacion era el rey; porque ni la sentencia en revision de los obispos tenia fuerza sin la confirmacion del rey, ni el tribunal de la Corte era sin el real tribunal de alzadas.

Esta organizacion tomó nueva forma en los siglos sucesivos, contribuyendo á ello el estado político que se estableció con la reconquista, el reflejo de las instituciones feudales, que se elevaron en otros paises, el ensanche progresivo del territorio, la introduccion de las leyes romanas y la subdivision de jurisdicciones.

Los señores, prevalidos de su prepotencia y de la debilidad de algunos monarcas, llegaron á ejercer jurisdiccion por derecho propio, nombrando jueces inferiores en sus estados y reservándose muchas veces, aun por concesiones reales, la facultad de reformar las sentencias de aquellos por apelacion. Los pueblos ganaron tambien por fuero el derecho de nombrar algunos jueces inferiores, pero tanto de los jueces señoriales, como de los forales y realengos, pudo siempre apelarse para ante rey, cuya jurisdiccion suprema no pudo usurparse por los señores, ni aun por el título de prescripcion con que á falta de otro mejor ganaban la ordinaria, ó de primera instancia.

En el reinado de san Fernando se realizó el pensamiento de establecer por comarcas ó condados un tribunal superior permanente, donde se oyeran las apelaciones de los pleitos sentenciados por los jueces ordinarios. Fue este el de los adelantados mayores de las provincias, cuya autoridad en el orden político, administrativo y judicial la

equipara la ley á la que tenían en tiempo de los romanos los *præses provinciarum* (1). Conocía de todas las apelaciones que el rey oíría, si en la tierra fuere, como dice la ley, y juzgaba con consejo de omes sabidores de fuero ó de derecho.

Ademas de estos adelantados, habia uno especial en la corte, llamado adelantado mayor de la corte del rey, al cual iban las apelaciones de los pleitos que en ella se seguían.

En esta época habia tambien alcaldes de corte, cuyo número y atribuciones se determinaron en el nuevo ordenamiento que don Alonso el Sábio presentó en las Cortes de Zamora del año 1274, formándose con tres de ellos una especie de sala para oír las alzadas que venían á la corte de los reinos de Leon, Estremadura, Toledo y Andalucía.

La primera planta de un tribunal superior colegiado permanente no aparece hasta el tiempo de Enrique II. Este presentó en las Cortes de Toro de 1374 la creacion de uno de esta especie, el cual reorganizado por don Juan I, don Juan II y los reyes católicos, quedó definitivamente establecido en Valladolid con el nombre de Chancillería. Esta, con la de Granada y las otras reales audiencias que posteriormente se fundaron, constituían un orden superior en la gerarquía judicial, conociendo en apelacion de la generalidad de los negocios (2).

Coetánea con el establecimiento de las Chancillerías y audiencias, fue la institucion del Consejo de Castilla, al que siguieron los Consejos supremos de la Cámara de Castilla, de Guerra, de Hacienda, de Indias, y de varias juntas supremas ó tribunales superiores en materias especiales; todos los cuales conocían tambien de ciertos negocios en grado de apelacion.

Larga seria nuestra tarea, si quisiéramos determinar aquí el juez ó tribunal de apelacion, ó de segunda instancia, á donde debían ir, tanto los pleitos y causas ordinarias, como los especiales y privilegiados en la

(1) Ley 22, tit. 9, lib. 2; ley 3, tit. 1, lib. 11. Fuero Juzgo.

(1) Ley 22, tit. 9, Part. 2.

(2) Ley 8 y 9, tit. 1, lib. 3, y Ley 13, tit. 20, lib. 11. Nov. Rec.

época en que se hallaban instituidas gerarquías judiciales en todas las jurisdicciones. Basta al propósito que nos proponemos en esta reseña histórica del recurso de apelación, indicar la época en que comenzaron á establecerse como institucion permanente tribunales de segunda instancia, reservando para las secciones siguientes dar á conocer los jueces y tribunales que actualmente conocen en grado de apelación de todos los negocios susceptibles de ella.

La estension del derecho de apelar no aparece limitado por las leyes del Fuero Juzgo, ni por razon de las personas, ni por razon de las cosas, ni tampoco por la calidad de las sentencias. La generalidad con que hablan dichas leyes induce á creer que se concedía á todos los que se sentian agraviados de la sentencia, bien estuviere dada en materia civil ó criminal, bien versase el negocio sobre mayor ó menor cantidad. Lo mismo en este punto que en casi todos los del procedimiento de apelación guardan profundo silencio las de aquel código, y ciertamente que no hallamos sobre esto muchas reglas ciertas y precisas hasta las leyes de las Siete Partidas.

En este cuerpo legal se encuentran ya organizados el derecho de apelar y la forma de proceder, casi de la misma manera que lo dejó dispuesto la legislación romana de los últimos tiempos. El derecho de apelar aparece limitado bajo varios conceptos; ya por razon de las personas, ya por la calidad de las sentencias, ya por la naturaleza del negocio, ya en fin por la entidad de la cosa que se litiga, fijando tambien el plazo de diez dias para la interposicion del recurso. Muchas de las disposiciones de las leyes de Partidas estan vigentes todavia, habiendo servido los principios consignados en ellas para la formacion de las posteriores, que no han hecho en general otra cosa que ampliarlos ó restringirlos en su aplicacion práctica, como tendremos ocasion de notarlo en las secciones siguientes.

CAPITULO SEGUNDO.

DE LA APELACION EN LOS ASUNTOS NO CRIMINALES.

Segun dejamos indicado al principio de este artículo, la materia de apelaciones, si ha de tratarse con toda claridad y precision, conservando á la vez la gran ventaja de presentar enlazadas las leyes generales con las especiales ó privilegiadas, debe dividirse en dos partes principales, comprensiva la una de las apelaciones en toda clase de negocios no criminales, ó como dicen algunos, en *materia civil*, tomada esta palabra en su estension mas lata y en un sentido opuesto á lo criminal, y la otra de las apelaciones en toda clase de causas, ó lo que es lo mismo en *materia criminal*; porque los principios y la doctrina que rigen en uno y en otro caso, no pueden esponderse conjuntamente sin producir trastorno y confusion en las ideas. Conforme á esto, nos proponemos en este capítulo hablar únicamente de las apelaciones en los asuntos no criminales, tanto del fuero comun ú ordinario como de todas las demas jurisdicciones, examinando en distintas secciones cuanto se refiere á la procedencia de la apelación en cada caso, y á la manera y forma de intentarla y seguirla segun el orden establecido por las leyes, ó adoptado á falta de ellas por la práctica uniforme de los tribunales.

SECCION I.

FUNDAMENTOS Y UTILIDAD DE LAS APELACIONES.

Cuando una institucion se halla recibida en pueblos diversos, y se encuentra acogida en todas las épocas de su historia, grandes y poderosas razones debe contar en su abono de utilidad y justicia manifiestas. Habiendo, pues, demostrado en la seccion anterior la práctica constante de las apelaciones, réstanos explicar los fundamentos indestructibles en que se apoya, y que aseguran su duracion. Es tan innato al hombre el amor á la justicia, y tal la necesidad que siente de practicarla, que so-

APELACION.

443

bre su cimiento descansan y se sostienen las sociedades humanas; mas, por desgracia los encargados de dispensarla y distribuirla son hombres como los demás, espuestos á los errores, debilidades y pasiones inherentes á nuestra naturaleza. Sus sentencias pueden ser injustas, bien por equivocación de juicio, por ignorancia de entendimiento ó por dejarse llevar á sabiendas de alguna pasión de odio ó favor á alguna de las partes. Cuando esto sucede, como la experiencia lo acredita con demasiada frecuencia, natural es que la sociedad ofrezca á la persona ofendida los medios de reparar las injusticias de que ha sido víctima. Estos medios no pueden ser otros que el establecimiento de tribunales superiores, facultados para rever y reformar las sentencias de los jueces inferiores, y que tanto por su composición, como por su ilustración y categoría, den mayores prendas de acierto á la sociedad y á los litigantes. Aun cuando no fuera mas que porque su institución fortalece la obligación en que estan los jueces de primera instancia, de fallar con el mayor detenimiento y acierto, su conveniencia sería grandísima; y la necesidad de conservar este recurso fuera de toda duda. Pues si vemos que aun ahora se dan muchas sentencias absurdas ó injustas, ¿qué no debemos presumir que sucedería, no existiendo el freno de la apelación, ni el temor consiguiente de merecer y sentir la censura de un tribunal superior?

Puede también acontecer, que una sentencia sea justa relativamente á lo que se alegó y probó en juicio, y al mismo tiempo falte intrínsecamente á los principios de equidad; bien porque una de las partes no haya tenido á mano todos los medios de prueba, ó se haya descuidado en hacerlos valer por ignorancia ó impericia; bien porque despues haya encontrado documentos nuevos que justifiquen plenamente su derecho. Conveniente es en este caso proporcionar un medio de rever el juicio para reformar y enmendar los agravios causados en el primero. Estas son las principales razones en que se fundan las apelaciones,

TOMO III.

razones de todos tiempos, y tan inherentes á la naturaleza del hombre y á la constitución de la sociedad, que son el verdadero motivo porque se miran acogidas en todas las legislaciones.

Sin embargo, no han faltado en estos últimos tiempos escritores que hayan negado su utilidad, habiéndose también propuesto en la asamblea constituyente de Francia por varios de sus miembros la supresión del orden gerárquico de tribunales y de las segundas instancias. Su número es ciertamente muy corto, y sus argumentos débiles y de fácil contestación, pues se reasumen en los siguientes.

1.º Que las apelaciones son contrarias á la celeridad y economía tan recomendables en los juicios, prolongando los litigios y aumentando considerablemente los gastos y demás consecuencias lamentables que de ellos se derivan.

2.º Que debilitan y atenúan el prestigio que deben tener los fallos judiciales, sin que este inconveniente cierto se halle compensado por las ventajas probables que se les atribuyen, pues carecemos de medios para conocer cuáles jueces fallaron con acierto, siendo tan fácil que se hayan equivocado los primeros como los segundos.

3.º Admitido el principio de las apelaciones es una consecuencia lógica la multiplicidad de instancias hasta lo infinito, pues no hay razón para pararse en la tercera mas que en la cuarta, y únicamente la voluntad del legislador es la que decide el número que ha de bastar para causar ejecutoria.

4.º Que los mismos jurisconsultos romanos, á quienes se supone partidarios de la apelación, reconocen sus inconvenientes, como se deduce del siguiente pasaje de Ulpiano, que regularmente se cita mutilado. *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigit, licet nonnumquam bene latis sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam laturus est.* No siempre el juez último, dice, pronuncia sus fallos acertadamente, sino

15

que reforma en mal sentido las sentencias dictadas con acierto. He aquí derribado por tierra el fundamento mas fuerte en que se apoyan las apelaciones.

A pesar de estos inconvenientes, algunos de los cuales no negaremos, las ventajas de la apelacion son muy superiores y generalmente reconocidas. En primer lugar notaremos, que el objeto principal de los juicios es la verdad y la justicia, las cuales jamás deben sacrificarse á otras cualidades accesorias, como la brevedad y la economía. Cier to es que el legislador debe procurar con solicitud que los trámites de los procedimientos sean lo mas sencillos y menos dispendiosos posibles; pero no de manera que desatienda la idea primordial, y deje sin la suficiente garantía la vida, la propiedad y el honor de los ciudadanos. De aquí es, que pudiendo mirarse las apelaciones como la salvaguardia de estos derechos tan preciosos, en nada le perjudican las dilaciones y gastos que se proponen un fin tan interesante.

Donde sus adversarios hacen hincapié es en el segundo argumento, á la verdad el mas fuerte que presentan; pero que es de aquellos que por probar demasiado nada prueban. ¿No es mas razonable afirmar que el nuevo exámen, y el peso de un segundo juicio fortifican, mas bien que enflaquecen la autoridad de los fallos judiciales? Lo que debilita su prestigio es la iniquidad y el error que en ellos encuentran cabida muchas veces, y este peligro en vez de disminuir seria mucho mayor si no existieran las apelaciones. Pero se dice, ¿y en qué señal se conoce que la segunda sentencia contiene la verdad mejor que la primera? No hay seguramente una prueba decisiva, pero sí presunciones muy fuertes á su favor. El mayor número de jueces, y por consiguiente de luces, su categoría mas elevada, su misma posicion, la discusion que precede al fallo, y el menor contacto en que se hallan con los interesados, son otros tantos motivos que aseguran la imparcialidad de sus juicios y les concilian la veneracion y respeto ge-

neral. No llevaremos nuestra defensa hasta el punto de negar que la sentencia de un tribunal superior destruya alguna vez injustamente la del inferior; *nonnumquam in pejus réformet*; pero esta es la excepcion y no la regla; así es, que el jurisconsulto romano tuvo buen cuidado de poner el adverbio *nonnumquam* despues de haber sentado la necesidad general de la apelacion. Semejante contingencia no está en mano del hombre hacerla desaparecer: para ello tendria que arrancar de la naturaleza humana la posibilidad de errar y las pasiones que son sus compañeras inseparables. Las palabras, pues, de Ulpiano confirmando esta verdad, nada prueban contra una institucion que él mismo llama necesaria y frecuente.

Por último, la multiplicidad de instancias de que se lamentan los opuestos á esta institucion, no es una consecuencia indispensable y lógica, porque puede sin graves inconvenientes causar ejecutoria la sentencia del superior, como sucede ya en muchos casos. La posibilidad de que yerren, tanto los jueces de segunda, como los de primera instancia, no es motivo eficiente para que se aumenten hasta lo infinito las apelaciones, porque dicha medida equivaldria á renunciar á la administracion de justicia, que seria el peor de todos los males. No estando en las facultades del legislador mudar la naturaleza humana, debe limitarse á hacer menos probables sus estravios y debilidades dentro de los términos que marca la prudencia. Su fin no puede ser la certeza absoluta ó matemática, que en este como en otros muchos puntos nos está negada, sino la evidencia moral, que basta para dirigir al hombre y á la sociedad en sus destinos, sobre la cual reposan muchas de sus doctrinas, instituciones y actos importantes, sirviendo de guia cierta y maestra á la humanidad. Entre nosotros, pues, la cuestion queda reducida á saber si deben conservarse las tres instancias que hoy conocemos, ó bastarian dos para asegurar los derechos de los particulares. Es nuestra opinion, consignada ya en el artículo ADMINISTRAC-

APELACION.

113

CIÓN DE JUSTICIA, que este punto no puede resolverse con pleno conocimiento, si de antemano no se sabe la organización de los tribunales. Porque es una verdad que salta á la vista de todos, que cuantas mas seguridades de acierto é imparcialidad ofrezcan aquellos en su formación, tanto menos necesarias son las garantías de nuevas instancias. Por eso los países en que son colegiados los tribunales que entienden en primera, se contentan con dos grados de jurisdicción, como sucede en Francia. Nuestra legislación ha dado acogida á las dos teorías del juez único en primer grado, y de los tribunales colegiados en segundo, diferencia que aconseja y recomienda un tercer juicio de revisión al menos en ciertos casos. Ya el reglamento provisional ha puesto algunas cortapisas á la facultad de suplicar, negándola cuando el negocio que se litigue no llegue á determinada cantidad ó valor, y según se trate de la propiedad ó de la posesión; pero todavía podría ser útil llevar mas adelante su espíritu. Así como creemos que, en el caso de discordar en algo los tribunales de apelación del juicio del inferior, es conveniente y necesaria una tercer instancia, juzgamos también que, siendo la sentencia de vista enteramente conforme al auto apelado, no hay motivo para negarle la verdad y la fuerza de ejecutoria. Así lo ha consagrado el Código de Comercio para los asuntos mercantiles en su artículo 4214, y creemos que ha procedido owerdamente, introduciendo un verdadero adelanto en el sistema de procedimientos. Porque supongamos que la sentencia de revista revoque, como puede suceder, los dos fallos anteriores enteramente conformes, ¿dejará satisfecha la conciencia pública, y tendrá á los ojos de la razón fuerza suficiente para destruir el derecho declarado por la conformidad de dos sentencias, constituyendo otro nuevo? Graves motivos de duda existen para creerlo así, los cuales se esplanarán con mas extensión en los artículos **SUPLEDA Y ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES**.

Por último, no podemos resistir al deseo

de terminar esta materia con las siguientes palabras del conde de la Cañada (1), las cuales con la elegancia y concisión características de este respetable autor, reasumen todas las razones que se alegan á favor de las apelaciones. «Cuán necesaria sea la apelación, y cuán grande y general el bien que trae al mundo, á mas de lo que dicen las leyes, lo asegura y acredita la misma experiencia. Y en efecto, con el uso de este remedio enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia ó malicia, ya sea juicio acabado, ó cualquier otro, sobre cosa que acaezca en pleito: sirve este mismo remedio para suplir y enmendar las omisiones y defectos que puedan haber tenido las mismas partes que litigan en alegar y probar los hechos de su justicia: igualmente aprovecha para preservarse de las injusticias y agravios que harían los jueces, si entendiesen que por otro no se podían descubrir ni corregir; y últimamente llena de satisfacción á los interesados, viendo que por el juicio de muchos jueces se declara su justicia.»

SECCION II.

DE LAS SENTENCIAS Ó PROVIDENCIAS QUE SON Ó NO APELABLES.

La apelación no es un derecho absoluto, que pueda ejercitarse siempre y contra toda decisión judicial. La ley lo ha limitado en consideración á otros derechos tan respetables, ó al interés de la causa pública, estableciendo escepciones en favor de algunas especies de decisiones, ó de determinadas decisiones judiciales. Hay, sin embargo, en este punto dos reglas generales, á saber: que las sentencias definitivas son apelables, y que no lo son las sentencias ó providencias interlocutorias. Cada una de estas reglas generales tiene numerosas escepciones, y para esponerlas con el mayor orden y claridad posibles, formaremos de cada regla general y sus excep-

(1) *Instituciones prácticas, parte II, cap. 2.*

ciones el objeto de un párrafo distinto. Mas antes de entrar en materia debemos hacer una advertencia importante, y es, que vamos á considerar en esta seccion las sentencias ó providencias bajo su sola cualidad de ser ó no ser apelables, ó lo que es lo mismo, de las sentencias ó providencias que puedan impugnarse por la via de apelacion. Los otros recursos de oposicion, queja, nulidad, restitution, etc., con que puedan reclamarse las sentencias ó providencias, quedan fuera de nuestro actual propósito, debiendo de consiguiente entenderse, que cuando neguemos la calidad de apelable á una decision judicial, no por eso prejuzgamos si existe ó no otro recurso para poder impugnarla ó reclamarla, lo cual puede verse en su articulo correspondiente.

§. 4.º *De las sentencias definitivas que son ó no apelables.*

Ya hemos dicho anteriormente que, por regla general, son apelables las sentencias definitivas en toda clase de negocios civiles y en toda especie de fuero; pero que esta regla general tenia muchas escepciones. Lo primero que hay que investigar, si la decision judicial es ó no verdadera sentencia definitiva, porque no tienen este carácter todas las resoluciones de los jueces que ponen término á los negocios. Para conocer la naturaleza de la decision judicial conviene no perder de vista si esta procede de la jurisdiccion meramente voluntaria, ó de la jurisdiccion contenciosa. El estender ilimitadamente á las decisiones de una y otra clase la cualidad de apelables, impediria el libre ejercicio de las funciones judiciales, con lo cual se causarian graves daños á la sociedad y á los particulares. Siempre que estos someten á un juez actos ejecutados por ellos en virtud de un derecho que les concede la ley, para que aquel interponga su autoridad y decreto judicial, ó acuerde la práctica de alguna otra solemnidad, como sucede, por ejemplo, en la adopcion, la decision del juez no tiene el carácter de verdadera sentencia y no es de consiguiente apelable. Si con ella se

perjudican derechos legítimos de un tercero, espedita tiene la via de oposicion para recurrir al juez, á fin de que le tenga por parte en el asunto, le comunique los autos y previa audiencia falle definitivamente. La decision que recaiga entonces es ya una verdadera sentencia, y por lo tanto apelable. La dacion de tutor es tambien un acto de jurisdiccion voluntaria, por cuya razon no puede el nombrado apelar de ella por la mera notificacion de su nombramiento. Si cree que le asiste derecho para escusarse de este cargo, debe hacerlo presente al juez que le ha nombrado, á fin de que le releve de él, y solo en el caso de que lo desestime, es cuando le es permitido apelar de esta nueva decision, que es la que le irroga perjuicio y lastima su derecho (1).

Las decisiones, pues, que verdaderamente tienen el carácter de sentencias definitivas, son las que emanan de la jurisdiccion contenciosa y ponen un término á los negocios en que se ventilan derechos contrapuestos, ó lo que es lo mismo, las declaraciones que con conocimiento de causa y en el juicio correspondiente hace el juez en favor de alguno ó algunos de los derechos que se litigan. El mismo concepto que merecen las sentencias, tienen y deben tener las aclaraciones que hacen de ellas los jueces dentro del término legal, por cuya razon son apelables tambien las aclaraciones y declaramientos de las sentencias definitivas (2).

Y no basta que la sentencia sea definitiva, es necesario ademas que cause perjuicio ó gravámen á quien interpone la apelacion.

Este principio es tan obvio y sencillo, como que hemos visto que en él estriba principalmente el fundamento de las apelaciones. No causando perjuicio la sentencia, falta á la parte el interés para querellarse y de consiguiente no existe la necesidad de aquel recurso. Sin embargo, los autores suscitan la cuestion de si este remedio puede previamente intentarse contra un gravámen futuro, y producir todos sus efectos si llega á verificarse. La opinion negativa se halla

(1) Ley 3, tit. 23, Part. 3.

(2) Ley 15, tit. 23, Part. 3.

APELACION.

417

fundada no solo en el testo preciso de la ley, que únicamente concede á las partes la facultad de apelar *de juicio que fuere dado contra ellas* (1), y no de los que se pudiesen dar sino en las razones mas poderosas de buen sentido y conveniencia pública. ¿Para qué serviría esta apelacion hipotética, en caso que el perjuicio no se llegara á irrogar, sino para hacer caer en ridículo la ley, dejándola burlada y sin efecto? ¿Y aun cuando el juez pronunciara definitivamente contra el apelante, ¿de qué podía aprovecharle una alzada nula en su origen, ni cómo se habian de unir para darle fuerza el primer tiempo inhábil con el segundo, que es el único que tiene aptitud para producirla? Es, pues, visto que el gravámen que motiva el ejercicio de este recurso, ha de ser presente, y tan cierta es esta proposicion, que en las sentencias interlocutorias de que se puede apelar, si el juez reforma, como puede, su juicio, aun despues de interpuesta la apelacion, esta queda desvanecida y sin resultados.

Otra duda puede ofrecerse sobre este punto, que tampoco es de difícil resolucion. ¿Será preciso que el apelante pruebe el agravio que le causa la sentencia, para que le sea admitida la alzada, ó bastará que lo diga? Este último extremo parece el mas conforme á nuestra legislacion, y tambien el mas racional. Las leyes, tanto de las Partidas como de la Novísima Recopilacion, que tratan de este particular, se espresan diciendo, que se puede alzar todo el que *se sintiere agraviado, ó se tuviere por tal* (2). El uso constante de estos dos verbos indica de una manera clara, que se deja á la creencia y arbitrio del perjudicado el ejercicio de la apelacion, sin exigirle la prueba ó demostracion en que funda su agravio. Y á la verdad esta prueba solo tiene su lugar oportuno en el juicio de alzada, puesto que, si préviamente se exigiera, vendria á ser este de pura fórmula, estando ya prejuzgada la cuestion. Porque demostrado el agravio de la sentencia del inferior, ora procediese de error ó malicia del juez, ora de omision

ó descuido de la parte, su reforma era una consecuencia indispensable. ¿cuál, pues, podia ser ya el objeto y fin del juicio de alzada? De estos dos juicios el uno vendria á ser absolutamente inútil, y por consiguiente la disposicion que adoptan nuestras leyes queda plenamente justificada á los ojos de la razon y de la justicia. Otra cosa seria, si de la causa y sentencia definitiva constase notoriamente, que ni el juez ha causado agravio á la parte, ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia. Faltando en este caso el supuesto que motiva y justifica la apelacion, se deberá despreciar como frívola y calumniosa, pues no pudiendo aprovechar á la parte que la propone, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleitos, y causando otros graves perjuicios á los que litigan. Esta opinion del conde de la Cañada nos parece muy digna de observarse en la práctica por las poderosas razones que presenta en su apoyo, sin embargo de que no deja de ofrecer dificultades el calificar con seguridad cuando las apelaciones son frívolas y maliciosas. Este acto necesita mucha meditacion por parte del juez, que debe adquirir una completa certeza de que la apelacion intentada reúne aquellas cualidades, para no escederse, desechándolas.

Mas para que el perjuicio ó gravámen que sienta el apelante produzca el recurso de apelacion, es indispensable que le introduzca y formalice dentro del término legal. Las sentencias no apeladas dentro del plazo que señalan las leyes, se tienen por consentidas (3), así como el desamparo del recurso intentado induce tambien igual consentimiento, el cual destruye toda presuncion de perjuicio ó gravámen, dando á las sentencias la fuerza de cosa juzgada. Véase mas adelante en sus correspondientes secciones, cuándo deben tenerse las sentencias por consentidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada por transcurrir los términos señalados para apelar, sin ejercitar este recurso, y por desercion ó desestimiento.

(1) Ley 1, tit. 23, Part. 3.

(2) Ley 43, tit. 23, Part. 3; ley 1, tit. 20, lib. 11, Novísima Recopilacion.

(3) Ley 5, tit. 25 Part. 3; leyes 1 y 3, tit. 20 lib. 11, Novísima Recopilacion; Art. 13, ley de 10 de enero de 1856.

Finalmente, para que la sentencia definitiva sea apelable es necesario que el negocio en que recaiga sea susceptible de segunda instancia.

Aun cuando generalmente todos los asuntos judiciales son susceptibles de la segunda instancia, hay fuertes y poderosas razones en algunas especies de negocios ó en casos determinados que aconsejan se dé la preferencia á la brevedad y pronta terminacion del litigio sobre la mayor garantía del acierto que supone la revision del fallo por el superior. Las escepciones que por este concepto se oponen á la regla general establecida, son tantas y de tal importancia, que nos creemos en el deber de detenernos á especificarlas con el orden y claridad que nos sea posible.

La primera limitacion que ha debido ofrecerse y ponerse al ejercicio de esta facultad, es la insignificancia ó escaso valor del negocio litigioso. Porque á la verdad en estos asuntos que versan sobre pequeñas cantidades, faltan los motivos para sospechar del juez, para suponer que se habrán puesto en juego intrigas ó influencias ilegales, ni que se habrá torcido la justicia; y sobre todo hay una razon aun mas poderosa, y es, que las dilaciones y gastos de una segunda instancia, muy superiores al valor de la cosa que se litiga, serian mas perjudiciales á los particulares, que las ventajas que en algun caso raro podria traerles la libre concesion de este recurso. Por eso en todos los tiempos y en todas las legislaciones se ha negado la apelacion en pleitos que no llegaban á determinada cantidad, terminándose definitivamente en una sola instancia y con una sola sentencia. Las leyes de la Novísima no solo disponian que en los pleitos y deudas que no escediesen de mil maravedís no se admitiese apelacion ni recurso alguno, sino que ordenaban que semejantes negocios se ventilasen sumariamente, sin oír abogados, y sin asentar por escrito mas que la absolucion ó condenacion del demandado (1). El reglamento provisional,

teniendo en cuenta las variaciones de los tiempos y de las fortunas individuales, ha adoptado el principio de que los negocios que no escedan de 40 duros en la península y de 30 en Ultramar se ventilen en juicio verbal, ora ante los alcaldes, ora ante el juez de primera instancia, que en el pueblo de su residencia puede tomar conocimiento á prevencion con el primero, sin que de las sentencias que dieren uno ú otro se admita apelacion para ante ningun tribunal (2). Los jueces de primera instancia conocen privativamente y del mismo modo que en el caso anterior, de los pleitos que no pasen de 25 duros en la Península é islas adyacentes, y de 100 en Ultramar, no habiendo tampoco contra sus fallos apelacion (2).

Guiado el legislador por estos sanos principios los ha aplicado igualmente á los fueros especiales, tomando en cuenta su índole y naturaleza característica para hacer las variaciones oportunas.

En los negocios mercantiles no se admite tampoco apelacion de las sentencias que se dictan en juicio verbal, al cual se sujetan todas las demandas cuyo interés no escede de mil reales vellon en los tribunales de comercio y de quinientos en los juzgados ordinarios (3). Y estendiendo esta doctrina á los juicios por escrito, no se admite tampoco apelacion de las sentencias definitivas en las causas de mayor cuantía, cuyo interés no sea de mayor de tres mil reales en los tribunales de comercio, ó de dos mil en los juzgados ordinarios (4), en lo cual difiere del derecho comun, pues este admite la apelacion en los negocios llamados de menor cuantía.

Lo contencioso-administrativo, que exige por su naturaleza mas celeridad y rapidéz en los pleitos, no podia dejar de estar tambien sujeto á esta escepcion, y por eso la han consagrado las leyes que ordenan los procedimientos en esta materia, estableciendo que no sean admisibles las apelaciones de las sentencias que dicten los conse-

(1) Art. 31, Regl. prov.

(2) Art. 40 del mismo reglamento.

(3) Arts. 1210 del Cod. de Com. y 435 de la ley de Enj.

(4) Arts. 1212 Cod. de Com. y 328 ley de Enj.

(1) Ley 8, tit. 8. lib. 11, Nov. Recop.

APELACION.

449

jos provinciales en los litigios cuyo interés, pudiendo sujetarse á una apreciacion material, no llegue á dos mil reales (4).

En los negocios contenciosos de minas era hasta ahora necesario que escediera su interés de tres mil reales para que fuese admisible la apelacion de la sentencia, y quedara ademas satisfecho ó asegurado el pago del crédito declarado en ella á favor de la otra parte. Mas abolida la jurisdiccion especial que regia en este ramo, y siendo hoy esta clase de asuntos de la competencia de los tribunales ordinarios, ó de los contencioso-administrativos, segun sea su indole y naturaleza, claro es que deben acomodarse en adelante á las reglas de procedimiento peculiares á cada uno de estos fueros.

Finalmente, en el fuero militar no son tampoco apelables las sentencias que se dictan en negocios cuyo interés no esceda de quinientos reales en España y cien pesos en Indias (2).

La segunda limitacion, que produce excepciones á la regla general, se refiere á las sentencias que dictan los jueces elegidos por las partes, porque considera la ley que la confianza que les dispensan los litigantes es suficiente garantía.

Así es, que en los asuntos comunes no son apelables las sentencias ó laudos que dictan los avenidores ó amigables componedores, habiéndose establecido pena en el compromiso (3) á no ser que alguno de estos jueces se mostrase manifiestamente enemigo del demandador ó del demandado, y la parte que esto entendiese, afrontase á aquel avenidor su contrario para que no dictare sentencia, ni continuase conociendo en el pleito, en cuyo caso podrá apelar de la sentencia que diere (4). De las sentencias que dictaren los avenidores maliciosamente ó con engaño, no cabe apelacion, si bien pue-

de entablarse el recurso de reduccion, ó enmienda á arbitrio de buen varon (1). Las sentencias de los árbitros no son apelables, si las partes al hacer el compromiso no se han reservado el derecho de apelar de ellas (2).

En los negocios mercantiles no son tampoco apelables las sentencias de los arbitradores ó amigables componedores (3), ni las de los árbitros, si con arreglo á los pactos del compromiso causare ejecutoria la sentencia arbitral (4).

La tercera limitacion procede de los pactos ó convenios de las partes, aun cuando por la ley sean los negocios susceptibles de segunda instancia. Cuando los litigantes se obligan, sea en juicio ó fuera de él, á no apelar de la sentencia que pronuncie el juez, esta sentencia es para ellos inapelable (5). La facultad de acudir á un tribunal superior es un derecho que asiste á los particulares, al cual pueden renunciar, segun lo crean conveniente. Nada impide al litigante vencido se aquiete con la sentencia, y le preste su consentimiento, ora espresamente, ora dejando pasar el tiempo de la apelacion; ¿qué razon, pues, habria para no permitir él que, anticipándose á este suceso, se comprometan previamente ambos á no usar de este remedio? Aquí no solo renuncia cada uno al derecho introducido en su favor, lo cual es permitido á todo el mundo, sino que ademas dicha renuncia no es gratuita, pues adquiere la ventaja de que su contrincante quede ligado lo mismo que él en el caso de ser vencido (6).

La contumacia ha sido en otro tiempo un hecho que ha limitado la regla general, y lo es hoy todavia en lo contencioso-administrativo.

Privábase al reo contumaz del derecho de apelar de la sentencia dada contra él en pena de su desacato y desobediencia á los mandatos judiciales. La máxima de derecho

(1) Artículos 19, ley de 2 de abril de 1845 y 68 del reglamento de 1.º de octubre del mismo año.

(2) Real resolucion de 16 de marzo de 1796, comunicada en circular de 18 de diciembre del mismo año. Nota 2 al tit. 3, lib. 41. Nov Recop.

(3) Ley 35, tit. 4, Part. 3.

(4) Ley 47, tit. 22, Part. 3.

(1) Ley 93, tit. 4, Part. 3.

(2) Art. 281, cap. 2, tit. 5, Constitucion de 1812.

(3) Arts. 297 y 302, ley de Euj.

(4) Art. 294, ley de Euj.

(5) Ley 45, tit. 23, Part. 3.

(6) Ley 45, tit. 23, Part. 3.

Romano, *contumax non appellat* fue admitida en el nuestro (1), si bien no toda contumacia bastaba á producir igual efecto. Ni la contumacia en comparecer, ni la contumacia en responder tenían esta virtud, reservada solo á la llamada verdadera, que tenía lugar cuando citada una de las partes por mandato del juez para parecer á oír sentencia á día y término cierto y determinado, señalado espresamente, no se presentaba á oír la á aquel tiempo, ni en el citado día, despues de dada la sentencia, y estando el juez todavía haciendo audiencia apelaba de ella. Cualquiera de los requisitos indicados que faltase, ora fuere el señalamiento de día, ora la citacion, ó bien que no se hubiese dictado la sentencia en el término preijado le quitaba la fuerza ejecutiva, y daba al reo el derecho de apelar.

Estas disposiciones de las antiguas leyes han ido poco á poco perdiendo su eficacia por la influencia de otros principios y de otras doctrinas mas elevadas, que no permiten se coarten los medios de defensa. La apelacion es sin duda un medio de defensa efficacísimo contra las injusticias de los jueces, y en vez de restringirla es necesario estenderla todo lo posible. Esta máxima aplicada al caso en cuestion está implícitamente reconocida en las leyes que ordenan se notifique al reo contumaz la sentencia cuya formalidad careceria de objeto, si no se le concediese el derecho de apelar dentro del plazo legal. De consiguiente, la contumacia no es hoy en los negocios ordinarios un hecho que prive al contumaz del derecho de apelar de la sentencia que le perjudica.

La ley de enjuiciamiento sobre los negocios mercantiles ha cansagrado espresamente esta doctrina disponiendo (2) que el demandado contumaz pueda interponer apelacion de la sentencia definitiva dada en su ausencia y rebeldía, haciéndolo en tiempo y forma. Igual determinacion adoptan los códigos modernos en toda clase de juicios

fundados en la consideracion muy atendible de que muchas veces un litigante, bien por deseo de terminar pronto el pleito, ó por miedo á la influencia de su contrario, y poca confianza en el juzgado inferior, puede dejar de comparecer, reservando su defensa á la mayor imparcialidad ó ilustracion del tribunal superior.

En la curia romana tampoco se ha observado nunca contra los contumaces el rigor que prescribia el derecho Romano, pues se les permite apelar en el término ordinario de los diez dias despues de publicada la sentencia.

Solo en los negocios contencioso-administrativos está hoy el contumaz privado del derecho de apelar desde luego de la sentencia que le condena. Para reconquistar este derecho y su ejercicio, es preciso que ante todo pida la rescision de la sentencia ante el mismo Consejo Provincial que la ha dictado (3). Para entablar este recurso tiene el término de 15 dias, que el consejo puede ampliar prudencialmente, cuando el rebelde contumaz estuviere ausente de la provincia. De la sentencia que en este juicio recayere, podrá apelar en el término ordinario; pero si dejare pasar el plazo que señala la ley para pedir la rescision, queda inhabilitado para ejercer ningun otro recurso, y el fallo causa ejecutoria.

Son tambien escepcion á la regla general las sentencias dictadas á virtud de reconocimiento ó confesion judicial, siempre que estén ajustadas á lo reconocido ó confesado, en cuyo caso no puede interponer apelacion aquel que confesó, pues se tienen como cosa juzgada (4). Mas si el juez se escediere, condenándole á mayor cantidad, ó agravando de cualquier modo lo confesado ó reconocido, bien podrá interponer el recurso de apelacion.

Debemos advertir por último que las sentencias definitivas dictadas en primera instancia por los tribunales superiores ó su-

(1) Ley 9, tit. 23, Part. 3.

(2) Art. 163, ley de Enjuiciamientos.

(3) Art. 58, reglamento de los Consejos Provinciales de 1.º de octubre de 1845.

(4) Ley 9, tit. 13, Part. 3.

APELACION.

421

premos en negocios de su competencia, no son apelables, sin embargo de que sean susceptibles de segunda instancia, si no suplicables, como puede verse en el artículo SUPLICA.

§. 2.º *De las sentencias ó providencias interlocutorias y otras decisiones que son ó no apelables.*

Sentencias, ó providencias interlocutorias. Hemos asentado por regla general, que las sentencias interlocutorias que dirigen el orden del juicio, y disponen y preparan la serie de actuaciones necesarias para que pueda definitivamente fallarse, no son de suyo apelables. Tal era el axioma que consagraba la legislación romana, y que reconoce la nuestra, alentas ambas á promover la brevedad de los litigios, negando á los contendientes la facultad de impedir con repetidas apelaciones, la libre y pronta acción de los tribunales de justicia. La Ley de Partida (1) esplana los fundamentos de esta disposición en los términos siguientes: «Mas de otro mandamiento ó juicio que ficiere el juzgador, andando por el pleito, ante que diese sentencia definitiva sobre el principal, non se puede, nin debe ninguno alzar. Los sabios antiguos que establecieron los derechos de las leyes, tuvieron por bien, que ninguno non se pudiese alzar, maguer que se tuviese por agraviado de él. E esto pusieron por dos razones. La una, porque los pleitos principales non se alongasen, nin se embargasen por achaque de las alçadas, que fuesen tomadas en razón de tales agravamientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de dar el juicio afinado, la parte que se tuviere por agraviada del juzgador, se puede alzar, é fincale en salvo para poder demandar, é mostrar ante el juez de la alçada, todos los agravamientos que recibió en el pleito del primer juez.» Del contexto de esta ley se infiere, que propiamente no niega la facultad de apelar de cualquier auto interlocutorio, sino que suspende su

uso y ejercicio para cuando se hubiese ya pronunciado la sentencia definitiva, como hoy lo establece la legislación francesa respecto de los autos preparatorios.

Pero no podía ocultarse á aquellos legisladores, que no todos los autos y sentencias interlocutorias eran de una misma índole y naturaleza. Unas, es verdad, que solo dirigen la marcha del negocio, hasta ponerlo en disposición de recibir el fallo que lo termine, y vienen á ser menos autos de sustanciación; pero otras ponen fin á un incidente, y si bien no resuelven, prejuzgan la cuestión principal, ó causan un daño irreparable á la parte contra quien se hayan dado. De las primeras, es una cosa clara que, si se permitiera apelar indistintamente, á cada paso se vería detenida y embarazada por un litigante malicioso la marcha del procedimiento y la acción de los tribunales; pero en cuanto á las segundas, aparece también como muy justo y conveniente, que se conceda la apelación inmediata sin aguardar al fallo definitivo, en cuyo caso sería tal vez aquel remedio inútil ó insuficiente á reparar el mal causado. Así vemos que á renglón seguido del mandato prohibitivo, se encuentra en la misma ley la excepción á favor de aquellas sentencias interlocutorias que causen un gravamen irreparable en definitiva. La aplicación de un principio tan vago y general no podía menos de suscitar en la práctica graves inconvenientes y dificultades. Las leyes recopiladas procuraron atajar este mal, descendiendo á explicar y especificar más los casos en que se puede apelar inmediatamente de los autos interlocutorios (1). La doctrina, pues, reconocida como universal y corriente entre todos los autores prácticos es, que en los negocios ordinarios puede apelarse desde luego de todos aquellos autos interlocutorios que tienen fuerza definitiva, ó que causan á la parte un gravamen que después no puede fácilmente repararse. Los primeros en rigor no debían contarse entre las sentencias interlocutorias, pues tienen todo el carácter y fuer-

(1) Ley 13, tit. 23, Part. 3.
TOMO III.

(1) Ley 23, tit. 20, lib. 4 de la Nov. Rec.
15

za de definitivas, terminando una cuestion incidente ó especial, y no pudiendo el juez dar otro fallo sobre el mismo asunto; cuando es sabido que está en su mano apartarse y enmendar sus autos interlocutorios en cualquier estado del pleito, *judex ab interlocutorio semper discedere potest*. Entre los autos ó sentencias que tienen fuerza de definitivas se cuentan las que recaen sobre artículos de prévio y especial pronunciamiento, admisibles con arreglo á las leyes, ya se formulen como artículos de incontestacion á la demanda, ya se introduzcan en el progreso del pleito sobre otras declaraciones previas. V. **ARTICULOS** de prévio y especial pronunciamiento. Las que desestiman artículos previos impertinentes é ilegales, hijos de la mala fé, ó del propósito de prolongar el pleito, no son apelables bajo ningun concepto. La ley 43, tít 23, Part. 3, quiso dar á conocer las sentencias interlocutorias que son apelables por causarse con ellas un gravámen irreparable, y se espresa así: «Si mandase el juez dar tormento á alguno á tuerto, ó hacer alguna otra cosa torcideramente, que fuere de tal natura, que seyendo acabado el pleito, no se podria despues ligeramente enmendar, á menos de gran daño ó de gran vergüenza de aquel que se tuviese por agraviado. En estos casos se podrá alzar sin esperar la sentencia definitiva.» Conforme á esta regla y á lo determinado en la ley 23, tít. 20, lib. 44 de la Novísima Recopilacion, los autores prácticos estan conformes en que son apelables las sentencias ó providencias interlocutorias que recaigan sobre los puntos siguientes:

1.º Escepcion de declinatoria, ó cualquiera otra dilatoria que exija una declaracion prévia, como, por ejemplo, falta de representacion ó personalidad en el pleito.

2.º Escepcion perentoria, aunque lo regular es que propuesta como tal, aunque sea de naturaleza mista, no se resuelvan hasta la sentencia definitiva.

3.º Recusacion.

4.º Restitucion del término probatorio pedida por el menor.

5.º Nulidad de actuaciones.

6.º Admision ó denegacion de artículos, testigos ó pruebas.

7.º Limitacion del término probatorio, y otros de igual naturaleza.

8.º Mandato de dar ó hacer alguna cosa.

9.º Juramento supletorio deferido por el juez.

La ley de 40 de enero de 1838, que fija los trásmites mas rápidos que deben observarse en los pleitos de menor cuantía, da motivo para juzgar, que no considera admisibles las apelaciones de los autos interlocutorios. El deseo y espíritu que la domina, de abreviar los procedimientos en esta clase de negocios, la obliga á determinar, que los artículos de incontestacion y de prévio y especial pronunciamiento no obstenan para que el demandado conteste subsidiariamente á lo principal, debiendo el juez resolver sobre ellos lo que proceda al dictar la sentencia definitiva (1). Queda con esto quitada la ocasion para interponer apelaciones, hasta el momento de darse la sentencia, pues los otros autos interlocutorios que pueden recaer, no son bastantes á causar un perjuicio irreparable. Estos no pueden ser mas que el de traslado de la demanda, el de recibimiento á prueba, y la próroga de término para examinar testigos ausentes. Sobre ellos dicta la ley reglas tan precisas y circunstanciadas, que no creemos pueda el juez irrogar un gravámen imposible de repasar. Así opinamos, que en los pleitos de menor cuantía solo se permite apelar de las sentencias definitivas, y no de las interlocutorias, como no sea conjuntamente con aquellas.

En los negocios mercantiles, partiendo la ley de Enjuiciamiento de la regla general de que no son apelables las sentencias interlocutorias, establece las escepciones que tienen lugar en la vía ordinaria, bien en uno ó en ambos efectos, como veremos en su lugar: 1.º Las que desestiman ó admiten la recusacion. 2.º Las que proveen sobre la escepcion de incompetencia de jurisdiccion, ya se declare el tribunal competente ó

(1) Arts. 4 y 14 de la ley citada.

APELACION.

123

incompetente, ó sobre cualquier otra escepcion dilatoria. 3.ª Las que admiten ó deniegan la prueba, ó el término extraordinario para hacerla. 4.ª Las que declaran por contestada la demanda. 5.ª Las que deniegan la comunicacion de autos (1). En la vía ejecutiva son tambien apelables las providencias que ordenan la venta y adjudicacion de los bienes ejecutados, y las que mandan hacer pago al ejecutante (2).

En los negocios contencioso-administrativos se establece tambien por regla general, que no son apelables desde luego las sentencias interlocutorias. El artículo 72 del reglamento de los consejos provinciales de 4.º de octubre de 1845 se expresa así. «No podrá apelarse de las providencias interlocutorias; las nulidades y agravios que con ellas se causaren, se ventilarán y decidirán en el Consejo Real con los recursos de nulidad y apelacion que se interponga de las sentencias definitivas.» Segun el tenor literal de este artículo, parece que ninguna providencia interlocutoria, bien sea de mera sustanciacion, bien recaiga sobre algun incidente, y cause ó no á las partes un gravamen irreparable, es apelable en los negocios que se ventilan ante los consejos provinciales; pero puesto en relacion con el 262 del reglamento del Consejo Real de 30 de diciembre de 1816, desaparece el rigor que aparenta, quedando claro y preciso el sentido de sus palabras y determinada la estension de su significado. Dicese en este artículo *que si la apelacion no hubiese recaído mas que sobre algun incidente, el Consejo proveerá tan solo acerca de él, reservando al inferior la decision de lo principal.* Luego caben apelaciones antes de que se pronuncie por el consejo provincial la sentencia definitiva, é independientemente de esta, que es como se ve lo contrario de lo que parece ordena en el artículo 72 antes citado. La concordancia y armonia de ambas disposiciones es sencilla á pesar de su aparente contradiccion. El artículo 72 del reglamento de los consejos provinciales habla única-

mente de las providencias meramente interlocutorias, y el 262 del Consejo Real solo se refiere á las providencias interlocutorias con fuerza de definitivas que causan un gravamen irreparable por la sentencia, como sucede siempre que se resuelve un incidente. Esta es en nuestra opinion la inteligencia que debe darse á ambos artículos, ya por que con ella desaparece la contradiccion en que los pone su literal contesto, ya tambien porque seria inexplicable á los ojos de la razon y de la justicia la negativa de la apelacion de aquellas decisiones que causan un perjuicio irreparable por la sentencia definitiva.

El derecho Canónico en un principio abrió tanto la mano á la admision de apelaciones, que no solo las recibia de las sentencias interlocutorias, sino hasta de los actos estrajudiciales, siguiéndose de esta ilimitada libertad, suma perturbacion en el orden eclesiástico y hasta en las costumbres privadas. Adoptando una máxima contraria á la profesada por el derecho civil, con el tiempo y la esperiencia la fue modificando hasta coincidir en un mismo punto, á la manera que los que parten de extremos opuestos, vienen á encontrarse en medio del camino. El Concilio Tridentino, que tantas y tan prudentes reformas hizo en la disciplina de la Iglesia, corrigió este abuso, mandando que no se admitiesen por los superiores mas apelaciones que las que se interpusieran de una sentencia definitiva *vel definitiva vim habente et cujus gravamen per apellationem á definitiva reparari nequit.* Vemos, pues, acordes ambos derechos proclamar una misma regla, que posteriormente ha recibido una nueva confirmacion. Como los trámites de los procedimientos no son otra cosa que formas salvadoras de la justicia, encaminadas á averiguar y defender la verdad en los juicios, el Estado, que debe proteccion á todos sus individuos, tiene el derecho, y mas bien pudiera decirse el deber, de velar porque se observen los medios mas adecuados para conseguir tan importante fin. En virtud de este derecho superior de proteccion ha dispuesto, que los tribunales in-

(1) Artículos 359 y 390, ley de Enjuiciamiento.

(2) Art. 393.

feriores eclesiásticos se atemperen en todo lo relativo á procedimientos á lo que disponen las leyes civiles, mandando que admitan las apelaciones en los mismos casos y produciendo los mismos efectos que en el fuero ordinario (1).

Otras decisiones que son apelables. Además de las sentencias definitivas y providencias interlocutorias de que queda hecha referencia, hay otras decisiones, ya judiciales, ya gubernativas en materias especiales, que son susceptibles de apelacion, y son las siguientes:

En primer lugar es apelable el auto en que se deniegue por el tribunal á *quó* la admision del recurso de nulidad que se interpone contra la sentencia ejecutoria del mismo (2).

También son apelables en materia de quiebras las sentencias en que se decidan, el artículo de reposicion de la declaracion de quiebra; las pretensiones del quebrado sobre soltura, ampliacion y arresto ó salvo-conducto; las reclamaciones contra los nombramientos de los síndicos, ó sobre la aprobacion del convenio entre el quebrado y los acreedores; las demandas de los síndicos sobre devolucion á la masa de las cantidades indebidamente satisfechas, y nulidad de contratos ó donaciones fraudulentos, hechos con las circunstancias que determinan los artículos 1038, 1039 y 1040 del Código de Comercio; la calificación de la quiebra; las que se den sobre acciones que se hayan sustanciado por la via ordinaria contra los síndicos por los daños y perjuicios causados á la masa por fraude, malversacion ó negligencia culpable, ó en demanda de nulidad ó revocacion de contratos hechos por el quebrado en fraude de los acreedores, ó en reclamacion contra los acuerdos de la junta de acreedores en el reconocimiento ó graduacion de créditos, ó sobre agravios de las cuentas del depositario ó de los síndicos, ó finalmente sobre repeticiones con-

tra los síndicos por haber comprado efectos de la quiebra (1).

De las resoluciones tomadas por el jefe político sobre inclusiones ó exclusiones en las listas electorales, hay también recurso á la audiencia del territorio (2).

Finalmente, en materia de disciplina son apelables ciertas decisiones: otras no pueden reclamarse por apelacion, sino por otro recurso, y algunas quedan firmes y causan ejecutoria. Pueden verse los artículos **ABOGADO, JUEZ, ESCRIBANO** y los referentes á los demas curiales y empleados.

En los negocios que se promuevan contra los intereses del Estado, es apelable la providencia que obliga al oficio fiscal á contestar la demanda entablada sin haber obtenido el demandante resolucion en el asunto por la via gubernativa (3).

SECCION III.

QUIENES PUEDEN APELAR.

Que las personas que han litigado en juicio puedan alzarse de la sentencia apelable que les perjudica, es cosa muy natural y fuera de toda duda. Pero no son solo los litigantes los que pueden valerse de este remedio para poner á salvo sus derechos; la ley otorga igual facultad á todos aquellos que se sintieren ofendidos ó perjudicados por la sentencia, aun cuando no hubieran sido partes en el juicio. Así lo disponia también el Derecho Romano, adoptando la máxima *«alio condemnato, is cujus interest, appellare potest»*. Si la aplicacion de esta regla general se limitara á aquellos terceros, contra quienes la sentencia dada sin su asistencia al juicio produce sin embargo fuerza de cosa juzgada, ningun inconveniente habria que oponer, antes bien seria muy justo concederles la facultad de apelar, como el único medio de defenderse contra aquel fallo que les daña y perjudica en sus

1. Real orden de 10 de abril de 1806.

2. Art. 12 del rea. decreto de 4 de noviembre de 1838.

3. Art. 293, 294 y 295, ley de Enjuiciamiento.

4. Art. 30, ley electoral de 18 de marzo de 1846.

5. Reales ordenes de 9 de junio de 1847 y 10 de marzo de 1850.

APELACION.

125

intereses. Pero extendiendo indistintamente el uso de este recurso á todos los perjudicados, aun cuando no se verifique la circunstancia arriba enunciada, creemos que se peca contra otra regla respetable y se causa un inconveniente grave, permitiendo que una demanda nueva se introduzca desde luego ante el tribunal superior, y que por ello se prive á la otra parte de la garantía de una instancia. La facilidad y brevedad en terminar los litigios han prevalecido sin duda en el ánimo del legislador, anteponiéndolas á la fuertísima consideración de no defraudar á ninguno de los contendientes de sus justos medios de defensa.

Mas como quiera que se haya admitido en nuestra legislación el principio de la romana en toda su latitud, nos vemos obligados á dividir esta sección en los tres párrafos siguientes.

§. 1.º *De las partes y sus representantes.*

Las partes. No solo el litigante vencido tiene el derecho de apelar (1), sino tambien el vencedor, cuando no ha obtenido todas las ventajas que se prometia y que en su opinion le eran justamente debidas (2). Tal seria el caso en que se le adjudicara una heredad sin hablar de restitucion de frutos, ó se le concediera por completo su demanda sin condenar en las costas á su adversario. Estos dos ejemplos, puestos en la misma ley y otros análogos ó semejantes, dan lugar á la apelacion por parte del vencedor.

Pero invirtamos los términos del último caso, y tratemos de examinar, si el vencido y condenado en las costas puede alzarse de la sentencia bajo este solo concepto, consintiéndola en lo principal. La ley claramente nos dice, que el vencedor puede consentir unos particulares y apelar de otros que le perjudican, ó no atienden debidamente á sus derechos; pero calla respecto del vencido. Algunos autores niegan á este que pueda limitar su apelacion

á las costas, fundándose en que son una cosa accesoria que debe seguir la suerte de lo principal; nosotros sin embargo tenemos por mas cierta la opinion contraria. El derecho de ambos litigantes no puede menos de ser igual, porque la lucha ha de ser con las mismas armas, y de aquí se infiere que en el caso en que el uno pueda apelar, debe sobreentenderse en el otro idéntica facultad y autorizacion. Así como el vencedor puede apelar de la sentencia que no ha condenado en costas á su adversario, por el mismo motivo le es permitido á este alzarse de aquella que se las impone.

Ademas, la condenacion de costas no es una consecuencia indispensable del vencimiento; falta por lo tanto la razon para considerarla como una mera accesion, pues mas bien constituye una parte principal, de suyo apelable. Diremos de consiguiente, que la condenacion de costas, aun cuando la sentencia no irroque otro perjuicio, es bastante motivo para apelar.

La apelacion personalmente interpuesta por las partes tiene rara vez lugar, ya porque carezcan de capacidad para comparecer en juicio por si mismas, ya porque den sus poderes á otras personas para que gestionen á su nombre y sigan el juicio.

Los *Representantes de las partes* son de dos especies, unos autorizados por las leyes, y otros por los mismos interesados, y ambos, no solo tienen la facultad de seguir el juicio en primera instancia, sino la de apelar de las sentencias que perjudiquen en algo á sus representados. Hablaremos separadamente de cada uno de ellos.

Son representantes legales los tutores y curadores de los que se hallan en la menor edad, ó estan privados por su falta de juicio, ó prodigalidad, de la administracion de sus bienes; los padres respecto á los negocios en que sus hijos no pueden gestionar por sí; los maridos respecto á sus mugeres en casos semejantes, los síndicos de un concurso ó de una quiebra, los defensores de una herencia vacante ó de un ausente, y el oficio fiscal.

Los tutores y curadores representan á

(1) Ley 2, tit. 23, Part. 3.

(2) Ley 9, tit. 25, Part. 3.

sus pupilos en todos los actos civiles, ya sea por sí mismos, ó ya por medio de procuradores deben defenderles en toda clase de negocios, evitando todo género de perjuicios. En los asuntos judiciales suele nombrarseles un curador *ad litem*, lo mismo que á los menores que tienen que litigar derechos contrapuestos con sus padres, bajo cuya potestad se hallan. Unos y otros, y los curadores ejemplares, pueden interponer apelacion de las sentencias que tengan por perjudiciales á los derechos ó intereses de sus representados.

El padre es tambien el natural defensor de los derechos y bienes que corresponden á sus hijos menores, ó que se hallen en su patria potestad, y que por sí no pueden comparecer en juicio. Pero si dada la sentencia en contra suya se aquietare con ella, el hijo á quien perjudica, conserva el derecho de apelar, no solo respecto de los bienes castrenses y cuasi-castrenses, en los cuales tiene facultades mas estensas, sino tambien del peculio profecticio y adventicio, cuyo usufructo corresponde al padre (1). Solo que en este último caso es opinion comun, que la apelacion debe interponerla á nombre del padre, que es su administrador legal y usufructuario.

El marido es el representante legal de la muger en los casos en que esta no puede por sí comparecer en juicio, y por lo mismo tiene el derecho de apelar de las sentencias que considere perjudiciales ó gravosas á los intereses que se le tienen encomendados.

Los síndicos de una quiebra puede decirse que tienen un doble carácter, pues á la vez que representan la masa de acreedores y son los legales administradores de su haber, ejercitan por otro lado cuantas acciones competen al quebrado, y con ellos deben sustanciarse las demandas civiles que se intenten contra sus bienes. Por esto nos hemos creído autorizados para decir, que los síndicos son tambien representantes legales del quebrado, para todo aquello que

conciene á su fortuna é intereses. Este principio es una consecuencia indispensable del desapoderamiento que opera la ley, quitando al quebrado la administracion de sus bienes desde el momento de la declaracion de quiebra. Pero bueno será advertir, que esta inhibicion se refiere solamente á la administracion de los bienes, y está muy lejos de causar una incapacidad absoluta y personal para comparecer en juicio. Asi es, que el quebrado puede pedir por sí reposicion del auto que lo reduce á esta deplorable situacion; con él se sustancia igualmente el expediente de calificacion de quiebra, de cuya sentencia puede apelar si la cree injusta; y del mismo modo tiene aptitud para hacer valer sus derechos de padre, marido ó tutor ante los tribunales de justicia. Su incapacidad se limita, pues, á celebrar contratos, presentar demandas contra sus deudores, y seguir ó contestar las que un tercero entable, reclamando intereses, porque siendo toda su fortuna la fianza y garantia de los derechos de sus acreedores, deben estas reclamaciones sustanciarse con la masa comun, y por consiguiente con los síndicos que la representan. Véase el artículo **QUIEBRA**. Ahora bien, sentada esta máxima, que es de verdad y justicia incontestable, ¿se negará igualmente al quebrado la facultad de apelar de las sentencias que se den contra sus bienes, en el caso que los síndicos no hagan uso de este remedio? Nolo creemos por cierto, y aun cuando en apoyo de este parecer no podemos presentar un texto claro y preciso de la ley escrita, asi se infiere del espíritu que domina en todas sus disposiciones, y de las reglas mas ciertas de justicia. El Código, en verdad, priva al quebrado de la administracion de sus bienes y efectos, pero no le quita la propiedad, y con esto dá claramente á entender, que no depende de los síndicos el sacrificarla á las exigencias de un tercero. Debe, pues, aquel tener los medios legales y comunes para defenderla, y evitar el perjuicio que el descuido, la ignorancia ó malicia de los síndicos podrian irrogarle. No es otra la razon porque el Código le autoriza espresamente para poner reparos á

(1) Ley 2, tit 13, Part. 3.

APELACION.

127

las cuentas que los síndicos presenten de su administracion, y alegar los agravios que hayan causado; para hacer las repeticiones oportunas contra los daños originados á la masa, por malversacion, fraude ó negligencia culpable; y entablar las acciones correspondientes contra los síndicos que hayan comprado efectos de la quiebra, faltando al mandato espreso del legislador. Véase como el espíritu del Código es altamente favorable á la opinion que hemos emitido.

El defensor de un ab-intestato ó de una herencia vacante, como representante legal de los derechos de la sucesion, puede apelar de las sentencias ó providencias que tenga por gravosas.

El ministerio fiscal es hoy en todos los negocios contenciosos en que se halle interesada y sea parte la Hacienda pública, el único representante legal de la misma (1). Segun la clase de negocios, lo son en primera instancia, ya los promotores fiscales de los juzgados ordinarios, como sucede en materia de capellantas colativas, mostrencos, é indemnizacion de partícipes legos en diezmos, ya los promotores fiscales de los Tribunales de Comercio en los negocios de este ramo, ya los abogados fiscales de las subdelegaciones de rentas en los asuntos de que estas conocen y en lo contencioso-administrativo de Hacienda de que conocen los consejos provinciales, ya los fiscales de S. M. en las audiencias, Tribunal mayor de Cuentas, Consejo Real y Tribunal Supremo de Justicia. Los promotores fiscales de los juzgados ordinarios y tribunales de comercio asi como los abogados fiscales de las subdelegaciones de rentas, no solo tienen el derecho de apelar de las sentencias que tengan por perjudiciales á los intereses de la Hacienda, sino que en algunos casos estan en el deber de apelar de las definitivas que se pronuncien, aun cuando consideren que las sentencias son justas y que estan arregladas á los méritos del proceso (2), circuns-

tancia que establece una escepcion al principio de que solo puede apelar aquel que se tenga por perjudicado. Esta doctrina está fundada en la justa defensa que merecen los intereses públicos, los cuales no quiere fiar la ley al juicio y buena fé de una sola persona, como sucederia si los representantes de la Hacienda en los tribunales inferiores, tuviesen la facultad de consentir las sentencias contrarias á ella, dejándolas pasar en autoridad de cosa juzgada. Cuando el juicio de aquellos recibe la confirmacion de los fiscales de los tribunales de alzada, ya no hay motivo para sospechar de la conformidad prestada.

Sin embargo de que esta doctrina parece aplicable tambien á los negocios contencioso-administrativos, pues en estos como en los de Hacienda, es el interes público ó general el que se controvierte, los representantes de la administracion ante los Consejos provinciales tienen la facultad de apelar ó consentir las sentencias contrarias á sus pretensiones, cumpliendo los gobernadores civiles con ponerlo en conocimiento del ministerio de la Gobernacion, esponiendo las razones que para proceder asi hayan tenido (3).

Habiendo tratado ya de los representantes legales, vamos á hablar de los convencionales que por otro nombre llamamos *personeros* ó *procuradores*. Los procuradores por regla general no solo pueden, sino que deben apelar de la sentencia que envuelva algun daño ó injusticia contra su poderdante. Las leyes espresan terminantemente esta obligacion, distinguiendo únicamente dos casos, uno en que el procurador cumple con interponer la apelacion (2), y otro en que debe seguirla hasta su resolucion (3). Tiene lugar el primero, cuando el poder ha sido dado para un pleito determinado, pues entonces, si bien puede el procurador seguir el juicio de alzada, no puede ser á ello obligado contra su voluntad, habiendo dejado ya á cubierto los derechos del dueño con la interposicion del recurso. Se verifica

(1) Real decreto de 1.º de julio de 1830.

(2) Circular de la direccion de rentas y arbitrios de amortizacion de 14 de diciembre de 1830, R.º Real orden de 30 de mayo de 1840. 6.º

(1) Real orden de 8 de febrero de 1848.

(2) Ley 23, tit. 8, Part. 3.

(3) Ley 3, tit. 23, Part. 3.

el segundo extremo, cuando el poder fuere general para todos los pleitos, ó siendo especial contiene la cláusula de que el procurador deba continuar la alzada, pues en tales casos no puede escusarse de cumplir con esta obligación. Vista ya la necesidad que pesa sobre el procurador para apelar, parece lo lógico y lo natural examinar qué efectos produce la falta de su cumplimiento, tanto respecto de su persona, como de la del dueño. El descuido ú omisión de aquel prueba por lo menos culpa de su parte, y esta sola consideración basta para demostrar, que se halla sujeto á la responsabilidad de satisfacer y pagar todos los daños que por su causa puedan originarse á su representado. En este principio se funda la disposición de nuestras leyes, que autoriza al dueño del pleito para exigir y resarcirse con los bienes de su procurador negligente ú omiso de todos los daños y menoscabos que haya sufrido en sus intereses (1). En caso que la fortuna del procurador sea bastante para cubrir su importe, el dueño no tiene otro recurso que este, y se halla privado de la facultad de apelar de la sentencia, la cual queda firme é irrevocable. Mas si sucediese que el procurador careciese absolutamente de bienes, ó no fueren suficientes para el indicado resarcimiento, el dueño no puede sufrir un perjuicio tan grave por culpa ajena, y entonces le otorga la ley la facultad de apelar por sí, empezándose á contar el término legal desde el día en que supiere que se había dado sentencia contra él, y que el procurador no se había alzado de ella. Tales son las determinaciones legales sobre esta materia. La práctica sin embargo no admite la apelación interpuesta por el dueño fuera del plazo que dejó espirar el procurador, por la sencilla razón de que las notificaciones hechas á este, producen el mismo efecto que si se hiciesen á la parte en persona para contar los términos, á menos que la ley exija la notificación personal del interesado.

§ 2.º *Personas que sin haber litigado pueden apelar.*

Todos aquellos á quienes pertenece el pro ó el daño de la sentencia, pueden apelar de ella, aun cuando no hayan sido partes en el juicio (1). Ya anteriormente tuvimos ocasión de manifestar, que este principio tan general, entendido respecto de aquellos contra quienes el fallo pronunciado tiene fuerza de cosa juzgada, era muy justo y necesario. Porque á la verdad, no puede decirse en rigor que estos terceros no han litigado en primera instancia, pues si ellos no lo han hecho por sí, han estado representados por uno de los contendientes, como causantes de su derecho, por cuya razón la sentencia dada contra aquel viene á perjudicarles. Desaparece, pues, el inconveniente que existe respecto de los demás que no se hallan en igual caso, los cuales usando de la apelación contra una sentencia que para ellos no lo es propiamente, invierten el orden general de los juicios, eliminando una de las instancias que la ley admite como útiles y necesarias.

Sentadas estas ideas primordiales, pasaremos á examinar cuáles son las terceras personas, á quienes el legislador otorga el derecho de apelar y que nuestros autores prácticos reconocen con el nombre de terceros opositores coadyuvantes.

1.º Apenas merece que nos detengamos un momento respecto de los primeros, que son los herederos, quienes, sucediendo en todos los derechos y obligaciones del difunto, pueden en los pleitos promovidos por él ó contra él apelar de las sentencias, y realizar todos los actos que su causante hubiera estado autorizado para ejecutar, si viviera. Mas la cuestión varía, si suponemos que un tercero ha demandado á uno de los coherederos, reclamando el pago de una deuda de la herencia, y se ha dado sentencia contra el último. En este caso el otro heredero, su compañero, no tiene la facultad de apelar; y por una razón sencillísima de fácil com-

(1) Ley 2, tit. 23, Part. 3.

(1) Ley 4 y 13, tit. 23, Part. 3; ley 1, tit. 20, lib. 11, Nov. Rec.

APELACION.

429

prension. Es sabido, que la division de la herencia se hace por ministerio de la ley, siempre que el testador no ha espresado una voluntad contraria. De aqui dimana el que los herederos representen separadamente la persona del difunto en sus derechos activos y pasivos; de manera que cada heredero solo puede ser demandado por el acreedor del difunto á prorata de aquella porcion de herencia que ha recibido; y la sentencia que se diere contra uno ó dos de los herederos, no hace cosa juzgada respecto de los otros, segun la regla *res inter alios acta aliis non nocet*. Del mismo modo, los deudores del difunto no pueden ser reconvenidos por cada heredero, sino á proporcion de lo que le corresponda en la deuda, no aprovechando ni perjudicando á los demas el resultado de su demanda. Es, pues, claro, que no dañándoles la sentencia, les falta interés para apelar, requisito y condicion indispensable para que tenga lugar este recurso.

Otra cosa seria si un tercero entablase demanda de nulidad del testamento contra uno de los herederos nombrados, y obtuviese sentencia favorable; en este caso y en todos los demas en que por la sentencia se irrogue perjuicio á los coherederos, pueden estos apelar de ella, aunque no hayan litigado en la primera instancia.

2.º Por el mismo principio se concedia á los legatarios por la ley de Partidas el derecho de apelar contra la sentencia que declaraba nulo el testamento de donde procedia su derecho. Ordenaba esta ley, que en el caso que los herederos legitimos hiciesen declarar nulo el testamento del difunto, y que todos sus bienes les fuesen adjudicados, si los herederos nombrados en el no apelaban de dicha sentencia, pudiesen hacerlo los legatarios. Esta disposicion se hallaba en completa consonancia con otras del mismo Código, segun las cuales era la institucion de heredero como la raiz y base capital del testamento, de cuya subsistencia dependian los legados, como accesorios. Nada era mas natural, que los legatarios pudiesen apelar de una sentencia, que tanto les perjudicaba, yendo envuelta en la rui-

na del testamento la pérdida de todos sus derechos. Pero su condicion ha variado infinitamente en virtud de las leyes recopiladas: por ellas los legados conservan todo su vigor, aun cuando el testamento se anule por causa de pretericion ó desheredacion, igualmente que en el caso que no haya heredero, ó que el nombrado por el testador no quiera adir la herencia (1). Toda la diferencia consistirá en estos casos, en las personas que han de pagar los legados, cuya obligacion pasará á los herederos legitimos con la misma fuerza que pesaba sobre los testamentarios. Estas variaciones en el derecho de los legatarios, producen un efecto muy trascendental, y es que la sentencia de nulidad no les perjudica realmente, como no lleve envuelta la ruina de los legados; único caso en que podrán hoy ejercitar el derecho de apelacion, si los herederos testamentarios consintiesen la sentencia.

3.º El vendedor tiene facultad para apelar de la sentencia que se diere contra el comprador sobre la cosa que le vendió, siempre que este último la consienta ó no se alze en el tiempo marcado por la ley; el comprador goza del mismo derecho, cuando el vendedor fuese vencido sobre la cosa que aquel le compró (2).

Aunque estos dos casos parecen confundidos ó identificados en la ley, y dominados por un mismo principio, son sin embargo muy diferentes y merecen una explicacion particular y detenida. Empezando por el vendedor, la facultad de apelar que la ley le concede no tendrá uso en todos los casos, como nos será muy fácil demostrar. Supongamos que un tercero, pretendiendo ser dueño de la cosa vendida, ó siéndolo realmente, entabla su demanda de reivindicacion contra el comprador, como poseedor de ella. El juicio se sustancia por todos sus trámites, y recae sentencia contra el comprador, obligándole á devolver al verdadero dueño la cosa que habia comprado de quien no

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 40, Nov. Rec.

(2) Ley 4, tit. 25, Part. 3.

lo era. La ley de Partidas dice, que el vendedor puede apelar de la sentencia, si el comprador deja pasar el tiempo legal sin hacerlo. Pero aquí se presentan reflexiones poderosas que dejan esta facultad sin términos hábiles para ejercitarse en una porcion de casos. Porque, ó el comprador ha citado de eviccion al vendedor en el término que igualmente prescriben las leyes, ó ha dejado de cumplir con esta importante solemnidad. Si ha hecho lo primero, y el vendedor se ha personado en el juicio, viene á ser parte integrante de él, y goza de los derechos que corresponden en general á los litigantes. Si á pesar de la citacion y denuncia del comprador, se obstina en no comparecer á defenderse en primera instancia y los autos se sustancian con él en rebeldía, su posicion es igual á la anterior respecto al derecho de apelar. Solo en el caso en que, citado y emplazado y no compareciendo, siga el pleito el comprador, y este no apele de la sentencia que le condena, es cuando podrá tener aplicacion la ley que dejamos citada. En el segundo supuesto, de que el comprador no le haya citado de eviccion, y siga por sí solo el pleito, no corresponde tampoco al vendedor el derecho de apelar, porque le falta interés propio y ningun daño ni peligro tiene que temer de la sentencia. No habiendo sido citado por el comprador oportunamente, al menos antes de la publicacion de probanzas, cesa su responsabilidad á la eviccion y saneamiento, y desaparece el motivo que la ley de Partidas tuvo presente para conceder la apelacion. Si en el contrato de venta hubiesen pactado los contrayentes, que el comprador no fuese obligado á denunciar al vendedor el pleito que le moviesen, y que este quedase sin embargo sujeto á la eviccion, se mantendria el interés del vendedor en impugnar la sentencia que le perjudica, por cuya razon podrá apelar de ella, si el comprador no lo hiciere. Como este derecho que concede la ley al vendedor depende del hecho de no usar el comprador del que le compete, el tiempo para apelar el primero empezará á correr desde el dia que supiere

que el comprador ha dejado pasar el plazo de la apelacion.

Supongamos ahora que el dueño, dejando en paz al comprador, sea porque ignore la venta, sea por otra cualquier causa, se dirige contra el vendedor y obtiene una sentencia favorable á sus pretensiones. ¿podrá el comprador apelar de ella? Para resolver con acierto este punto, debemos distinguir dos casos diferentes que pueden ocurrir. El comprador podrá ignorar unas veces que un tercero ha entablado pleito con el vendedor sobre la cosa que le ha sido vendida, al paso que otras tendrá noticia de su existencia, y no viéndose directamente molestado, preferirá callarse, dejando que el vendedor mantenga solo la lid.

En este último supuesto la sentencia pronunciada contra el vendedor le perjudica, lo mismo que si hubiera litigado, pues la ley supone fundadamente que en el mero hecho de tener noticia del pleito y no haber salido á él, consiente tácitamente en ser representado por el vendedor y en pasar por todo lo que en el juicio se determine. Es claro, pues, que de rigurosa justicia le compete la facultad de apelar de una sentencia, que aunque no ha sido dada contra él directamente, le puede perjudicar mucho en sus consecuencias. Mas cuando el comprador ignore la existencia del litigio, varia notablemente su posicion, y ya no puede dañarle su resultado contrario al vendedor, el cual habiéndole traspasado todos sus derechos, mal podria representarle en el juicio sin su consentimiento. Parece, pues, que careciendo de interés para apelar, deberia, segun los principios que hemos asentado, negársele esta facultad. La ley sin embargo se la concede, tanto para comparecer en primera instancia, coadyuvando la defensa del vendedor, como para apelar, aun cuando no haya comparecido. La razon que sin duda ha guiado al legislador para admitir esta escepcion de los principios generales, es promover la facilidad y pronta terminacion de los negocios, pues corriendo juntas las escepciones y defensas del comprador y vendedor, cuyo origen es uno mismo, se

APELACION.

431

acertan mucho los trámites judiciales, se disminuyen los gastos y se resuelve mas rápida y ventajosamente la cuestion que forma el objeto de la disputa. Pero téngase en cuenta, que la apelacion por parte del comprador no es necesaria, sino facultativa; es decir, que aun cuando no apele, no por eso le dañará la sentencia que se dé contra el vendedor, sino es en el caso único que hemos indicado de saber la existencia del litigio.

4.º Por iguales ó idénticas razones creemos que corresponde el derecho de apelar al cedente y cesionario, donante y donatario, y usufructuario en sus respectivos casos.

5.º En quinto lugar entran los acreedores á quienes su deudor ha entregado alguna prenda ó hipoteca para seguridad de su crédito. Su posicion y sus derechos son muy semejantes á los que acabamos de manifestar que tiene el comprador. Si un tercero entabla contra el deudor la reivindicacion del objeto que ha empeñado, la sentencia de restitution no perjudica al acreedor que ignore la existencia del litigio. Si por el contrario le consta de una manera indudable, y deja proseguir su curso sin presentarse, se entiende que hace tácitamente defensor y procurador de sus derechos al deudor, teniendo el fallo definitivo contra él, lo mismo que contra el deudor, fuerza de cosa juzgada. De aquí dimana, el que no apelando el deudor, pueda hacerlo el acreedor á su nombre, como interesado en su revocacion. En el caso que la sentencia dada contra el deudor no le perjudique, tiene iguales derechos y facultades que el comprador, fundados en las mismas consideraciones que dejamos espuestas.

6.º Los fiadores por razon de alguna deuda ó contrato pueden alzarse de la sentencia que se diere contra su deudor. Apóyase esta disposicion en el lazo jurídico que los une con las personas á quienes fiaron, en virtud del cual el juicio dado contra el deudor, adquiere tambien contra ellos fuerza de cosa juzgada. Teniendo, pues, un interés propio en apelar, el silencio ó aquiescencia

del deudor no puede privarles de este derecho. Así lo espresa mas circunstanciadamente la ley poniendo el siguiente caso. Un vendedor da fiador de la venta que celebra, y despues de consumada, un tercero entabla el juicio de eviccion y quita la cosa al comprador; aun cuando este y el vendedor se conformen con la sentencia, el fiador podrá apelar de ella. Este ejemplo está tomado de la legislacion romana, la cual al consignar la escepcion de la regla general á favor de los fiadores, usa de estas palabras; *Igitur venditoris fidejussor appellabit, licet emptor et venditor acquiescant*, L. 5 D. de appellat.

§. 3.º Personas á quienes aprovecha la apelacion interpuesta por un tercero.

En el párrafo anterior hemos tratado de las personas que sin haber litigado podian apelar: ahora nos vamos á ocupar de aquellas que, sin litigar ni apelar, les aprovecha la apelacion interpuesta por un tercero. Este beneficio se funda en la identidad del negocio y de las defensas comunes á todos, cuya circunstancia dá motivo para presumir, que el que se alzó, obra en representacion y nombre de los demas, que tienen con fundidos con él sus derechos é intereses. Muchas veces es tambien efecto de la necesidad, como sucede cuando la obligacion es individua, pues no pudiéndose ejecutar la sentencia respecto del que apeló, y siendo su causa inseparable de la de su compañero, indefectiblemente tiene que aprovecharle la apelacion.

En este caso se hallan:

Primero. Los dueños á quienes pertenece en comun alguna cosa, mueble ó raiz, pues si fuere dada sentencia sobre ella, basta que alguno de los condueños apele para que aproveche la alzada á todos los demas (1). La razon es que, siendo igual el interés de todos, se supone que mutuamente se han dado poder para representarse los unos á

(1) Ley 3, 5, tit. 2 Part. 3.

los otros, y en éste entender han permanecido callados, viendo que ya había quien saliese á defender sus derechos en el juicio. Solo una escepcion pone la ley y es, cuando el que reclama contra la sentencia es un menor, y logra dejarla sin efecto por la vía de restitucion, en cuyo caso no aprovecha el beneficio á los que no apelaron de ella.

Segundo. Del mismo derecho gozan los obligados *in solidum*, pues el fallo que condene á uno de ellos á la paga, se aplica igualmente á todos los demas, aun cuando no se hayan personado en el juicio. Sabido es que el acreedor que tiene á su favor una obligacion de esta clase, puede demandar el todo á cualquiera de los deudores, dejando en paz á los demas; pero como el demandado puede reclamar de los coobligados la porcion que á cada uno corresponda, es claro y evidente el interés que tienen en que no se ejecute la sentencia que le condena al pago. Cualquiera, pues, de ellos podrá apelar, y su apelacion aprovechará á los demas compañeros.

Tercero. Parecido á este caso es el de los tutores que han sido nombrados conjuntamente para el cuidado de la persona y bienes de un huérfano. Todos ellos son solidariamente responsables de las resultas de su administracion, y por tanto podrian creerse comprendidos en el caso anterior. Pero como muchas veces se convienen en que uno solo administre, para que haya mas orden y unidad en las delicadas operaciones que exige el exacto desempeño de este cargo, de aquí nacen algunas diferencias que deben tenerse muy presentes. Si todos administran, la apelacion que interpone uno de ellos de la sentencia que fuere dada en contra suya, aprovecha á todos los demas, aun cuando hayan guardado silencio. Pero si unos administran y otros no, y se diere sentencia contra los primeros, la ley dispone que el alzada que intenten los que no administran, no aproveche de ningun modo á los que han administrado. Dice aun mas, á saber: que los que han permanecido separados de la tutela, no puedan tomar alzada

por sí (1). Semejante prohibicion debe fundarse en la responsabilidad mas inmediata que pesa sobre los tutores que administran; pues aun cuando por este acto no cesa la solidariedad de los demas, sin embargo no pueden ser reconocidos útilmente, sino despues de haber agotado todos los recursos legales contra los primeros. Es decir, que si el menor entabla su accion en primer lugar contra uno de los tutores que no se han mezclado en la administracion y manejo de sus bienes, el demandado podrá oponerle que se dirija antes contra los administradores, y por medio de esta escepcion logrará eludir las pretensiones é intentos del menor.

Cuarto. Cuando se diere sentencia sobre una servidumbre, ora fuere rústica ó urbana, que perteneciese á muchos en comun, la apelacion que interponga uno de ellos aprovecha á los demas, pues su causa es individual (2). Por idéntico motivo creemos que un condueño podrá alzarse de la sentencia que condene á su compañero á soportar una servidumbre sobre el fundo rústico ó urbano que les es comun á los dos.

Por punto general, siempre que la materia objeto del juicio sea indivisible, la apelacion de una parte redundará en beneficio de la otra necesariamente, pues hay imposibilidad de ejecutar la sentencia, aun respecto de ella. Solo señala la ley una escepcion, y es respecto del usufructo. En el caso que muchos tengan el usufructo de una finca y fuese dada sentencia en contra, la apelacion que interponga uno no aprovecha á los demas. A la verdad no se encuentra una razon satisfactoria en que fundar esta diferencia, pues si se dice que este es un derecho personal que cada uno debe defender, igual calificacion puede darse á todos los demas, que en tanto son útiles, en cuanto nos traen beneficios y ventajas personales. Pero sin duda ha prevalecido la consideracion, de que el usufructo es divisible, y que por lo tanto puede ejecutarse

(1) Ley 3, antes citada.

(2) Ley 3, id. id.

APELACION.

133

la sentencia en la parte que disfrute el usufructuario vencido.

SECCION IV.

DE LOS TERMINOS PARA APELAR.

Para que el derecho de apelar produzca su resultado, es preciso que se ejercite dentro del término legal, porque de no hacerse así, se tiene la sentencia por consentida, declarándose en su consecuencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. El término para apelar no es uno mismo en todas las jurisdicciones, habiendo tambien casos en que se prorroga ó suspende por causas determinadas. Examinaremos, pues, con separacion los plazos dentro de los cuales debe interponerse la apelacion y las causas que los suspenden y prorogan.

§ 1.º *Dentro de qué plazo debe interponerse la apelacion.*

Los términos para apelar no han sido siempre los mismos, ni existe uniformidad entre el fuero ordinario y algunos especiales, siendo este tambien uno de los puntos en que estan mas divergentes las legislaciones de todos los paises. El derecho romano solo concedió en un principio dos dias para apelar, y tres si se hacia por procurador. Este sistema, sumamente premioso, producía inconvenientes de tanta gravedad, que habiendo llamado la atencion del emperador Justiniano, alargó su plazo á diez dias, ora hubiese el apelante litigado por sí, ora representado por un tercero. Las leyes de Partidas señalan este mismo término, pero existen fuertes razones para suponer, que jamás se ha observado en el foro. Antes de que este código adquiriera valor legal en los tribunales, el Fuero Real que se compuso de las costumbres y prácticas mas admitidas en los fueros municipales, solo concedía cinco dias para apelar, indicio cierto de que este seria el plazo mas usado y recibido en todos los tribunales de la monarquía. Publicáronse las Partidas, como es

sabido, por don Alonso XI, en las Cortes celebradas en Alcalá en 1348, dándoles fuerza legal por la ley primera del ordenamiento que en las mismas se hizo, si bien con el carácter de código supletorio, que todavía conservan. Dedúcese de aquí, que las leyes del ordenamiento de Alcalá, como todas las de los reyes posteriores, ocupan un lugar preferente, y disponiendo aquellas, que el término para alzarse de la sentencia sea de cinco dias, queda plenamente demostrado que el plazo de diez dias, establecido en las Partidas, jamás estuvo en observancia. Ambas leyes del Fuero y del Ordenamiento se encuentran en la Novísima Recopilacion, formando nuestro derecho vigente sobre este punto. El plazo, pues, para apelar de las sentencias, tanto definitivas como interlocutorias, es únicamente en el fuero ordinario el de cinco dias, término fatal é improrogable, salvo algunas escepciones que en el lugar correspondiente apuntaremos. Tócanos ahora examinar desde cuándo empiezan á correr, y cómo se deben contar.

Puesto que el plazo de los cinco dias es fatal y produce el terrible efecto de privar al litigante que lo ha dejado pasar de la facultad de entablar la apelacion, es absolutamente necesario que haya un acto solemne, por el cual conste que la parte que ha sido condenada, tiene conocimiento de la sentencia, y pueda hacérsele cargo y atribuírsele á mora y culpa suya, si no ha utilizado los medios que el legislador le ha concedido para atacarla. Este acto solemne es y no puede ser otro que la notificacion de la sentencia á la parte en persona, ó á su representante segun los casos (1), cuyo requisito satisfecho, adquiere la sentencia, por el trascurso del tiempo legal, fuerza de cosa juzgada, dando al adversario el derecho de pedir la ejecucion del fallo consentido por la aquiescencia de la otra parte. La notificacion es, pues, el principio natural del término para apelar. Ahora bien, siendo este un axioma incontestable, ¿le será

(1) Véase el artículo NOTIFICACION.

permitido al litigante vencido interponer la apelacion de la sentencia que le condena, sin aguardar á que se le notifique? Este caso es enteramente diferente del primero, y por eso creemos que su resolucion debo ser tambien diversa. La notificacion de la sentencia no produce el derecho de apelar, que toma su origen del agravio ó injusticia de aquella; no hace mas que señalar el principio de su término, ó el principio del consentimiento. Habiéndose, pues, introducido aquella en favor de la parte vencida, no hay inconveniente alguno en que renuncie á un derecho que redunde en su beneficio, y formalice é introduzca la apelacion sin aguardar al acto solemne de la notificacion.

Otra cuestion se suscita en este lugar que presenta mayores dificultades para su resolucion. Hemos indicado oportunamente que los terceros á quienes perjudica el fallo dado en un litigio en que no se han mostrado parte, gozan sin embargo de la facultad de apelar, aun cuando no haga uso de ella el principal condenado. En semejantes circunstancias se hallan el vendedor, el legatario, el acreedor y el fiador, etc., cuando respectivamente se ha dado sentencia contra el comprador, heredero, deudor ó persona á quien se fió. Ahora bien, ¿el plazo para apelar estos interesados comenzará á correr desde la notificacion hecha al principal, de modo que sea uno solo el término para ambos, ó desde que llegue á su noticia la sentencia? ¿ó será ademas indispensable que se les notifique solemnemente? La ley no está espresa ni terminante, dando pie con su silencio á conjeturas mas ó menos fundadas, y á que se apliquen á su esclarecimiento los principios generales de jurisprudencia. De estos y aquella se deduce, que la notificacion hecha solamente al principal que litigó, no puede ser bastante para que corra el término contra el tercero, á quien igualmente perjudica la sentencia. Porque el derecho que ejercita este interesado, que llaman los autores de segundo orden, es un derecho propio, y no delegado, del cual no puede privarle, ni aun la aquiescencia del principal. Así lo ha reconocido la ley, consiguiendo

do espresamente que los fiadores pueden usar de la apelacion, aun cuando sus respectivos deudores consientan y se conformen con el resultado del juicio. Igual derecho tienen el vendedor, el legatario y el acreedor, indicando ademas la ley respecto de estos, que solo nace en ellos la facultad de apelar cuando el comprador, el heredero ó el deudor han dejado pasar el tiempo legal sin hacer uso de este recurso. Si, pues, para su legitimo ejercicio, es circunstancia indispensable que el principal se haya inhabilitado para introducirlo, es una cosa evidente que el término que las leyes le conceden á este fin, no puede correr contra los terceros, ni por consiguiente contarse para ellos desde el día de la notificacion al principal. Antes por el contrario se deduce, que dicho plazo no puede empezar á correr, sino desde el momento en que espira el que tiene este para apelar. Mas como la ignorancia de hecho á nadie perjudica, para que pueda imputárseles la omision y trascurso del tiempo, no solo es necesario que tengan noticia de la sentencia, sino que sepan ademas que el principal no apeló, contándose desde entonces los cinco dias para suplir por su parte esta omision. Dicha circunstancia resuelve á la par los otros dos extremos de la cuestion, pues es evidente que el simple conocimiento de la sentencia, ni aun su solemne notificacion, son bastantes para producir por sí solas el nacimiento ni la pérdida de un derecho que depende de otra condicion. Sin embargo, haciendo esta medida depender la facultad de apelar de los terceros, no de una circunstancia clara é innegable, sino de un hecho de conciencia, podrá dar lugar á disputas y dilaciones sumamente gravosas. Para evitarlas en beneficio comun, creemos necesario y justo á todas luces, que el término para introducir la apelacion no empiece á correr para los terceros hasta que se les notifique la sentencia; que es el único medio legitimo é indudable de saber que ha llegado á su noticia. Esta notificacion tendrá la ventaja de señalar un punto cierto de partida para contar el plazo de la apelacion, sin

APELACION.

435

ofrecer el inconveniente de entrar en una disputa sobre si el tercero sabia ó no que el principal habia dejado pasar el tiempo hábil que la ley le concede. Pero en atencion á que los terceros no pueden apelar hasta que el principal haya dejado trascurrir el término en que lo puede hacer, creemos que el litigante vencedor, luego que espire el plazo, debe hacer que se notifique la sentencia á los terceros á quienes perjudica, para que apelen, ó de lo contrario queden sujetos á las consecuencias de su omision y consentimiento.

Debatido ya suficientemente este punto, pasemos á examinar cómo deben contarse los cinco dias que la ley concede para la apelacion. Graves disputas han sostenido los intérpretes y autores sobre si habian de computarse los dias de término, es decir, el de la notificacion y el del vencimiento, ó si deberia escluirse alguno de ellos. Por derecho romano era la opinion mas general que el término *á quo*, ó el de la notificacion, se debia incluir en el número, no habiendo duda ni disputa sobre el término *ad quem*, ó el del vencimiento. Nuestras leyes comunes han adoptado esta version, dirimiendo la contienda de una manera clara y terminante. Las primeras disposiciones, tanto del Fuero como del ordenamiento de Alcalá, estaban redactadas en estilo algo vago, pues ordenaban solamente que la parte agraviada pudiera alzarse *hasta el quinto dia, despues que le fuere notificada la sentencia* (1). El sentido literal de estas palabras parecia favorecer mas la opinion contraria, de que el dia de la notificacion quedaba escludido de la cuenta, y algunas dudas deberian suscitarse cuando los reyes católicos tuvieron que mandar espresamente que en dicho dia quinto se contase aquel en que fuere dada la sentencia (2). Así quedó resuelto por el legislador, que tanto el dia *a quo*, como el dia *ad quem* se computasen en el número de los cinco. Posteriormente, la práctica primero, y despues la ley (3) han escludido del térmi-

no el dia de la notificacion, favoreciendo así el derecho de la parte vencida.

Dando demasiado valor á esta consideracion el código francés de procedimientos y la jurisprudencia formada con arreglo á sus principios, escluyen tambien de la cuenta el del vencimiento, consagrandolo la máxima, *Dies termini non computantur in termino*. Nosotros no hallamos motivo fundado para escluir el del vencimiento, puesto que viene á completar el término legal, y puede usar y disfrutar de él libremente la parte en cuyo beneficio se ha introducido; resultando que lo que se consigue con su exclusion es aumentar en un dia mas el plazo de la apelacion. Creemos mas arreglado lo dispuesto en el reglamento provisional en conformidad con la práctica anterior de nuestros tribunales, lo cual se halla ademas corroborado por una disposicion espresa de la ley de Enjuiciamiento en los negocios mercantiles (4), por la que se dispone que el dia de la notificacion no se cuente en término alguno legal, pero sí el del vencimiento.

Estos dias deben ser naturales y completos, de modo que la parte goce enteros los cinco que la ley le concede, sin cercenamiento ni disminucion alguna. El sistema, pues, que aconsejan algunos escritores de espresar el escribano en el acto de notificar la sentencia la hora en que lo verifica para empezar á contar el plazo de la apelacion, de modo que el litigante tenga libres las 420 horas naturales que componen los cinco dias, nos parece ingenioso, pero no por eso deja de ser tambien, aunque indirectamente, contrario á la ley. Nosotros opinamos que de no contarse el dia de la notificacion, como hemos visto, que sucede en los negocios ordinarios y en los mercantiles, el dia de término debe ser hábil absoluta y completamente para la introduccion del recurso, no haciendo falta por tanto la designacion de hora, y siendo solamente indispensable la del dia.

¿Pero en estos cinco dias deben computarse los feriados? En los asuntos ordi-

(1) Ley 2, tit. 30, lib. 41. Nov. Recp.

(2) Ley 6, tit. 30, lib. 41. Nov. Recp.

(3) Art. 43, l. regl. prov. de 26 de setiembre de 1855.

(4) Art. 85, ley de Enj.

narios no cabe la menor duda, ordenando la ley que en los plazos para alzarse y seguir la alzada deben contarse los días feriados (1). El perjuicio que parece puede irrogarse á los apelantes, en el caso en que sucedan al día de la notificación de la sentencia ó providencia dos ó mas feriados, puesto que en estos no puede actuarse sin habilitación, no existe en realidad, y la práctica ha buscado el medio de evitarlo. Consiste este en entregar al actuario en su casa el escrito de apelacion, exigiéndole ponga en él la nota de presentacion con las circunstancias del día y hora en que lo recibe. Lo que la ley quiere es que conste si dentro de término se ejercita ó no el derecho de apelar, no dice que esta manifestacion se haga precisamente en días no feriados, y por medio de la nota de presentacion puesta por el escribano actuario, queda aquel hecho suficientemente justificado.

En los negocios de menor cuantía y en los mercantiles está mandado, que en el término para apelar no se computen los días feriados (2).

En lo contencioso-administrativo el legislador ha alargado algo el plazo para apelar, señalando el de diez días, en los cuales no debe contarse el de la notificación de la sentencia, ni tampoco el del vencimiento. El reglamento de los consejos provinciales dejaba lugar á dudas respecto de este último extremo, pues únicamente decía: «La apelacion se interpondrá necesariamente dentro de diez días, contados desde la fecha de la notificación de la sentencia (3).» Esto, pues, equivalía á decir, que el día de la notificación quedaba excluido, á la par que debía contarse el del vencimiento para que el recurso se interpusiera *dentro de los diez días*. Pero en el reglamento del Consejo Real se aclaró este punto, adoptando la disposicion francesa, de que el día del vencimiento no se cuente en término alguno legal (4). Por tanto, de la sentencia de un consejo provin-

cial dictada y notificada el 4, puede válidamente interponerse apelacion el 45, que es el siguiente al día del vencimiento, y si este es festivo, el 46, pues tambien ordena (4) que si el término concluye en domingo ó día festivo se prorogue al día siguiente.

El recurso contra las resoluciones de los jefes políticos sobre inclusiones ó exclusiones en las listas electorales para diputados á Cortes, debe interponerse ante la audiencia del territorio dentro de los quince primeros días del mes de abril (2).

Finalmente, en los asuntos eclesiásticos el plazo para apelar es de diez días, el cual creemos vigente á pesar de la real orden de 1836, que solo se limita á mandar que se admitan las apelaciones en ambos efectos y se remitan los autos originales á los tribunales superiores, lo mismo que se verifica en el fuero comun.

§. 2.º De las causas que suspenden ó prorro- gan el plazo para apelar.

Las leyes de las Partidas reconocen varias causas que tienen fuerza para suspender ó prorogar el plazo de la apelacion mas alla del término ordinario, de cuyo fatal é improrogable. Tiene esta materia muchos puntos de contacto y mézclase frecuentemente con la de restitutiones, por cuya razon no aparece tan clasificada ni deslindada como debiera. A primera vista conoce cualquiera que puede un litigante hallarse en situaciones tales, que seria muy duro y hasta injusto reducirle al término tan corto para apelar que admiten nuestras leyes. La ausencia por un motivo de interés público, una enfermedad grave, un accidente imprevisto en el camino al tiempo que fuera á hacer valer sus derechos, podrian muy bien dar lugar á que trascurriera el término fatal, sin que le fuera posible aprovecharse de él. Es, pues, conveniente y equitativo á todas luces que el tiempo en que exista un impedimento legítimo, se tenga por no trascurrido; y que estando durante él en sus-

(1) Ley 21, tit. 23, Part. 3.

(2) Art. 27, ley de 10 de enero de 1838 Art. 9. ley de Enj.

(3) Art. 69, reglamento de 1.º de octubre de 1845.

(4) Art. 269, reglamento de 30 de diciembre de 1846.

(1) Art. 270, dicho Regl.

(2) Art. 31, ley de 18 de marzo de 18

APELACION.

137

Penso el plazo señalado para apelar, no empieza á correr, sino desde el momento en que cesa aquel obstáculo. Sentados estos principios generales, pasemos ahora á examinar cada una de las causas que suspenden ó prorogan el plazo para interponer la apelacion.

La primera es la ausencia del reino por motivo de servicio ó interés público, ó por continuar los estudios, ó ir en romería, ó haber sido desterrado ó hecho cautivo (1). En estos casos hay que distinguir, si el ausente por causa de la república dejó ó no procurador que cuidara de sus intereses, y le defendiera en los pleitos que contra él pudieran suscitarse. Si sucedió lo primero, y el procurador no le defendió bien, ó no apeló como debía de la sentencia que fuese dada en contra suya, el ausente podrá, segun se dispone en la ley 10 abajo citada, apelar por sí dentro de diez dias, que se empezarán á contar desde que tornare á su casa y lo supiere. Si no dejó procurador, la sentencia no le perjudica, y podrá valerse de la restitucion, para que el juez reponga el pleito al estado que tenía antes de ausentarse. Para intentar esta reclamacion tiene el tiempo de cuatro años, que es lo que duran por punto general las restituciones. Entienden los autores prácticos, y entre ellos Gregorio Lopez en sus glosas á las leyes citadas, que las anteriores disposiciones se refieren al caso en que el pleito no se hubiera incoado antes de la ausencia, porque si tal hubiera sucedido, y el ausente no hubiera dejado procurador, no podría á su vuelta valerse del beneficio de la restitucion en pena de su abandono y de su mala fé. Halla fundamento esta interpretacion en la ley 44, tit. 23, Part. 3, que al hablar de los ausentes por causa de los estudios ó romería, dispone que, si se ausentaren despues de comenzado el pleito y dejaren procurador que los defienda con celo, no podrán á su vuelta alzarse de la sentencia que recaiga; pero que si el procurador muriese antes de

concluir el pleito, ó no hubiesen podido encontrar persona idónea para este encargo, podrán pedir que el pleito se reponga á su anterior estado en el término de los diez dias contados desde que supieren á su vuelta el fallo pronunciado.

Así como la ley anterior habla solo de los pleitos que empezaran despues de la ausencia, esta se ocupa de los que hubieran comenzado antes, debiendo suplirse la una con la otra, completándose mutuamente, de donde resulta que el ausente por causa de romería, estudios, y el desterrado ó preso, podrán pedir restitucion en los pleitos que se hubiesen fallado en contra suya, si no hubieran dejado procurador, con tal que se hayan comenzado despues de su ausencia.

De otros impedimentos se hace cargo la ley de Partidas, que entonces serian frecuentes, y que ahora rarísima vez se verificarán, por el estado mas culto de nuestras costumbres, y por el sistema actual de enjuiciar. El adversario que contara de su parte la victoria, se valdria entonces, para impedir que, ausente la otra parte, se presentara en el tribunal á oír la sentencia, de la fuerza ó del engaño, con el fin de dar lugar á que trascurriera el término fatal de la apelacion. Del mismo modo podia ser estereotipo efecto de alguna enfermedad grave, ó de algun tropiezo en el camino, como ladrones, nieves, inundaciones ú otro caso fortuito. En semejantes circunstancias la ley, fundada en la equidad, proveia al ausente de remedio, unas veces otorgándole la restitucion, otras solamente la facultad de apelar. Cuando el adversario se valia de la fuerza ó del engaño para detenerle, la ley le autorizaba para pedir la reposicion del proceso al estado que tenía antes de que se verificara aquel atropello; pero cuando el impedimento provenia de un tercero, ó de un caso fortuito, entonces podia apelar de la sentencia dentro del término legal, que se empezaba á contar desde que llegase á su noticia. En el dia, como el término no empieza á correr hasta el acto de la notificacion de la sentencia, y las leyes han toma-

(1) Leyes 10 y 11, tit. 3, Part. 3.
TOMO III.

do las disposiciones convenientes para que se verifique con toda solemnidad, y obtener una completa certeza de que ha llegado á noticia de los interesados, ó de sus representantes, creemos que no pueden ocurrir los impedimentos anteriores que acabamos de examinar.

Otra cuestion puede suscitarse y es, si las leyes de Partidas que hemos citado, se hallan vigentes ó han sido derogadas por las de la Nov. Recop. que establecen, sin hacer diferencia alguna, el término fatal de los cinco dias para interponer la apelacion. Ortiz de Zúñiga (1) al hacerse cargo de esta materia se expresa en los siguientes términos. «Estos privilegios, reduciéndolos á su verdadero valor, y sin la exajeracion que suelen dispensar los autores, se reducen en realidad al ejercicio de la restitution *in integrum*; mas no á una verdadera apelacion de la sentencia, pues respecto de este recurso la ley vigente es la recopilada posterior á todas las demas en que aquellos se fundan.» No creemos que esta opinion absoluta sea del todo exacta. Verdad es que en la mayor parte de los casos de que se ocupan los autores á que hace referencia el pasage anterior, lo que tiene lugar es la restitution, pero hay algunos en que solo se concede la facultad de apelar, y no parece que la ley recopilada se haya propuesto derogarlos. Esta no hace mas que sentar la regla comun y ordinaria, reduciendo el plazo de los diez dias á cinco, pero sin tomar en cuenta las circunstancias especiales que hacen que su curso se suspenda en casos dados. Las leyes de Partidas que tratan de ellos están vigentes en nuestro juicio, con la única modificacion de que los diez dias que entonces eran el plazo designado para apelar queden reducidos á cinco. Así, pues, el ausente por causa del servicio, pero cuyo procurador no le haya defendido bien, y lo mismo el impedido por un accidente imprevisto, podrán interponer por sí la apelacion en los cinco dias en lugar de los diez que dice la ley de Par-

tidas, á contar desde que cese su ausencia, ó impedimento y tengan noticia de la sentencia.

Otra de las causas que los autores enumeran entre las que suspenden el plazo de la apelacion es la menor edad; pero esta no puede contarse en rigor en esta clase, perteneciendo mas bien á las restitutiones *in integrum*, á cuya admision nuestras leyes abren la mano con harta latitud. Los menores de edad y todas las corporaciones que gozan de iguales beneficios, como el fisco: iglesias, concejos, universidades y establecimientos de pública beneficencia, tienen el derecho de pedir restitution contra la sentencia que les daña por el largo espacio de cuatro años, contados en los primeros desde el dia que cumplieren 25 años, y en los segundos desde que se pronunció la sentencia que les perjudica. Esta reclamacion pueden intentarla ante el inferior ó el superior, segun la plaza; pero su beneficio es mas lato que el de la apelacion, puesto que se dirige á obtener la reposicion del pleito al estado que tenia antes de haber sufrido el daño el menor. No nos toca por tanto en este lugar entrar en los pormenores que tendrán la amplitud y estension convenientes en el artículo **RESTITUTION IN INTEGRUM**. Véase.

Mas hace á nuestro propósito otro caso sobre el cual guardan silencio nuestras leyes, á saber: dentro de qué tiempo debe apelar el heredero, cuando el vencido muere durante el plazo señalado para entablar este recurso. ¿Tendrá solo los dias que faltan, ó deberá gozar el término integro? ¿En este caso ¿desde cuándo y cómo debe empezar á contarse? He aquí las cuestiones que tenemos que examinar para dar la competente solucion á la pregunta anterior. A falta de una disposicion expresa y terminante, recurriremos al Derecho Romano, fuente y origen del nuestro, consultando al mismo tiempo las inspiraciones de la razon y la equidad. En el Código lib. VII, tit. 46, párrafo 6, encontramos una ley que se ocupa de este caso, y dice: *Si unus ex litigatoribus adhuc pendente appellacione defunctus sit, non*

(1). Biblioteca Judicial.

APELACION.

199

residuum tantum temporis heredes ejus habebant, sed etiam alios quatuor menses. Si autem ad deliberationem hereditatis certum tempus indulgetur, post lapsum ejus temporis, quatuor mensium numerabitur spatium: ne ignorantibus negotium, vel etiam super adveniente hereditate dubitantes priusquam aliquod commodum sentiant, damnis affici compellantur.

Esta ley, de acuerdo con la equidad, no solo otorga al heredero un plazo para interponer la apelacion, sino que dispone que si no hubiera transcurrido el señalado para deliberar, no se empiece á contar hasta que haya espirado. La razon es muy obvia, y la misma ley la indica; es menester otorgar al heredero un plazo suficiente para enterarse de la fortuna y negocios del difunto, á fin de que con conocimiento de causa pueda arreglar su conducta, y resolver lo que le conviene hacer. Adoptando, pues, el espíritu de esta disposicion y conciliándolo con las demas que rigen sobre la materia, opinamos, que el vencedor debe hacer que se notifique al heredero la sentencia, para que no pueda alegar ignorancia; y que el plazo para apelar, no se empiece á contar, sino desde que haya espirado el señalado para hacer inventario, ó deliberar. En el caso que estos plazos hubieran ya pasado al tiempo de hacerle la notificacion, el término empezará á correr desde este dia. Así viene á conciliarse el que el heredero pueda enterarse del estado de la herencia, y calidad del negocio que se ha ventilado, con las reglas y máximas comunes que rigen en la materia de apelaciones. La ley 28, tit. 23, Part. 3, aun cuando solo habla de las acusaciones criminales, parece estar redactada bajo la impresion y espíritu de estas ideas. En el caso que muera el acusado, y la sentencia de que se alzó sea contra sus bienes, sus herederos tienen que seguir la alzada, si quieren heredar; mas si el muerto es el acusador, entonces la ley concede á sus herederos el plazo de cuatro meses ademas del que correspondia al finado, á fin de que enterados del estado de sus negocios, puedan proceder con acierto á seguir ó renunciar la apelacion. El reglamento del Consejo Real

eleva esta máxima á la categoria de disposicion legislativa, pues aun cuando el trascurso de un término trae consigo la pérdida del derecho cuyo ejercicio regula, exceptúa el caso en qué muera dentro de él la parte interesada (1). Dado este supuesto se suspende su curso y no vuelve á correr contra sus herederos hasta que venza el concedido para hacer inventario, ó deliberar.

SECCION V.

ANTE QUIEN Y PARA ANTE QUIEN DEBE APELARSE.

Para que el recurso de la apelacion pueda progresar, dando entrada á la segunda instancia, no basta que la sentencia sea por su naturaleza apelable, ni que la persona que lo entabla tenga la facultad de interarlo, ni que haga uso de ella dentro del término legal; es necesario tambien que se interponga ante el juez y para ante el tribunal competente. Estas dos condiciones han dependido siempre de la organizacion judicial establecida, variando en todos los países, segun se ha ido aquella reformando. En los primeros tiempos de la monarquia, en que los jueces no tenían otro carácter que el de delegados ó comisionados del monarca, todas las apelaciones iban directamente al rey. Luego que se establecieron algunas gerarquias judiciales, las apelaciones podian llevarse del inferior al superior en grado, quedando sin embargo abierto el camino para elevarlas desde luego al soberano. Las primeras leyes que consignaron entre nosotros el principio de que toda apelacion debe precisamente interponerse ante el inferior que dictó el fallo y para ante su inmediato superior, fueron las de las Partidas, las cuales ordenan que «agraviándose alguno del juicio que le diese su juzgador, púedese alzar del, á otro que le sea mayor, subiendo de grado en grado todavia del menor al mayor, non dejando ninguno entre medias (2).» Mas á renglon seguido de haber

(1) Art. 273 Regl. de 30 de diciembre de 1846.

(2) Ley 18, tit. 23, Part. 2.

establecido el principio, ponen la escepcion admitida entonces en todas las legislaciones, de que si alguno quiere luego tomar la primera alzada para el rey, antes que pasase por los otros jueces, bien lo puede hacer; cuya escepcion, ampliada en tiempos posteriores á los tribunales presididos por el rey, fue motivo de perturbacion en el órden judicial. Los Papas, á imitacion los reyes, quisieron tambien tener el conocimiento de todos los negocios eclesiásticos, y al efecto dictaron varias disposiciones para que se puede apelar para ante ellos, sus legados á latere y nuncios, omisso medio; hasta que en el concilio de Trentó se restableció el principio, de que las apelaciones se interpusieran *gradatim*, ó cómo dice la ley de las Partidas, «subiendo de grado en grado del menor al mayor, non dejando ninguno entre medias.» La escepcion que esta misma ley establece y las que se hicieron despues á su sombra, todas han desaparecido con la organizacion actual de los tribunales, en la cual solo aparece el rey como raiz de toda jurisdiccion y única fuente de clemencia.

El principio es, como se ve, claro y preciso; pero su aplicacion no deja de ofrecer alguna dificultad, cuando son en gran número los fueros especiales y privilegiados, y cada uno tiene su órden gerárquico de tribunales; puesto que debe conocerse primeramente, quienes son los jueces inferiores competentes en cada negocio dado, para poder determinar despues quien es el tribunal inmediato superior. Semejante estado de cosas existia entre nosotros hace poco tiempo, pero las últimas reformas no solo han reducido mucho el número de fueros privativos y privilegiados, sino que han constituido á muchos superiores en centro de varias jurisdicciones, mejora importantísima que prepara el tránsito á la reduccion definitiva de los fueros especiales al número que aconsejan los mas sanos principios.

Sentadas estas ideas generales, vamos á determinar los jueces ante quien deben hoy intentarse las apelaciones y los tribunales para ante quienes deben interponerse

Corresponde conocer á las audiencias de las apelaciones que se interpusieren de las sentencias ó providencias apelables que den los jueces de primera instancia de su territorio en los negocios ordinarios, incluso los relativos al real patrimonio, correos y minas de que conocian no hace mucho tribunales especiales (1); de las que pronuncien los tribunales de comercio ó jueces de primera instancia en su defecto en los asuntos mercantiles (2), y de las que dicten los árbitros en materia civil ó comercial (3).

En los asuntos contencioso-administrativos, incluso los de minas, deben interponerse las apelaciones de las sentencias de los consejos provinciales para ante el Consejo Real, excepto las que pronuncien en los negocios de cuentas municipales, que han de interponerse para ante el tribunal Mayor de Cuentas á quien corresponde su conocimiento (4). Tambien deben llevarse al Consejo Real las apelaciones de las sentencias que dicten los consejos provinciales en los pleitos sobre indemnizacion á los partícipes legos en diezmos (5).

En los asuntos de la Hacienda pública de que conocen las subdelegaciones de rentas, irán las apelaciones de las sentencias que dictaren en lo contencioso-administrativo al Consejo Real (6); en materia de cuentas y sus incidencias al tribunal Mayor de Cuentas (7), y de lo demas á las audiencias territoriales (8).

En el fuero de guerra debemos distinguir los negocios civiles y de estrangeria, cuyo conocimiento corresponde á los juzgados generales, de los que conocen privativamente los juzgados especiales y privilegiados de artillería, ingenieros y alabarderos.

(1) Art. 38, 4.º Reglamento provisional. Real órden de 29 de setiembre de 1836. Orden del Regente de 2 de setiembre de 1841. Real decreto de 17 de octubre de 1842. Ley de 11 de abril de 1849.

(2) Art. 4180 Código de comercio.

(3) Ley 4, lit. 17, Lib. 41, Nov. Rec. Art. 294. Ley de Enjuiciamiento.

(4) Art. 109, ley de 8 de enero de 1845. Art. 19, ley de 2 de abril de 1845. Art. 70, reglamento de 1.º de octubre de 1845. Art. 2, reglamento de 30 de diciembre de 1846; ley de 11 de abril de 1849.

(5) Art. 4, ley de 40 de marzo de 1846. Art. 4, instruccion de 28 de mayo de 1846.

(6) Art. 2, reglamento de 30 de diciembre de 1846.

(7) Art. 3.º Real cédula de 10 de noviembre de 1728. Real orden de 28 de enero de 1838.

(8) Real orden de 15 de marzo de 1835 y las que refiere.

APELACION.

141

Las apelaciones de las sentencias que pronuncien los capitanes ó comandantes generales con acuerdo de su auditor, deben interponerse para ante el Tribunal Supremo de Guerra y Marina (1), así como las de los autos y providencias que las justicias ordinarias dictasen en autos de inventario de militares difuntos, como delegados de la autoridad militar (2). De las que se interpusieren de los juzgados inferiores de artillería é ingenieros, debe conocer el juzgado general establecido en Madrid, que es uno mismo para ambos fueros (3); lo cual subsiste sin embargo de los reales decretos que establecen que conozca el Tribunal Supremo de Guerra y Marina en grado de apelacion de todos los negocios contenciosos que corresponden en primera instancia á los capitanes y comandantes generales de las provincias y departamentos y demas jefes militares con acuerdo de sus asesores (4). Las sentencias que dicta el juzgado especial de alabarderos no tienen fuerza de tal, ni pueden publicarse si no obtienen ántes la aprobacion de S. M. con arreglo á ordenanza, y para conciliar en lo posible los trámites de la antigua legislacion con el derecho de apelar de la sentencia que al agraviado otorgan las nuevas leyes, se ha establecido por convenio celebrado con fecha 10 de abril de 1839 entre el ministerio de la Guerra y el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, que en la real orden en que se apruebe la sentencia dictada por el juzgado de alabarderos, se autorice á este para otorgar la apelacion que proceda y se interponga en tiempo y forma para ante el referido Tribunal Supremo (5).

En los asuntos concernientes á la Hacienda militar sobre contratas, fábricas, hospitales, armamento, vestuario y equipo de los ejércitos sueldos y demas correspon-

diente á guerra, las apelaciones que se interpongan de las decisiones que en la via judicial dictaren los juzgados de las intendencias ú ordenaciones militares, deben ser tambien para ante el Tribunal Supremo de Guerra y Marina (1).

En el fuero de marina hay apelacion de las sentencias que en los asuntos civiles y de Hacienda de su competencia dictasen los comandantes de provincia para ante los capitanes generales del departamento (2).

Viniendo ahora á los negocios propios de la jurisdiccion eclesiástica, vamos á permitirnos esponer algunas consideraciones generales.

El fuero eclesiástico tiene tambien establecido su orden gerárquico de tribunales, donde se resuelven y fallan hasta obtener ejecutoria los negocios que son propios de su competencia. Nacidos unos de la misma esencia é índole de la institucion de la Iglesia, han pertenecido siempre y no pueden menos de pertenecer á su especial y privativo conocimiento. Esta sociedad, fundada para un fin eterno, espiritual y divino, necesita como todas ejercer las facultades, atribuciones y jurisdiccion indispensables para mantener el orden, conservar las costumbres, y realizar el grandioso objeto de su instituto. Por esta razon nadie ha disputado jamas su esclusiva competencia para entender en los asuntos que versan sobre la pureza del dogma y de las costumbres, sobre el cumplimiento y solemnidades de los sacramentos y sobre los delitos eclesiásticos de apostasia, heregia, simonia y violacion de votos. Pero hay otros que entran en la clase de temporales, que atañen á los intereses privados que los eclesiásticos no pueden menos de tener como hombres, sobre los cuales la Iglesia no conoce en virtud de un derecho esencial é inherente á su naturaleza, sino por concesion de los príncipes, debida á su munificencia, á su piedad y á los servicios que es preciso confesar ha prestado esta institucion en favor del Estado.

(1) Art. 3, tit. 4, trat. 8, Ordenanzas generales del ejército, Art. 12, Real decreto de 1831; Art. 7, Real decreto de 31 de julio de 1833; Art. 4, Decreto de las Cortes de 4.º de junio de 1812 restablecido por Real decreto de 30 de setiembre de 1836.

(2) Art. 6 al fin, tit. 11, trat. 8 de dichas ordenanzas.

(3) Art. 23, Reglamento 11, Ordenanzas de artilleria; Art. 23, reglamento 10, Ordenanzas de ingenieros.

(4) Art. 4, Decreto de las Cortes de 1.º de junio de 1812 citados y los anteriores.

5 Dicho convenio, caso 2.º

(1) Art. 8 del Real decreto de 31 de julio 1835.

(2) Arts. 4 y 23, tit. 1, ordenanzas de matricula de mar de 12 de agosto de 1802.

Movido el poder temporal de estas razones de consideracion y deferencia, deseando ademas realzar el decoro de esta clase benemérita, le otorgó el privilegio de que sus tribunales entendieran en los negocios de los clérigos, ensanchando la esfera de su fuero primitivo. Pero como el origen de estas concesiones era humano y voluntario, he aquí que, variadas las circunstancias políticas y sociales, ha podido ser conveniente restringir la demasiada amplitud que un día se le dió, y coartar sus atribuciones con arreglo á lo que demandan las nuevas necesidades, las exigencias y aun las preocupaciones de la época.

Consignados estos principios generales, el tribunal de primera instancia en el fuero eclesiástico es el de los obispos, quienes entienden de los negocios judiciales por medio de su provisor ó vicario. De las sentencias que dan hoy apelacion para ante el metropolitano respectivo (1), el cual tiene constituido uno ó mas vicarios generales para conocer de ellas. En arzobispados muy grandes, como el de Toledo, suele el metropolitano constituir para el mejor y mas pronto despacho de los negocios, dos ó mas vicarios en ciertos puntos á donde vayan las apelaciones de las diócesis que señala, los cuales son para ellas el tribunal competente de alzada. Así en el primado de Toledo hay un vicario en Alcalá, y otro en Toledo, que tienen sus territorios demarcados, de cuyos fallos se apela para el tribunal de la Rota, que es el superior en este fuero. Hay que advertir que en los negocios eclesiásticos no rige la restriccion que en los civiles, en los cuales no se puede apelar mas que una vez, y suplicar otra, quedando concluidos con tres sentencias conformes ó no; antes bien en sus tribunales se permite apelar indefinidamente, hasta que se consiga obtener tres fallos conformes. De las sentencias que los metropolitanos dieren como ordinarios en primera instancia se apela directamente al tribunal de la Rota, así como tambien de los obispados de Oviedo y Leon, que tienen

este privilegio de exencion, y por eso se llaman obispados exentos. Conoce tambien el tribunal de la Rota, por apelacion en tercera instancia, de los negocios que en la segunda deciden los metropolitanos, y si no se consigue con su fallo la conformidad puede apelarse para ante la misma, hasta tanto que se consiga (1). A la misma van tambien las apelaciones y recursos que se interponen de la vicaría general del ejército (2).

En el fuero eclesiástico existe tambien otro tribunal superior, á saber: el tribunal de las Ordenes, que lo es de alzadas para los negocios eclesiásticos del territorio comprendido en su demarcacion. No es este el lugar oportuno de esplicar con detenimiento el origen, progreso y vicisitudes porque ha pasado la jurisdiccion de este tribunal superior; bástanos saber que, privado de la personal y temporal contenciosa que un día ejerció, se halla hoy limitada á los negocios eclesiásticos de las iglesias establecidas en el territorio de las cuatro órdenes militares. En él existen tres obispados prioratos, de cuyas sentencias se apela para el consejo, en el cual se ven en segunda y tercera instancia. Estos obispados son el priorato de Uclés, el de san Marcos de Leon, residente en Llerena, y el del abad de Alcalá la Real.

Tambien van al mismo las apelaciones que se interpongan de las sentencias que dictaren los administradores de las encomiendas en los negocios que aun estan reservados á su jurisdiccion (3).

Del tribunal de las Ordenes se apela para la Rota, como único tribunal de apelaciones últimas en estos reinos en lo perteneciente á la jurisdiccion eclesiástica sin escepcion, segun declara la ley 4, tit. 5, lib. 2, Nov. Rec.

No nos resta hablar mas que de los dos tribunales de cruzada, subsidio y escusado y de la colecturia de espolios y vacantes, cuya importancia ha disminuido infinito en nuestros dias con los trastornos y variacio-

(1) Leyes 4 y 6, tit. 4, lib. 2, Nov. Rec. y la nota 8, ley 4, tit. 5, lib. 14, id. Real cédula de 6 de febrero de 1830.

(2) Ley 4, tit. 5, lib. 2, Nov. Rec.

(3) Real orden de 5 de julio de 1817.

(1) Concilio de Trento Sess. 24, cap. 20, de reformat.

APELACION.

143

nes que han ocurrido en los bienes y rentas de las iglesias, y en el modo de proveer á su manutencion y subsistencia.

De los negocios de cruzada conocen en primera instancia los subdelegados que nombra el comisario general en las diócesis, y de sus sentencias se apela para ante el tribunal de cruzada existente en Madrid (1).

El tribunal de la colecturía de espolios y vacantes reside tambien en la corte, y á él deben traerse las apelaciones que se interpongan de los juzgados de los subcolectores de los obispados (2).

Conocido el juez inferior y su inmediato superior, el apelante debe, segun dijimos al principio, interponer la apelacion ante el juez ó tribunal *á quo*, y de ningun modo ante el tribunal *ad quem* (3).

El fundamento de esta disposicion es muy claro y comprensible. No teniendo el juez conocimiento de la introduccion de este recurso, podria seguir adelante en el pleito, y llevar á cabo su sentencia, no consiguiéndose por lo mismo uno de los objetos principales del apelante, que es paralizar y suspender la jurisdiccion del inferior.

Las leyes de Partidas se ocupan del caso en que por miedo al juez inferior y recelo de escitar su enojo, no conformándose con la providencia que dictó, no se atreve el litigante á producir la alzada ante él, ó no puede tener lugar por impedimento ó ausencia del juez. Cuando tal cosa sucediese, le autoriza para interponerla ante hombres buenos. Heyia Bolaños añade (4) que podrá tambien verificarlo ante el escribano, á fin de tener un medio de hacer constar ante el tribunal superior que por su parte cumplió en cuanto le era dable con los preceptos legales. Si aun por temor al juez no se atreviese tampoco á dar este paso, podrá desde luego introducir el recurso ante el superior, quien probada la justa causa que obligó

á implorar su proteccion, admitirá la alzada. En el dia, hallándose mejor organizada la administracion de justicia, no creemos posible que exista un caso en que tengan aplicacion las leyes de Partida. Los de ausencia ó impedimento se hallan previstos por el legislador que provee de persona que ejerza la jurisdiccion interinamente; de modo que funciones tan necesarias y augustas jamas estan paralizadas. El de temor justo tampoco es factible: ningun juez abusaria de tal modo de su autoridad, ni tiene hoy los mismos medios que en otros tiempos para imponer á los litigantes, y retraerlos con motivo fundado de producir ante él la apelacion. Pero si tal cosa sucediese, creemos que podria el apelante introducir desde luego el recurso ante el superior, siempre que fuese dentro del término legal.

Pero ¿deberá el apelante determinar en su apelacion el tribunal *ad quem*, ó bastará que diga que lo hace para ante el superior competente? A primera vista parece que, siendo la apelacion un llamamiento que hace el vencido á un nuevo combate judicial, debe manifestar al vencedor el terreno á que lo cita y el tribunal que ha de entender en la contienda. No basta que la ley lo tenga determinado, el apelante, que representa el papel de actor y no debe dejar duda en el ánimo del apelado sobre este particular tan importante.

Las leyes de Partidas previeron varios casos, en los que el apelante no intentase su recurso para ante el inmediato superior competente, disponiendo que si la apelacion se interponia para ante un tribunal de igual grado al que sentenció en primera instancia, ó para ante uno superior, pero incompetente, no por eso fuese nula la apelacion, sino que esta se llevase al tribunal competente. Mas si el apelante interponia el recurso para ante un juez inferior al que dictó la sentencia ó providencia apelada, en este caso declararon que se tuviese por nula. La práctica que se sigue sobre este punto es, ó especificar en la apelacion el tribunal para ante quien se apela, ó expresar genéricamente que el juez admita la apelacion que se in-

(1) Ley 1 y 2, tit. 31, Lib. 2, Nov. Rec.

(2) Ley 2, tit. 12, Lib. 2, Nov. Rec.

(3) El que desee instruirse mas á fondo de los asuntos que competen á los jueces ó tribunales de primera instancia, cuyas sentencias son apelables para ante los superiores ó supremos que dejamos señalados, puede ver los artículos COMPETENCIA. FUEROS.

(4) Curia Filipica.

terpone para ante el tribunal competente, sin que la omisión ó equivocación en determinar el tribunal *ad quem*, lleve nunca consigo la pérdida ó nulidad del recurso. Si sucediera el caso de que se recurriese, ó de que subiesen los autos ante un superior incompetente y ante él se personase el apelante á mejorar la apelación, lo que debe hacer aquel y se practica es, mandar que la parte acuda donde corresponda, y que se devuelvan los autos al inferior de quien proceden.

SECCION VI.

EN QUE FORMA DEBE INTERPONER LA APELACION.

Nuestras leyes, acordes con las romanas, no han sido muy esplicitas ni severas en punto á las formalidades que deben acompañar las apelaciones, admitiendo que puedan hacerse, no solo por escrito, sino tambien de viva voz (1). La apelación verbal, lo mismo en Roma que entre nosotros, solo tiene aplicación al tiempo de publicarse la sentencia, ó en el acto de su notificación, de modo que si la persona á quien se hace saber, contesta en el momento, *apela*, el escribano debe hacerlo constar, y semejante apelación se considera legitimamente introducida, y produce todos sus efectos legales. Pasado este acto solemne, la parte que quiera apelar, ya no puede hacerlo verbalmente, sino que debe presentar un escrito al juez que entendió del negocio, manifestando su intención de recurrir al tribunal superior competente, para que reforme aquella sentencia que injustamente le perjudica ó le causa agravio en sus derechos. Este escrito debe tener ciertos requisitos, si bien repetimos que nuestras leyes son bastante parcas y diminutas al espresar cuántos y cuáles han de ser. Pero la misma razón dicta que son indispensables, por lo menos, la indicación de la persona que apela, contra quién, en qué negocio y de qué sentencia, de qué juez y para ante qué tribunal. Si

faltara alguna de estas circunstancias, el acto quedaria incompleto ó indeterminado, no pudiendo llevarse á efecto por carecer de términos hábiles para la ejecución. Como ya manifestamos anteriormente y ahora es ocasión de recordar, no está obligado el litigante á espresar los agravios que le irroga el fallo del inferior; basta que diga que se los causa, usando sin embargo de palabras decorosas, que no injurien ni rebajen el prestigio de la autoridad judicial (1). Tanto este acto de apelación, como el de su notificación puede hacerse de procurador á procurador: es decir que el procurador que siguió el juicio en primera instancia está facultado para apelar, así como la notificación que de este acto se le haga, es legítima y valedera. Semejante facultad es consecuencia inmediata del principio que hemos adoptado del Derecho Romano, por el cual la representación del procurador no cesa con la sentencia definitiva, sino que, considerándose todavía dueño del pleito, conserva la capacidad suficiente para interponer apelaciones. Los códigos modernos que se han publicado en Europa últimamente son mas circunspectos y mirados en este punto, pues no solo han desterrado el uso de la apelación verbal, sino que exigen en el acto que le da fuerza judicial ciertas formalidades de esencia, entre las cuales se cuenta la de que no valga la notificación hecha al procurador, sino que debe hacerse á la misma persona del litigante, ó no pudiendo ser habida, en su domicilio jurídico.

Entre nosotros disputan los prácticos si es permitido apelar verbalmente de las sentencias interlocutorias, á la manera que lo es de las definitivas, ó se exige como requisito necesario que se haga por escrito. Desfiende esta última opinión Hevia Bolaños, añadiendo, que ademas deben espresarse los motivos de agravio que impelen al litigante á valerse de este recurso, salvo únicamente en aquellas que tienen fuerza de definitivas. Aun cuando este autor no alega razón alguna, hay á su favor un ar-

(1) Ley 22, tit. 25, Part. 3, Art. 25, Ley de 40 de enero de 1855.

(1) Ley 26 id. id.

APELACION.

145

gumento poderoso é indestructible. Por de contado los autos interlocutorios que se dice tienen fuerza de definitivos, son realmente verdaderas sentencias, y de consiguiente deben contarse mas bien en este número, y aplicarles los principios y reglas que rigen en aquellas. Pero en los autos verdaderamente interlocutorios es sabido que antes de apelar debe preceder el acto de pedir reposición, porque estando en las facultades del juez el reformarlos, solo cuando se niega á ello, causa un agravio verdadero al litigante, y le dá motivo fundado para alzar-se. Es, pues, visto, que debiendo preceder esta formalidad, la apelacion se ha de intentar por escrito, y como al solicitar la reposición ó reforma del auto, se han de alegar las razones convenientes para mover el ánimo del juez, y estas han de contener los agravios y perjuicios que aquella irroga, la opinion de Hevia Bolaños es muy legítima y fundada. Asi es una práctica constante y uniforme, pedir la reposición del auto interlocutorio, introduciendo la apelacion subsidiaria para el caso en que aquella se deniegue. V. REPOSICION.

Pasando del fuero comun á los especiales, la primera duda que se ofrece es saber si en los negocios mercantiles se halla admitida la apelacion verbal. El código, lo mismo que la ley de Enjuiciamiento, guardan un absoluto silencio, dando lugar con él á diferentes interpretaciones. Parécenos la mas lógica y arreglada á los buenos principios la que sostiene la afirmativa; y esto por una razon muy sencilla y de constante aplicacion. Las leyes mercantiles, que crean en verdad un derecho escepcional, reconocen sin embargo como base el comun ó civil, que abraza los principios y máximas generales de justicia y equidad, que deben gobernar las relaciones sociales. Este derecho conserva su fuerza y vigor en todo aquello que no ha sido modificado por el código de comercio, lo mismo que en aquellas materias sobre que este guarda silencio. Es, pues, una regla incontestable en la práctica, que á falta de disposiciones especiales ó incompletas en los asuntos mercantiles, debemos

recurrir á las leyes comunes; así como sien estas no encontramos tampoco la resolucion que deseamos, acudiremos á los usos y costumbres recibidas en el comercio. Ahora bien, limitándose la ley mercantil á admitir el principio de la apelacion, regulándolo en ciertos casos y procedimientos, en todos aquellos sobre los que nada diga, debe aplicarse el derecho comun. De este modo queda resuelto nuestro caso, pues no diciendo nada sobre el modo de introducir el recurso de alzada, se sobreentiende que debe regir el mismo que en los pleitos civiles. En confirmacion de este juicio podemos citar lo dispuesto para las materias administrativas, en las cuales, no queriendo el legislador que se usara la apelacion verbal, ha tenido buen cuidado de mandar terminantemente que se haga por escrito, y se notifique al apelado por cédula de uger (1). Conoció claramente que su silencio sobre el particular se hubiera entendido é interpretado como la voluntad de que se aplicara á estos negocios el derecho hasta ahora reconocido y vigente. Tenemos, pues, que en el dia solo en los asuntos contencioso-administrativos está mandado que la apelacion deba hacerse por escrito, y con mayores formalidades que en los demas ordinarios. La notificacion debe hacerse por cédula de uger, es decir, que este funcionario deberá acudir á la casa-habitacion del apelado, dejarle copia del auto y recoger firmada la cédula original, que se unirá á los autos.

SECCION VII.

DE LOS EFECTOS DE LA APELACION Y DE SU ADMISION.

La apelacion produce por regla general dos efectos, conocidos con los nombres de *efecto devolutivo* y *efecto suspensivo*. Entiéndese por el primero, la competencia de jurisdiccion que se atribuye al superior para conocer del asunto apelado, y la cesacion consiguiente de la del inferior; y por el se-

(1) Art. 251 regl. de 30 de diciembre de 1868.

gundo, la inexecucion de lo mandado en la sentencia apelada hasta que quede ejecutoriada. Ambos nacen de la misma esencia de aquel recurso, y son una consecuencia natural del objeto que por él se propone la parte conseguir. El litigante vencido en primera instancia trata, para que se corrijan los errores ó injusticias que cree se han cometido en la sentencia que le condena, de llevar y someter á otro tribunal el conocimiento del litigio, y de suspender durante esta nueva contienda la ejecucion inmediata de la sentencia apelada. De aquí viene el llamar á estos efectos naturales de la apelacion, devolutivo y suspensivo, los cuales si bien van unidos en la generalidad de los casos, no faltan otros en que procede y se otorga el uno sin el otro. La ley y en su defecto la jurisprudencia señalan y especifican los casos exceptuados de la regla general; pero como para que realmente produzca la apelacion el efecto, ó efectos que aquellas le atribuyen, es necesario que el juez la admita en los que proceda; por eso tenemos necesidad de hablar primero de los efectos devolutivo y suspensivo, segun la ley y la jurisprudencia, y despues de la denegacion ó admision del recurso por el juez.

§. 1.º Del efecto devolutivo.

El fin principal de las apelaciones es abrir la puerta á una segunda instancia, elevando el conocimiento del negocio al tribunal superior, para que á virtud de la jurisdiccion que por aquel acto se le atribuye, revea el pleito, oiga á las partes, y confirme ó reforme la sentencia apelada. Por eso no hay apelacion admisible en toda clase de negocios, que no proceda en el efecto devolutivo. Pero si toda apelacion atribuye al superior competente jurisdiccion para conocer de la sentencia apelada, ¿se estenderá esta jurisdiccion á todo el pleito, á mas del pleito, ó solo á alguna parte de él? La regla es, que la jurisdiccion del tribunal de alzada se estiende á todos aquellos puntos comprendidos en la apelacion, y que no es competente respecto de los consentidos ó no apelados;

regla admitida en las legislaciones modernas y que el derecho romano explicaba con estas palabras: *tantum devolutum, quantum appellatum*. Es sabido que la apelacion puede interponerse de todos los extremos y disposiciones contenidas en la sentencia, ó bien limitarse á alguna ó algunas de sus partes, consintiendo las otras por los litigantes (1), en lo cual manifiestan claramente su intencion de no atribuir al superior mas jurisdiccion que la que necesita para resolver los puntos apelados. De aquí se infiere, que el tribunal de alzada es absolutamente incompetente para decidir sobre reclamaciones nuevas, ni sobre los particulares de una sentencia que no han sido atacados por ninguna de las partes. La estension de la devolucion depende, pues, de los términos en que se haya propuesto la apelacion. Si el apelante se contenta con decir que se alza de la sentencia por los agravios y perjuicios que le ocasiona, sin espresarlos, no cabe duda de que su ánimo es atribuir al juez superior el conocimiento del negocio entero. Y tampoco será bastante á variar esta decision, el que insista con mas fuerza en uno ó varios de sus extremos, pasando á examinar los otros con mas rapidez ó ligereza.

Pero si el escrito de apelacion menciona espresamente uno ó dos de los capítulos que contiene la sentencia, callando sobre los demas, entonces solo respecto de aquellos podrá entender el superior, habiendo adquirido los restantes fuerza de cosa juzgada por la aquiescencia de ambos litigantes. Esta resolucion es una consecuencia precisa del principio que han adoptado las leyes, de permitir que una sentencia sea divisible en varias partes, pudiendo ser atacadas unas y consentidas otras. Cuando estas estuvieren de tal modo ligadas que la apelacion de una comprendiese implicitamente la de las demas, bastará que el apelante use de este recurso respecto de alguna, para que el tribunal conozca y decida sobre todas.

Si se ofreciesen dudas entre los litigantes

(1) Ley 14, tit. 25, Part. 3.

APELACION.

147

sobre la estension de los términos de la apelacion, el tribunal de alzada es el único competente para decidir las.

Podrá suceder que la sentencia apelada, aunque ventajosa en el fondo al apelado; contenga alguna disposicion que le sea desfavorable: ¿cuáles serán en este caso las facultades del tribunal, si el perjudicado no se queja? El derecho romano hacia una distincion; si el apelado no comparecia, el juez podia proveer lo que creyera mas justo, supliendo su falta; pero si se presentaba en el juicio y nada reclamaba, el tribunal no podia enmendar por su autoridad los agravios que el interesado mostraba no sentir (1). Semejante distincion carece de fundamento, y ni en la práctica ni en las leyes hallamos rastro que acredite su existencia y observancia entre nosotros. Porque á la verdad, si solo los estremos apelados son del resorte y competencia de los tribunales de alzada, no hay razon para hacer diferencia entre ambos casos; tanto en uno como en otro se ve su aquiescencia al fallo del inferior, puesto que no ha querido utilizar el medio que el legislador le proporciona de adherirse á la apelacion de su contrario, para obtener la enmienda ó reforma de aquellos particulares que no le son favorables. Otro caso enteramente contrario al que acabamos de examinar puede ocurrir, á saber: que el favorecido por la sentencia apele sin embargo para mejorar su posicion, y que el condenado guarde silencio. Hevia Bolaños lo resuelve con suma sutileza á nuestro entender y dá un consejo que tal vez sea saludable en la práctica (2). Dice que, cuando uno apela de la sentencia que es dada en su pró, y contra suyo, siempre diga en la apelacion, que consiente en la sentencia en lo que es en su favor, y en lo que deja de serlo y es en su daño y perjuicio apela, para que en lo consentido y no apelado, no se pueda por el contrario, no apelando, pedir ni hacer reformation de la sentencia. De estas y otras cuestiones parecidas tendremos que volver

á tratar en el capítulo de la apelacion accesorias, apreciando su valor verdadero, y á él nos remitimos. Toda esta doctrina que acabamos de esponer con referencia á las sentencias definitivas, tiene tambien aplicacion á las apelaciones de las providencias interlocutorias de cualquiera especie que sean, por cuya razon se limita la jurisdiccion del superior á decidir sobre ellas, reservando al inferior la continuacion y fallo de lo principal.

Si el efecto devolutivo de la apelacion produce el resultado inmediato de trasmitir el conocimiento de lo apelado al tribunal de alzada, consecuencia necesaria es que cese y termine la jurisdiccion del inferior en todo cuanto no se refiera á la ejecucion de la sentencia apelada; porque no es posible en lo legal que sean competentes dos diversos jueces para conocer á un mismo tiempo de un mismo punto litigioso. La suspension de lo sentenciado es un efecto distinto de la devolucion, como hemos indicado al principio y esplanaremos despues, y por eso puede el inferior conocer de la ejecucion de la sentencia sin que por esto usurpe la jurisdiccion del superior.

Supuestas estas ideas, vamos ahora á especificar y señalar las apelaciones que solo producen el efecto devolutivo.

En los negocios ordinarios, unos casos estan especificados en las leyes y otros estan admitidos por la jurisprudencia por razon de analogia con los primeros.

Entre los especificados en las leyes se hallan.

1.º La apelacion de la sentencia que recae sobre cosa que no se pueda guardar, como sobre uvas, ó sobre mieses, ó sobre otra cosa semejante que perece por tiempo (1).

2.º La que se interponga de la sentencia dada en los juicios sumarisimos de posesion (2).

3.º La que se intente contra la sentencia de remate, prestando el ejecutante la fianza oportuna (3).

(1) Ley 22, tit. 20, lib. 11, Nov. Rec.

(2) *Curia Placita*, 4ª part. párr. 1, n.º 22.

(1) Ley 22, tit. 20, lib. 11, Nov. Rec.

(2) Art. 49, regl. prov.

(3) Ley 12, tit. 26, lib. 11, Nov. Rec.

La razon fundamental que han tenido las leyes para que la apelacion no produzca en estos casos mas efecto que el devolutivo es, evitar el perjuicio que se irrogaria á los litigantes de no proveer con tiempo á la conservacion de la cosa litigiosa, ó el que sufriría la parte á cuyo favor se ha introducido la brevedad del procedimiento con la paralización ó suspension de lo mandado, lo cual redundaria tambien en daño de la causa pública.

La jurisprudencia ha estendido esta doctrina á otros muchos casos en que obra la razon de la ley, habiendo establecido algunos escritores prácticos ciertas reglas generales para conocer las apelaciones que son procedentes en el efecto devolutivo solamente. El conde de la Cañada dice, que cuando el agravio que se cause por la suspension de la sentencia sea de consideracion para la parte á cuyo favor fue dada y trascienda á la causa pública, entonces solo debe tener lugar la apelacion en efecto devolutivo. Esta regla ha sido criticada como demasiado vaga y por tanto demasiado flexible, por autorizar la arbitrariedad judicial en favor de los intereses menos legítimos, porque si la apreciacion del perjuicio que la suspension de la sentencia pueda inferir á las partes y al público, queda pendiente del arbitrio del juez, no cabe duda que se le reconoce un poder peligroso que sin responsabilidad podrá ejercer en daño de la justicia. Otros escritores, deseando establecer otra regla mas precisa, dicen, que las apelaciones, bien sean de sentencias definitivas, bien de interlocutorias, solo son admisibles en el efecto devolutivo en *los negocios urgentes*, cuya tramitacion es rápida y sumaria. Aunque mas práctica esta regla y tambien menos arbitraria, puesto que no es el juez, sino la ley la que determina los negocios que han de tratarse en juicio sumarísimo ó sumario, no por eso creemos que es cierta en toda su estension. En esos mismos juicios sumarios, las sentencias ó providencias pueden apelarse, ya por una parte, ya tambien por otra, y es sabido que las apelaciones que interpone el litigante, á cuyo favor ha esta-

blecido la ley la brevedad del juicio, son procedentes en ambos efectos. Supongamos que en un juicio ejecutivo y sumario por su naturaleza, manda el juez que se practique tal ó cual cosa que paraliza el curso legal del pleito; y que el ejecutante á quien perjudica lo mandado, pide reposición de la providencia, y negada, interpone apelacion; no habrá quien dude que esta apelacion es procedente en ambos efectos, aunque recaiga sobre una providencia dictada en un juicio sumario, y como tal *argente*, y es la razon, porque interpuesta por el privilegiado con el fin de que se deje espedito el beneficio que le otorga la ley, no debe tener aplicacion en su daño el principio restrictivo, retardando el curso breve del negocio y obligándole á hacer gastos innecesarios.

Otros autores prácticos en vez de establecer reglas generales han descendido á especificar los casos en que la apelacion es solo procedente en el efecto devolutivo, formando largos catálogos en cada materia y en cada jurisdiccion.

Nosotros creemos que, para evitar el escollo de la inexactitud que envuelve toda regla general absoluta, y la fatiga de pasar revista en cada caso á esos largos catálogos, por lo regular incompletos tambien, lo mejor de todo es tomar por guia las razones que ha tenido la ley en los casos que expresa y aplicar su doctrina á los demas en que concurren circunstancias idénticas.

De las sentencias dadas por el juez, provveyendo sobre la recoleccion de frutos, nos da varios ejemplos la ley recopilada, añadiendo, ó sobre cosa semejante que perece por tiempo. Dentro de este precepto estan indudablemente todas las providencias ó sentencias interlocutorias, cuyo objeto es conservar las cosas litigiosas, en lo cual debe suponerse estan interesadas todas las partes; como por ejemplo, las que ordenan el depósito de los bienes del que muere abintestato, ó encargan la administracion de los mismos. Siempre que la mora ó dilacion pueda ser causa del deterioro ó pérdida de la cosa objeto del juicio, la apelacion de las providencias que provean á su conservacion, solo

APELACION.

149

son admisibles en el efecto devolutivo.

También nos dan las leyes varios ejemplos de sentencias dictadas en los juicios sumarisimos y sumarios que son apelables únicamente en el efecto devolutivo. Estas sentencias ó providencias son siempre las que protegen á parte privilegiada, á la parte á cuyo favor se ha instituido el procedimiento privilegiado, la que ordena, por ejemplo, restituirla posesion al despojado, la que manda ir adelante en la ejecucion, etc., no las que se pronuncian en contra suya, como la que declara que no ha lugar al interdicto de despojo, ó á sentenciar la causa de remate. De aquí la regla, de que solo son apelables en el efecto devolutivo las sentencias definitivas ó interlocutorias que en estas especies de juicios privilegiados se dicten en interés de la parte á cuyo favor se han introducido. Por eso las apelaciones de las providencias en que se manda despachar mandamiento de ejecucion y demas del juicio ejecutivo; las de los autos ó sentencias que se dictan en los juicios sumarios de alimentos, de reclamacion de salarios por los criados, de honorarios ó derechos por los abogados, ó curiales, etc., ordenando su prestacion ó pago, no producen legalmente otro efecto que el devolutivo.

Fúndase esta doctrina, no solo en la razon de los casos espresos en la ley, sino en la razon en que se apoya la institucion de los juicios sumarios. El fin que el legislador se ha propuesto al ordenar que tales especies de negocios ó demandas tengan un procedimiento rápido, es, á no dudarlo, que el demandante obtenga brevemente lo que solicita, si pide con razon. Nada mas opuesto á este propósito, que conceder á las apelaciones de la otra parte contra las providencias ó sentencias que para la ordenacion y terminacion sumaria se dicten, el efecto suspensivo conjuntamente con el devolutivo; con arma tan terrible no cabe celeridad, es imposible el juicio sumario, es un sueño el privilegio. Lo único compatible con los derechos respectivos de los litigantes es, que la ejecucion de las sentencias apeladas no hagan ilusorio el resultado de las apelaciones justas, á lo cual han provisto nuestras leyes por

medio de las fianzas que mandan prestar á los favorecidos.

Finalmente, hay algunas apelaciones que por razones especiales solo son admisibles el efecto devolutivo; tales son la de la sentencia dictada por los árbitros ó arbitradores con arreglo al compromiso en los casos en que sea esta apelable, y la que se interponga de la sentencia que aprueba ó confirma el parecer unánime de los contadores ó partidores, siempre que en uno y otro caso se preste por el favorecido la fianza oportuna (1).

En los negocios mercantiles hay tambien varios casos especificados en las leyes, en los que la apelacion solo produce el efecto devolutivo. Estan sujetas á esta regla en la via ordinaria las que se interpongan de las providencias interlocutorias en que se admita la recusacion sobre cualquiera de las excepciones dilatorias que se haya propuesto, no siendo la de incompetencia de jurisdiccion; en que se declara por contestada la demanda; en que se reciba la causa á prueba, ó se conceda el término extraordinario, y en que se deniegue la comunicacion de autos (2). En la via ejecutiva, las que se intenten contra la sentencia de remate y providencias que se den para la venta y adjudicacion de los bienes ejecutados y pago del ejecutante (3); y en los procedimientos sobre quiebras, las que se interpongan de las sentencias en que se decidan: el artículo de reposicion de la declaracion de quiebra; las pretensiones del quebrado sobre soltura, ampliacion de arresto ó salvoconducto; las reclamaciones contra los nombramientos de los síndicos; sobre la aprobacion del convenio entre el quebrado y los acreedores y las demandas de los síndicos sobre devolucion á la masa de las cantidades indebidamente satisfechas por el quebrado, y nulidad de contratos y donaciones hechas con las circunstancias que determinan los artículos 1,038, 1,039 y 1,040 del Código de Comercio (4).

(1) Leyes 4 y 5, tit. 17, lib. 11. Nov. Rec.
(2) Art. 390, ley de Enjuiciamiento.
(3) Art. 392, id.
(4) Art. 393, id.

En los negocios contenciosos-administrativos, en que la brevedad de los trámites es una de las circunstancias inherentes á su naturaleza, las apelaciones no tienen en general mas efecto que el devolutivo. Puede suceder sin embargo que la suspension se recomiende por equidad ó por motivos suficientes á juicio del tribunal, y que este mande en la sentencia que no se ejecute, si se interpone apelacion. Cuando así se declare, procederá esta en ambos efectos, como diremos despues.

En los negocios civiles del fuero militar se observan las mismas disposiciones y reglas que hemos espuesto al hablar de los tribunales ordinarios.

Tambien se observan en el fuero eclesiástico, aunque en este hay ademas algunas sentencias ó decisiones que solo son apelables en el efecto devolutivo, tales son las que se dan sobre precedencias en las procesiones públicas y otras de esta clase (1); ó sobre que el administrador de una obra pia dé la cuenta de su cargo; ó sobre la colacion, eleccion, confirmacion, prestacion de beneficios, su constitucion, exámen ó reprobacion de los agraciados (2); ó sobre residencia de beneficios; ó en los juicios de visita y correccion de costumbres, si se procede ostra judicialmente (3); ó sobre correccion fraterna, no escediéndose en el modo, forma, y sus circunstancias, y finalmente las sentencias de escomunion, de las cuales dice la ley de las Partidas que «tan gran fuerza tiene la sentencia de escomunion, que luego que es dada liga, lo que non facen las otras sentencias; é esto es en tal manera, ca maguer se alce despues de ella aquel contra quien la dan, todavia finca ligado, fasta que sea absuelto.»

§. 2.º Del efecto suspensivo.

En el párrafo anterior establecimos como axioma, que toda apelacion admisible produ-

cia siempre el efecto devolutivo; y ahora añadiremos como regla general, que toda apelacion admisible produce tambien el efecto suspensivo. El primero es el único que puede darse solo, y por eso nos hemos ocupado antes en determinar los casos en que las leyes y la jurisprudencia conceden á la apelacion aquel solo efecto.

Fuera de los casos especificados en el párrafo anterior ó comprendidos en las reglas allí establecidas, las apelaciones las concede siempre la ley en los negocios ordinarios en el efecto suspensivo. Esta es una de las consecuencias naturales del recurso, y uno de los fines que se propone el apelante que se siente agraviado del fallo del inferior. Cuando no existe una razon especial que haya hecho necesaria, equitativa ó conveniente la ejecucion inmediata del fallo, este debe quedar en suspenso y las cosas objeto del recurso en el mismo estado que tuviesen antes de que aquel se pronunciara. Una sentencia, una providencia no consentida ó no ejecutoriada es en principio una decision revocable, y siéndolo no debe autorizarse su ejecucion, como no sea en causa privilegiada.

De todo lo dicho se infiere, que las apelaciones procedentes que en la via ordinaria se interpongan, ya de sentencias definitivas, ya de interlocutorias, producen siempre el efecto suspensivo. En los juicios sumarísimos, sumarios y ejecutivos son tambien admisibles en ambos efectos las apelaciones que interponga la parte á cuyo favor se ha introducido el privilegio por las razones que anteriormente dejamos espuestas. Lo mismo sucede en los juicios de menor cuantía respecto á las sentencias definitivas. Sin embargo, hay un caso dudoso para algunos que conviene examinar con detencion.

Es una contienda no decidida todavia, la de si las demandas ejecutivas que no exceden de dos mil reales, deben arreglarse á los trámites marcados para todos los negocios comprendidos en estos límites, llamados de menor cuantía, ó si deben seguir el procedimiento propio de su naturaleza, que es la via rápida de la ejecucion. Razonos muy fuertes

(1) Concilio de Trento sec. 23, cap. 13.

(2) Foudut, ib. 1, canonicarum, cap. 12.

(3) Concilio de Trento sec. 24, cap. 10.

APELACION.

131

apoyan ambas opiniones, aun cuando nos convencen mas las que abogan por el segundo extremo; sin embargo, es el resultado que en muchos tribunales prevalece la opinion contraria, y sin atender á la cualidad privilegiada del crédito, se les comprende en la ley de menor cuantía. De aquí nace la cuestion que vamos á proponer. Se sentencia el pleito á favor del demandante, y el demandado apela; ¿esta apelacion se admitirá en ambos efectos, ó solo en el devolutivo, como es propio de los negocios ejecutivos? Ortiz de Zúñiga opina (1) que aun cuando las demandas ejecutivas de menor cuantía deben sustanciarse con arreglo á los trámites que prescribe la ley de 10 de enero de 1838 para todos los pleitos de esta clase sin distincion, la apelacion, con todo, solo producirá el efecto devolutivo, sigdiéndose la práctica corriente en los demas pleitos ejecutivos de facilitarse testimonio ó compulsa á la parte actora para la vista de la segunda instancia. » A pesar de la consideracion que nos merece este escritor, no podemos asentir á su parecer. Porque salta desde luego á la vista cierta contradiccion que no se puede hacer desaparecer fácilmente. Es indudable que, ó bien la ley de 10 de enero ha derogado, como pretende el citado escritor, las de la Novísima Recopilacion que establecen trámites especiales para todos los negocios ejecutivos, y en este caso deben atemperarse á todas sus disposiciones, ó subsisten vigentes estas ultimas, y entonces podrá el demandante optar por la via ejecutiva. Pero sería absurdo, y por lo tanto fuera de las facultades de un litigante, el hacer una composicion de las dos leyes, y seguir una hasta la sentencia, y desde ella en adelante acogerse á la otra. La razon en que se funda el autor de la *Biblioteca judicial* es sumamente débil, pues se limita á decir, que aun cuando el art. 14 de la ley de menor cuantía previene la remision de autos á la audiencia, propuesta que sea la alzada, como no expresa que esto deba entenderse en todos los juicios, no deroga la doctrina

legal de ser admisible la apelacion de los juicios ejecutivos solo en un efecto. Este argumento, débil de suyo, lo es mucho mas todavía en boca de quien cree, que la ley de 10 de enero ha derogado las especiales á los pleitos ejecutivos en negocios de menor cuantía, pues si esta derogacion se encuentra en el art. 1 de la ley, todas las disposiciones posteriores parten de esta base, y se aplican á toda clase de demandas, sin necesidad de mas repeticion. Por otra parte la redaccion del citado art. 14 es bien terminante: en todos los negocios que se sigan con arreglo á dicha ley, propuesta que sea la apelacion, se remitirán los autos sin dar traslado, citando á las partes para que en el término de 15 dias comparezcan á sostener sus pretensiones antela audiencia territorial. No distinguiendo, pues, la ley, nosotros no debemos distinguir. Pero aun cuando la ley de menor cuantía no haya derogado las especiales que rigen en los negocios de naturaleza ejecutiva, á cuyo extremo nos inclinamos, si el demandante prefiriese el juicio que marca la primera al juicio ejecutivo, es nuestra opinion que la alzada produciria ambos efectos, porque en el mero hecho de abandonar la via ejecutiva, renuncia sus privilegios.

Hemos dicho antes que la práctica de los tribunales es varia en cuanto al procedimiento que deban seguir las demandas de menor cuantía que tienen por base un documento ejecutivo, por cuya razon aconsejamos al abogado que procure conocer de antemano la que se siga en el juzgado donde ha de presentarla para atemperarse á ella, y no empeñar á su cliente en una cuestion teórica todavia no resuelta con uniformidad.

La ley de Enjuiciamiento para los negocios mercantiles sienta la misma regla que el derecho civil, de que son apelables en uno y otro efecto las sentencias definitivas de los tribunales de comercio, dadas en juicio ordinario, en los pleitos cuyo interés esceda de tres mil reales, ó de dos mil cuando se ventilen ante los juzgados de primera instancia. Respecto de las sentencias interlocutorias dadas en la via ordinaria, determi-

(1) *Biblioteca judicial*, tit. 3, pág. 131.

na la misma ley que produzcan ambos efectos; las que provean sobre la incompetencia de jurisdicción; las que nieguen la prueba ó el término extraordinario para hacerla, y las que desestimen la recusación, ora por insuficiencia de la causa propuesta, ora por no haberse probado bastante (1).

En las quiebras procede también la apelación en el efecto suspensivo; en las sentencias que se dieren sobre la calificación de la quiebra, ora se haya declarado de primera, segunda ó tercera clase. En los dos primeros casos se pondrá al quebrado en libertad, si estuviere todavía detenido. Tanto este como los síndicos pueden apelar de la providencia de calificación, siéndoles admitida la apelación libremente en ambos efectos. Lo debe ser igualmente en las sentencias dadas en los pleitos que el quebrado ó los acreedores muevan á los síndicos por los daños y perjuicios causados á la masa por fraude, malversación ó negligencia culpable, cuyas acciones se sustancian en ramo separado por la vía del juicio ordinario. Lo mismo sucederá con las demandas de nulidad ó de revocación de los contratos hechos por el quebrado en fraude de sus acreedores. Debemos advertir, para que no se crea que hay contradicción entre lo que decimos aquí y lo que hemos espuesto en el párrafo 1, que la ley, tratando de cerrar la puerta á los fraudes que pudiera intentar un comerciante al verse en la deplorable situación de quebrar, ha declarado nulos é ineficaces en sí estos actos y contratos del quebrado, por solo el hecho de haberse realizado en un tiempo muy inmediato á la declaración de la quiebra. La ley ha establecido contra ellos una presunción legal, sin admitir en contra justificación alguna. Los síndicos, pues, están autorizados para entablar las demandas convenientes á fin de que vuelvan á la masa común aquellos bienes que se consideran distraídos malamente en perjuicio de los acreedores. Natural es y conveniente que las sentencias que recaigan sean ejecutivas, no produciendo

la apelación que de ellas se interponga mas que el efecto devolutivo como hemos visto. Pero hay sin embargo otros que la ley considera válidos en sí, aunque faculta á los acreedores para pedir su anulación ó revocación, probando que han sido ejecutados en fraude de sus derechos. Estas demandas se sustancian é introducen en los tribunales competentes según las formas que rigen en el juicio ordinario siendo la apelación admisible en ambos efectos. Así se verificará; 1.º en los pleitos que intenten los acreedores para que se declaren nulas las enagenaciones á título oneroso de bienes raíces hechas en el mes precedente á la declaración de la quiebra. 2.º Sobre las constituciones dotales ó reconocimiento de capitales hechos por un cónyuge comerciante á favor del otro en los seis meses precedentes á la quiebra. Se exceptúa el caso en que los bienes asignados fuesen inmuebles de abolengo, ó los hubiese adquirido y poseído de antemano el cónyuge en cuyo favor se haga el reconocimiento de dote ó capital; porque entonces hay un título real que excluye toda idea de que el reconocimiento pueda ser fraudulento. 3.º Sobre confesión de recibo de dinero ó de efectos á título de préstamo que, hecha seis meses antes de la quiebra en escritura pública, no se acredite por la fé de entrega del escribano, ó habiéndose hecho por documento privado, no constase uniformemente en los libros de ambos. 4.º Todos los contratos, obligaciones y operaciones mercantiles del quebrado que no sean anteriores de mas de diez días á la declaración de la quiebra. También son admisibles en ambos efectos las apelaciones de las providencias que se den en los pleitos que intenten los acreedores con los síndicos á fin de que judicialmente les sean reconocidos los créditos que la junta de acreedores hubiese desechado: igualmente que en aquellos en que alguno se oponga á la graduación acordada para el orden en el pago. Lo mismo sucede en los pleitos sobre tercerías de dominio de los bienes de la quiebra, sobre agravios de las cuentas del depositario ó de los síndicos, ó en

(1) Art. 388, 389, ley de Enjuiciamiento.

APELACION.

133

fia sobre las repeticiones contra estos por haber comprado efectos de la quiebra.

En los negocios contencioso-administrativos hay establecida una regla contraria á la que rige en los asuntos ordinarios, á saber: que las apelaciones de las sentencias de los consejos provinciales no proceden en el efecto suspensivo. Esta regla, nacida de la naturaleza especial de aquellos negocios, tiene sin embargo una escepcion y es, en los casos en que el consejo provincial mandare la suspension de la sentencia (1). La ley ha dejado al prudente arbitrio del tribunal la apreciacion de las circunstancias que en cada caso pueden aconsejar la suspension del fallo, pues habrá muchos en que no sufra por ello la causa pública ni la accion administrativa. Sin embargo, esta apreciacion del tribunal inferior no es decisiva; devuelto el conocimiento de los autos al Consejo Real, puede este á instancia de parte revocar lo resuelto por el primero, mandando que se ejecute provisionalmente la sentencia con ó sin fianza previa. Este procedimiento se ha importado de Francia, en cuyos tribunales se decide al dictar la sentencia si es ó no ejecutiva provisionalmente, produciendo la apelacion el efecto suspensivo, siempre que no se decreta la ejecucion provisional.

§. 3.º De la denegacion ó admision de la apelacion.

Dada la sentencia ó providencia y notificada á las partes, la que se tiene por agravada interpone la apelacion ante el juez que la dictó, segun acabamos de manifestar. ¿Pero tiene este juez autoridad para admitir ó rechazar la apelacion, y para declarar ademas el efecto ó efectos que debe producir? Esta es la primera cuestion que debemos examinar.

Dicen algunos que, arrancando este recurso el conocimiento del negocio de manos del inferior, y trasladándolo al tribunal de alzada, deben cesar desde este momento las atribuciones del primero, sin

que le quede ya jurisdiccion para declarar si es ó no procedente, y si se halla ademas revestida de todas las formalidades que exige el derecho para su validez. Semejantes cuestiones toca resolverlas al tribunal superior, en quien radica la competencia y jurisdiccion desde el momento en que una de las partes provocó la apelacion. No se crea, añaden, que son estas meras sutilezas, destituidas de fundamento, é hijas de un deseo, irreflexivo de innovar: ahí está la legislacion francesa, en la cual prevalece este sistema, negando á los tribunales de primera instancia la facultad de rechazar una apelacion notoriamente tardía, por haberse interpuesto despues del término prescrito, ó del todo nula por faltarle alguna de las solemnidades necesarias. El tribunal inferior queda desposeido de la autoridad y competencia para entender en un negocio desde el momento de la apelacion, la cual opera *ipso jure* la devolucion al superior, único que tiene facultades para decidir si dicho recurso es ó no admisible.

La opinion contraria es sin embargo la cierta, atendidas nuestras leyes, las cuales tienen tambien en su apoyo razones poderosas. Porque, si bien, nada hay mas justo, que el que produzca sus efectos una apelacion revestida de las formalidades de la ley, que la hagan aparecer como fundada, aun cuando despues no resuelve tal; tampoco habria cosa mas dura y cruel que conceder la misma virtud á un acto evidentemente nulo. ¿No es un principio innegable que lo nulo es como si no existiera, *quod nullum est, nullum producit effectum*? Y ¿á dónde nos conduciría por otro lado esta libertad otorgada á los litigantes de paralizar por una manifestacion cualquiera de su voluntad, fuera de tiempo, informal tal vez, los efectos de una sentencia? En vista de estas reflexiones, y atendiendo á nuestro sistema de procedimientos, que difiere mucho del francés, no cabe duda que el juez inferior puede y debe rechazar la apelacion interpuesta fuera del tiempo legal, ó que carezca de los demas requisitos necesarios para su validez. Esto no quita al superior la jurisdiccion

(1) Art. 71, Regl. de 1.º de octubre de 1845.
TOMO III.

que le compete para conocer de la procedencia de la apelacion: puede conocer y decidir sobre esto, revocando la declaracion prévia del inferior, cuando contra ella reclame alguna de las partes, como veremos despues.

El juez no ha de obrar en esto segun su arbitrio; debe arreglar su declaracion á lo establecido por las leyes y la jurisprudencia, denegando absolutamente las apelaciones improcedentes, ó admitiéndolas en ambos efectos, ó unicamente en el devolutivo, segun proceda. Hay sentencias y providencias que no son apelables, segun dejamos espuesto en la Seccion II, y hay otras que lo son ya en el efecto devolutivo solamente, ya en este y en el suspensivo, como acabamos de ver en los dos párrafos anteriores; pues bien, el oficio del juez debe limitarse, una vez interpuesta la apelacion, á declarar si es ó no es admisible y qué efecto produce con arreglo á la ley, ó á la jurisprudencia.

En vista de esta doctrina fácil será comprender, que distamos tanto de la opinion de aquellos escritores que sostienen que el juez no debe denegar nunca ninguna apelacion en el efecto devolutivo, como de la de los otros que dejan al arbitrio prudencial del juez *á quo* la admision ó denegacion de las apelaciones. Ambas opiniones son contrarias á las leyes, y carecen por lo tanto de fundamento.

Los términos con que el juez *á quo* admita ó deniegue la apelacion deben ser siempre claros y precisos, para que no se dude si la admision ó denegacion es en un solo efecto ó en ambos efectos. La denegacion absoluta se formula diciendo. «No ha lugar á la apelacion que interpone esta parte etc.» La admision suele presentar variedad de formas en la práctica, lo que ha dado motivo para que se susciten dudas sobre la verdadera inteligencia de las mas usuales.

De cuatro modos dicen los autores prácticos que puede el juez inferior admitir la apelacion, 1.º libremente ó en ambos efectos, 2.º en solo el efecto devolutivo, 3.º cuanto ha lugar en derecho, 4.º simplemente ó sin espresar la manera en que la admite. Respecto de los dos primeros modos ninguna

dificultad puede ocurrir; el juez, consultando la naturaleza y calidad del negocio, procede con arreglo á las leyes, declarando el efecto ó efectos que ha de producir. Los otros dos son de suyo vagos, y dan motivo para dudar cuál es su verdadera inteligencia; razon mas que suficiente para que deban desterrarse del foro. El juez debe siempre dictar sus autos en términos claros y de fácil comprension, pues siendo un precepto que han de cumplir los litigantes, mal podrian hacerlo, si su sentido fuera un misterio. Por otro lado todos los autores convienen en que tanto cuando el juez otorga la apelacion lisa y llanamente, como cuando dice que la admite cuanto ha lugar en derecho, debe entenderse en ambos efectos; de consiguiente á nada conducen, ni para nada sirven estas fórmulas vagas y obscuras. Y á la verdad, supongamos que el juez declara que admite la apelacion sin decir en qué efectos, ni ponerle cortapisa alguna. Este auto, como expresa el conde de la Cañada, tiene una forma indefinida, que equivale á la universal, concurriendo alguna razon de equidad y beneficio. Y como estas circunstancias se verifican en la apelacion en que se interesa la natural defensa de los litigantes, debe entenderse con toda la amplitud posible en favor del que la interpone. Este desea siempre que se le admita en ambos efectos, y respondiendo el juez simplemente, sin limitar como podia su concesion, se entiende que se refiere á las pretensiones de la parte, y accede completamente á su solicitud. La otra fórmula *en cuanto ha lugar en derecho*, es un modo ingenioso de no decir nada, y hace necesaria otra declaracion posterior del juez que fije el sentido de su primer auto. Por el se ponen en duda, no solo los efectos que ha de producir la apelacion, sino hasta si es ó no admisible en aquel negocio, y quedan las partes tan ignorantes del derecho que les asiste, como antes de haberse dado. Sin embargo; como se seguirian graves perjuicios de no permitir al apelante que continuase su recurso hasta nueva declaracion, la inteligencia comun y la práctica de los tribunales superiores se ha fijado

APELACION.

133

de una manera constante, en atribuirle los dos efectos suspensivo y devolutivo. Creemos, pues, en vista de estas reflexiones que los tribunales inferiores deben espresar al tiempo de otorgar la apelacion, si lo hacen libremente en ambos efectos, ó solo en el devolutivo, desterrando los otros dos medios que hemos examinado como inútiles y aun perjudiciales. En los autos mismos tiene el juez todos los antecedentes y datos necesarios para resolver si es ó no admisible la apelacion y los efectos que debe producir; con arreglo á ellos debe fallar y no envolverse en una nube misteriosa, que al cabo tampoco le libraria de la responsabilidad en que temiera incurrir.

Para mayor seguridad y esclarecimiento la práctica le facilita otro medio de ilustrarse, dando traslado á la parte contraria del escrito de apelacion, á fin de que esponga las dificultades que se le ocurran y crea conveniente alegar para que el juez rechace ó no admita en toda su estension el recurso y peticion de su contrincante. Semejante trámite de dar audiencia al otro litigante, no lo creemos necesario en la generalidad de los casos, pues todo lo que este pueda alegar, ha de constar ya al juez por los mismos autos, así como si el recurso se ha interpuesto ó no dentro del término legal, y si viene ó no en forma. Cuando no produzca una cuestion de derecho, es pues, el traslado, una dilacion sin objeto, y una pérdida inútil de tiempo, del cual se muestra muy avaro el legislador en esta materia. Sin embargo, no puede negarse que esta práctica tiene en el día un apoyo indirecto en la ley sobre negocios de menor cuantía, la cual previene de un modo espreso, que se admita la apelacion lisa y llanamente sin dar audiencia ni traslado á la otra parte. Fúndase este mandato sin duda alguna, en el conocimiento de que en los demas negocios se acostumbra usar este trámite, por cuya razon se ha visto la ley obligada á prohibirlo en los de menor cuantía, para conseguir su objeto de que se terminen con la mayor celeridad y prontitud posibles. Lo mismo debe observar el juez en los juicios sumarisimos de posesion, en que es eje-

cutiva la sentencia, admitiendo la apelacion que se interponga en solo el efecto devolutivo, sin el trámite superfluo de dar traslado á la otra parte (1).

La ley de enjuiciamiento en los negocios mercantiles lo ha prohibido absolutamente, mandando que el juez provea sobre la apelacion con arreglo á derecho, sin mas traslado ni sustanciacion (2).

Teniendo á la vista todos éstos antecedentes, es nuestra opinion, que en los negocios ordinarios debe el juez desde luego admitir ó denegar la apelacion, si esto no ofrece dificultades, ni puede producir una cuestion legal, y que solo en los casos dudosos de derecho es cuando podrá dar traslado y oír sobre este incidente á la otra parte.

SECCION VIII.

DE LOS RECURSOS LEGALES CONTRA LA DECISION DEL INFERIOR QUE DENIEGA, Ó ADMITE INDEBIDAMENTE LA APELACION, Ó MANDA EJECUTAR LA SENTENCIA APELADA.

A pesar de que el juez *á quo* debe atemperarse á las leyes y á la jurisprudencia en la admission ó denegacion de las apelaciones, podrá suceder sin embargo que, apreciando mal las circunstancias del caso, deniegue una apelacion procedente, ó la admita en un solo efecto procediendo en ambos, ó al revés, y que por ello irroge un perjuicio á alguna de las partes. Se ha mostrado la ley tan celosa de los derechos de los litigantes, que así como ha tenido por causa suficiente para interponer la apelacion, el que uno se sienta perjudicado con la sentencia, del mismo modo ha estimado por bastante el que una de las partes crea que la admission ó denegacion declarada por el juez es improcedente, para que le conceda el derecho de reclamar contra ella. Podrá suceder que la declaracion del juez *á quo* sea la mas legal; esto no obstante, si una de las partes cree que le perjudica y reclama, no puede menos de entrar-

(1) Art. 11, ley de 10 de enero de 1838.
(2) Art. 396, ley de Enjuiciamiento.

se en el examen previo de su legalidad y justicia. También podrá suceder que el juez *á quo*, privado por la apelacion de la competencia para continuar conociendo en el negocio, ó para ejecutar la sentencia apelada, ordene sin embargo el que se haga ó ejecute alguna cosa, introduciendo alguna novedad en lo apelado. Contra este abuso puede también reclamar la parte agraviada, solicitando la reposicion de las cosas al estado que tenían al tiempo de interponerse la apelacion. Para conseguir los objetos que dejamos indicados conceden las leyes á las partes los oportunos recursos que vamos á dar á conocer en los párrafos siguientes.

§. 1.º *Del recurso contra la denegacion improcedente.*

Hemos dicho que el juez *á quo*, al fallar sobre la admision ó denegacion de la alzada que ante él se interpone, puede negarla y causar con esta declaracion un agravio al apelante.

Contra esta providencia debia la ley dar algun recurso, por cuyo medio pudiera el agraviado hacer valer sus derechos en caso de ser injusta, pues facilmente se conoce que si el juez inferior estuviera facultado para negar irrevocablemente la apelacion, ninguna garantia existiria contra sus injusticias y desaciertos. Sentado este principio veamos cuál es el sistema que adoptan las leyes, y qué debe seguir el apelante. ¿Será el mismo de la apelacion? Seguramente que á primera vista se presenta una razon en favor suyo. El auto denegatorio irroga á la parte un perjuicio irreparable, y en tal concepto es de suyo apelable: sin embargo, aun cuando suelen algunos practicarlo, no lo creemos ni el mas útil, ni el mas procedente. Este juicio nuestro se apoya en una disposicion expresa de la ley, y en un argumento de conveniencia y hasta se puede decir de sentido comun. La ley ordena, y esta es la razon mas poderosa, que cuando el juez deniegue la apelacion injustamente, el agraviado tenga para querellarse ante el tribunal superior los mismos plazos que para presentarse an-

te el á seguir la apelacion (1), de donde se infiere, que el recurso que procede contra la providencia denegatoria del inferior es el de queja. En apoyo de esta interpretacion natural y genuina, viene el sano criterio de la razon; porque cualquiera conoce que seria un contrasentido apelar al mismo juez que denegó la apelacion. ¿Y si negara esta segunda apelacion, como seria muy probable, qué deberia hacerse en este caso? Seguir apelando, seria un proceder infinito que no daria resultado: es, pues, mas conveniente acudir desde un principio al recurso de queja, cumpliendo literalmente con lo que ordena la ley. Resulta, de lo espuesto, que la parte á quien se deniegue la apelacion injustamente en su concepto, puede y debe hacer uso del recurso de queja ante el tribunal superior, para que, estimándolo oportuno, mande al juez que admita la alzada y remita los autos. El recurso de queja se formula presentando el agraviado un escrito ante el tribunal superior análogo al objeto, acompañado de un testimonio espresivo de la naturaleza y calidad del pleito, con copia literal de la sentencia apelada, de la notificacion, del escrito de apelacion, y del auto denegatorio que recayó sobre él. El tribunal podrá tomar las noticias convenientes y exigir del juez que informe con justificacion; deberá ademas dar audiencia al otro litigante, citándole y señalándole un breve término para comparecer, y con su audiencia, si cumple con lo mandado, ó en rebeldia, si no comparece, resolverá el incidente. En el caso en que decida que procede la apelacion, mandará librar carta-orden al inferior para que la admita con arreglo á derecho, ó en tal ó tales efectos, y remita los autos previa citacion y emplazamiento de las partes.

A caso podrá suceder alguna vez que el juez inferior lleve su suspicacia hasta el punto de no querer facilitar al agraviado el testimonio del pleito que necesita para formalizar su querella. Cuando tal suceda, el querellante se presentará ante el tribunal superior, haciendo presente la conducta ille-

1) Ley 8, tit. 20, lib. 11, Nov. Rec.

APELACION.

157

gal del juez y pidiendo que se le mande entregar el citado testimonio, á lo cual accederá aquel, espidiendo la orden competente ó que informe con justificación.

En los tribunales de comercio la parte que se sintiere agraviada de la providencia en que se la hubiere denegado el recurso de apelacion, podrá recurrir á la audiencia territorial en queja, acompañando testimonio de la providencia apelada, del escrito de apelacion y del auto proveído en su consecuencia. La audiencia, en vista de estos documentos, ó tomando informes, si viere que no son bastantes para ilustrar su ánimo, resolverá la cuestion, mandando traer los autos, si estima que el tribunal inferior ha obrado injustamente negando la apelacion (1). La ley de Enjuiciamiento en negocios mercantiles, es la que describe y señala mejor las formalidades y requisitos con que se debe inaugurar y presentar el recurso de queja, y de ella se han tomado indudablemente para el fuero ordinario.

En lo contencioso-administrativo no hay trámites establecidos en los reglamentos de los consejos provinciales y consejo real para la marcha que deba seguir este recurso, por cuya razon aconsejamos que en los casos en que los tribunales inferiores denieguen la apelacion que ante ellos se interponga siendo procedente, se reclame esta providencia ante el superior en la forma que tiene establecida la práctica en los negocios ordinarios.

En lo eclesiástico se concede un recurso particular contra el auto del juez que deniega la apelacion legitimamente interpuesta, que se llama de fuerza *en no otorgar*. Siempre que los jueces eclesiásticos se entrometen á conocer de negocios que no son de su competencia, ó en los que les pertenecen, no observan los trámites y formas prescritas por las leyes y cánones de la iglesia, ha lugar á uno de estos recursos, que se entabla ante los tribunales reales para que, alzando la fuerza, contengan la jurisdiccion de aquellos dentro de sus límites, y no

permitan que se desvie del camino y formalidades que están prescritas para su procedimiento. Semejante facultad del poder temporal deriva del derecho innato á la soberania de proteger á todos los subditos, y procurar que ninguno sea atropellado, y se guarden hasta con el culpado las formas salvadoras de la inocencia y de la justicia. De esta consideracion primordial, que marca bien el origen y naturaleza de los recursos de fuerza, deriva un principio que no debe olvidarse, porque rige en todos ellos, á saber: que los tribunales reales no fallan sobre el fondo del negocio, sino sobre si es ó no de la competencia de la jurisdiccion eclesiástica en el *de conocer y proceder*, ó sobre si se han observado los trámites debidos en los dos restantes *de en el modo, y en no otorgar*. Además la ley ha procurado hasta tal punto guardar siempre el decoro y consideracion debida á la potestad de la Iglesia, que los tribunales reales fallan la fuerza en vista de los autos originales formados por el eclesiástico, sin admitir pruebas ni alegatos de la parte interesada. Sentados estos antecedentes, que no hemos podido prescindir de apuntar aquí, y que serán esplanados debidamente en el artículo **RECURSOS DE FUERZA**, pasemos á ocuparnos del *recurso de fuerza en no otorgar*, que es el que ahora nos atañe examinar.

El juez que niega la apelacion que la ley concede á uno de los litigantes, le causa un agravio irreparable y ataca el derecho natural de defensa, aun cuando haya dado su fallo conforme á justicia. Porque son dos cosas que no deben jamas confundirse, el fallar injustamente y el negar la apelacion de una providencia bien ó mal dada. Contra el primer agravio no hay mas remedio que la apelacion al tribunal superior en gerarquía de cada fuero; contra el segundo existe en el eclesiástico el recurso de fuerza en no otorgar á los tribunales civiles. Este recurso no solo tiene lugar cuando el juez eclesiástico niega rotundamente la apelacion, sino que se estiende á los casos en que solo la admite en un efecto, correspondiendo su admision en los dos, ó al contrario. La primera cuestion que se ofrece examinar, es saber si basta

(1) Art. 415, ley de Enjuiciamiento.

para su introduccion la providencia denegatoria del eclesiástico, ó es menester ademas que haya ejecutado su fallo. La primera opinion, ademas de ser la mas generalmente aceptada y seguida en la práctica, nos parece la mas conforme á ley y razon. Verdad es que la fuerza no se perfecciona y consuma del todo hasta la ejecucion de la sentencia; ¿pero no es un principio que conduce infaliblemente á este fin el negar la apelacion? ¿Qué otro objeto puede llevar el juez, dice el conde de la Cañada, que injustamente niega la apelacion y retiene su poder y jurisdiccion, que el de continuar sus procedimientos, concluyendo con la ejecucion de sus sentencias? El convencimiento que inspiran estas reflexiones, se halla corroborado por la letra y el espíritu de la ley (1). «Por cuanto nos pertenece, dice la ley, alzar las fuerzas que los jueces eclesiásticos hacen en las causas que conocen, *no otorgando las apelaciones, que de ellos legítimamente son interpuestas*; por ende mandamos que, cuando alguno viniere quejándose *que no se le otorga la apelacion* que justamente interpone de algun juez eclesiástico, den nuestras cartas para *que se otorgue la apelacion*, y si el juez eclesiástico no la otorgare, manden traer á las dichas nuestras audiencias el proceso eclesiástico originalmente; el cual traido sin dilacion lo vean, y si por él les constare que la apelacion está legítimamente interpuesta, alzando la fuerza, *provean que el tal juez la otorgue*, porque las partes pueden seguir su justicia ante quien y como deban, y reponga lo que despues de ella hubiere hecho.» Es, pues, indudable que la ley no exige como requisito mas que el no haberse otorgado la apelacion; pero como podrá suceder que el juez hubiese llevado á cabo su providencia, ó empezado á ejecutarla, dispone que, en el caso que se declare que hace fuerza, se le mande reponer todo lo que hubiere ejecutado, pues de otro modo el agravio que irrogó permanecería en pie. Disputan igualmente los autores si este recurso necesita preparacion, como el que se

entabla en *el modo*, ó puede introducirse directamente en la audiencia respectiva. Covarrubias de una manera terminante, y el conde de la Cañada de un modo algo dudoso, se inclinan al ultimo extremo. Sin embargo, á pesar de la influencia que deben ejercer estos dos sabios escritores, los primeros maestros en la materia, ha prevalecido justamente en la práctica la opinion contraria. Por de contado el pasaje del conde de la Cañada ha sido en nuestro juicio mal interpretado. Es verdad que asegura que el recurso de fuerza debe tener lugar *luego que se desprecian las apelaciones legítimas, sin esperar otro algun procedimiento*; pero hay que notar, que este pasaje se halla enclavado en la cuestion de saber si es ó no necesario que el eclesiástico empiece á ejecutar su providencia para recurrir al tribunal real. Susentido genuino y natural no es ni puede ser otro, que el de que el litigante no necesita esperar á que el juez empiece á mostrar con actos su intencion de ejecutar la sentencia; sino que una vez negada la apelacion, puede entablar el recurso de fuerza, *sin esperar otro algun procedimiento*. Así, pues, en nuestro concepto debe descartarse el parecer del conde de la Cañada, siempre de mucho peso por su juicio y práctica de los negocios judiciales, el cual nada quiso decir contra la costumbre constantemente observada. En favor de esta existe: primero, que el recurso de fuerza es el ultimo extremo á que debe recurrirse, usando y empleando todos los medios de defensa ante el tribunal eclesiástico, y como este puede reformar su providencia denegatoria, debe pedirse ante él reposicion; y segundo, de que así se observa sin disputa en el recurso de fuerza en el modo de conocer y proceder, y siendo tanta la semejanza que hay entre él y el de no otorgar, debe guardarse la misma formalidad. La preparacion consiste en que la parte á quien se denegó la apelacion injustamente presente un escrito al mismo juez, pidiéndole que reponga su providencia por las razones en que funda su derecho; si el eclesiástico no accede á su peticion, debe presentar otro, amenazándole con la fuerza, si persiste en su negativa, y

(1) Ley 2, tit. 2, lib. 2, Nov. Rec.

APELACION.

159

pidiéndole testimonio de ambos escritos. En el caso de no acceder tampoco á este segundo escrito, podrá ya introducir ante la audiencia el recurso de fuerza, presentando por medio de procurador un pedimento en que haga sucinta relacion del pleito, de la negativa de apelacion, y de las razones por que cree le ha sido injustamente denegada, acompañando los testimonios de los escritos preparatorios que hemos indicado. Este pedimento se llama *concordado*, y en él debe concluir, solicitando que la audiencia espida real provision, á fin de que el juez eclesiástico admita la apelacion y reponga lo obrado, ó de no hacerlo remita los autos. Venidos estos á la audiencia, se pasan al relator para que haga su extracto; se oye al fiscal de S. M. y se señala dia para la vista con citacion de los interesados, á la cual pueden asistir abogados é informar de palabra. La audiencia, sin admitir nuevas actuaciones ni pruebas, falla en seguida, formulando uno de los dos autos siguientes. En el caso de proceder el recurso dice: que el juez que en esta causa conoce, en no haber otorgado la apelacion de F... hace fuerza, la cual alzando y quitando mandaron dar providencia para que el dicho juez otorgue la apelacion, y F... la puede seguir ante quien debe, reponiendo lo ejecutado despues de la apelacion, y en tiempo en que pudo interponerse. Si el recurso no procede, entonces el auto se concibe en estos términos: dijeron, que el juez no hace fuerza en no otorgar la apelacion en esta causa y se remita al eclesiástico para que proceda en ella. Segun la práctica de la Chancillería de Valladolid, tanto en un caso como en otro habia condenacion de costas. De todos modos los autos se devuelven siempre al eclesiástico, á diferencia de lo que sucede en el recurso de conocer y proceder.

Es cosa que salta á la vista y por eso no haremos mas que indicar, que para que el recurso de fuerza en no otorgar sea admisible, es preciso que la apelacion haya sido interpuesta en tiempo y forma hábil, que la sen-

tencia sea apelable, y que cause un verdadero agravio al que la interpone. Estas condiciones son necesarias para que el juez eclesiástico haga fuerza, negando la apelacion, y haya lugar al recurso de proteccion á la autoridad real. En las secciones correspondientes hemos tratado de cada uno de estos requisitos, que seria ocioso y cansado repetir ahora.

En alguna edicion del *Febrero reformado* se asienta la opinion de que, cuando el juez eclesiástico niega la apelacion legítimamente interpuesta, tiene lugar á la vez el recurso en conocer y proceder, como conoce y procede, y el de no otorgar (1). Nosotros no podemos deferir á este parecer. Nada se dice en la citada obra para comprobar este dictámen, que tampoco halla apoyo en los maestros que tratan expreso de la materia. El conde de la Cañada lo que aconseja, y esto ha podido dar pie á la equivocacion que queremos rectificar, es, que en los casos en que tiene lugar el recurso en el modo, debe acumularse á él el de no otorgar, para lo cual es precisa condicion que haya el litigante apelado del auto interlocutorio que le perjudica. La conveniencia de acumular estos dos recursos se explica muy fácilmente. Podrá suceder que la inordenacion del proceso no ofenda á la causa pública ni contenga injusticia notoria, y que el auto sea sin embargo perjudicial al derecho privado del que litiga. Si no hubiera apelado en tiempo, le quedaria cerrada esta puerta en lo sucesivo; pero habiéndolo hecho y sídole negada por el juez eclesiástico, el tribunal civil, que no halla méritos para declarar la fuerza en el modo, limitará su auto á la de no otorgar. Aun cuando el juez eclesiástico hubiese admitido la apelacion en ambos efectos, podrá siempre la parte agraviada usar del recurso de fuerza en conocer y proceder, como conoce y procede, y si el tribunal declarase no haberla, podrá continuar y mejorar la apelacion ante el superior del mismo eclesiástico. Vemos, pues, que el recurso en el modo es un remedio mas rá-

(1) Tit. 406, sec. 1, num. 6493.

pido y beneficioso, porque detiene todos los efectos del auto interlocutorio del juez eclesiástico de un modo perpétuo, al paso que el de no otorgar los suspende hasta que recaiga el fallo del superior eclesiástico. De aquí se deduce claramente, que á la vez que el recurso de no otorgar puede acumularse como subsidiario al primero, la naturaleza de este no se presta, antes bien se resiste á desempeñar igual papel. En el mismo párrafo que en el Febrero se sienta la opinion que acabamos de combatir, se dice, estableciendo las diferencias que hay entre el recurso en el modo y en el de no otorgar, que el primero solo tiene lugar cuando se invierte el orden de proceder establecido por las leyes; y este, no solo se admite cuando se deniega la apelacion interpuesta de providencias que trastornan el sistema de sustanciacion, sino tambien cuando en la resolucion de artículos ó en la sentencia definitiva se causa agravio en el fondo de la cuestion. Esto es un error. Hemos sentado como un principio y lo es en efecto, que los tribunales civiles no fallan en los recursos de fuerza sobre el fondo de la cuestion, sino que su inspeccion se limita á contener la jurisdiccion eclesiástica dentro de sus atribuciones, y hacer que se observen las formas del procedimiento, guardándose los términos de defensa que las leyes han considerado justos y necesarios. En el momento que los tribunales reales se entrometieran á decidir sobre la justicia ó injusticia de los fallos definitivos, usurparian las facultades de los tribunales eclesiásticos, y desaparecería la independencia de este fuero. Si el juez inferior eclesiástico da una sentencia injusta, en materia que es de su competencia y sin faltar á los trámites establecidos para la sustanciacion, el recurso que procede es el de apelacion para el superior gerárquico en el mismo fuero, de ningun modo el recurso de fuerza.

Los tribunales competentes para entender en esta clase de recursos son las audiencias territoriales que tienen jurisdiccion sobre el pueblo del juez eclesiástico que dá motivo á ellos.

§. 2.º *Del recurso contra la admision de la apelacion en un efecto, procediendo en ambos ó al revés.*

No solamente puede el juez inferior causar un agravio y perjuicio á las partes negándose á admitir la apelacion legitimamente interpuesta, sino tambien estendiendo ó limitando sus efectos fuera de los términos que prescribe el derecho. Supongamos que la apelacion debe producir ambos efectos y que el juez solo la admite en el devolutivo; el apelante puede sentir unas consecuencias muy funestas de que se ejecute la sentencia no obstante la apelacion, si la ley no le otorga un medio para paralizar la accion del inferior, antes de que el tribunal superior esté en disposicion de fallar el negocio en segunda instancia. Porque facilmente se conoce, que si tuviera que aguardar hasta entonees, muchos de los daños experimentados serian talvez irreparables, y por consiguiente absolutamente inútil para el que se reconociera la injusticia de que habia sido victima. Por el contrario, supongamos que la apelacion no proceda mas que en el efecto devolutivo y que el juez la admita en ambos; en este caso quien padece es la parte apelada, por las dilaciones que va injustamente á sufrir en el reintegro de sus derechos, el cual puede hacerse con el trascurso del tiempo mas difícil ó imposible de conseguir. Queda, pues, demostrada la necesidad de dar un recurso á los litigantes que se consideren perjudicados por estas declaraciones del inferior, á fin de que puedan promover su reforma, sin esperar á la confirmacion ó revocacion del fallo definitivo. Sin embargo nuestras leyes guardan silencio sobre este particular, y la práctica se ha encargado de acudir á esta necesidad imperiosa, causando siempre un mal inevitable, á saber, la falta de uniformidad la cual es imposible de obtener cuando no hay una pauta fija á que atenerse. De aquí resulta que algunos tribunales superiores, movidos de la urgencia de decidir pronto sobre las reclamaciones que el litigante perjudicado les presenta, las resuelven de plano sin oír al contrario, para

APELACION.

161

que el remedio llegue á tiempo. Hay sin embargo una consideracion digna de la mayor importancia, que tampoco debe perderse de vista, y es, que el que tiene á su favor la declaracion de un juez, presenta una razon mayor de probabilidad en su abono, pues el auto del inferior debe suponerse justo y mantenerse en vigor mientras no se pruebe su improcedencia ó injusticia. Esta es la misma opinion que sustenta el conde de la Cañada, pues hablando del caso que nos ocupa dice: «este incidente, en el cual se trata de la nulidad ó revocacion del auto del juez inferior en que admitió la apelacion en los dos efectos, *pide audiencia, conocimiento y decision*, y no debe embarazar entretanto el progreso de la causa principal, especialmente para que se lleve original al juez superior, en cuyo tribunal podrá tratarse y decidirse este artículo previo por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso, así como se hace para inhibir al juez inferior cuando él no se inhibió en la apelacion, limitándola á solo el efecto devolutivo, y reservándose la jurisdiccion para ejecutar su sentencia.» La autoridad, pues, de un escritor tan respetable, á la par que la razon y el buen juicio, condenan la precipitacion en resolver estos incidentes sin dar audiencia á la otra parte, y sin tener á la vista los autos. Creemos, pues, que debe observarse, y en este sentido se va uniformando la práctica, lo mandado por la ley de Enjuiciamiento para casos de esta naturaleza en los negocios mercantiles. Ordena aquella (1), que cuando la apelacion se hubiese admitido solo en el efecto devolutivo, y el apelante crea que procede en ambos, pueda recurrir al tribunal, pretendiendo que se amplie la apelacion al suspensivo, despues de venida la compulsa de los autos. De esta pretension se conferirá traslado al apelado por término de segundo dia preciso, y con lo que conteste resolverá el tribunal. En caso de acceder á la peticion del apelante expedirá despacho al inferior para que suspenda la ejecucion de la sentencia y remita los

autos originales. Cuando la apelacion haya sido admitida en ambos efectos, y el apelado crea que debe restringirse al devolutivo, podrá solicitarlo así antes de contestar á la expresion de agravios, dándose traslado á su contrario por término de dos dias, como en el caso anterior. Si el tribunal halla justa la pretension, mandará librar despacho al inferior con insercion literal de la providencia para que la lleve á efecto, reteniendosin embargo los autos para la prosecucion de la segunda instancia.

En lo contencioso-administrativo la ley deja al prudente arbitrio de los consejos provinciales el determinar en las sentencias si ha de suspenderse su ejecucion; pero como la suspension decretada puede ser gravosa al apelado, tiene este el recurso abierto para solicitar de la seccion de lo contencioso del Consejo Real, desde el primer dia en que se le diere cuenta del negocio, la ejecucion interina de la sentencia, así como el apelante podrá tambien desde aquel momento solicitar ante la misma la suspension de la sentencia apelada, si el consejo provincial no la hubiese acordado, y por ello se la irrogase perjuicio (1).

En lo eclesiástico ha lugar al recurso de fuerza *en no otorgar*, cuando el inferior admite la apelacion solo en un efecto procediendo en ambos, ó *en otorgar* cuando la admite en ambos, procediendo únicamente en el devolutivo, ó en ninguno: su preparacion y trámites son idénticos á los que dejamos determinados en el párrafo anterior.

§. 3.º *Del recurso contra los atentados de los jueces inferiores.*

El juez á quo no solo puede causar agravio á las partes, no admitiendo las apelaciones procedentes, ó admitiéndolas en los efectos que no proceden, sino tambien no absteniéndose de conocer en el negocio, ó ejecutando en todo ó en parte lo apelado, habiendo admitido el recurso en ambos efec-

(1) Arts. 416, 417, ley de Enjuiciamiento.
TOMO III.

(1) Arts. 236, 237, regl. de 30 de diciembre de 1846.
21

tos. Cuando obra así, se dice que comete *atentado*, y para que se reponga y vuelvan las cosas al *sér* y estado que tenían al tiempo de interponerse la apelacion, concede la ley á la parte agraviada el recurso correspondiente, que vamos á dar á conocer.

Las leyes civiles que hablan de esta especie de atentado son las 26 y 27, tit. 25, Part. 3. Dispónese por la primera «que mientras el pleito anduviere ante el juzgador de la alzada, que el otro juez de quien se alzaron, non faga ninguna cosa de nuevo en el pleito, en aquello sobre que fue dado el juicio» y en la segunda «que si el juez de la alzada fallare que alguna de las cosas del pleito es traspuesta por mandamiento del primer juzgador, ó mudada del estado en que solia ser á la sazón que tomaron el alzada, que la debe facer tornar en su lugar.»

Para que proceda el recurso de atentado son necesarias varias circunstancias. Es, pues, la primera que la apelacion se haya interpuesto en forma; la segunda es, que la apelacion proceda y se admita en el efecto suspensivo, y la tercera, que la innovacion se verifique despues de interpuesta la alzada. Concurriendo estas tres circunstancias hay atentado y puede reclamarse contra él.

Esta reclamacion puede hacerse ante el mismo juez *á quo*, pidiéndole la reposicion de lo obrado sin jurisdiccion, y si la estima, debe desde luego llevarse á efecto, aun cuando la otra parte apele de esta providencia, pues esta reposicion se considera de igual naturaleza que la restitution que se otorga al despojado, la cual no es apelable sino en el efecto devolutivo, segun hemos visto. Mas cuando el juez *á quo* resuelve que se esté á lo mandado, ó cuando los autos se han elevado á la superioridad, la reclamacion del atentado se presenta ante el juez *ad quem*. La sustanciacion de este recurso, mas frecuente en tiempos anteriores que en el actual, es, segun la describe Elizondo (1), la siguiente. Presentado el

actor en grado de apelacion y traído el proceso al tribunal, espresa por medio de un otro sí en el mismo escrito de agravios, que el juez, no obstante la apelacion, procedió á ejecutar tal ó cual cosa, por lo que solicita que ante todo se revoque por via de atentado lo hecho é innovado con las costas. De esta instancia previa se da traslado á la otra parte, y conclusa y vista, si resulta justificado el recurso, se revoca por via de atentado todo lo hecho por el inferior: despues de interpuesta la apelacion, mandando á este que reponga las cosas al *sér* y estado que tenían antes de aquella y condenándole en las costas. De esta sentencia ha lugar á súplica. Terminado este incidente se manda despachar la carta ejecutoria correspondiente, cuyo cumplimiento acredita la parte con testimonio en el curso de la causa principal.

Respecto á los procesos eclesiásticos dispone la ley (1), que si venidos á las audiencias por el recurso de fuerza en no otorgar, se alza la fuerza y manda al juez eclesiástico que otorgue la apelacion interpuesta, debe tambien proveerse para que reponga lo que despues de interpuesta la apelacion hubiere hecho, á lo cual suele la práctica unir la condenacion de costas, y aun alguna multa, si lo innovado lo ejecutó el juez eclesiástico despues de requerido con la provision acordada para la remision del proceso original.

SECCION IX.

DE LA REMESA DE AUTOS ORIGINALES Ó EN COMPULSA AL SUPERIOR.

En la misma providencia en que el juez admita la apelacion debe acordar la remesa al superior de los autos originales ó en compulsa, segun proceda. En el antiguo sistema de mejorar las apelaciones era el superior quien ordenaba la remesa de autos, como veremos despues, limitándose el inferior á admitirlas ó denegarlas. Esta novedad, in-

(1) *Práctica universal*, tomo 6, Part. 1, cap. 8, núm. 8.

(1) Ley 2, tit 2, Lib. 2, Nov. Rec.

APELACION.

163

introducida primero en el procedimiento de los negocios de comercio, ha sido despues consagrada en el reglamento provisional para la administracion de justicia en los asuntos ordinarios, sirviendo tambien de regla en algunos especiales, como los eclesiásticos, que deben arreglarse en sus trámites á las leyes civiles.

Las reglas que ha de tener presentes el juez para determinar si han de remitirse los autos originales ó en compulsa al superior, nacen de los mismos principios en que se funda la admision de las apelaciones en ambos efectos, ó solo en el efecto devolutivo. Cuando la apelacion procede y se admite en ambos efectos, el inferior queda privado de toda jurisdiccion para seguir conociendo en el proceso, y en suspenso la ejecucion de la sentencia apelada; de manera que no existe entonces razon ninguna para que retenga en el juzgado los autos originales, puesto que le son completamente inútiles, mientras no se resuelva la apelacion. Y si se considera el beneficio que de ello reportan las partes con el ahorro de gastos, brevedad de tiempo y justificacion completa de sus respectivos derechos, quedará fuera de toda duda la conveniencia y justicia de la remision de los autos originales al superior en el caso propuesto. Asi lo ordena el reglamento provisional al disponer, que en todos los casos en que conforme á la ley sea admisible en ambos efectos la apelacion, la admita el juez lisa y llanamente la que se interpusiere, remitiendo luego á la audiencia los autos originales (1).

Otra cosa será cuando la apelacion procede y se admite solo en el efecto devolutivo. En este caso, si bien es cierto que aquel recurso atribuye el conocimiento de la sentencia apelada al superior, tambien lo es que el inferior conserva la jurisdiccion necesaria para llevarla á ejecucion, de donde resulta la necesidad de que, obrando en poder de uno de ellos los autos originales, haya de sacarse para el otro la correspondiente compulsa, si es que ambos han de

continuar su respectivo procedimiento. La ley y la práctica han establecido en general que los autos originales los retenga el inferior, quien al admitir la apelacion en solo el efecto devolutivo, mandará ser remitan en compulsa al superior. Esta compulsa será íntegra, ó de solo aquella parte que interese á la decision apelada, segun los casos.

El deber en que se halla hoy constituido el juez *á quo* de acordar la remesa de los autos originales ó en compulsa al superior en la misma providencia en que admite la apelacion que ante él se interpone, le obliga á redactar esta en términos claros y precisos, sin que pueda ya cubrir por el misterio de aquellas fórmulas vagas é indefinidas, que antes solian usarse y que hemos condenado, su irresolucion ó ignorancia, lo cual es hoy un motivo mas para que se destierren del foro.

De lo espuesto resultan dos reglas generales en el fuero comun, á saber: primera, que siempre que se admita la apelacion en ambos efectos, debe el juez *á quo* ordenar la remesa de los autos originales; y segunda, que debe reservárselos y ordenar la remesa en compulsa, cuando admita la apelacion en solo el efecto devolutivo. La primera no reconoce escepcion alguna, la segunda tiene varias, nacidas todas de un mismo fundamento.

Deben remitirse los autos originales, aun cuando la apelacion solo se admita en el efecto devolutivo en los casos siguientes:

1.º Cuando la ejecucion de la sentencia ó providencia apelada no lleve consigo la práctica de diligencias ó trámites posteriores que introduzcan novedad en el estado que han tenido las cosas durante el procedimiento anterior, como, por ejemplo, la negativa del mandamiento de ejecucion. Aunque la apelacion de esta providencia debe el juez admitirla en ambos efectos, puede suceder que este solo la admita en el devolutivo, en cuyo caso no puede dispensarse de remitir los autos originales al superior, puesto que nada tiene que hacer en ellos, ni para nada los necesita, denegado el procedimiento ejecutivo.

(1) Art. 20, Reg. prov.

2.º Cuando la sentencia ó providencia quede plenamente ejecutada, y el apelante haya aguardado á que así se verifique para seguir la apelacion interpuesta. Para nada necesita entonces el inferior los autos originales, habiendo quedado terminadas sus facultades con la ejecucion provisional de su sentencia.

3.º Cuando la providencia apelada pueda sin ningun inconveniente llevarse á efecto por medio de un testimonio de lo conducente, y los autos originales sean voluminosos. En este caso la equidad aconseja que no se grave al apelante con los gastos y demora de una compulsa larga y costosa, cuando de esto ningun beneficio reporta la otra parte, ni en modo alguno favorece á la pronta y cabal administracion de justicia.

4.º Finalmente, cuando todas las partes esten conformes en que se haga la remesa de los autos originales. La parte favorecida por la sentencia apelada puede renunciar los derechos que le concede la ley que autoriza la ejecucion interina de ella; puede renunciar á la ejecucion y á todo lo demas que es consecuencia suya, y el juez inferior no puede ni debe ir contra la renuncia de la parte favorecida. Si esta se manifiesta conforme en que la sentencia no se ejecute, ó en que se lleve á efecto por medio de un testimonio suficiente, el juez debe ordenar la remesa de los autos originales al superior.

La resolucion del juez *á quo* sobre la remesa de los autos originales ó en compulsa, hemos visto que es una consecuencia de los términos en que admite las apelaciones que ante él se interponen; pero como en la admission puede equivocarse, concediéndola en un solo efecto, procediendo en ambos ó al revés, de aquí resulta que la remesa ordenada á consecuencia de la admission impropia, esté tambien sujeta al resultado de la reclamacion que contra aquella se introduzca ante el superior por la parte perjudicada. Si la admission fue solo en el efecto devolutivo, y el superior revoca esta providencia, declarando que se admita la apelacion en ambos, en este caso debe orde-

narse la remision de los autos originales, y tambien deben conservarse los originales en el superior, cuando este revoque el auto del inferior en que admitió en ambos efectos la apelacion, limitándola al devolutivo, si la ejecucion de la sentencia apelada puede tener lugar por medio de una certificacion de lo conducente. En todos los casos la remesa de los autos originales, ó en compulsa ha de acordarse á costa del apelante, de cuya cuenta son tambien los gastos de correo. Si este se defiende por pobre, se certificará así para que puedan cobrarse en su día.

La ley de enjuiciamiento para los negocios mercantiles determina tambien los casos en que deben remitirse los autos originales ó en compulsa al superior, á consecuencia de las apelaciones que ante ellos se interpongan. Dispónese por ella que, admitiéndose la apelacion en ambos efectos, debe acordarse en la misma providencia la remesa de autos originales al tribunal á quien corresponda su conocimiento; y que si solo se admite en el devolutivo, se mande sacar compulsa de los autos, prefijándose término al escribano para darla concluida y que se remita al tribunal de apelacion, á menos que estuviere ejecutada la providencia apelada, ó no hubiese que practicar diligencia alguna en su cumplimiento, que entonces deban remitirse los autos originales (1). El precepto de señalarse al escribano un término para dar por concluida la compulsa, evita los perjuicios que en los tribunales ordinarios suele inferirse al apelante por la incuria ó malicia de los escribanos en retardar la estension de ella, lo cual dá lugar á reclamaciones ante el inferior, y aun á veces á recursos ante el superior, por cuya razon deberia aceptarse aquel precepto por la jurisprudencia civil. En las apelaciones sobre procedimientos de quiebras no deberá remitirse mas pieza de autos que la respectiva á la providencia apelada. Mas si el tribunal superior estima necesaria en el juicio de apelacion cualquier

(1) Arts 397 y 398, ley de Enjuiciamiento.

APELACION.

163

otra diligencia ó documento que obre en las demas piezas de autos, podrá mandar al inferior que le remita testimonio de ello (1).

En los negocios contencioso-administrativos de que conocen en primera instancia los consejos provinciales, no se remiten nunca al Consejo Real los autos originales á virtud de las apelaciones que aquellos admitan, aunque en la sentencia apelada se ordene que no se lleve á ejecucion. Lo que se hace es facilitar al apelante dos certificaciones, una de haber interpuesto el recurso y haberse notificado al apelado en tiempo y forma, y otra de la sentencia apelada, de la aprobanza sobre que esta hubiere recaído (2), y ademas de la demanda, de la contestacion y de los demas escritos de las partes si las hubiere (3). Estas certificaciones equivalen á una verdadera compulsa, cuyo gasto creemos podria ahorrarse á los litigantes, cuando se ordenase la inejecucion de la sentencia apelada, en cuyo caso ningun inconveniente podria seguirse de la remesa de los autos originales. Ademas de este grave inconveniente, produce otros de no menos trascendencia, cuales son, retardar el curso breve y rápido de los negocios contencioso-administrativos, y privar de parte de instruccional consejo, ó á la seccion de lo contencioso, que se ven obligados con frecuencia á mandar para mejor proveer, que se le remitan por el consejo provincial aquellas actuaciones que no resultan en la certificacion. Todos estos inconvenientes desaparecerian con la remesa de los autos originales, cuando no ha de ejecutarse la sentencia, puesto que para nada los necesita el inferior.

SECCION X.

DENTRO DE QUÉ TÉRMINO DEBE EL APELANTE PRESENTARSE Á MEJORAR SU APELACION.

En la misma providencia en que el inferior admite la apelacion y acuerda la remision de los autos originales ó en compulsa,

debe mandar que se cite y emplácese á las partes, para que acudan á usar de su derecho ante el superior. En el sistema antiguo de mejorar las apelaciones, tanto el apelante como el apelado tenian un término para presentarse ante el tribunal de alzada, que era el que señalaba el inferior, ó el que en su defecto marcaba la ley. La de Partidas disponia (1) que el apelante debia seguir la apelacion al plazo que le pusiere el juez, y si el juez no lo hubiere señalado, dentro de dos meses, y que el apelado debia tambien comparecer dentro del término del emplazamiento. La ley 4, tit. 13 del Ordenamiento de Alcalá (2) estableció, que el apelante debia presentarse ante el juez superior dentro del plazo que le hubiere designado el inferior, y si este no lo hubiere señalado dentro de cuarenta dias, si fuere allende los puertos, de quince si fuere acunde los puertos, de nueve si fuere del término y jurisdiccion de la villa, y de tres si fuere de la misma villa, cuyos dos primeros plazos de cuarenta y de quince dias fueron despues confirmados por los reyes católicos en las Ordenanzas de Madrid (3). Abolido en el fuero comun el sistema antiguo de mejorar las apelaciones por el reglamento provisional para la administracion de justicia, solo ordena este al inferior que, cuando admita las apelaciones, mande siempre citar y emplazar á las partes para que acudan á usar de su derecho ante el tribunal superior; mas no le previene que les señale un plazo dentro del que han de presentarse al superior, ni tampoco lo designa en defecto del señalamiento judicial, como hacen las leyes antes citadas, de cuyo silencio ha nacido la práctica que observan los jueces ordinarios de no señalar término de emplazamiento. No se crea por esto que quede á voluntad del apelante ó del apelado el presentarse ante el tribunal de alzada á usar de su derecho, pues elevados á este los autos originales ó en compulsa, si es el apelante el que no comparece, puede y debe á instancia del apelado declararse

(1) Art. 400, ley de Enjuiciamiento.

(2) Art. 222, repl. de 30 de diciembre de 1816.

(3) Real orden de 9 de abril de 1818.

(1) Ley 23, tit. 23, P. 3.

(2) Ley 3, tit. 20, lib. 11, Nov. Rec.

(3) Ley 4, tit. 10, lib. 11, Nov. Rec.

por desierta la apelacion; y si es el apelado el que no se presenta, lo que se practica es, que á instancia del apelante se le vuelve á mandar comparecer dentro del término que al efecto se le señala; y si tampoco se presenta, se le acusa la rebeldía y se le señalan los estrados del tribunal, con los que se sigue la segunda instancia. Sin embargo, creemos que seria siempre útil que el inferior señalase el término de emplazamiento, y no haciéndolo, que se considerase como tal el determinado en las Leyes Recopiladas. Esto en el caso de haberse admitido la apelacion en ambos efectos, y de mandarse la remesa de los autos originales, porque si solo se admite en el efecto devolutivo, como que no depende del apelante la estension de la compulsa, ni la ejecucion de la sentencia, cuando opte por esperarla para que se remitan los autos originales, no puede con justicia aplicársele el plazo limitado á los casos ordinarios. Lo mas que deberá hacerse, es fijar el término al tiempo de remitir la compulsa, ó al de elevar los autos originales por estar ejecutada la sentencia.

En los negocios de menor cuantía debe el juez inferior mandar que se cite á las partes para que dentro de quince dias acudan porsí, ó por medio de procurador, á la audiencia del territorio (1).

En los autos mercantiles está prevenido que, admitiéndose la apelacion en ambos efectos, se cite y emplace á todas las partes litigantes, para que en el término de veinte dias acudan á usar de su derecho en la segunda instancia (2).

En negocios contencioso-administrativos, debe el apelante presentarse á mejorar la apelacion ante el Consejo Real, y el apelado á usar de su derecho dentro de tres meses, si la alzada se interpusiere en Canarias, y de dos, si en la Peninsula é islas adyacentes, contados desde el trascurso de los diez dias concedidos para interponerla (3). No dejará

de ser extraño que en estos asuntos, que exigen por su naturaleza una tramitacion rápida, se conceda á los litigantes un plazo mayor que el que le otorgan las leyes civiles y comerciales.

SECCION XI.

DEL PROCEDIMIENTO DE LA APELACION ANTE LOS TRIBUNALES DE ALZADA.

En las secciones anteriores hemos procurado dar á conocer todo lo que disponen las leyes y establece la jurisprudencia para introducir válidamente la apelacion; para reclamar contra la denegacion ó admision improcedentes; para elevar los autos al superior y para personarse las partes ante él á usar de su derecho; en una palabra, hemos recorrido uno por uno y en su orden natural todos los trámites que preceden á la sustanciacion de la segunda instancia. Vamos ahora á determinar el procedimiento que debe seguirse ante el superior en esta segunda instancia, ya en los negocios civiles, ya en los especiales, puesto que las apelaciones se interponen por lo regular para seguirlas hasta su terminacion, y no para abandonarlas al principio ó á la mitad de su carrera. Pero antes de descender á los pormenores del procedimiento en cada fuero ó jurisdiccion, creemos necesario dar á conocer la práctica antigua de mejorar las apelaciones en todos los tribunales; práctica que si bien está hoy abolida en la generalidad de ellos, todavía se conserva en algunos, como manifestamos en su lugar.

El método practicado hasta la publicacion del reglamento provisional en el fuero civil para llevar la apelacion al tribunal superior, era el admitido en la legislacion romana y canónica, y conocido con el nombre de *mejora*. Reduciase este trámite á pedir el apelante al juez inferior que le suministrara un testimonio espresivo de la naturaleza y calidad del pleito con la copia de la sentencia, del escrito de apelacion y del auto de su admision, para que pudiera presentarse con él al tribunal superior, y solicitar que en su

(1) Art. 14, ley de 40 de enero de 1825.

(2) Art. 397, ley de Enjuiciamiento.

(3) Artículos 254 y 255 del real decreto de 30 de diciembre de 1860.

APELACION.

167

virtud acordara despachar su real provision á fin de que el inferior remitiera los autos, citando y emplazando á las partes para comparecer en este nuevo juicio. Estas copias ó testimonios se llamaban en derecho romano *apostoli*, *apostolos*, ó *literæ dimisorie*, y cuando el apelante los presentaba en el tribunal superior, se decía que mejoraba la apelacion. Las leyes de las Partidas exigian que el testimonio fuese integro, y las Recopiladas especificaron varias circunstancias que habian de determinarse en ellos, pues sin duda en aquellos tiempos servian estos testimonios para el seguimiento de la segunda instancia (1). La práctica sin embargo introdujo los testimonios de mejora, reducidos á los particulares de la sentencia apelada, interposicion de la alzada y su admision, con el que se presentaba el apelante ante el superior y reclamaba la remision de los autos originales ó en compulsa, segun procedia, con emplazamiento de las partes, á cuyo efecto solicitaba la oportuna real provision.

Los tribunales superiores, deseosos de ahorrar gastos y dilaciones á los apelantes, escusaban todo lo posible las compulsas, exigiéndolas solo cuando no habia otro medio, como testifica en su obra el ilustrado conde de la Cañada. De modo, que si la sentencia habia sido ejecutada ya, ó podia serlo en un breve plazo, se mandaban remitir los autos originales, á pesar de que la apelacion solo hubiese sido admitida en el efecto devolutivo. Lo mismo se verificaba cuando los autos eran de crecido volumen y el juez podia proceder á ejecutar la sentencia con sola su copia; en cuyo caso se le mandaba reservar testimonio integro de la sentencia y de aquella parte de los autos necesaria ó conducente para su realizacion, remitiendo desde luego los originales.

Otra práctica se usaba tambien, tomada sin duda de la que observaba el consejo respecto de las apelaciones que iban á él de las sentencias de los alcaldes de Corte. Reducíase á que en los pleitos que fallaban los juzgados de primera instancia

establecidos en el mismo punto donde residian las audiencias, pudiese el agraviado introducir la apelacion desde luego ante el tribunal superior, omitiendo los trámites de presentarla al inferior, pedir el testimonio y mejorar el recurso. Por este medio se logran las inapreciables ventajas de ahorrar mucho tiempo y costosos gastos, razon sin duda porque semejantes apelaciones, llamadas de hecho, se generalizaron en todas las audiencias, á pesar de no hallarse apoyadas en ley expresa, á semejanza de lo mandado y practicado en el Consejo. El litigante que entablaba este recurso solicitaba, que mandase el tribunal ir al escribano de la causa á hacer relacion de ella y que en su vista entregase los autos al escribano de Cámara á quien por turno correspondiese; la audiencia lo estimaba así, y enterada por el relato de la clase y calidad del negocio, veia si era ó no procedente la apelacion y accedia ó no al segundo extremo de la solicitud. La abolicion del anterior sistema de mejora ha llevado tambien consigo la de esta otra forma de introducir las apelaciones, de manera que solo suele usarse en aquellos tribunales que todavia observan aquel sistema.

Conocidos estos usos antiguos, practicados antes por todos los tribunales, veamos los trámites que sigue hoy el procedimiento en los civiles y en los especiales ó privilegiados.

§ 1.º De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los asuntos comunes ante los tribunales ordinarios.

Elevados los autos al tribunal de alzada, bien sean originales, bien en compulsa, y verificado el repartimiento segun la clase á que pertenezcan, debe aquel mandar que pasen al relator para la formacion del apuntamiento ó memorial ajustado, el cual correrá unido al pleito para que los defensores saquen las copias ó anotaciones que tengan por conveniente (1). Antes no se formaba el apuntamiento ó memorial ajus-

(1) Ley 29, tit. 9, Par. 2; Ley 20, tit. 23, Par. 3; Ley 10, tit. 50, lib. 11, Nov. Rec.

(1) Aranceles judiciales mandados observar por real decreto de 9 de mayo de 1845, num. 6.

tado hasta despues de haber por conclusos los autos para la vista, cuya práctica ha sido reformada por la disposicion que dejamos citada de los aranceles judiciales vigentes, la cual tiene por objeto evitar los gastos de dobles apuntamientos, y procurar la mayor y mas pronta ilustracion del asunto, no solo al tribunal que dirige la marcha del procedimiento, sino tambien á los defensores de las partes.

La única escepcion que tiene esta regla, es en los negocios de menor cuantía, cuya rápida sustanciacion y corta entidad no consiente las dilaciones y gastos que lleva consigo el procedimiento de los ordinarios. Llegados los autos á la audiencia, y hecho el repartimiento inmediatamente que haya trascurrido el término de la citacion ó emplazamiento, debe darse cuenta á la sala á que corresponda, la cual mandará pasar los autos al relator, señalando desde luego el dia de la vista, que ha de ser uno de los seis primeros siguientes. En este dia dará cuenta el relator sin formar extracto ni apuntamiento; pero leyendo á la letra lo que sea necesario, especialmente en las diligencias de prueba, y despues de hablar las partes ó sus procuradores, se declararán por vistos y se procederá á su determinacion, bastando para hacer sentencia dos votos conformes de los tres magistrados que hayan asistido á la vista. En esta forma breve y económica se sustancian en segunda instancia los negocios de menor cuantía, no admitiendo escritos á las partes, ni abriéndose la causa á prueba, ni exigiéndose la intervencion de abogados, y causando ejecutoria la sentencia que recaiga, si confirma en todas sus partes la del inferior, ó la revoca por los votos conformes de todos los magistrados que vean el pleito, á cuyo efecto se espresará en la sentencia si es por unanimidad ó por mayoría absoluta lo que se falle ó resuelva (1).

En todos los demas asuntos comunes, bien sean sumarísimos, sumarios, ejecutivos ú ordinarios, la primera formalidad que debe

llenarse es el extracto, apuntamiento ó memorial ajustado hecho por el relator, lo cual ejecutado debe darse á los autos el curso que corresponda, segun la naturaleza del negocio, ó la de la sentencia apelada, como vamos á ver.

La sentencia y trámites de las apelaciones interpuestas de autos interlocutorios, bien se hayan admitido en un efecto ó en ambos, bien sean aquellos meramente interlocutorios ó con fuerza de definitivos, estan reducidos, despues del apuntamiento y de haberse personado los litigantes ante el superior, á que se entreguen los autos á las partes por su orden, y á cada una por un término que no pase de nueve dias, para solo el objeto de que se instruyan sus defensores para hablar en estrados, y devueltos, á que se señale dia para la vista, á la que podrán asistir los abogados á fin de informar oralmente al tribunal. Vistos procederá este á dictar sentencia, la cual causará siempre ejecutoria (1). Este procedimiento breve, que no admite á las partes nuevas alegaciones ni probanzas, y que exige del superior que resuelva la cuestion por los méritos del proceso en el mismo estado que tenia cuando se dictó el auto apelado por el inferior, suele llamarse por espediente ó por sus mismos méritos.

En las apelaciones de los autos definitivos, bien se hayan admitido en un solo efecto ó en ambos, el procedimiento es mas amplio y la defensa de las partes mas cumplida. Personadas estas ante el superior, decidido el incidente que se promueva por la reclamacion de alguna de ellas en los casos que dejamos espuesto en la seccion VIII, y hecho el apuntamiento, se mandará que se entreguen los autos al apelante para que esponga los agravios que en su concepto le irroga la sentencia, y pida la enmienda ó reforma que crea de justicia. Este escrito, que propiamente inaugura la segunda instancia, se llama *escrito alegato ó alegacion de agravios*, y con mas frecuencia escrito de *mejora de apelacion*,

(1) Artículos 15, 16, 17 y 18. Ley de 10 de enero de 1835.

(1) Real decreto de 8 de octubre de 1835; art. 69 del regl. provisional de 26 de setiembre de 1835.

APELACION.

169

siendo de notar cuan diferente es ahora la significacion que damos á esta palabra de la que en el sistema antiguo significaba. El apelante debe presentar dicho escrito en el término de seis dias, acompañándolo con los documentos justificativos, lo mismo que está mandado practicar en primera instancia, y con el juramento ademas de no haber sabido antes de ellos ó no haberlos podido haber, segun se previene en la ley 1, tit. 3, lib. 11, Nov. Rec. De su solicitud se confiere traslado á la otra parte, la cual contestará en la misma forma y término que se hallan prevenidos en el primer juicio, fijándose la cuestion con dos escritos á lo mas por cada parte (1). Así como admite la ley esta amplia audiencia para discutir sobre la justicia ó injusticia de la sentencia y fijar por la contradiccion de los litigantes sus respectivas pretensiones, tambien consiente que se reciban los autos á prueba, en los casos que espondremos despues. La parte que considera necesaria la prueba y que aspira á que en su dia se otorgue por el tribunal, debe introducir su pretension en el mismo escrito de mejora ó de contestacion por medio de un otro sí, en el que espondrá los fundamentos para que se acceda á ella. Segun la práctica de la audiencia de Madrid y de otras, esta pretension puede presentarse bajo dos formas diversas, ó simplemente, ó formando artículo de *prévio y especial pronunciamiento*. Cuando la pretension se introduce simplemente, suelen los tribunales proveer al otro si diciendo, que *de la vista resultara*, con lo cual nada se resuelve, obligando á las partes á continuar el procedimiento como si la prueba no procediese, y á hacer sus defensas el dia de la vista, no solo sobre el punto de prueba, sino tambien sobre la cuestion principal. Vistos los autos, si el tribunal acuerda el recibimiento á prueba, dicta en este sentido su providencia, sin que produzcan efecto alguno las defensas sobre lo principal; y si cree que no procede la prueba, falla el negocio definitivamente. No sucede lo mismo cuando la pretension de prueba

se introduce en forma de artículo *prévio*. En este caso está obligado el tribunal á sustanciar este incidente, señalando dia para su vista y decidiéndolo espresamente. De la providencia que dictare ha lugar á súplica. Por todos estos motivos se comprenderá que es mucho mas favorable á la parte que solicite la prueba el presentar su pretension en forma de artículo, que en el introducirla simplemente sin exigir una declaracion *prévia*. En otras audiencias, como en la de Valladolid, la pretension de prueba se introduce tambien en el escrito de agravios ó su contestacion, no en forma de otro sí, sino al terminar la súplica, con estas láconicas espresiones, *y me ofrezco á probar lo necesario*. Al contestar ó replicar la otra parte al escrito en que se propone, manifiesta su conformidad ó oposicion á la prueba en el lugar indicado, diciendo, *me conformo con la prueba* ó *contradigo la prueba*, segun crea procedente. Formulada así la cuestion *prévia* sobre recibimiento á prueba, el tribunal la decide, sin vista formal del incidente, siendo suplicable en todos los casos la providencia que dicte. Esta práctica, introducida por la Chancilleria, se recomienda por la brevedad y economia con que se decide el incidente, sin vulnerar en lo mas minimo los derechos de los litigantes.

Aunque en general procede la prueba en las apelaciones de las sentencias definitivas, tiene esta regla varias limitaciones que es preciso tener muy presente para que no se intenten en vano las que la ley rechaza. Por de contado no debe admitirse prueba alguna de cosa que, aunque fuere plenamente justificada, no aprovecha al que la propone, ni daña á su contrario, pues estas pruebas absolutamente inútiles é impertinentes son inadmisibles en todas las instancias (1). Tampoco procede la de testigos sobre los mismos artículos propuestos en primera instancia ó otros que les sean directamente contrarios (2). Fúndase la ley en que de la facultad de volver á hacer probanza con testigos sobre

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 11, Nov. Rec.
TOMO III.

(1) Art. 83, regl. provisional.
(2) Ley 6, tit. 10, lib. 11, Nov. Rec.

los mismos artículos u otros derechamente contrarios, se sigue que los sobornan y corrompen y hacen probanzas falsas, y resulta en los pleitos mucho daño y fatiga y costa á las partes. Como este motivo desaparece en las escrituras auténticas y en la confesion de las partes, estas dos especies de prueba son admisibles en las segundas instancias como en las primeras, con tal que las escrituras se presenten con el mismo juramento de *habermas hallado de nuevo, y no haber antes tenido noticia de ellas*. A pesar de que en rigor de derecho la prohibicion de admitir la prueba de testigos en los casos que hemos citado es absoluta, todavía se consiente en algunos de comun estilo, segun espresa Hevia Bolaños (1). El primero se verifica, cuando en la primera instancia no fueron examinados testigos, aunque hayan sido presentados; el segundo, cuando entrambas partes se ofrecen á probar y convienen en su admision; y el tercero por via de restitution del privilegiado, cuando, por ejemplo, los menores se valen de este remedio para probar sobre los mismos artículos de la primera instancia. Otro se halla apoyado en las leyes de Partida, que cuenta en su favor la mas estricta equidad. Puede suceder que por no probar un litigante su pretension, se dé sentencia contra el, y despues en la segunda instancia venga algun testigo que estuviere ausente ó se acuerde de otro, cuyas deposiciones le sean de mucha utilidad, y capaces tal vez de variar el aspecto de la cuestion. La ley en este caso autoriza al tribunal de alzada para que pueda recibir estos testigos, jurando el que los presenta que no lo hace por malicia, ni por engaño, ni por alargar el pleito, y que no lo verificó en primera instancia porque estaban ausentes, ó no se acordó de ellos en ninguna manera (2).

Las escepciones nuevas que propongan las partes, deben ser recibidas á prueba, siendo conducentes al logro de sus solicitudes y al esclarecimiento de su derecho; admitiendo para su justificacion las deposiciones

de los testigos que cada una presente. La misma determinacion tiene lugar respecto de aquellas que, aun cuando fueron propuestas en primera instancia, las deshechó el juez, ora porque no se propusieron dentro del término ó con la formalidad debida. Es una máxima vulgar que en las alzas se puede lo no alegado alegar, y lo no probado probar; pero este axioma debe entenderse segun las limitaciones que hemos indicado. Unicamente se refiere á la admision de artículos nuevos, pero dependientes de los anteriores; porque no se ha de mudar la figura del juicio, antes bien ha de conservar la misma naturaleza que el de la instancia pasada, segun se esplican en estilo de escuela todos los autores prácticos.

El término para probar en segunda instancia, no puede exceder del concedido en la primera, siguiéndose la regla de señalar un plazo arbitrario, que si no fuere suficiente, se va ampliado hasta completar el máximo que es dado conceder. Los menores y corporaciones que gozan del beneficio de restitution in integrum, pueden usar de él contra el lapso del término, pidiendo la restitution en el mismo tiempo y con las mismas formalidades que en primera instancia. **V. RESTITUCION IN INTEGRUM Y PRUEBAS JUDICIALES.** Respecto de los testigos que no se hubieren tachado, no podrán serlo despues de la apelacion, porque se entiende haberlos aprobado tácitamente en el mero hecho de no haber dicho nada en contra suya. Lo mismo será si se hubiesen tachado, y no se hubieren probado las tachas, pues como artículos del primer juicio no pueden probarse con testigos en el segundo. Ahora, si el juez se negó á admitir las tachas propuestas, ó ha tenido la parte otro justo impedimento para hacerlo, bien se pueden poner en la segunda instancia, aconsejando Hevia Bolaños que se pongan juntamente con los agravios, probándose al mismo tiempo que la causa principal.

Espirado el término de prueba, se hace publicacion de probanzas, se entregan los autos á las partes para que aleguen de bien probado y concluyan. Entonces se pasan al

(1) *Curia filipica*, Part. 3. párrafo 3, núm. 4.

(2) *Ley 39, tit. 18, Part. 3.*

APELACION.

171

relator para que complete el apuntamiento, y hecho se señala día para la vista, citadas las partes, en la cual se hace la relacion del pleito, y se oye el informe verbal de los letrados, terminando con la declaracion de *vistos* que hace el presidente del tribunal.

La sentencia que este dicte dentro de los veinte dias siguientes puede ser, ó confirmatoria de la del inferior, ó revocatoria en todas sus partes, ó conformatoria ó revocatoria á la vez. Las fórmulas de redaccion varían en cada uno de estos tres casos. En el primero se reduce á decir; que el auto de tantos de tal juez se confirma: en el segundo, que el auto de tantos de tal juez se revoca, declarando tal ó cual cosa; y en el tercero, que el auto de tantos de tal juez se revoca en tal ó cual cosa, declarando tal otra, y en lo demas se confirma, ó bien se pone primero la declaracion que hace el tribunal, concluyéndose con esta frase, y en lo que el auto apelado fuere conforme se confirma, y en lo demas se revoca. V. SENTENCIA.

Cuando el auto apelado se confirma en todas sus partes, debe; segun la ley, condenarse al apelante en las costas; y cuando se revoca debe condenarse en ellas al juez (1). Mas este rigor del derecho lo ha templado la práctica hasta el punto de dejar al arbitrio prudente del tribunal superior la imposicion de costas en los casos en que resulte temeridad en el recurso, ó patente injusticia en el auto apelado.

En los recursos de nulidad, autorizados por el real decreto de 4 de noviembre de 1838, hay un caso de apelacion con sus trámites peculiares. Interpuesto el recurso de nulidad dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion de la sentencia que causa ejecutoria en la forma prevenida, y previo el depósito ó fianza en su caso, el tribunal á *quo debe admitirlo* y ordenar la remision consiguiente del todo ó parte de los autos. Mas como la parte puede interponer el recurso contra sentencia no susceptible de él, ó fuera de tiempo, ó sin cumplir con las

formalidades posteriores que exige la ley, el tribunal á *quo debe entonces no admitirlo*. De aquí resulta que estando sometida á este tribunal la apreciacion de estas circunstancias necesarias para la admision del recurso, puede suceder que las aprecie mal, y que por ello no lo admita, causando así al recurrente un perjuicio positivo. Al tribunal á *quo* no compete juzgar sobre la justicia ó injusticia del recurso, y nunca debe denegarlo por este motivo, así como no debe el juez inferior denegar la apelacion que se interpone de su sentencia, porque crea que no hay razon para que se reforme. El juicio sobre fondo del recurso es propio y privativo del tribunal *ad quem*, que decide en su día, si ha lugar ó no al recurso entablado. Si el tribunal á *quo* no admite el recurso de nulidad que ante él se interpone, porque juzga que no puede estimarse por el tribunal Supremo de Justicia, infiere tambien á la parte recurrente un agravio irreparable.

Para no hacer, pues, ilusorio el recurso de nulidad que otorga la ley á los litigantes, era indispensable, supuesta en el tribunal á *quo* la facultad de admitirlo ó no admitirlo, segun dejamos indicado, que se concediese al que lo interpone el derecho de reclamar contra el auto en que aquel deniega su admision. Este recurso es el de apelacion para ante el tribunal Supremo de Justicia, el cual se sustancia en la forma siguiente. Interpuesta la apelacion, el tribunal á *quo* debe siempre admitirla, mandando que se saque testimonio de lo conducente por señalamiento de las partes; que se remita al Supremo dentro de los quince dias inmediatos al en que se les hubiese notificado el auto de que se apeló, y que se las emplace para que se presenten á usar de su derecho en dicho tribunal dentro del plazo legal. Llegado el testimonio al tribunal Supremo, se mandará por este que pase al relator para hacer el extracto ó apuntamiento, y hecho se entregará á las partes por via de instruccion por el término ordinario, señalándose luego el día de la vista con citacion de los interesados, en la cual hecha relacion del negocio y oído

(1) Ley 22, tit. 1, lib. 2. Fuero Juzg. Ley 27, tit. 23. Part. 3.

el informe de los letrados que asistan, se declararán por vistos y se decidirá definitiva é irrevocablemente este incidente (1).

§. 2.º De la sustanciación y trámites de la apelación en los asuntos de comercio.

Aun cuando en los negocios mercantiles van las apelaciones á las audiencias territoriales, su sustanciación debe arreglarse á la ley especial de enjuiciamiento para estos asuntos. Ella dispone que, presentándose el apelante dentro del término del emplazamiento, se le entreguen los autos por seis días á fin de que diga de agravios, confiriéndose traslado de este escrito á la otra parte (2). En la apelación de autos interlocutorios, á diferencia de lo que sucede en el fuero ordinario, se mejora el recurso, admitiéndose dos escritos, uno por cada parte, con los cuales se tiene el pleito por concluso, pues no se pueden hacer pruebas (3). Lo mismo sucede en las apelaciones de sentencias definitivas, si los interesados no presentan documentos nuevos, es decir, posteriores á la contestación de la demanda, ó siendo de fecha anterior con el juramento de no haber llegado á su noticia ó no habérselos podido proporcionar en tiempo oportuno para hacer uso de ellos en primera instancia (4). En caso de tener lugar la presentación de estos documentos, se conferirá traslado á la otra parte, y es el único caso en que se admiten en este fuero mas de dos escritos, uno por cada lado (5). Los asuntos mercantiles no se reciben á prueba en segunda instancia, sino en uno de los tres casos siguientes: 1.º de conformidad de todos los litigantes. 2.º Cuando se hubieren alegado hechos nuevos, que la exijan para calificar con acierto los derechos de los interesados. 3.º Cuando los alegados en primera instancia no se pudieron probar por algun impedimento ó motivo que parezca fundado á juicio del tribunal superior (6).

Del mismo modo que en el fuero ordinario, no se pueden presentar testigos ni exigirse confesiones judiciales sobre los mismos artículos propuestos en primera instancia, ni sobre otros que esten en contradicción con lo contenido en aquellos (1). Cuando haya lugar á la prueba, debe pedirse por los interesados en el escrito de agravios ó de contestación, y el tribunal debe proveer el auto conveniente, sin necesidad de mas pedimentos ni alegatos (2). En las apelaciones de los juicios ejecutivos no se admiten testigos, ni otra prueba que la documental, en la misma forma y con iguales condiciones que hemos visto tiene lugar en los casos ordinarios (3). Concluido el término de prueba, pide uno de los litigantes que se haga publicación, y el tribunal lo acuerda, mandando que se entreguen los autos á cada parte por espacio de seis días, á fin de que alegue de bien probado lo que á su derecho corresponda, y con solo un escrito de cada una, dá el pleito por concluso, citándolas para sentencia definitiva (4). Si el tribunal confirma la providencia apelada, debe condenar en costas al apelante (5). Tal es el precepto legal que ninguna distinción hace entre las sentencias definitivas é interlocutorias, comprendiéndolas á todas bajo la misma regla. Nosotras creemos que la confirmación de que habla la ley no debe entenderse en un sentido absoluto, de modo que si le añade algun aditamento, ó la modifica ó varia, podrá el tribunal superior dejar de hacer su pronunciamiento sobre las costas sin faltar á la ley.

§. 3.º De la sustanciación y trámites de la apelación en los asuntos contencioso-administrativos.

De todas las apelaciones que se interpongan de las resoluciones de los consejos provinciales y de las de cualquiera otra autoridad que entienda en primera instancia en los negocios contencioso-administrativos, co-

(1) Art. 11 del real decreto de 4 de noviembre de 1858.

(2) Art. 405, ley de Enjuiciamiento.

(3) Art. 404, id.

(4) Art. 405, id.

(5) Art. 406, id.

(6) Art. 407, id.

(1) Art. 411, id.

(2) Art. 408, id.

(3) Art. 414, id.

(4) Art. 412, id.

(5) Art. 413, id.

APELACION.

173

noce, como hemos visto en la seccion V, el Consejo Real, escepto de aquellas que recaigan en asuntos de cuentas municipales, las cuales deben ir al Tribunal Mayor de Cuentas.

La sustanciacion de las apelaciones ante el Consejo Real, se aparta muy poco de la que siguen las demandas de que conoce en primera instancia, por cuya razon nos remitimos al artículo **CONSEJO REAL** en todo lo que se refiere á su organizacion judicial y á su procedimiento ordinario, limitándonos aquí á lo que presenten de especial los trámites de la apelacion, ó de la segunda instancia.

Dentro del término del emplazamiento debe el apelante personarse ante el Consejo para mejorar el recurso, deduciendo la demanda de agravios por medio de uno de los abogados del colegio de Madrid, apoderado debidamente, ó en su caso por el representante de la administracion, ó de las corporaciones que estan bajo su tutela. Con este escrito de demanda ó mejora de agravios debe presentar las certificaciones que al admitir la apelacion haya mandado entregarle el consejo provincial ó autoridad que haya dictado la providencia apelada, de que hemos hablado en la seccion IX, comprensivas, la primera de haber interpuesto el recurso y haberse notificado al apelado en tiempo y forma, y la segunda de la demanda, de la contestacion y demas escritos de las partes si los hubiere, de la sentencia apelada y de la probanza sobre que esta hubiere recaido (1). La demanda de agravios se debe redactar en la misma forma que las otras demandas que se presentan ante el Consejo, es decir, se estenderá con claridad y precision, refiriendo sencillamente los hechos que la motiven, reasumiendo por párrafos numerados los puntos de hecho y de derecho en que se funde, y concluyendo con la pretension que de ellos se deduzca y á cuya declaracion se aspire. En esta demanda no podrán introducirse mas preten-

siones que las hechas en la primera instancia, á menos que no se hayan podido deducir en ella (1). Así que podrán pedirse intereses y cualesquiera otras prestaciones accesorias vencidas despues de la definitiva apelada y los daños y perjuicios causados desde su pronunciamiento.

La demanda de agravios se notificará al apelado por medio de cédula, si se hubiere personado dentro del término del emplazamiento, quien deberá presentar la contestacion en la misma forma que la demanda á los veinte dias de haberse notificado. No podrá proponer en ella escepciones nuevas, á menos que no le haya sido imposible hacerlo en la primera instancia (2), como la de compensacion por causa posterior á la definitiva apelada. Si el apelado no se persona dentro del término del emplazamiento, se seguirá la instancia en su rebeldia con los estrados del tribunal. Podrá suceder que trascurrido el término del emplazamiento, y antes ó despues de ordenarse se siga la instancia en su rebeldia con los estrados, se presente la parte apelada, pretendiendo que se entiendan con ella las sucesivas diligencias, y que se le oiga en los términos que permita el estado del negocio. ¿Deberá en este caso tenerse por parte, y acceder á su solicitud? El reglamento del Consejo solo dice, que si el apelado no compareciere por medio de abogado en el término del emplazamiento, se seguirá la instancia en rebeldia. Este precepto no creemos debe entenderse en un sentido absoluto que comprenda el caso propuesto, pues de ser así, se atacará el sagrado derecho de defensa, sin que de esto se siga beneficio alguno al otro litigante, ni á la causa pública; porque, supuesto que la sustanciacion ha de seguirse por todos sus trámites hasta su conclusion definitiva, como se seguiria si aquel interviniese, y supuesto tambien que el procedimiento en rebeldia solo lo autoriza la renuncia de defenderse que arguye la no comparecencia, no hay motivo para rechazar su intervencion cuan-

(1) Artículo 162. Reglamento de 30 de diciembre de 1846. Real órden de 9 de abril de 1848.

(1) Art. 230 del real decreto de 30 de diciembre de 1846.

(2) Idem Idem.

dose presenta, siempre que quede en su fuerza lo actuado anteriormente. Esta doctrina es la admitida y corriente en todos los demás negocios y jurisdicciones, siendo tan patente la razón de equidad en que se funda, que no debe suponerse derogada por ningún precepto genérico.

¿Y en esta instancia de apelación habrá lugar á prueba? Punto es este de tanta trascendencia é importancia que no podremos dejar pasar sin exámen. El artículo 258 del reglamento del Consejo Real ordena, que en esta instancia de la apelación se observe lo dispuesto en los capítulos precedentes, con las modificaciones que contienen los artículos que siguen; y el 260 previene, que la sección, ó el Consejo en su caso, para mejor proveer, podrá ordenar se practiquen de nuevo ante ella las diligencias probatorias de primera instancia que estimare viciosas ó insuficientes, y también cualquiera otra clase de actuación ó prueba que no se hubiere practicado ante el inferior. Según el tenor de estos artículos no puede ponerse en duda que procede la prueba en la segunda instancia, cuando la practicada en la primera sea viciosa ó insuficiente, ó cuando en ella no se hubiere practicado, puesto que en estos casos puede el Consejo ordenarla. ¿Pero tendrán las partes derecho para proponerla y pedirla? Aunque ninguna disposición expresa encontramos en el reglamento del Consejo que las autorice para ello, y aunque el artículo 252 del mismo, en que se determinan los comprobantes que han de acompañarse con la demanda de agravios, nada se indica de presentación de nuevos documentos, ni ofrecimiento de nuevas pruebas, creemos, sin embargo, que la facultad otorgada al Consejo para ordenar la práctica de diligencias probatorias en los casos expresados, implica el derecho de los litigantes para solicitarlas y ofrecerlas, lo cual encuentra también un apoyo directo en el contexto del artículo 258 citado, que manda se observe en la segunda instancia lo dispuesto en los capítulos precedentes, sino se hallan modificados por los artículos posteriores, puesto que el artículo 122 concede

terminantemente á las partes el derecho de pedir y proponer probanzas en los términos que se previenen en los capítulos VIII, IX, X, XI, XII y XIII del título II, el cual no se halla modificado por los artículos 258 y siguientes. Las partes pueden, pues, presentar y pedir nuevas probanzas, quedando á juicio del Consejo el admitirlas ó desecharlas, según procedan, ó no, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 260 del referido reglamento. Si la prueba consistiere en nuevos documentos, deberán estos presentarse con la demanda de agravios ó su contestación, según se previene en los artículos 55 y 56, y si fuere de otra especie deberá proponerse y practicarse en el tiempo y forma ordenados en los artículos 122 y siguientes.

Terminada la discusión escrita, y preparado el informe y relación del proceso por secretaría de la sección de lo contencioso, se señalará día para la vista, haciéndose saber á las partes por cédula de uqier. Esta vista se verificará en la misma forma que está prescrita para los negocios de que conoce el Consejo en primera instancia.

El Consejo confirmará ó revocará en todo ó en parte la sentencia apelada, proveyendo de nuevo sobre los puntos en que la revocare, y si la apelación no hubiere recaído mas que sobre algún incidente, solo proveerá acerca de él, reservando al inferior la decisión de lo principal, excepto en el caso en que, revocando el fallo, pidieren todas las partes que decida sobre lo principal (1). Si la demanda de agravios ó su contestación contuviesen peticiones ó excepciones no propuestas en el inferior, el Consejo no decidirá sobre ellas, á menos que se tratare de compensación por causa posterior á la definitiva de primera instancia, de intereses ó cualesquiera otras prestaciones accesorias, vencidas después de la definitiva, ó de daños y perjuicios causados desde su pronunciamiento (2).

La sentencia que dicte el Consejo en ape-

(1) Art. 363, id.

(2) Art. 364, id.

APELACION.

175

lacion causa siempre ejecutoria, sin que se admita contra ella el recurso de revision. S. M., sin embargo podrá, cuando lo tuviere á bien, no conformarse con ella, dictando en consejo de ministros el decreto motivado que estime justo. Dicha sentencia se expedirá en forma de real decreto refrendado por el ministro de la Gobernacion de la Península (1).

Las apelaciones ó recursos contra las resoluciones que dictaren los gobernadores civiles sobre inclusion ó exclusion indebida en las listas electorales, mas bien pueden considerarse como asuntos contencioso-administrativos, que no como judiciales-civiles, á pesar de que se haya sometido su conocimiento á la jurisdiccion de las audiencias territoriales. Por eso hemos preferido tratar de ellas en este párrafo. Los trámites de este recurso son muy sencillos. Personado el recurrente por sí mismo ante la audiencia territorial respectiva, ó por medio de procurador, ó de mero apoderado, dentro de los quince dias primeros del mes de abril, supuesto que el 1.º debe el gobernador civil haber resuelto la reclamacion segun está mandado, presentará su recurso de agravios, solicitando la inclusion ó exclusion segun los casos. La audiencia pedirá en seguida al gobernador civil respectivo el expediente original, y venido que sea, la sala á quien haya correspondido el conocimiento, lo mandará pasar todo al ministerio fiscal y defensor de la parte, á cada uno por un dia y para el solo efecto de instruirse, y señalando en la misma providencia el dia para la vista con preferencia á otro cualquier negocio. Visto, la sala sentenciará inmediatamente lo que estime justo, y su sentencia causará siempre ejecutoria. Publicada esta se devolverá el expediente al gobernador civil de que proceda, dentro de los ultimos quince dias de abril con certificacion de la sentencia, de la cual se dará testimonio á la parte, si lo pidiere (2).

§. 4.º *De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los negocios de cuentas de la Hacienda pública.*

Hemos dicho en la seccion V, que de las apelaciones que se interpusieren de las sentencias ó providencias que dictaren los juzgados de Hacienda en materia de cuentas, cobranza de alcances y sus incidencias, así como de las que pronunciaren los consejos provinciales en materia de cuentas municipales, conocia el tribunal Mayor de Cuentas.

Los trámites de estas apelaciones son los mismos que establecen las leyes generales en los negocios comunes, á las cuales se refieran los artículos, de las ordenanzas de aquel tribunal, cuando indican el orden de proceder en ellas. Véase el artículo **TRIBUNAL MAYOR DE CUENTAS**.

§. 5.º *De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los negocios del fuero de guerra y marina.*

Al tribunal Supremo de Guerra y Marina hemos visto en la seccion V, que compete el conocimiento de las apelaciones que se interponen de los juzgados generales de guerra ó auditorias, así como de los juzgados de las intendencias ú ordenaciones militares. Tambien van á él en la forma allí indicada las apelaciones del juzgado privativo de Alabarderos. Aunque las leyes del procedimiento que en la segunda instancia debe seguir este tribunal en los negocios comunes sujetos al fuero de guerra, son las mismas que arreglan la sustanciacion en los tribunales ordinarios, y aunque está espresamente mandado que en la instruccion de las causas y pleitos se ajuste en un todo al reglamento, para la administracion de justicia, de 26 de setiembre de 1853, todavia se practica en él la forma antigua de mejorar las apelaciones que hemos dado á conocer en la seccion XI, sin que por esto se resista el nuevo procedimiento del reglamento que la abolió por completo. Así se ven elevarse unas apelaciones por un sistema y otras por otro, dependiendo esto, mas bien de las opiniones

(1) Arts. 217, 222 y 223 regl. de 30 de diciembre de 1846.

(2) Artículo 51 de la ley electoral de 18 de marzo de 1846.

particulares de los jueces que de reglas constantes de jurisprudencia. Cuando los jueces inferiores mandan en la providencia que admiten las apelaciones, que se remitan los autos originales ó en compulsa al superior, segun proceda, con citacion y emplazamiento de las partes, suelen los apelantes esperar la llegada de los autos al superior para personarse ante él y pedir se le entreguen para mejorar la apelacion, ó lo que es lo mismo, alegar de agravios; mas si aquella providencia se limita á admitir la apelacion en ambos efectos, úsase frecuentemente en Madrid mejorar la apelacion en la forma antigua, personándose desde luego ante el tribunal Supremo de Guerra y Marina con un escrito en que se refiere el pleito que se sigue, la sentencia ó providencia dada, la apelacion interpuesta y admitida, y se concluye suplicando que, habiéndole por presentado en grado de apelacion, se sirva mandar que el escribano de la auditoría ponga los autos originales en lo escribanía de cámara, previa citacion, á cuyo efecto se libre la oportuna certificacion. Este escrito se lleva antes al juzgado de la auditoría con el solo fin de que se certifique ó testimonie por el escribano de ella, bajo la autoridad del juez, que el procurador tiene presentados en autos poderes bastantes de la parte apelante; que la sentencia apelada es interlocutoria ó definitiva; y que la apelacion está admitida en ambos efectos, lo cual equivale á los testimonios formales y estensos que antes se usaban. Presentado el recurso ante el superior, formula este su decreto en estos términos. Hase á esta parte en el grado de apelacion que espresa: el escribano del juzgado de la auditoría de guerra de esta plaza ponga en escribanía de cámara íntegros y originales los autos que se refieren, citadas y emplazadas las partes en la forma ordinaria, á cuyo fin el apelante ponga dentro de seis dias en poder de dicho escribano la oportuna certificacion. Estendida esta, se le entrega al procurador bajo recibo, y este cuida de presentarla en la escribanía del juzgado para que se cumpla lo mandado por el superior.

Cuando el inferior admite la apelacion en un solo efecto, entonces pide el apelante en el escrito referido, que habiéndole por presentado en grado de apelacion, se sirva mandar que el escribano de la auditoría vaya á hacer relacion el día que se le señale, á cuyo efecto se espida la oportuna certificacion, cuya peticion tiene tambien lugar cuando el apelante aspira á que se le admita la apelacion en ambos efectos. En este caso, si el tribunal, vistos los autos en la forma pedida, estima que la apelacion procede en ambos efectos, decreta que se retengan los autos y pasen á la escribanía de cámara, entregándose á las partes por su orden para que presenten por escrito sus pretensiones, cuando así procede; mas si no le estima, decide el punto apelado.

En las apelaciones que se interponen de las sentencias ó providencias del juzgado privativo de Alabarderos hay las particularidades de fórmula que para su admision, conocimiento y decision se determinan en el convenio celebrado con fecha 10 de abril de 1839 entre el ministerio de la Guerra y el tribunal Supremo de Guerra y Marina, reducidas á que en la real orden en que se aprueba la sentencia del inferior, que segun ordenanzas debe ser consultada con S. M., se autoriza á aquel para que admita las apelaciones que procedan, y remita los autos al tribunal Supremo de Guerra y Marina, para que los sustancie y determine en las instancias y grados que correspondan hasta que recaiga sentencia, que con arreglo á las leyes deba causar ejecutoria, y á que la que dicte dicho supremo tribunal, se consulte con S. M. antes de publicarse en la forma acostumbrada.

Por lo demas, tanto estas apelaciones como aquellas de que conocen el juzgado general de artillería é ingenieros, y el de los capitanes generales de departamento en los negocios ordinarios sujetos á su fuero, siguen la sustanciacion que establecen las leyes comunes, en cuanto son aplicables á su organizacion, siendo de desear que desaparezcan los restos que aun quedan de los antiguos sistemas de mejora y de consulta,

APELACION.

177

basados sobre ideas que pugnan con el actual orden político.

§. 6.º *De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los negocios eclesiásticos.*

Después de la real orden de 10 de abril de 1836 de que hemos hecho mérito en otro lugar, las apelaciones de los tribunales inferiores eclesiásticos se han atemperado á los procedimientos que se observan en el fuero civil. El vicario debe admitir la apelacion lisa y llanamente en ambos efectos, remitiendo los autos originales al superior respectivo y emplazando á las partes para que acudan á usar de su derecho; todo lo mismo que se practica en los negocios del fuero ordinario. Poco mas tendríamos que decir, si no fuera porque en la Rota se guardan todavía las formas antiguas, que exigen una esplicacion mas detenida. El tribunal de la Rota es una concesion obtenida por el rey Carlos III de la corte romana, á fin de que todos los asuntos eclesiásticos se juzguen por jueces españoles, y se terminen definitivamente dentro del reino. Aun cuando las apelaciones se interponen para ante el M. R. Nuncio de su Santidad, este debe cometer su conocimiento á la Rota, siendo el único acto en que interviene su autoridad. Antes de la variacion introducida por la citada real orden de 1836, se presentaba el apelante por medio de procurador con un escrito pidiendo letras inhibitorias, citatorias y compulsorias, las cuales se mandaban expedir al juez inferior á fin de que se inhibiera y remitiera los autos en compulsa, citando previamente á los interesados. Este trámite es hoy superfluo, toda vez que se deben enviar los autos originales. En su consecuencia el apelante presentará un escrito al M. R. Nuncio, diciendo que habiendo llegado á su noticia que los autos se hallan en la secretaria del tribunal, y á fin de que puedan seguir su curso, le suplica que se sirva cometer su conocimiento á la Rota por medio de la abreviaduria. Esta, en virtud del riguroso turno que debe llevar, espide la comision, que se estiende en latin

TOMO III.

y se firma por el M. R. Nuncio, encargando la instruccion y conocimiento de aquel asunto al señor auditor á quien corresponda. Este hace de ponente en aquel negocio y entiende en las diligencias de sustanciacion hasta que se halle en estado de verse por la sala. Obtenido el despacho de comision, se presenta al auditor con un pedimento, solicitando se sirva aceptar el encargo que se le confiere y proceder segun corresponda en derecho. Dado este paso, el apelante toma los autos y espone de agravios, dándose traslado al apelado segun el método ordinario y admitiéndose dos escritos por cada parte. Concluido el negocio se cita á los litigantes para la vista pública, la cual se celebra con abogados ó sin ellos, dictándose luego la sentencia.

Como en este fuero es necesario que haya tres sentencias conformes para que resulte ejecutoria, siempre que no se verifique esta circunstancia, se puede apelar de la providencia de la Rota para ante ella misma. Esta apelacion sigue el trámite antiguo de mejora, para lo cual es necesario pedir el testimonio correspondiente, que comprende una relacion á la letra de la sentencia de que se apela: Armado el apelante de esta certificacion, debe presentarla en el término de 15 dias con un pedimento al M. R. Nuncio, solicitando que se tenga por mejorada la apelacion, y que para su curso se cometa su conocimiento á la Rota. Asi se acuerda, y se espide en latin la comision en la forma que ya hemos dicho, advirtiendo solamente que el auditor que hace de ponente en esta segunda instancia debe ser individuo de la otra sala, pues es sabido que la Rota no tiene mas que dos. Por lo demas la sustanciacion es enteramente igual á la anterior. Si de la segunda providencia que da la Rota cabe apelacion, se mejora en el mismo término y con las mismas formalidades que hemos espuesto; solo que en la comision en que se nombra el ponente, deben indicarse los corresponsales que han de fallar con él, los cuales no bajarán de cinco, contándose entre ellos los dos que han desempeñado igual cargo en el primero y segundo turno. Cuando resulta ejecutoria

25

por existir tres sentencias conformes, se espresa así en la última que la causa.

SECCION XII.

DE LA DESERCION Y DESISTIMIENTO DE LA APELACION.

En la seccion anterior hemos espuesto los trámites de la segunda instancia que se abre á virtud de la mejora de apelacion, bien se persone en ella el apelado, bien no; porque la no comparecencia de este no produce otro efecto que el de que se siga aquella con los estrados del tribunal en su rebeldia. Ahora vamos á examinar los efectos que produce la no comparecencia del apelante y su desistimiento.

Desercion. Interpuesta y admitida la apelacion, el apelante está en el deber de personarse ante el superior á mejorar el recurso dentro del término que hemos dado á conocer en la seccion X. Ya indicamos allí que en el fuero ordinario no suelen los jueces señalar el término del emplazamiento, ya porque no se les previene que lo hagan en el reglamento provisional para la administracion de justicia, ya tambien porque á pesar del término que en su defecto señala la ley 3, tit. 20, lib. 11 de la Novísima Recopilacion, es práctica constante, que si dentro de él no comparece é insta el apelado para que se declare por desierta la apelacion, manda librar el tribunal superior carta-orden para que se le haga saber que dentro del plazo que le designa comparezca á mejorar la apelacion, bajo apercibimiento de declararla por desierta. Esta práctica tiene sin duda su fundamento en el antiguo sistema de mejorar las apelaciones y tambien en la misma ley recopilada, la cual al propio tiempo que ordena que si el apelante no comparece dentro del término del emplazamiento, *finque firme el juicio*, esceptúa el caso en que *probare que no pudo seguir la apelacion á tiempo por alguna razon derecha*. Esta audiencia previa del apelante, implicitamente consignada en la ley, y la importancia de declarar caducado un recurso in-

terpuesto en tiempo, ha autorizado la práctica aun subsistente de mandar el tribunal superior que comparezca el apelante á mejorar la apelacion dentro del plazo que le asigna con apercibimiento de declararla por desierta y por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia ó providencia objeto del recurso. Si á pesar de este nuevo emplazamiento no comparece el apelante á la primera rebeldia que le acuse el apelado, se declara por desierta la apelacion y se le condena en las costas, mandándose al mismo tiempo que se devuelvan los autos al inferior para la ejecucion de la sentencia.

Por lo espuesto se ve, que para que en el fuero comun pueda el superior declarar por desierta una apelacion, es necesario, primero, que elevados los autos y no compareciendo el apelante, se haya personado el apelado y solicite la declaracion. El tribunal no puede hacerla de oficio. Si el apelado tampoco comparece ó no insta, el negocio debe quedar sin curso. Y segundo, que se le haya hecho saber la providencia en que el superior le manda comparecer dentro de cierto tiempo; que este haya trascurrido sin personarse y que inste nuevamente el apelado, acusándole la rebeldia.

Tambien puede suceder y sucede con frecuencia que, debiéndose remitir los autos al superior á costa del apelante, no se presente este á satisfacer los gastos ó importe del correo, y que por esta causa quede en suspenso el curso de la apelacion con perjuicio del apelado. Cuando tal suceda, debe este acudir ante el juez *á quo* con un escrito en que solicite, se haga saber al apelante que dentro del término que se le señale satisfaga el importe de la remesa de autos, á lo cual accederá el juez, señalándole el plazo que estime oportuno, atendidas la distancia de su domicilio y demas circunstancias. Si trascurrido el plazo no ha comparecido ni satisfecho el importe de remision, debe el apelado presentar otro escrito, solicitando se le vuelva á señalar nuevo término, con apercibimiento de que si dentro de él no comparece á cumplir con

APELACION.

179

lo mandado, se declarará por desierta la apelacion. Así se ordenará por el juez, y si trascurrido tambien este nuevo plazo, no comparece el apelante á satisfacer el importe de remision, acusada la rebeldia por el apelado y á su instancia, se declarará por desierta la apelacion y se mandará llevar á ejecucion la sentencia ó providencia apelada. Esta práctica ha dado lugar á que se cuestiona entre los teóricos, si el juez *á quo* tiene facultad para declarar por desierta la apelacion en este caso, ó si esta facultad es privativa del tribunal *ad quem*. Los que la niegan al juez ó tribunal *á quo* se fundan, en que interpuesta la apelacion y admitida en ambos efectos, queda el inferior sin jurisdiccion para conocer de aquel negocio, de donde se sigue que solo el superior es competente para resolver todas las cuestiones que se refieren al recurso interpuesto. Sin embargo de que el principio es cierto, su aplicacion práctica al caso en cuestion choca abiertamente con la equidad y con otros principios ó máximas legales. Interpuesta y admitida la apelacion, puede el apelante abandonarla desde aquel mismo momento, espresando esta voluntad tácitamente, en el hecho de no querer satisfacer los gastos de remesa de autos al superior, como puede espresarla despues de remitidos, en el hecho de no querer presentarse ante el superior á mejorarla. Mientras no obren realmente los autos en el tribunal *ad quem*, el juez *á quo* conserva la jurisdiccion necesaria para llevar á ejecucion la providencia en que ordena su remesa á costa del apelante; pero como no puede obligar al apelante á que satisfaga su importe, puesto que tiene derecho para desistir de la apelacion tácita ó espresamente, de aquí nace la jurisdiccion de aquel para dictar las correspondientes providencias á fin de que resulte por hechos indudables la voluntad del apelante respecto á continuar ó desamparar la apelacion interpuesta. Si requerido este por una y otra vez para que cumpla la inmediata obligacion que le impone el recurso interpuesto y admitido, desobedece los preceptos judiciales, hay una presuncion legal de su renuncia,

que puede y debe declarar el juez *á quo*, porque no hay ley que se lo impida y porque redunde en beneficio de las partes y de la pronta administracion de justicia. De acudir al superior para que hiciese esta declaracion, no podria prescindirse de sacar un testimonio de los autos, suficiente á justificar la pretension del apelado, ó de ordenar aquel que el inferior informase; de otorgarse nuevos poderes en la generalidad de los casos; de citarse nuevamente al apelado; de hacerse formal relacion y de decidirse en vista, todo lo cual produciria dilaciones y gastos innecesarios. Por todas estas razones estamos por la opinion que concede al juez *á quo* la facultad de declarar por desierta la apelacion en el caso propuesto, previos los dos requerimientos indicados; la cual es ademas la que ha adoptado la práctica de los tribunales. Cuando la apelacion se ha admitido solo en el efecto devolutivo y el apelante no comparece á sacar la compulsa, como tiene derecho á esperar la ejecucion interina de la sentencia para que se remitan los autos originales, solo cuando llegue este caso procede cuanto anteriormente dejamos manifestado respecto á la declaracion de desercion por el juez *á quo*.

En los asuntos mercantiles está señalado por la ley un término fatal y perentorio para presentarse el apelante ante el superior á mejorar la apelacion. Trascurrido y acusada una sola rebeldia por término de tercero dia que se notificará en estrados, el tribunal superior declarará sin mas trámites por desierta la apelacion, devolviendo los autos al inferior para que lleve á efecto la sentencia ó providencia apelada (1).

En los negocios contencioso-administrativos está tambien prevenido que, si el apelante no mejora el recurso dentro del plazo y en la forma que determina el reglamento de 30 de diciembre de 1846, se declarará la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada á la primera rebeldia que le acuse el apelado.

En los tribunales de Guerra y Marina y en

(1) Art. 401, ley de Enjuiciamiento.

los eclesiásticos, se siguen las reglas prescritas para los ordinarios en los negocios comunes, con solo las diferencias á que dá lugar la práctica antigua de mejorar las apelaciones, observada todavía en algunos de ellos.

Los legisladores de casi todos los países han llevado su solicitud hasta el punto de fijar un plazo fatal, dentro del cual debiera terminarse la instancia de la apelacion, bajo la pena de tenerse por desierta y la sentencia por firme y ejecutoria. El Derecho Romano fue el primero que señaló el término de un año para este objeto, y de él lo tomaron las leyes civiles y canónicas. Pero es de admirar que siendo nuestras Leyes de Partidas una copia del código y Digesto de Justiniano, no se encuentre en ellas adoptada esta disposicion, y si en las del Ordenamiento de Alcalá, que en muchas materias importantes derogaron los principios y doctrinas romanas que aquellas consagraban. Pero sea la causa la que fuere, lo cierto es que nuestras leyes recopiladas disponen, que la segunda instancia se acabe dentro del término de un año, contado desde el dia en que el apelante se hubiese alzado de la sentencia. A pesar de las poderosas razones y motivos de pública utilidad en que esta medida se funda, dudamos mucho que haya sido nunca fielmente observada, ni que haya producido los ventajosos resultados que á primera vista promete. Nada mas justo que se ponga un freno á la malicia de los litigantes, impidiendo que se dilaten los pleitos en perjuicio de ambas partes y de la causa pública. Llevado el legislador de este deseo natural, y conociendo que algunos se alzaban para evitar la ejecucion de la sentencia y que conseqüido este objeto abandonaban la instancia, ó eran sumamente morosos en su prosecucion, trató de corregir este fraude, señalando un plazo fatal para que la concluyesen. Sin embargo, este proyecto tan sencillo al parecer, encuentra mil dificultades que lo hacen irrealizable, al paso que tampoco protege al apelado, quien puede lograr su intento por otros medios mas naturales y expeditos. La primera cuestion que ventilan los autores

prácticos con sumo calor es saber, si cumple la parte apelante con poner la causa dentro del año conclusa, y en disposicion de que la falle el juez; ó es menester que se acabe efectivamente por medio de una segunda sentencia. Razones hay en favor de ambas opiniones, si bien la segunda se halla muy conforme con el testo literal de la ley. Esta dice que el apelante esté obligado á *proseguir* y *acabar* el pleito; por manera que sea librado desde el dia que se alzó hasta un año. Los verbos *proseguir* y *acabar* de que usa demuestran que en este plazo se debe dar la sentencia, porque solo con ella se acaba verdaderamente el pleito; pues la conclusion indica solo que el litigante por su parte ha alegado ya todas sus razones y no tiene mas que esponer en su favor. Mas á seguida, la misma ley que ordena lo anterior, admite dos escepciones que vienen á inutilizarla cumplidamente. La primera tiene lugar cuando el apelante *oviere* embargo derecho, porque non la pueda seguir ni librar, pues probando un justo impedimento, no le perjudica el trascurso del año. Hé aquí otro semillero de dudas y cuestiones; porque si bien la ley está clara en mandar que no se impute al apelante el tiempo que estuviere impedido, no determina el que se le deberá luego conceder, y si tendrá solo el que le falte hasta completar el año útil, ó gozará de todo él íntegramente. La segunda escepcion consiste, en que la dilacion provenga de la morosidad del juez, pues si el litigante puso toda su diligencia en activar y terminar el pleito, cumplió por su parte, y no debe sufrir las consecuencias de un hecho que no está en su mano evitar.

Seria ocioso que nos detuviéramos mas en esta materia, porque toda ella ha llegado á ser inútil en la práctica de los tribunales. Ya lo testifica el conde de la Cañada de su tiempo, dando por razon «que radicados los autos por via de apelacion en el superior competente, proveen las leyes de oportuno remedio á las partes que obtuvieron la sentencia, para que insten su brevedad; y quando no lo hacen, vienen á caer en el medio ya insinuado de proceder con uniforme acuer-

APELACION.

181

do en la suspension temporal de la causa, que es el primer fundamento en que puede consistir el no suscitarse controversias en los tribunales sobre el tiempo que señalan las leyes para seguir y acabar las apelaciones. En el dia esta opinion se ha elevado ya á la categoria de principio, porque es sabido que, cuando las partes sobreseen en las diligencias de los procedimientos civiles, el tribunal no puede de oficio escitarles á que las continúen. Supónese que ambos litigantes se convinieron mutuamente en esta suspension, y como ella puede servir de preliminar á un arreglo amistoso, tan preferible á las vias judiciales, no le es permitido al juez meterse á perturbar de oficio la tranquilidad y planes de los interesados. Si la parte que obtuvo la sentencia á su favor, no ve con gusto las dilaciones maliciosas de su adversario, en la mano tiene el remedio para instar la prosecucion de la instancia, acusando la rebeldia al apelante, bastando una sola para que obre todos sus efectos y consiga el intento que se propone. Este remedio, que es el que se practica como el mas natural y mas espedito, hace innecesaria la fijacion de un plazo fatal para acabar la apelacion. Por otro lado los tribunales superiores á donde van las apelaciones, estan por lo general recargados con la multitud de pleitos y causas que á ellos se elevan y no pueden terminarlos dentro de aquel plazo. Esta imposibilidad, que nace de la escencia de las cosas, y que no depende, ni pueden evitar los litigantes ni los jueces, es otra de las causas que impiden se cuente el término del año para aplicar á los apelantes la pena que marca la ley.

Desistimiento. El apelante puede tambien abandonar la apelacion por medio de formal desistimiento. Este es la renuncia espresa del recurso interpuesto, así como la desercion es la renuncia tácita del mismo. Si el desistimiento se presenta ante el superior, despues de remitidos los autos por el inferior, conferirá traslado á la otra parte, y con su conformidad tendrá al apelante por desistido y apartado de la apelacion, le condenará en las costas y mandará devolver los

autos al inferior para que ejecute la sentencia, que por lo mismo habrá adquirido fuerza de ejecutoria.

Pero si el desistimiento se propone ante el inferior antes de haberse remitido los autos al superior, puede suscitar la duda, y de hecho hay variacion en la práctica de los juzgados, de si producirá el efecto de anular la apelacion é impedir sus consecuencias, ó desi, no obstante su interposicion, podrá el juez inferior, declarando el desistimiento, mandar que se retengan los autos, de cuyo conocimiento se desprendió ya por la apelacion admitida. Los que opinan por el último extremo, que en verdad son los menos en número, solo presentan en su abono la misma razon de riguroso derecho que espusimos antes al hablar de la desercion, á saber: que el inferior no tiene ya jurisdiccion ni competencia, habiéndolas devuelto por su auto en que admitió la apelacion al tribunal superior, quien únicamente tiene facultad para decidir sobre aquel incidente, debiendo por otra parte el apelante pagar la culpa de su incomprensible ligereza. Mas en apoyo de la opinion contraria, puede alegarse: 1.º que si se remiten los autos al superior para que decida sobre el desistimiento, no solo redundan esta medida en daño del apelante, sino tambien del apelado, que tardará mas tiempo en ser puesto en posesion de los derechos que le adjudica la sentencia. Por otra parte, no pudiendo el tribunal superior mandar nada nuevo, es un rodeo inútil, saltándose á la máxima tan sabida de filosofia y de derecho, *frustra fit per plura, quæ fieri potest per pauciora*. Creemos, pues, digno de adoptarse como un término medio, que cuando el apelante presenta el escrito de desistimiento antes de la remesa de los autos, el juez debe dar traslado al contrario, y si este se conforma, debe suspender su envio, declarar sin efecto la apelacion, y proceder á la ejecucion de la sentencia. Mas si el apelado no se conforma con el desistimiento, entonces la apelacion debe seguir su curso y remitirse los autos segun corresponda al tribunal superior. La razon que nos mueve á emitir esta opinion, consiste en que el apelado ha ad-

quirido por la apelacion de su contrario un derecho á solicitar del superior las ventajas que no hubiese conseguido en primera instancia, del cual no puede privarle sin su consentimiento la variacion repentina é inmotivada de voluntad de su contrario. Esta materia se roza muchísimo con las apelaciones accesorias, por cuya razon nos referimos á la seccion II del capítulo cuarto.

CAPITULO TERCERO.

DE LA APELACION Y CONSULTA EN MATERIA CRIMINAL.

Espuesta ya en el capítulo anterior la doctrina referente á las apelaciones en materia civil, vamos á tratar en este de la apelacion y consulta en materia criminal, bajo el mismo método y con estension á las mismas jurisdicciones. Y no se crea que al hacer uso de la palabra criminal para calificar la materia objeto de este capítulo, nos ponemos en oposicion con el lenguaje del Código penal vigente, pues si bien es cierto que en la clasificacion que hace este de los actos punibles, no ha denominado crimen ni al género ni á ninguna de sus especies, tambien lo es que ha empleado la palabra criminal en el sentido estenso que nosotros le damos en este artículo, y que con nosotros le dan tambien la jurisprudencia y el lenguaje comun, como lo comprueban los capítulos segundo, tercero y cuarto del título I, los cuales tratan esclusivamente de las circunstancias que quitan, atenúan ó agravan la responsabilidad criminal.

La importancia y gravedad que envuelve el procedimiento criminal, en que por una parte se interesa la libertad, la honra y muchas veces el porvenir y la vida del individuo, y por otra el orden social y la moralidad pública, han obligado al legislador á procurar la imparcialidad y rectitud en los fallos, estableciendo en la generalidad de los casos la revision de ellos por el superior, aun cuando las partes se aquieten con lo sentenciado en primera instancia. Este es el origen de la consulta, supletoria de

la apelacion, que dá entrada como esta á la segunda instancia, y cuyo procedimiento es idéntico en la mayoría de los casos. He aquí el motivo que nos ha movido á tratar de ambas en un solo capítulo, aunque con las correspondientes distinciones.

Como las leyes del procedimiento criminal no son tan completas como las del civil, y como en algunos casos son aplicables á entrambos los mismos principios y doctrinas, de aquí la necesidad de llenar las lagunas del primero con la aplicacion de las disposiciones del segundo, siempre que no lo resista su especial naturaleza. Téngase esto presente para consultar lo que dejamos explicado en el capítulo anterior, en los casos no espresados en las secciones siguientes:

SECCION I.

DE LAS SENTENCIAS Ó PROVIDENCIAS QUE SON Ó NO APELABLES.

Dando aquí por repetido lo espuesto al principio de la seccion II del capítulo segundo, y siguiendo el orden allí establecido, nos ocuparemos en primer lugar de las sentencias ó autos definitivos, y despues de las providencias ó autos interlocutorios.

Sentencias definitivas. Es apelable toda sentencia ó auto definitivo dictado en causa criminal, por falta ó delito comun, bien se haya seguido el proceso de oficio, ó á instancia de parte, bien ante los tribunales ordinarios ó especiales (1).

Las antiguas leyes penales, rigurosas siempre en los castigos, lo fueron tambien en el procedimiento, privando al reo del recurso de apelacion en una multitud de casos, ya por declarar inapelables ciertas sentencias, ya por privar del derecho de apelar á ciertos condenados. Por este motivo no cabia apelacion segun la ley de Partidas (2) de las sentencias pronunciadas en causas de robo ó hurto, sedicion, fuerza ó rapto, falsificacion y homicidio alevoso, si

(1) Reglam. provisional, art. 84, 14. Ley provisional para la ejecucion del Código penal. Regla 37.
(2) Ley 16, tit. 13. Part 3, Tomo I.

APELACION.

183

resultaba probado el delito por deposicion de testigos fidedignos, ó por confesion del reo, hecha en juicio sin premia. Tampoco habia apelacion de las sentencias condenatorias por los delitos de heregia, lesa magestad, y sodomia; y segun los intérpretes, ni de las dictadas contra reos de delitos notorios, ni en los casos de hermandad (1). Este rigor de las leyes, contrario evidentemente á los preceptos de la razon y de la equidad, lo fue mitigando la jurisprudencia, hasta que por fin ha desaparecido de las leyes vigentes, las cuales han procurado hermanar en lo posible la latitud de la defensa con la prontitud del castigo.

La apelacion es hoy un recurso concedido á todo sentenciado por delito comun, sea de la especie que quiera, ó por cualquiera falta. No lo deniega la ley, como en lo civil, en los casos de corta entidad, lo único que hace es someterlo á un procedimiento breve y sencillo, como veremos en su lugar.

Las sentencias que el jurado de jueces de primera instancia pronuncia en los procesos sobre delitos de imprenta, no son en ningun caso apelables.

En las causas de fraude y contrabando son apelables en ambos efectos las sentencias definitivas que condenan al procesado á una pena corporal, ó si la condenacion es pecuniaria siempre que llegue esta á diez mil reales vellon (2). Son tambien apelables, aunque en solo el efecto devolutivo, las sentencias que condenan á pena pecuniaria, si esta llega á cinco mil reales; mas si las condenaciones pecuniarias no llegan en su totalidad á dicha suma, no se dá contra ellas el recurso de apelacion. Cuando estas sentencias no apelables, comprendan algun apercibimiento, el sentenciado contraerá la apelacion á solo el apercibimiento, por ser esta la única parte de la sentencia que puede reclamar (3).

En los procesos por delitos militares ú otros de que conocen los consejos de guerra ordinarios y extraordinarios, ó de oficiales ge-

nerales, no cabe apelacion contra las sentencias definitivas que los mismos pronuncian, solo ha lugar á consulta en los casos y forma que diremos mas adelante.

En las causas eclesiásticas, incluso las de fé, son apelables las sentencias definitivas lo mismo que en el fuero comun. Correspondiendo á la potestad temporal dictar las reglas del procedimiento por tocar tan de cerca al órden público, nuestras leyes han dispuesto, que los tribunales eclesiásticos se arreglen á las leyes civiles en cuanto á admitir las apelaciones, remision de autos al superior y trámites del procedimiento. Por esta razon carecen de fuerza entre nosotros los cánones que privan del derecho de apelar al sentenciado por ciertos delitos, ó que declaran inapelables ciertas sentencias definitivas, como lo disponian tambien nuestras antiguas leyes, derogadas hoy por el reglamento provisional para la administracion de justicia y por la ley provisional para la aplicacion del Código penal. Cuando los preladados eclesiásticos proceden gubernativamente en la imposicion de censuras y penitencias, en los casos en que esto les es permitido, ya para prevenir un delito, ya para castigar las faltas de disciplina de sus subordinados, no suele admitirse apelacion de estas providencias estrajudiciales.

Sentencias interlocutorias. En materia criminal, lo mismo que en materia civil, son apelables las sentencias interlocutorias con fuerza de definitivas, dictadas en las causas formadas por delitos comunes, y tambien en las eclesiásticas. Antes que el proceso se haga público y tengan en él intervencion todas las partes, pueden dictarse algunas providencias que causen un daño irreparable por la definitiva, en cuyo caso no seria justo que se les privase del derecho de reclamar contra ellas por el recurso ordinario de la apelacion, siempre que este recurso no suspenda el procedimiento, ni la ejecucion de lo apelado. Por estas razones es apelable el auto de prision, en solo el efecto devolutivo; porque si consideraciones se deben al que solo es tenido como presunto reo, no se deben menos á la sociedad interesa-

(1) Gutierrez. *Práctica criminal*. Cap. 10.

(2) Art. 183. *Ley de 30 de mayo de 1830.*

(3) Arts. 184, 185 y 186 *id.*

da en el pronto castigo de los verdaderos delincuentes. La naturaleza especial de las causas criminales hace que las apelaciones de las providencias interlocutorias con fuerza de definitivas sean únicamente admisibles en la generalidad de los casos en solo el efecto devolutivo, pues de admitirlas en ambos, aun en los casos en que se haya formado artículo de previo y especial pronunciamiento, se vería continuamente paralizada la sustanciación de los procesos en daño conocido de la causa pública. La apelación de la providencia que recaiga á la declinatoria de jurisdicción, declarándose el juez competente, asimismo la que se dicte en contra de la recusación del mismo, creemos que debe admitirse en ambos efectos, porque interesa á la jurisdicción é imparcialidad del juez que quiere la ley presidan á todos sus actos como tal.

En las causas de fraude y contrabando no son apelables las providencias interlocutorias de los subdelegados (1). Este precepto de la ley solo es extensivo, como claramente indican sus palabras, á las meramente interlocutorias que puede el mismo juez reponer, no á las que tienen fuerza definitiva por causar un perjuicio irreparable á cualquiera de las partes.

En los procesos militares, en que no es apelable la sentencia definitiva, tampoco lo son las interlocutorias con fuerza de tales, sirviendo únicamente su reclamación para que el consejo las resuelva desde luego y las consulte si afectan á su jurisdicción, ó en otro caso las reserve para definitiva.

SECCION II.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN APELAR, DENTRO DE QUÉ TÉRMINO, PARA ANTE QUIÉN Y EN QUÉ FORMA.

Determinadas en la sección anterior las sentencias que son ó no apelables, vamos á dar á conocer las personas á quienes se concede el derecho de apelar, y las circunstan-

cias que deben acompañar á la interposición del recurso, porque es sabido que el valor real de un derecho no consiste solo en tenerlo, sino en ejercitarlo además dentro de las condiciones legales.

§. 1.º *Personas que pueden apelar.*

Este es uno de los puntos en que el derecho civil viene á completar el criminal por ser aplicables á uno y otro los mismos principios. No solo puede apelar el reo, sino cualquiera otra persona á quien perjudique la sentencia, y con tanta latitud concedieron este derecho las Leyes de las Partidas, que lo otorgaron á los parientes del sentenciado en causa de sangre, aun contra la voluntad de este, y á los extraños que se movieren á ello por amor ó piedad; bien que para que en este caso fuese valedera la apelación interpuesta, era necesario que el reo la otorgase y consintiese (1). Véase por lo demás la sección III del capítulo segundo.

§. 2.º *Dentro de qué término debe interponerse la apelación.*

Teniendo presente cuanto hemos dicho en la sección IV del capítulo segundo, solo diremos en este lugar, que el término para apelar de las sentencias dictadas en causas criminales sobre delitos comunes, á que por la ley está señalada pena corporal, es el de cinco días, contados desde la notificación de la sentencia. Mas si la apelación fuese de sentencia dictada en causa sobre delito liviano á que por la ley no se impone pena corporal, debe aquella interponerse precisamente dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la sentencia, pues de no apelar en dicho término, causará esta ejecutoria y será llevada desde luego á efecto por el juez (2).

En los juicios sobre faltas, el término para apelar es el de tres días, contados desde el siguiente al de la notificación (3).

(1) Ley 6, tit. 23, part. 3.

(2) Art. 51, regla 14 del reglamento provisional.

(3) Regla 12 de la ley provisional para la aplicación del Código penal.

(1) Art. 190, ley penal de 30 de mayo de 1830.

APELACION.

183

En las causas de fraude y contrabando el término para apelar es el de cinco días, pues no señalando otro la ley debe estarse al común.

En las causas eclesiásticas es el de diez días, cuya disposición se observa sin embargo de lo establecido por la ley civil respecto á los trámites de los procesos.

En materia civil, el efecto que produce el consentimiento de la sentencia por la no interposición del recurso de apelación, es el dar á lo sentenciado fuerza de cosa juzgada; no así en materia criminal, en los casos en que la sentencia del inferior debe consultarse.

§. 3.º *Ante quién y para ante quién debe apelarse.*

En materia criminal, lo mismo que en materia civil, el principio es que la apelación debe interponerse ante el juez que dicte la sentencia para ante su inmediato superior, de modo que la cuestión se reduce á determinar este grado en todas las jurisdicciones que entienden de negocios criminales en que cabe el recurso de apelación.

En los negocios sobre faltas, la apelación debe interponerse ante el alcalde ó teniente alcalde que haya dictado la sentencia, para ante el juez de primera instancia del distrito á que corresponda su demarcación (1), y en país extranjero del vice-cónsul para el cónsul su superior (2).

En las causas de que conocen los jueces de primera instancia en primer grado, ante estos y para ante la audiencia del territorio á que corresponda el juzgado (3).

En las causas de fraude y contrabando y demas, de que conocen las subdelegaciones de rentas, ante los subdelegados y para ante la audiencia del territorio (4). Exceptuase el caso en que la causa se haya instruido como incidente de algun negocio de cuentas de los sometidos á la jurisdicción especial del tri-

bunal Mayor de Cuentas, en el cual ha de interponerse la apelación para ante este tribunal (1).

En las causas por delitos comunes cuyo conocimiento compete á los capitanes generales con acuerdo de su asesor, deben interponerse las apelaciones para ante el Supremo tribunal de Guerra y Marina, y para ante el juzgado general establecido en Madrid las que sobre iguales negocios se sustancien en los juzgados especiales de artillería é ingenieros. Las que se pronuncien por el juzgado privativo de Alabarderos con igual motivo, deben apelarse para ante el tribunal Supremo de Guerra y Marina despues de aprobada la sentencia por S. M.; y para ante el general del departamento de marina respectivo la que se interponga de las comandancias de provincia, pues en tales causas son los mismos que en materia civil los grados de la jurisdicción de Guerra y Marina. Solo hay un caso esceptuado en el fuero de marina, y es cuando la apelación es de sentencia de muerte, en el cual debe interponerse para ante el Supremo tribunal de Guerra y Marina (2). En las causas por delitos militares y demas de que conocen los consejos de guerra ordinario ó extraordinario, ó de capitanes generales, como no cabe apelación, sino consulta, reservamos para la siguiente sección el dar á conocer el superior á cuya aprobación deben someter sus fallos.

De las sentencias ó providencias que como jueces de primera instancia dictaren los cónsules españoles acreditados en país extranjero, ó los que hacen sus veces, en las causas de que pueden conocer hasta su terminación, ha de apelarse ante ellos, y para ante la audiencia territorial, ó para ante el tribunal superior inmediato del fuero del sentenciado, si este lo tiene especial (3).

Finalmente, en las causas eclesiásticas los grados de jurisdicción son los mismos que en los demas asuntos, por cuyo motivo

(1) Regla 44 de la ley provisional para la aplicación del Código penal.

(2) Art. 7, real decreto de 29 de septiembre de 1843.

(3) Art. 58. 1.ª regla provisional.

(4) Real orden de 27 de noviembre de 1835, 17 de diciembre de 1835, 15 de marzo de 1836, 6 de febrero de 1839 y 20 de febrero de 1841.

(1) Real orden de 20 de julio de 1831: 28 de enero de 1839.

(2) Art. 33, ordenanzas de matrícula de mar de 12 de agosto de 1802.

(3) Arts. 12 y 18, real decreto de 29 de septiembre de 1848.

debe tenerse aquí por repetido lo que dejamos dicho en la sección V del capítulo segundo, pues si bien antes había tribunales especiales para las causas de fé, cesaron estos, abolida que fue la inquisición, habiéndose devuelto el conocimiento de ellas á los ordinarios para que las sustancien en igual forma que las demas (1).

§. 4.º *En qué forma debe apelarse.*

También en este punto se diferencian muy poco las leyes civiles y las criminales. En los juicios sobre faltas, como que está prohibido espresamente admitir ningún género de escritos (2), es claro que la apelación debe interponerse de palabra, lo cual y su admisión se hará constaren seguida del testimonio del acta y de la sentencia (3).

En todas las demas causas la apelación podrá interponerse de viva voz, haciéndose constar por diligencia, ó por escrito. Véase por lo demas lo espuesto en la sección VI del capítulo segundo.

SECCION III.

DE LAS SENTENCIAS Ó PROVIDENCIAS QUE DEBEN CONSULTARSE.

Ya hemos indicado al principio de este capítulo que la consulta necesaria de las sentencias definitivas, era una garantía en favor de la imparcialidad y rectitud de los fallos judiciales. Cuando esta procede, nada significa ante la ley la aquiescencia del sentenciado que arguye la no apelación en tiempo, por lo cual no adquiere la sentencia fuerza de ejecutoria. Sin duda por esto no son ya tan frecuentes como antes las apelaciones en las causas por delitos comunes, pues elevándose el proceso al superior por la consulta y abriéndose con ella la segunda instancia, como si se apelase, no

tienen los agraviados necesidad de aquel acto para que se les oiga, y para reclamar la revocación en todo ó en parte de la sentencia consultada.

En las causas por delitos comunes á que la ley impone pena corporal, deben siempre consultarse con el superior inmediato los autos definitivos que en ellas se dicten. El juez de primera instancia los consultará con la audiencia de su territorio. También consultará el subdelegado de rentas con la audiencia de su territorio los definitivos que dicte en causas cuyo conocimiento corresponda á aquella en segunda instancia.

Y no solo deben consultarse los autos definitivos, sino también los de sobreseimiento (1), y los en que se declaren incompetentes para conocer de la causa.

Como en las causas por delitos comunes de que conocen los tribunales permanentes del fuero de Guerra y Marina deben arreglarse en un todo al reglamento para la administración de justicia de 26 setiembre de 1833, deben los juzgados de las auditorías y los de las comandancias de marina consultar sus definitivos con el tribunal Supremo de Guerra y Marina, lo mismo que los autos de sobreseimiento y los que proveyesen declarándose incompetentes.

En las causas cuyo conocimiento compete á los consejos de guerra, la consulta á que la ley las somete, es de índole distinta, puesto que por ella no se abre propiamente una segunda instancia en que se oiga nuevamente al reo, sino que solo se aspira á la aprobación ó desaprobación de la sentencia, por los mismos méritos del proceso. Las que se sentencian por los consejos de guerra ordinarios, deben elevarse íntegros al capitán ó comandante general por el conducto correspondiente, para que oyendo á su auditor, apruebe ó desapruebe la sentencia (2). Cuando no se conforma con ella debe remitirse el proceso al tribunal Supremo de Guerra y Marina para su final decisión (3). Si el con-

(1) Real cédula de 6 de febrero de 1829, real orden de 1.º de junio de 1833.

(2) Regla 5.ª de la ley provisional para la ejecución del Código penal.

(3) Regla 12.ª de la ley provisional para la ejecución del Código penal.

(1) Art. 30. 4.º reglamento provisional.

(2) Arts. 54 y 59 Trat. 8.º tit. 5.º Ordenanzas generales del ejército. Real orden de 26 de octubre de 1769.

(3) Real orden de 14 de abril de 1837.

APELACION.

187

sejo de guerra ordinario corresponde al cuerpo de artillería, ó al de ingenieros, el proceso pasa á la aprobacion ó desaprobacion del comandante, con acuerdo de su asesor, y si no se conforma con el fallo del consejo, consultará entonces con el director general del cuerpo con el proceso original y las razones en que se funde la suspension de la sentencia, á fin de que con el asesor general decida lo que debe practicarse (1). En el fuero de marina debe pasarse al capitán general del departamento, para que con acuerdo tambien de su auditor, apruebe ó desapruebe la sentencia.

Los procesos sentenciados en consejo de guerra extraordinario, establecido por real orden de 18 de abril de 1799, para los casos en que el reo, siendo de la clase de tropa, esté graduado de oficial, deben tambien elevarse al capitán ó comandante general para su revision y aprobacion ó desaprobacion de la sentencia, como antes se ha dicho, con solo la diferencia de que debe aquel jefe consultarla á S. M. con remision de la causa, cuando se imponga al reo la pena de privacion, degradacion ó muerte; en la misma forma que cuando no se conforme con el definitivo del consejo (2).

Las causas falladas en consejo de guerra de oficiales generales se elevan siempre á S. M. para la aprobacion de la sentencia, si la dictada por el consejo causa ejecutoria segun ordenanza, y en consulta para su aprobacion ó desaprobacion, cuando la sentencia condena al encausado á degradacion, privacion de empleo ó muerte (3).

Los procesos que se sustancian por las comisiones militares ó consejos de guerra permanentes, suelen seguir, despues de fallados, los mismos trámites que los que se instruyen en consejo de guerra ordinario; pero como estos tribunales de escepcion no se hallan por la ley sujetos á mas reglas que las que suele imponerles la autoridad que

los nombra, puede haber casos en que se hayan modificado aquellos trámites.

Por lo demas puede verse el artículo **CONSEJOS DE GUERRA**.

SECCION III.

DEL PROCEDIMIENTO EN LAS CAUSAS REMITIDAS EN APELACION Ó EN CONSULTA AL TRIBUNAL SUPERIOR.

Hemos hablado en las secciones anteriores de las providencias y sentencias que son ó no susceptibles del recurso de apelacion, así como de aquellas que, ora se apele de ellas, ora no, deben consultarse con el tribunal superior á fin de obtener su aprobacion ó de que recaiga su censura; y hemos examinado tambien con relacion á las providencias y sentencias apelables cuáles son las personas que pueden interponer este recurso, dentro de qué término debe utilizarse, para ante quien y en qué forma. El orden mismo de las cosas nos lleva ahora á examinar los trámites que deben observarse en la segunda instancia de las causas criminales, ya sea que estas se remitan en apelacion, ya en consulta á los tribunales superiores. Estas causas pueden ser de diferente índole, como lo son los juicios á que dan lugar. Si se han instruido para castigar alguna falta, cuya pena es liviana y de poca monta, el procedimiento es mas breve y sencillo que el que se observa en la segunda instancia de los juicios que tienen por objeto delitos comunes. Si los juicios versan sobre delitos del fuero de Guerra y Marina el procedimiento en la segunda instancia tiene algunas particularidades que es preciso dar á conocer; y finalmente, si la causa versa sobre delitos concernientes al fuero eclesiástico, es necesario ver hasta qué punto difiere la tramitacion de la segunda instancia de los demas juicios. Nos proponemos, pues, tratar del procedimiento en la segunda instancia de las causas remitidas en apelacion y consulta en todas las relaciones y casos que acabamos de indicar, y á este efecto para facilitar la claridad en la esposicion de

(1) Reglamento 14, art. 42 y 43 de las ordenanzas de artillería y reglám. 10, art. 12 y 13, ordenanzas de ingenieros.

(2) Art. 8 de la real orden de 18 de abril de 1799.

(3) A. 19. 21 y 22, tit. 2, trat. 8, ordenanzas generales.

cuan to tengamos ocasión de decir, dividiremos la seccion presente en los cuatro párrafos de que vamos á ocuparnos.

§. 1.º *De la susanciacion y trámites de la apelacion en los juicios sobre faltas.*

Hemos dicho ya, que dictada la sentencia por el alcalde en esta clase de juicios, puede la parte agraviada interponer apelacion, de la cual ha de entender el juez de primera instancia del partido. Pero como el juez necesita forzosamente conocer las actuaciones practicadas ante el alcalde, y por ellas la naturaleza del hecho, las consideraciones ó medios de defensa espuestos por el procesado y el fallo que hubiere recaído, debe el segundo ante todas cosas preparar una copia testimoniada del acta del juicio y de la sentencia que hubiese dictado, poniendo á continuacion nota espresiva de haberse admitido el recurso de apelacion interpuesto por cualquiera de las partes (1).

La disposicion que acabamos de citar dice en su segundo párrafo que *á continuacion de la copia testimoniada se pondrá nota de haberse admitido la apelacion*, y estas palabras parece que hacen escusada la expresion de cualquiera otra circunstancia. Sin embargo, nosotros creemos que el alcalde al estender dicha nota deberá espresar el día que se notificó el fallo á las partes, el en que se interpuso la apelacion, y la circunstancia, en fin, de haberse admitido, fundándonos para pensar así en que el juez, tribunal de alzada en este caso, no puede ejercitar su jurisdiccion si este recurso no se interpuso dentro de tiempo, y la sentencia por lo mismo quedó ejecutoriada. El alcalde por equivocacion ó por malicia puede suponer admitida legalmente una apelacion interpuesta fuera de tiempo, y como en este caso se irroga un grave perjuicio á la parte favorecida, abriendo una segunda instancia, en que el fallo puede quedar sin efecto, resolviéndose el juicio de una manera opuesta, de ahí la conveniencia indisputable de que el alcalde es-

prese las circunstancias anteriormente indicadas para que el juez de primera instancia pueda continuar la segunda, si la apelacion es legítima, ó para que pueda devolver los antecedentes á fin de que se ejecute el fallo si la apelacion no se interpuso en debido tiempo.

Preparada la copia testimoniada en estos términos, el alcalde hará citar y emplazar á las partes, previniéndoles que dentro del término de diez días acudan á usar de su derecho; de este acto hará tambien que se estienda la correspondiente diligencia (4). Escusado es advertir que la citacion y el emplazamiento deben ser para que acudan ante el juez de primera instancia, único competente para conocer de la alzada. Practicado este acto, el alcalde remitirá con un oficio al mismo juez la mencionada copia testimoniada, con lo cual termina por entonces y hasta que llegue el caso de la ejecucion su autoridad. Recibida por el juez el acta testimoniada del juicio, esperará á que concluyan los diez días señalados en el emplazamiento para comparecer ante él, y al siguiente señalará día para la vista, acordando al mismo tiempo que por el escribano se ponga de manifesto el espediente á las partes por el término de cuarenta y ocho horas (2). El día señalado se celebrará aquella con asistencia de las partes si concurriesen, y con la del promotor fiscal, que ejerce este ministerio esclusivamente en las segundas instancias (3).

Pero si las partes no concurriesen á la vista, á pesar de dicho señalamiento, ó dejase de hacerlo el apelante ó el apelado ¿deberá suspenderse el acto y señalarse nuevo día para su realizacion en el primer caso, declararse por desierto el recurso en el segundo y citarse de nuevo al apelado en el tercero, ó deberá continuarse la vista y dictarse la sentencia correspondiente? El espíritu de la regla 13 de la que ya antes hemos hablado, decide con bastante claridad esta cuestion, porque si como ella determina al día si-

(1) Regla 12 de la ley provisional reformada.

(4) Regla 12.
(2) Regla 14.
(3) Regla 21.

APELACION.

189

guiente de concluir el término del emplazamiento, el juez debe señalar día para la vista, y esta debe efectuarse dictándose sentencia acto continuo, como diremos después, claro es que no se ha querido tener en consideracion para este acto la presencia de las partes y que no se juzgó necesaria para llevarle á su debido efecto. En otra hipótesis la ley no hubiera dispuesto que se señalase día para la vista, sino después de haberse personado las partes, ó por lo menos después de haber comparecido el apelante. Sin duda alguna la pequeñez de las penas que en estos juicios pueden imponerse; la representacion del promotor fiscal, á quien no puede animar otro interés que el del cumplimiento exacto y severo de la ley; la circunstancia de que la presencia de las partes en el acto de la vista puede contribuir muy poco al esclarecimiento de una cuestion, en la cual han sido cumplidamente oídas; y finalmente, el interés que tienen por lo comun el orden y la tranquilidad de las familias en que las faltas se castiguen con toda la celeridad posible, son consideraciones muy atendibles para decidir las cuestiones propuestas del modo que en el espíritu de la regla 13 se deciden á nuestro modo de ver. Creemos por tanto, que en los casos indicados deben los jueces llevar adelante y celebrar el acto de la vista, aun cuando los interesados ó alguno de ellos no hubiere concurrido.

Otra duda puede ocurrir, y es si deberá permitirse la intervencion de abogados como tales en la vista de estas segundas instancias. En las primeras, la regla 3.^a lo prohíbe espresamente; pero como en esta disposicion se dice solamente, que los alcaldes y sus tenientes no permitirán en estos juicios informes orales de letrados, puede dudarse si los jueces, que no son alcaldes ni tenientes, podrán recibirlos en las segundas instancias. Nosotros creemos que la intervencion de los abogados en estos juicios breves, sencillos y de una importancia tan escasa, los desnaturizaria completamente, y que esa larga discusion que presupondrian los discursos de los letrados, contras-

taria con la sencillez y brevedad de la tramitacion que la ley ha considerado suficiente para la imposicion del castigo. Por otra parte seria muy chocante que, no permitiéndose la presencia de los defensores en la primera instancia que se verifica ante un juez lego á quien podria ser conveniente ilustrar en la cuestion, se permitiese en los segundas instancias que pasan ante un juez letrado, perito en el derecho, conocedor de sus deberes á quien no hay necesidad de ilustrar en cuestiones de tan poca monta.

Por último, el interés mismo de las personas que intervienen en estos juicios, las cuales por lo comun son las menos acomodadas, inclinaria á resolver la cuestion de la manera que sostenemos, toda vez que en juicios de tan poca monta, la intervencion de los abogados seria costosa y que la inocencia de los procesados nada arriesga y aventura en ello. En unos juicios en que no se oye mas que al denunciador, al denunciado y á los testigos; en que no hay otra clase de pruebas complicadas y de difícil inteligencia; en que no se admiten de ningun género en las segundas instancias; en que no se presentan escritos y en que toda la discusion está reducida á conocer el leve hecho que ha dado lugar á él y el artículo en que se pena, ciertamente ni la inocencia de los reos queda desatendida y abandonada por falta de defensa, ni puede echarse de menos la intervencion de hombres entendidos, utilísima y aun necesaria en otros casos para ilustrar la conciencia de los jueces y servir de antemural á la justicia.

Celebrada la vista dispone la misma regla tercera que acto continuo el juez dictará sentencia; y como pudiera entenderse por la espresion acto continuo que en la misma audiencia y sin levantarla tenia el juez el deber de pronunciar el fallo, bueno será advertir que dicha disposicion no envuelve semejante restriccion. Si la cuestion es tan clara que el juez puede dictar su decision en el acto, podrá hacerlo sin dificultad alguna, y entonces estendido el fallo, podrán las partes, si estan presentes, firmar el acta de la segunda instancia, con lo cual se evita la

notificación; pero si no fuera así, el juez declarará terminado el acto, se estenderá y firmará el acta y dictará por separado el fallo que tenga por conveniente. En tal caso esta sentencia se notificará por el escribano á las partes.

Háse dicho y así lo dispone la regla 14, que en la instancia de apelacion ante el juez del partido, no se admitirán nuevas pruebas á las partes. La admision de ellas daria por necesidad lugar á otras discusiones y á otros trámites que harian el juicio dispendioso y dilatado. Daria lugar á la verificación de esas pruebas, á la tacha y repulsa de ellas y á la necesaria admision de otras. Eso no obsta sin embargo en nuestro concepto para que en algun caso, en que fundadísimas circunstancias obliguen á creer que la verdad no resulta consignada en las actuaciones, ó que se ha desfigurado por alguno de los interesados, acuerde el juez en el acto de la vista y dentro del término de la audiencia las diligencias para mejor proveer que estime conducentes, aun que esto sucederá en pocas ocasiones. La sentencia que se dicta en estos juicios causa ejecutoria; por consiguiente tan pronto como sea notificada, en el caso que se ha indicado, el juez remitirá al alcalde testimonio del fallo y este dispondrá desde luego su ejecucion.

-En los juicios sobre faltas cometidas en paises extranjeros por súbditos ó contra súbditos españoles, en los cuales, como queda dicho anteriormente, conocen en la segunda instancia los cónsules, observarán las reglas espuestas en este artículo, procediendo segun los trámites que prescribe la ley provisional.

§. 2.º *De la sustanciacion y trámites de la apelacion y consulta en los delitos comunes.*

Existiendo notables diferencias entre el procedimiento que se sigue en la apelacion y consulta de los autos interlocutorios, y el querige en la de los autos definitivos, el buen orden exija que tratemos de uno y otro con total separacion.

Autos interlocutorios. La regla 57 de la ley

provisional para la ejecucion del Código penal establece, que los autos de prision y sus incidencias sean apelables en un solo efecto; que luego que se interponga el recurso, el juez de la causa haya de remitir al tribunal superior inmediato testimonio en relacion, sin omitir, bajo su responsabilidad, ninguna circunstancia importante del proceso, sea en favor ó en contra del reo, y concluye el artículo citado ordenando, que el tribunal superior ha de fallar, previo dictámen fiscal, y si no se hubiere recibido aun la confesion al encausado, sin audiencia pública. ¿Será esta la regla general que ha de observarse en la sustanciacion de las apelaciones interpuestas de autos interlocutorios con fuerzas de definitivos, dictados en causas criminales? ¿ó deberá considerarse como una regla especial para las apelaciones de autos sobre prision y sus incidencias, aplicándose á las demas las doctrinas reconocidas en las apelaciones de autos interlocutorios en asuntos no criminales? Creemos que el artículo 57 no ha introducido novedad alguna en la sustanciacion; que lo único que ha hecho consiste en fijar la regla general preceptiva de que sean siempre apelables los autos de prision y sus incidencias en un solo efecto. Por lo demas, la práctica á falta de ley espresa y terminante, habia fijado ya los trámites que debian observarse en la segunda instancia de que vamos hablando, y la regla citada los ha sancionado por lo que hace á los autos de prision y sus incidencias.

Una vez remitidos los autos al tribunal superior, bien originales, bien en compulsa, bien el testimonio en relacion de lo concerniente al auto apelado, segun los casos, se pasan siempre al relator, y formado el apuntamiento se dá cuenta á la sala para la providencia á que haya lugar. En tal estado, no siempre debe darse un mismo curso al procedimiento, sino que es forzoso distinguir cuando la apelacion versa sobre auto dictado pendiente el sumario, ó en plenario.

Siempre que el auto apelado sé dictare hallándose la causa en sumario, es in-

APELACION.

191

compatible con el secreto que debe guardarse del resultado del proceso, la comunicacion al acusado ó acusados para que sus defensores se instruyan y en su dia asistan á informar en estrados; y de aquí que el tribunal mande en tales casos, que se comuniquen los autos para instruccion á la parte acusadora, y al fiscal de S. M. No obstante que no debe oirse á la parte acusadora por escrito, el fiscal emite su dictámen en esta forma, porque de tener que asistir necesariamente á alegar *in voce* el dia de la vista, se le embarazaria en el despacho de los numerosos negocios en que tiene que intervenir. La regla general que acabamos de sentar no es aplicable al caso en que el promotor fiscal sea el apelante, porque cuando este se alza de la providencia del juez, el orden natural exige, que se oiga en primer lugar al que se considera agraviado, y así es que se comunican desde luego los autos al fiscal, y si insiste en la apelacion, se mandan pasar á la parte acusadora, si la hubiere, ó en otro caso se acuerda pasen al relator para señalar dia para la vista. Cuando el fiscal de S. M. considera improcedente la apelacion, provee la sala, teniéndole por separado, y manda que se libre al juez de primera instancia la certificacion correspondiente para los efectos que procedan.

Cuando el auto interlocutorio apelado se hubiere dictado en plenario, la sustanciacion sigue distinta marcha, porque ya entonces interviene el acusado; pero teniéndose siempre presente, que si fueren varios los reos presuntos y no todos ellos hubiesen interpuesto apelacion, la segunda instancia incidental se entiende esclusivamente con los apelantes. Hecho el apuntamiento, se mandan comunicar los autos por via de instruccion y término de tercero dia al apelante, ó apelantes por su orden; despues á la parte acusadora, si la hubiese, y por último al fiscal de S. M., salvo cuando este ó aquella fueren los que se alzaron de la providencia del juez inferior, porque en este caso debe con ellos guardarse la regla general. A primera vista parecerá indiferente que la comunicacion se haga por el orden referi-

do, ú otro cualquiera, porque no habiendo de alegar las partes por escrito, ni beneficio ni perjuicio les resultará de que se les pasen antes ó despues los autos. Sin embargo, ademas de que el orden natural exige que así se proceda, y de que en el acto de la vista se ha de seguir el turno establecido en la comunicacion de la causa, es tambien ventajoso á las partes, porque puede acontecer que el nuevo defensor del apelante considere improcedente la alzada, é influir con sus consejos para que se separen de ella, en cuyo caso se evitarian los retrasos y gastos de diligencias inútiles.

Tratándose de las acciones, dijimos ya que algunas de las que nacen de los delitos pueden ejercitarse unicamente por la parte agraviada, y por consiguiente, que en los juicios que se abran en persecucion de tales delitos, no tiene intervencion el ministerio fiscal. Parecia, pues, que en la sustanciacion de las apelaciones de autos interlocutorios pronunciados en estos juicios, tampoco deberia oirse al ministerio fiscal por identidad de razon; mas sin embargo, como que los autos interlocutorios versan en lo general sobre la jurisdiccion del juez, ordenacion del proceso, prision ó soltura del presunto reo, el ministerio fiscal interviene, porque siempre debe oirse su dictámen, cuando se contiene acerca de estos particulares.

Devueltos los autos, despues de la comunicacion á todas las partes, se mandan pasar al relator para señalar dia para la vista. En estas instancias no se admite prueba de ningun género.

Señalado el dia para la vista y citadas las partes, cuando estas hayan de asistir, se celebra aquella en audiencia pública, ó á puerta cerrada, segun que la causa se halle en sumario, ó en plenario, ó que el delito por el que se proceda, sea de los que la decencia y la moralidad permiten ó no que se vean públicamente. La regla 37 citada, establece como condicion para que las apelaciones de que trata se fallen con audiencia pública, ó sin ella, que se haya ó no recibido la confesion al procesado. Párecenos que el pensamiento de la ley se estiende

mas allá de lo que dicen sus palabras, porque su razón se propone un objeto mas importante que el de la publicidad de la audiencia. En efecto, como antes se ha indicado, el objeto de no comunicar los autos al procesado, cuando la causa pende en sumario, consiste en evitar que pueda instruirse del resultado del proceso, y puesto que si se permitiese asistir á su defensor no se lograría el propósito de la ley; quiere decir, que cuando esta prohíbe la audiencia pública, ha de entenderse que prohíbe también la asistencia de letrado defensor á la vista.

Sentado que en la sustanciación de las apelaciones de autos interlocutorios con fuerza de definitivos se forma apuntamiento, es de necesidad que se cumpla lo prescrito en la regla 41 de la ley provisional para la ejecución del Código penal, esto es, que se nombre ministro ponente antes de señalarse día para la vista; á fin de que coteje el apuntamiento del relator y ponga en aquel la nota de conformidad, si le encontrare ajustado á los autos, ó proponga la rectificación conveniente. Celebrada la vista con asistencia por lo menos de tres magistrados, entre los cuales ha de hallarse necesariamente el ministro ponente, dictará sentencia con arreglo al resultado del proceso.

Para que haya sentencia es menester que se reunan tres votos, por lo menos, enteramente conformes. El artículo 80 del reglamento provisional para la administración de justicia previene, que los tribunales hayan de dictar sentencia sin que la sala se disuelva, acto continuo de la vista, salvo cuando algun magistrado antes de comenzarse la votación espusiere que necesita ver los autos, en cuyo caso determina que haya de dictarse dentro de los términos señalados á los jueces de primera instancia, esto es, el de tres días para las interlocutorias (1). La regla 43 de la ley provisional para la ejecución del Código penal amplía el término para dictar sentencia señalado á las audiencias por el reglamento provisional hasta 20 días en toda

clase de procesos; pero esto no puede entenderse sino con relación á las sentencias definitivas, y por consiguiente, en cuanto á las apelaciones de autos interlocutorios, no puede considerarse reformada la disposición reglamentaria.

Pronunciada sentencia, se notifica á los procuradores de las partes y no á estas, como es menester hacerlo con las definitivas, y desde luego causan ejecutoria, porque de las sentencias en vista sobre autos interlocutorios en lo criminal, no se admite súplica.

Si en la providencia se hiciese condenación de costas y de los gastos del juicio, se mandan pasar los autos al tasador, para la regulación de aquellas y estos, librándose previamente certificación de la providencia que causa ejecutoria por la escribanía de cámara, la cual se remite al juez de primera instancia para su ejecución; pero si nada hubiera que ejecutar, se omite esta diligencia como innecesaria. Hecha la regulación y devueltos los autos á la escribanía, se comunican por su orden á las partes para que espongan si alguna cosa tuvieren que alegar. La tasación de costas, como mas adelante diremos, se comunica al fiscal con el mismo objeto, pero esta disposición entendemos debe limitarse al caso de consulta ó apelación del auto definitivo, porque en los demás carece de objeto. En efecto, la comunicación acordada por la ley provisional, para la ejecución del Código penal tiende á que el ministerio fiscal examine principalmente, si la tasación de los gastos del juicio es arreglada y justa; porque como en el caso de no tener bienes el procesado, ha de sufrir un día de prisión por cada medio duro, el ministerio fiscal, á quien está encargado velar por el exacto cumplimiento de las penas, está interesado en que los gastos del juicio no sean regulados en mayor, ni menor suma que la justa. Esto supuesto, como que la insolvencia de los gastos en que se haya hecho condenación por sentencia dictada en apelación de auto interlocutorio, no lleva consigo la pena accesoria de prisión, quiere decir que la comunicación de la tasación es innecesaria.

(1) Regla 42, artículo 81.

APELACION.

195

Entre los autos interlocutorios apelables, hay algunos que aunque no se apelen deben consultarse, tales son aquellos por los cuales el juez se inhibe del conocimiento del proceso, ya á virtud de declinatoria de jurisdiccion, ya á virtud de competencia. Si instruido este incidente, siempre con audiencia del oficio fiscal, cree que no le compete el conocimiento de la causa, debe acceder á la inhibicion, pero acordando en la misma providencia que se consulte con la superioridad, á cuyo efecto se remitirá íntegro y original el proceso, á fin de que dada cuenta en la sala que corresponda, y oído previamente al fiscal de S. M., apruebe la inhibicion, ó no aprobándola, mande que continúe el procedimiento, ó que sostenga la competencia, segun los casos, con arreglo á derecho.

Autos definitivos. Sentenciada la causa por el inferior y notificado á las partes el definitivo pronunciado, pueden estas interponer apelacion dentro del plazo legal; pero apelen ó no, debe ordenar el juez que desde luego se remitan los autos originales á la audiencia del territorio, previa citacion y emplazamiento de las mismas. Esto se entiende en las causas en que sea parte el oficio fiscal, ya como acusador, ya como coadyuvante por tratarse de delito que puede perseguirse de oficio, porque en aquellas que solo pueden sustanciarse por accion privada y á instancia de la parte ofendida, no deben elevarse al superior sino por apelacion de alguna de las partes.

Se ve, pues, que las causas criminales por delitos comunes y públicos han de elevarse siempre al superior, una vez terminadas, para que las revea, y apruebe ó revoque el definitivo dictado por el juez de primera instancia, bien sea por apelacion de las partes, bien por consulta, ó por ambos conceptos á la vez. La sustanciacion y trámites de la segunda instancia de las causas cuyos definitivos son apelables, son esencialmente los mismos, bien se abra por el recurso de apelacion, bien á virtud de consulta; las diferencias que los distingue consisten principalmente en que se oiga prime-

ro al procesado, como manifestamos mas adelante. Por esta razon y para evitar repeticiones espondremos los trámites de la apelacion y consulta conjuntamente, haciendo indicacion de las particularidades que solo sean aplicables á cada una de ellas. Respecto á aquellos definitivos no apelables que deben sin embargo consultarse, tales como el sobresimiento, pueden verse los artículos **CONSULTA**, **SOBRESIMIENTO**, etc.

Llegados los autos á la audiencia y repartidos, pasan al relator para formar el apuntamiento; hecho este, se dá cuenta, y la sala provee se comuniquen al apelante, para que mejore la apelacion, por el término que estime necesario, el cual, á lo mas, puede estenderse á nueve dias, ó si fuesen dos ó mas los que hubiesen apelado, y se viniesen defendiendo unidos, ó el tribunal estimase que deben hacerlo, lo mandará así, y les podrá señalar un término, si la calidad del caso lo requiere, que no podrá exceder de quince dias para todos; pero si fuesen muchos los apelantes, y no pudiesen defenderse unidos, cuando la gravedad de las circunstancias exigieren que se termine con toda urgencia el proceso, dispondrá que en vez de entregarse al defensor de cada uno de los procesados, se ponga de manifiesto á los respectivos defensores en la escribania de Cámara sin reserva alguna, por un término que no pase de quince dias, y por catorce horas en cada uno.

Acontece á las veces que la citacion y emplazamiento hecho en el juzgado de primera instancia adolece de algun vicio que induce nulidad, y es de necesidad repararle. Entónces por práctica general se manda por la sala, en el mismo auto en que se acuerda pasen los autos al relator, que con certificacion de la sentencia, se dé orden al juez de primera instancia para que haga citar y emplazar á los procesados ó parte acusadora con arreglo á derecho.

Mejorada la apelacion se confiere traslado al acusador particular, si le hubiese, y despues al fiscal de S. M., ó solo á este en caso de no haber acusador, por el mismo término de nueve dias, u otro menor si la sala lo cre-

yese suficiente; y si la parte que apeló fue la acusadora particular, mejorada la apelacion por esta, se comunican los autos al fiscal, y ultimamente á los procesados por su orden, de manera que se observen siempre las dos reglas generales siguientes: primera, que la apelacion ha de mejorarse antes que se oiga á las partes que no se alzaron de la sentencia; y segunda, que se ha de oír al ministerio público despues que al acusador particular, salvo cuando el apelante sea el promotor fiscal.

Luego que se pasan las causas al fiscal de S. M., ya para que conteste al escrito ó escritos de mejora de los procesados, ya para que mejore la apelacion, si el promotor fiscal es el que la interpuso, ó ya en fin, para que, no habiendo apelacion, pida la confirmacion ó revocacion del definitivo consultado; lo primero que debe examinar es, si en la sustanciacion del proceso se han omitido alguna de aquellas formalidades esenciales que afectan la validez del juicio, ó algunas diligencias que, sin herir de nulidad el procedimiento, debieron practicarse por interesar á la integridad del sumario y al esclarecimiento consiguiente de la verdad. Cuando así suceda, debe ante todo con las oportunas reservas hacer presente á la sala las informalidades que haya notado en el proceso y las circunstancias de cada una, solicitando de la misma en su consecuencia que, dejando sin efecto el definitivo apelado ó consultado, con todas las demas actuaciones subsiguientes á aquella en que se cometió la nulidad, ó reponiendo el proceso al estado de sumario, se devuelva al juez de primera instancia para que subsane tales vicios y lo continúe con arreglo á derecho. Si la sala lo estima así, lo acuerda desde luego sin pasar adelante en la segunda instancia, hasta que se devuelve nuevamente el proceso concluido por el inferior. Con el fin de evitar diligencias y gastos inútiles, nos parece seria conveniente que, aun en los casos de apelacion por parte de los procesados, se comunicaran siempre los autos al fiscal, luego que estuviere hecho el apuntamiento, para que reconociéndolos, viese si se habian ins-

truido con arreglo á derecho, ó era menester reponerlos de oficio á cualquier estado de la primera instancia, porque así no se inutilizaria la mejora de apelacion, siempre costosa á las partes.

En la segunda instancia de los juicios criminales, puede proponerse y debe admitirse prueba en ciertos casos y bajo ciertas condiciones de que trataremos despues; pero hemos visto suscitarse la cuestion, de si en el modo y tiempo de proponerla deben observarse las mismas reglas que se hallan establecidas para la primera instancia, esto es, si es de necesidad que se proponga toda la prueba de que la parte intente valerse por medio de otrosies en los escritos de mejora de apelacion, de acusacion ó de defensa, ó si bastará que pidan las partes que la causa se reciba á prueba, reservándose para el término que se señale, proponer y practicar la que sea conducente.

Los que defienden esta última opinion, se fundan en que, no habiendo determinado nada sobre este punto el reglamento provisional para la administracion de justicia, debe seguirse en las audiencias la jurisprudencia admitida cuando aquel se publicó, que era la misma que regia en los asuntos comunes, y tambien en que, no procediendo necesariamente la prueba en la segunda instancia en todos los casos, como sucede en la primera, á nada favorable conduce la determinacion formal de la que se intente, mientras no se acuerde por la sala el recibimiento de la causa á prueba.

Los que sostienen que la prueba debe proponerse en la segunda instancia en la misma forma que en la primera, alegan que las reglas de sustanciacion en la primera instancia en los asuntos criminales como en los civiles, salvo algunas escepciones, han sido siempre unas mismas, y por consiguiente, que prefijadas por el reglamento provisional las reglas y condiciones bajo las cuales ha de proponerse la prueba en la primera instancia, es claro que estas mismas deben observarse en la segunda. El silencio que ha guardado el reglamento en el capítulo iv, que trata de las audiencias,

APELACION.

195

es un comprobante de esta verdad; porque si alguna diferencia hubiese querido establecer, la espresara como reforma hecha de la antigua jurisprudencia. Por otra parte, la razon misma en que se funda la regla 6.^a del artículo 31, es extensiva á las segundas instancias; porque si aquella consiste en que nada sea reservado y en que las partes puedan tener conocimiento de las probanzas, para en virtud de ellas prepararse á la defensa, y porque como todo ha de ser público, cabia, que sabiendo una parte lo que los testigos de la otra habian declarado, podria amañar una prueba en contrario, lo que conviene evitar, y esto se consigue proponiendo las pruebas por otrosies, esto mismo ocurre precisamente tratándose de la segunda instancia. Finalmente, el artículo 17 del decreto de las Cortes de 11 de setiembre de 1820, restablecido por otro de 30 de agosto de 1836, apoya esta opinion. Ordénase en él, que en las segundas y terceras instancias no se conceda nunca nuevo término de prueba, sino sobre hechos que la exijan, siendo de aquellos que sin malicia se dejaron de proponer en la primera instancia, ó que propuestos no fueron admitidos; y como antes de conceder ó de negar el nuevo término de prueba, es menester saber si los hechos la exigen, y si son ó no de aquellos que sin malicia se dejaron de proponer en la primera instancia, porque de otro modo no se abre el término probatorio, claro es que se ha de proponer en la forma que prescribe la regla 6.^a ya citada.

La práctica de la audiencia de Madrid y en general de las del reino, consiste en que se proponga la prueba por otrosies en los escritos de mejora, contestacion ó defensa, y que con estos se comunique á las partes que deben alegar despues; pero como en las causas que vienen solo en consulta, escribe primero el fiscal, se acostumbra á comunicarle la prueba propuesta despues por las otras partes para que emita sobre ella su dictámen. No suele en estos casos señalársele término, como generalmente nunca se le señala al ministerio publico; pero desde luego se concibe que debe ser menor de nueve

dias, porque siendo este el máximo que puede concederse para evacuar el traslado en lo principal, claro es que aquel tiene que ser mas corto. Evacuada la comunicacion por el fiscal, generalmente decide la sala si ha ó no lugar á recibir la causa á prueba, sin necesidad de vista, y en el mismo auto admite ó desestima lo que considera pertinente ó impertinente; pero en esta parte no puede sentarse una regla fija, porque algunas veces suelen llamar los autos para el efecto de proveer en cuanto á la prueba con citacion formal de las partes, cuyos defensores asisten á la vista, si lo tienen por conveniente. Lo que generalmente se observa es, que cuando presenta dificultad la admision de las pruebas, es cuando suele procederse á la vista pública; pero como esta calificacion dimana del juicio que forma la sala, no puede establecerse una regla cierta para determinar cuando ha de resolverse la cuestion de uno ú otro modo.

Cuando el tribunal estima procedente la prueba, provee mandando que la causa se reciba á ella con la precisa calidad de todos cargos (1), lo cual equivale á decir, que en esta providencia y en el término que señala, se han de alegar y probar tachas, si hubiese que proponerlas; que no se entregarán los autos á las partes, despues de practicada la prueba, para alegar, segun que por la antigua jurisprudencia se hacia, y que quedan aquellas desde luego citadas para definitiva.

La regla 7.^a del artículo 31 del reglamento provisional señalaba el término de diez dias para practicar las pruebas que las partes propusieren y permitia su prorogacion á instancia de cualquiera de ellas, si se fundase en algun motivo justo, hasta 20 dias, cuando unas y otras pruebas se hubieren de practicar dentro del partido; hasta 40, si se hubiesen de practicar fuera de este, pero dentro de la provincia; y hasta 60, si se tenian que practicar en cualquiera otra provincia, pero dentro de la Península; y por último, si fuere me-

(1) Art. 13 del decreto de 11 de setiembre de 1820.

nester hacer alguna prueba en alguna de las islas adyacentes, ó en las provincias de Ultramar, dejaba al juez el arbitrio para fijar el término que estimare necesario, segun las distancias, con tal de que nunca pasare de seis meses. El decreto de 11 de setiembre de 1820, restablecido en 30 de agosto de 1836, reformó en esta parte el reglamento, determinando en su artículo 12, que los términos de 80 y 120 dias y el ultramarino, se considerasen como el máximo de los que pueden conceder los jueces en sus respectivos casos; pero encargándoles su prudente reduccion, segun la calidad de las causas y de las pruebas que se propongan, y segun las personas que hayan de ser examinadas y la distancia de los lugares, negando las prórogas que maliciosamente, ó sin verdadera necesidad, pidan las partes. El auto por el que se admite ó determina la prueba, lo mismo que el denegatorio de la próroga de término, son susceptibles.

Recibida una vez la causa á prueba, debe esta practicarse ante el ministro que la sala designe; mas á pesar de que así se halla dispuesto por la ley, no siempre se ejecuta; las mas veces por causas atendibles y justas. En efecto, al ordenarse que las pruebas en segunda instancia se practicasen, ó bien ante el decano de la sala, ó bien ante el ministro designado al efecto, ó no se tuvo presente que en muchos casos seria, si no imposible, difícil, embarazosa y costosísima la prueba, ó no se quiso sentar una regla absoluta é invariable. Las mas veces los testigos que tienen que examinarse en segunda instancia, residen en pueblos de la demarcacion judicial de donde la causa procede, distantes considerable número de leguas del pueblodonde la audiencia reside, y por consiguiente, seria á las partes difícil y costoso llevar á los testigos á prestar sus declaraciones á la audiencia, y á estos molesto un viaje innecesario. Por esta causa y otras que pueden ocurrir, como la de hallarse enfermo el testigo, la práctica de los tribunales ha establecido, que defiriendo á la pretension de la parte que propone la

prueba, se cometa la ejecucion al juez de primera instancia del partido en que residen los testigos, librando al efecto la certification correspondiente, prévia citacion del fiscal, el cual por lo comun espresa en la citacion, que las diligencias probatorias se entiendan con el promotor fiscal del juzgado á quien la sala ha encomendado la practica de aquellas. Espedida la certification con los insertos necesarios y las citaciones de las partes, se remite al juez de primera instancia, el cual procede á la ejecucion de lo que se le ordena con arreglo á derecho, citando préviamente al promotor. En este caso, lo mismo que cuando se reciban declaraciones ante el ministro encargado, pueden las partes hacer á los testigos, por medio de este ó del juez, las preguntas y repreguntas que sean conducentes. La declaracion de la pertinencia ó impertinencia de las preguntas se hará en el acto por el juez que reciba la declaracion, y en caso de desestimarlas, se escribirán en el acta, si la parte lo pidiere, para los efectos ulteriores. Cuando la prueba propuesta sea instrumental y hubiere que sacar testimonios ó hacer cotejos fuera de la capital donde la audiencia reside, se acostumbra tambien dar comision al juez de primera instancia.

Como la ley no es la que ha establecido este órden de proceder por medio de comision, claro es que tampoco ha determinado si el juez á quien se le diere, podrá ó no admitir la prueba de tachas, ó si propuestas ha de remitir las diligencias al tribunal comitente, para que este le autorice á recibir las pruebas. Sin embargo de que el juez ejecutor mero no debe salirse nunca de los términos de la comision, se entiende que recibida la causa á prueba á calidad de todos cargos, entre los cuales se cuentan las de tachas, virtualmente se le autoriza para admitir las que se propusieron siendo legítimas, y recibir las pruebas que sobre ellas se dieren, en lo cual ningun perjuicio se irroga á las partes, porque el tribunal comitente es el que ha de apreciarlas despues en su valor legal.

(Observándose estrictamente la disposi-

APELACION.

197

cion del artículo 13 del decreto de 11 de setiembre de 1820, concluido el término de prueba, debía la sala mandar que pasase los autos al relator, para adicionar el apuntamiento, y que con la causa lo pasara adicionado al ministro ponente. Se creyó sin duda en el citado decreto, que los defensores de las partes debían ser conocedores de las pruebas, porque como públicas podían asistir al acto de practicarlas, y tomar las notas que estimasen necesarias; pero ya porque ni es oportuno ni fácil hacer anotaciones en el acto público de la prueba, ya también porque la mayor parte de las veces se practican ante los jueces inferiores, los tribunales han adoptado la acertadísima práctica de comunicar los autos á las partes por su orden y término de tercero día para instruccion, luego que por nota de la escribanía se dá cuenta de haber fenecido el término de prueba. La próroga de este hasta el legal, debe pedirse en la misma forma y con iguales circunstancias que en la primera instancia.

Luego que haya concluido el término probatorio, cuando la causa se ha recibido á prueba, ó si no se hubiere recibido, luego que las partes hayan evacuado el único traslado que se les confiere, acuerda la sala *conclusos y al relator*, y este los pasa al ministro ponente nombrado por el turno establecido para los efectos que expresa el artículo 41 de la ley provisional para la ejecucion del Código penal; pero con la diferencia de que cuando los autos no se han recibido á prueba, la *conclusion* se acuerda citadas las partes, requisito esencialísimo cuya omision invalidaría la sentencia. Devueltos los autos por el ponente, el presidente de la sala señala día para la vista, y el escribano cita á las partes para que asistan sus defensores letrados á informar de palabra. La falta de asistencia de los abogados á la vista, lo mismo que la de los procuradores y la del fiscal, por sí ó por medio de uno de los abogados fiscales no invalida el acto de la vista. Es uno de sus deberes sin embargo el de informar en estrados, y por cierto que las salas, autorizadas para tomar

las medidas correspondientes y hacer cumplir con sus deberes á todos los que intervienen en los juicios, debieran ser rigorosas en obligar á que los abogados asistiesen á las vistas. Respecto al ministerio fiscal, mandado está que el fiscal, ó uno de sus abogados fiscales á quien puede autorizar al efecto, asistan á informar en estrados en todas las causas en que hubiese pedido pena notablemente mayor que la impuesta por el juez de primera instancia, en todas las que versen sobre delitos que por la ley esté señalada pena grave y en la que tenga interés la Hacienda pública.

El acto de la vista debe comenzarse por la lectura del apuntamiento, guardando sala el escribano de cámara que entienda en la causa, y leído que sea aquel, hablarán los letrados defensores por su orden, comenzando por aquel que hubiese interpuesto apelacion; pero como algunas veces sucede que unos procesados han apelado de la sentencia y otros no, de modo que la causa se eleva en cuanto á los primeros en apelacion, y en cuanto á los otros en consulta solamente, debe en tales casos tenerse presente lo que ordena la real orden de 13 de octubre de 1844, la cual establece las siguientes reglas: primera, que cuando el fiscal se presente en estrados sosteniendo la sentencia de que hubiese apelado ó suplicado el reo, hable despues que el defensor de este. Segunda, que cuando unos procesados hayan apelado y los otros no, hable el fiscal despues de los primeros, siempre que respecto á los no apelantes hubiese pedido la revocacion de la sentencia. Tercera, que cuando hubiese pedido la confirmacion respecto á los no apelantes, hable despues de los unos y los otros.

La falta del número necesario de ministros para formar sala constituye nulidad de la vista y de la sentencia. Son necesarios para formar sala y dictar providencias de sustanciacion dos ministros, y sus votos conformes hacen resolcion, salvo si las providencias versan sobre denegacion de soltura, determinacion de formal artículo, admision ó denegacion de súplica, de prueba,

ó de alguna otra providencia que pueda causar perjuicio irreparable, pues en estos casos son necesarios para formar sala tres ministros por lo menos, y para que haya sentencia ó resolución, que los tres votos sean absolutamente conformes (1). Este mismo número de ministros es necesario para ver las causas en general; pero cuando haya de verse causa en que el juez inferior haya impuesto, ó pedido el fiscal de la audiencia la pena de muerte ó alguna de las perpétuas, ó cuando la sala crea que el reo merece alguna de dichas penas, aunque no vaya impuesta ni pedida, serán necesarios cinco ministros para formar sala, y el voto de tres hará sentencia (2). Cuando esto último aconteciese después de vista, se dará por no vista y se señalará nuevo día. La regla 43 de la ley provisional citada, señala el término de veinte días para dictar sentencia.

Los fallos definitivos de los tribunales en los asuntos criminales tienen que fundarse (3) esponiendo clara y concisamente el hecho y citando el artículo ó artículos del Código penal de que se haga aplicacion. Es deber del juez ponente proponer á la sala los puntos de hecho y de derecho sobre que haya de recaer la votacion, y votada una vez la sentencia al mismo ministro ponente toca redactarla con arreglo á lo acordado por la sala. En aquella esposicion no se citarán las pruebas que respondan de las circunstancias del hecho justificable, pero si deben apreciarse en su valor legal, porque de su calificacion como circunstancias agravantes ó atenuantes pende el aumento ó disminucion de la pena dentro de los grados que el código prefiija: así mismo debe calificarse la criminalidad de cada uno de los procesados, expresando si se les considera autores, cómplices ó encubridores; y por último en la parte dispositiva se usa la fórmula *«fallamos que debemos confirmar y confirmamos, ó por el contrario, revocar y revocamos la sentencia ó auto definitivo apelado y consultado por el juez de*

primera instancia en tal fecha. En el primer caso se acostumbra á reproducir la parte del auto ó sentencia del inferior en la que expresa la pena que se impone, y en el segundo, citando unicamente la fecha de su publicacion ó la en que se dictó, se determina la pena que la sala sustituye en su lugar, ó la cláusula de absolucion de la instancia, ó de absolucion libre en sus casos, no omitiendo la fijacion de las indemnizaciones civiles y de los gastos del juicio; cuando sea procedente la condenacion en ellos. Si la sentencia de vista fuese en parte confirmatoria y en parte absolutoria, se redacta en la misma forma que va expresada, comenzando por los que en la causa figuran como reos principales. Estendida y firmada la sentencia, se lee en audiencia pública y de la original se une certificacion al rollo, la cual se notifica á las partes dentro del término de 24 horas para los efectos convenientes. Cuando la sentencia imponga la pena de muerte á alguno de los reos que no se halla en la cárcel de la capital donde resida la audiencia, se suspende la publicacion hasta tanto que pueda salir el ejecutor para el pueblo en donde deba ejecutarse, y si residiere en la capital de la audiencia, acto continuo de la publicacion se notifica al condenado y se le pone en capilla; toda vez que no sea susceptible de súplica; en los demas casos se siguen las reglas generales para las demas sentencias.

Siempre que la sentencia de vista cause ejecutoria sin necesidad de declararla consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, ó en caso de no causarla, declarándola tal, si no se hubiese interpuesto súplica, se mandan pasar los autos al tasador para la regulacion de costas, y efectuada esta se comunica á las partes en los mismos términos que se ha dicho anteriormente.

§. 3.º De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los delitos del fuero de Guerra y Marina.

Quedan expresadas en las secciones anteriores las sentencias que en los tribunales

(1) Art. 74, reglam. provisional.

(2) Regla 43, ley provisional para la ejecucion del Código penal.

(3) Regla 45, ley id.

APELACION.

199

militares son susceptibles de apelacion, las que á pesar de no interponerse este recurso deben consultarse con la superioridad inmediata, y finalmente las que determinan los casos en que el tribunal Supremo de Guerra y Marina puede conocer despues de dictadas las primeras, ya sea por apelacion ya por via de revision y consulta.

Viniendo ahora al procedimiento que se observa en estas instancias de apelacion diremos, que antiguamente los tribunales militares que conocian de ellas, observaban una tramitacion diferente en varios puntos de la que seguian los tribunales ordinarios; pero que el tiempo sin embargo ha modificando poco á poco esta práctica, haciendo conocer la conveniencia de adoptar en cierto modo la de los tribunales comunes, hasta que publicado el reglamento provisional para la administracion de justicia, se mandó en 11 de octubre de 1836 que el tribunal especial de Guerra y Marina se arreglara en un todo á las disposiciones de dicho reglamento. Desde entonces, si bien el tribunal no las ha adoptado, ni las observa todas, como es sabido, se atempera á ellas hasta donde, considerada la indole especial de su jurisdiccion, cree poder hacerlo; mas como quiera que sea, en el punto de que ahora nos ocupamos, á saber, en el procedimiento de las segundas instancias de las causas ó procesos formados por delitos comunes, no hay diferencias notables que merezcan llamar la atencion.

Este procedimiento, cualesquiera que sean los juzgados militares de donde suban dichos procesos en apelacion al tribunal Supremo, está reducido á pasar la causa al fiscal, á no ser que alguna de las partes sea apelante, en cuyo caso se entrega á esta para formalizar la apelacion y decir de agravios. Si la causa se entrega al fiscal, de su censura se confiere traslado á las partes, y de lo que estas esponen se dá igual comunicacion al ministerio público, quien por lo regular concluye. Lo mismo se observa cuando por haber apelado alguno de los procesados se entrega á este la causa antes que á los demas. Con la conclusion del fiscal, ó con

la de la parte en su caso, se tiene el proceso por concluso y se pasa al relator para la vista.

Cuando el fiscal ó la parte tienen por conveniente hacer prueba en esta instancia ó justificar algun hecho aislado pero importante para la defensa, articulan la prueba en la misma forma que en las audiencias, practicándose de igual manera. Hechas las provanzas se comunica con el proceso á las partes por via de instruccion y un breve término. Dispuesto el apuntamiento por el relator se señala dia para la vista, la cual se celebra en sala de ministros togados con asistencia de los letrados, si han tenido por conveniente asistir.

De los juzgados de primera instancia de artilleria, ingenieros y marina, las apelaciones van, como hemos visto en otro lugar, de los dos primeros al juzgado general establecido en Madrid, y de los segundos al de la capitania general de departamento. La sustanciacion y trámites que en ellos siguen son idénticos á los que dejamos espuestos, con las solas diferencias que establece la organizacion distinta de estos tribunales de alzada. Cuando de la sentencia que dictan hay apelacion para ante el tribunal Supremo de Guerra y Marina, se sigue en este en los términos espuestos.

En las consultas que á este tribunal Supremo se elevan de las causas sobre delitos comunes seguidas en los juzgados permanentes de Guerra y Marina, se observan los mismos trámites que hemos dado á conocer en el párrafo segundo de esta seccion.

Las consultas de las causas sentenciadas en consejos de guerra siguen diferente sustanciacion, acomodada á la indole particular de ellas. Remitidas al tribunal, las manda este pasar al fiscal, y con vista de su dictámen, acuerda en la sala de generales lo que cree procedente, ya sobre la aprobacion ó desaprobacion de la sentencia, ya sobre las faltas que advierta en el procedimiento, con cuya acordada las eleva al gobierno para que S. M. determine lo conveniente, segun se esplica en el artículo **CONSEJOS DE GUERRA.**

§. 4.º De la sustanciacion y trámites de la apelacion en los delitos del fuero eclesiástico.

Ya, hemos dicho y repetido en este artículo, que en el orden de proceder deben los tribunales eclesiásticos arreglarse á lo establecido para el fuero ordinario. Así que, en las causas que se sigan en primera instancia, como en las apelaciones de autos interlocutorios y definitivos que se interpongan, deben seguirse las reglas que hemos dado á conocer anteriormente.

CAPITULO CUARTO.

DE LA APELACION ACCESORIA Ó ADHESION Á LA APELACION.

Hasta aquí hemos tratado de la apelacion principal en toda especie de negocios y en toda clase de fueros, ó sea del recurso que interpone el litigante que se tiene por agraviado de la sentencia dentro del término fatal y perentorio que le concede la ley para que se abra una nueva instancia. Ahora vamos á ocuparnos del derecho que produce la interposicion de aquel recurso en favor de la parte apelada, ó lo que es lo mismo, de la apelacion accesoria, ó adhesion á la apelacion, como la llaman nuestros prácticos, dividiendo la materia en las secciones siguientes:

SECCION I.

NATURALEZA, ORIGEN Y UTILIDAD DE LA APELACION ACCESORIA.

Suarez de Figueroa define así la adhesion, *subsidiarium remedium ratione appellationis omissæ, quo idem ac per appellationem ei adherens consequitur*. Si buscamos un apoyo en nuestras leyes para fundar la doctrina relativa á esta clase de apelaciones, no le encontraremos en ninguno de los códigos existentes. Su introduccion y su uso en la práctica se deben á la jurisprudencia, la cual ha tomado por punto de partida la ley del código de Jus-

tiniano, que establece esta facultad á favor de los litigantes. En la inteligencia, pues, de esta ley, y en la comun opinion de los intérpretes, se funda el ejercicio de este derecho, cuya utilidad indisputable es el solo título que asegura su observancia y conservacion. Para comprender bien la naturaleza de este recurso, recordaremos que se dá el nombre de apelacion accesoria, ó de adhesion á la apelacion del contrario, á la que interpone el otro litigante que no apeló en tiempo hábil para pedir la mejora de alguno de los particulares de la sentencia que no le favorece. Dedúcese, pues, de esta consideracion, que la adhesion es un beneficio general y un remedio extraordinario concedido al litigante que no apeló en tiempo oportuno, para que se aproveche de la apelacion que interpuso su adversario. Qué esta facultad es un beneficio extraordinario se demuestra segun los principios mas obvios y comunes de jurisprudencia. Porque á la verdad el que siente algun agravio ó daño por la sentencia que se hubiere dictado en el pleito, tiene espedito el camino de apelar de dicha providencia, y la omision de este recurso induce una aprobacion y consentimiento de lo juzgado. Y es esto tan cierto é indubitable, que el solo hecho de no apelar en tiempo, tiene virtud bastante para elevar la sentencia á la categoría de cosa juzgada, terminando el litigio sobre los particulares consentidos. Ahora bien, si uno de los litigantes apela, claro es que su intencion se limita á alzar el gravámen que le irroga la sentencia, y de ningun modo quiere atacar lo que le favorece, no devolviendo al juez superior mas conocimiento que el que corresponde á los particulares de que apeló, quedando los restantes pasados en autoridad de cosa juzgada por el consentimiento del otro litigante. Resulta, pues, que en atencion á estas reglas ordinarias, el que no apeló en tiempo, no puede reclamar ni impugnar sus propios hechos, despojando por una mutacion posterior de voluntad á su contrincante de un derecho que ya ha adquirido. Es, pues, visto, que la facultad de adherirse á la ape-

APELACION.

207

lacion de que hoy goza, es un beneficio general concedido en razon de los grandes motivos de equidad y de conveniencia que aconsejan su introduccion. Así es que la disposicion de Justiniano causó una novedad en el sistema de procedimientos, como se infiere de los mismos términos en que se halla concebida *«ampliore providentiam subjectis conferentes, quam forsitan ipsi vigilantes inveniunt; antiquam observationem emendamus, cum in appellationum auditoriis, is solus post sententiam iudicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte quæ hoc non fecisset sententiam sequi (qualiscumque fasset) compellenda. Sancimus itaque: si appellator semel in iudicium venerit, et causas appellationis sum proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid iudicatis opponere va luerit, si presto fuerit, hoc facere, et iudiciale mereri præsidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus iudicem per suum vigorem ejus partes adimplere (1).* Demostrado ya este punto, pasaremos á esponer sus fundamentos, los cuales pueden reducirse á tres. 1.º El supuesto de un consentimiento absoluto por parte del que no apeló, que es en lo que se apoya principalmente la opinion que le niega la facultad de adherirse al recurso del contrario, es enteramente falso. El no uso de la apelacion, no solo puede provenir de considerar la sentencia justa y benefica, sino tambien del deseo de concluir el litigio y no esponer el negocio á nuevas contingencias, ahorrándose los gastos y molestias de otra instancia. Su consentimiento, pues, es condicional, es decir, para el caso en que el otro litigante se aquiete por su parte con la sentencia. Faltando esta circunstancia desaparece el motivo que lo guió para callar, y le debe ser restituida la libertad de apelar á que no ha renunciado de un modo absoluto. 2.º La equidad aconseja que no se trate con mas rigor al que en su conducta se acerca mas al espíritu de las leyes, que al que se aleja de él. Y es claro que el liti-

gante que sufre algun leve perjuicio sin apelar, sacrificando algo de su derecho á la brevedad y terminacion de los pleitos, favorece las tendencias del legislador que desea obtener el mismo objeto en provecho del interés público. Si el otro litigante con su apelacion sirve de obstáculo á que se realicen tan benévolas intenciones, el legislador debe socorrer al primero para que no sea víctima de su buena fé y se halle colocado en peor situacion que su adversario. Ademas la causa pública se interesa en ello tambien, pues de no existir la esperanza de mejorar su posicion en caso de apelar el contrario, todos los litigantes interpondrán por si el recurso, á fin de no sufrir perjuicio en sus derechos, originándose de aqui infinitas dilaciones y molestias. 3.º La última consideracion que se nos ofrece tiene mucha analogia con la anterior, á saber: que en todo juicio debe procurarse que haya igualdad entre los contendientes, y no la habria ciertamente, si el que apela pudiese obtener la ventaja de que se reformara en su favor el fallo, y el que no apeló no estuviera facultado para solicitar y obtener igual beneficio. Así es que en todas las legislaciones modernas se halla admitido este principio, que está recomendado á la vez por consideraciones de equidad y de utilidad general. Ellas sirven tambien para fijar su verdadero carácter y naturaleza. De su examen se deduce, que la adhesion no es propiamente y con todo rigor una apelacion subsidiaria enteramente subordinada á la principal, sino un derecho propio que compete al apelado por el solo hecho de la apelacion de su adversario. Esta manera de apreciar la adhesion es muy importante y fecunda en resultados, porque ella indica claramente que no se circunscribe y limita á los términos y fondo de la apelacion principal, sino que solo toma ocasion de ella para nacer, y que una vez nacida, tiene vida propia. Varias son las palabras con que se ha calificado esta apelacion, pero ninguna revela claramente su carácter distintivo. Nosotros la hemos llamado *accesoria* en contraposicion á la *principal* en el sentido úni-

(1) Ley 30 Cód. de apelat.
TOMO III.

co de ser originariamente una consecuencia de esta, aunque después viva sola é independiente. La palabra *incidental* con que la distinguen los jurisconsultos franceses no está admitida entre los nuestros, y la *subsidiaria* no revela tampoco el verdadero carácter de esta apelación. Por más ó menos expresivo y adecuado que sea el nombre con que se designe, no debe nunca sacarse de él argumentos en pró ó en contra de la naturaleza y extensión del derecho que nace en favor del apelado de la apelación interpuesta por su adversario. La razón en que se funda debe ser la única guía que nos lleve á la resolución de las cuestiones que pueden ocurrir.

SECCION II.

DE LOS CASOS EN QUE TIENE LUGAR LA ADHESION Ó APELACION ACCESORIA.

Sabiendo ya lo que debe entenderse por apelación accesoria ó adhesión, fácil nos será sentar la regla común y general para determinar en qué casos puede ó no tener lugar. Siempre que el litigante vencedor no haya obtenido todas las ventajas que se proponía, pero que sin embargo no sean de tal importancia que le obliguen á apelar, podrá adherirse al recurso del contrario para ver de lograr el completo de sus deseos y pretensiones. Ninguna dificultad ofrece en principio esta máxima; pero al descender á casos particulares pueden presentarse algunas cuestiones dignas de llamar la atención.

Es indudable que si la sentencia no contiene más que un capítulo, ó aun cuando sean varios, se hallan de tal manera enlazados que vienen á formar un todo, la apelación accesoria es innecesaria é inútil. Porque el litigante á cuyo favor se dió, tiene el medio ordinario de oponerse á las pretensiones de la otra parte, pidiendo que se confirme el fallo del inferior, y es sabido que no se puede acudir á usar de remedios extraordinarios, sino á falta de los comunes y generales.

El caso único en que puede tener aplica-

ción es, cuando la sentencia contenga varias partes, unas favorables y otras adversas, ó cuando se hayan omitido declaraciones subsidiarias que interesen al apelado, como restitución de frutos, daños y perjuicios, costas, etc. En tales casos podrá suceder que el apelante se haya alzado indistintamente de la sentencia, devolviendo al juez superior el conocimiento del negocio entero, ó que haya limitado su apelación á aquellas partes que le perjudican. En el primer supuesto todos los autores prácticos de común acuerdo conceden al apelado la facultad de adherirse; no así en el segundo. Los que la niegan se fundan en el significado que ellos dan á la palabra adhesión, que ciertamente no es el que explica la índole y naturaleza del derecho que representa. ¿Y qué fuerza puede tener un argumento sacado de una vez adoptada tal vez expreso para confirmar sus opiniones? Consideran la adhesión como una *mera accesion*, y de aquí parten para defender que solo puede aquella tener lugar en los capítulos ó parte apelada, puesto que por su carácter accesorio no debe tener más extensión que la apelación principal. Consideran igualmente, y en esto muestran más acierto, que la sentencia que contiene diferentes miembros, puede descomponerse en tantos cuantos estos sean, y de consiguiente la apelación limitada á unos no puede contener á los demás, según la regla de Baldo «*separatorum nulla est conjunctio*.» Estas son las principales razones que alegan en favor de su opinión, la cual nos parece poco conforme con la doctrina que la jurisprudencia ha establecido en conformidad con lo dispuesto en la ley del Código de Justiniano cuyo texto dejamos copiado. El beneficio de la adhesión se extiende por ella á todos los casos, y á todos los casos es aplicable también la razón en que se funda, que consiste en establecer en la plenitud de sus derechos al litigante que voluntariamente se había sometido al fallo judicial, á pesar de no haber obtenido todo lo que deseaba, desde el instante que su adversario por la apelación le obligaba al nuevo combate que él hubiera querido evitar. ¿Cómo podría lograr-

APELACION.

103

se esto si el apelante cauto limitaba su recurso á los capitulos para él perjudiciales, y el apelado se hallaba ya impedido por el trascurso del tiempo de interponerlo de los que para él lo eran? Para evitar este perjuicio se inventó el remedio subsidiario de la adhesion, el cual equivale á la apelacion en cuanto iguala á ambos contendientes para que procuren obtener cada uno en la nueva instancia las mayores ventajas á que crean tener derecho.

Otra cuestion mas difícil puede ocurrir, en cuya resolucion influirá considerablemente el juicio que se haya formado sobre la indole de este recurso. Un litigante se adhiere á la apelacion de su contrario y este desiste, ¿quedará sin virtud la adhesion, ó seguirá su curso? Los que no miran la adhesion sino como una cosa dependiente en todo de la apelacion, optarán desde luego por el primer extremo, pues destruida la base sobre que se apoya, debe venir á tierra cuando aquella falte. Podrá corroborarse este dictamen observando, que el que se adhirió habia ya mostrado su intencion de conformarse con la sentencia, si su contrario no hubiera apelado: es así que por el desistimiento posterior vuelven las cosas al estado primitivo y puede lograr su objeto sin contiendas ni dilaciones; luego su adhesion debe quedar sin efecto. Por mas que estas razones tengan alguna fuerza, la encierran mucho mayor las opuestas. Nosotros hemos demostrado en la seccion anterior que la facultad de adherirse subsiste por sí, pues es un beneficio general para cuyo goce únicamente exige la ley como condicion precisa que haya apelado el adversario. Una vez verificada esta circunstancia, es un derecho del apelado, y como tal no puede ser anulado por la voluntad del apelante. Culpese el último á sí propio, si no puede rehusar el combate que provocó: su adversario hizo de su parte cuanto estaba para que no se reprodujera; pero habiéndole él obligado, la ley debia restablecer la igualdad entre ambos, y dispensar su favor al que en obsequio tal vez á ella, habia consentido en sufrir en silencio algunos agra-

vios. La huida, pues, que intentará el apelante, despues de haber llevado á su adversario al terreno de una segunda instancia, no puede privar á este del derecho adquirido para que el negocio se vea y falle por el tribunal superior, á fin de obtener todas las ventajas y mejoras que procedan en justicia, y que no pudo obtener del inferior.

Parece establecer alguna diferencia á favor del apelante y crear un caso especial la circunstancia de desistir antes de que el apelado haya producido judicialmente su adhesion. A la verdad falta la base y la condicion, en el momento solemne y preciso de interponerse, y este defecto parece impedir su nacimiento. Pero si bien se observa, el derecho de adherirse nace del acto de haber apelado el contrario, de él toma su fuerza, y existiendo ya en facultad, es del todo indiferente para la cuestion que haya sido ó no puesta en ejercicio. El escrito, pues, de desistimiento debe en nuestro juicio pasarse al apelado para que declare, ó no, si se conforma con él, y solo en el caso afirmativo es cuando producirá sus efectos. Por esta razon dijimos en la seccion XII del capítulo segundo, que cuando el desistimiento se proponia en el inferior, antes de la remesa de los autos al superior, solo deberia suspenderse su envio de conformidad del apelado, porque á la verdad los mismos principios obran para la resolucion de este caso, que los que hemos examinado cuando se propone ante el tribunal Superior.

SECCION III.

DEL TIEMPO EN QUE DEBE INTERPONERSE LA APELACION ACCESORIA.

El período dentro del cual puede el apelado adherirse á la apelacion interpuesta por su adversario, es por su misma indole mucho mas lato y estenso que el que señalan las leyes para apelar. Porque no hallándose esta materia determinada en nuestros códigos, ha podido la jurisprudencia atender solamente á lo que exigian la naturaleza del remedio y el interés de los litigantes, en

cuyo beneficio se ha introducido. Desde luego se conoce que la adhesión no puede tener propiamente lugar, mientras dura el término para apelar, porque si tal sucediera alguna vez, sería una verdadera apelación. No debe nunca olvidarse que la adhesión se ha introducido, teniendo presente el caso en que por el trascurso del tiempo legal se ha cerrado la puerta al remedio natural de apelar, de donde se infiere que su interposición debe verificarse ante el tribunal superior á donde va á parar la alzada. Avocada la causa ante el superior, empieza en rigor para el apelado el periodo propio para ejercitar su derecho, aun cuando las circunstancias de utilidad general y privada que aconsejan su adopción, tienen casi definitivamente fijado el plazo y ocasión oportuna de presentarlo. La contestación al escrito de agravios es este momento crítico y oportuno en el que el apelado debe en contraposición rebatir sus argumentos, y ampararse al mismo tiempo del beneficio que le concede la facultad de adhesión.

Que el término debe durar hasta el acto de la contestación es cosa admitida en la práctica, y que se halla apoyada en poderosas razones tomadas de la misma esencia de este recurso. Concedido á favor del apelado, y no irrogándose perjuicio al apelante, porque se difiera su uso hasta la contestación, debe ampliarse el término hasta dicho momento, que es aquel en que el recurrente, viendo cuáles son los capítulos de la sentencia que combate su adversario, y las razones en que se funda, está en aptitud de formar un juicio ilustrado sobre el partido que le conviene seguir. Al tratar de contestar, no podrá menos de establecer su plan de defensa, y hé aquí por qué la contestación es el límite natural del ejercicio de su derecho de adhesión. Pasado este tiempo sería estemporánea su interposición, y además gravosa al apelante, que con la contestación tuvo motivos para creer de nuevo trabada la lid en el terreno y en los términos en ella concebidos.

Una vez fijado por la práctica, de acuerdo con los buenos principios, el periodo den-

tro del cual debe ejercitarse este recurso, la forma de proponerse es también muy sencilla. Al contestar al escrito de agravios del apelante, pedirá el apelado que se confirme la sentencia en los extremos que le sean favorables, adhiriéndose á la apelación interpuesta, para que se revoque como injusta y perjudicial en la parte que le sea contraria. Es inútil advertir que el apelado puede presentar su escrito de adhesión antes de contestar al de mejora, es decir, desde el momento que le consta que su contrario apeló; pero como no se le sigue perjuicio de no hacerlo, antes bien le conviene aguardar por si el apelante desistiera de sus pretensiones, lo natural y corriente en la práctica es, que se interponga este recurso en el escrito de contestación, y en la misma forma que dejamos dicho.

CAPITULO QUINTO.

DE LAS APELACIONES EN ULTRAMAR.

El método, la claridad, y por otra parte la importancia del asunto, exigían que la materia del presente capítulo hubiese sido tratada en una ó mas secciones, con la conveniente división por párrafos como en los capítulos anteriores; lo cual sin embargo no hemos ejecutado en obsequio á la brevedad, pues mandada ó recomendada en Ultramar la observancia del reglamento provisional para la administración de justicia; en los mas de los casos de apelación, conforme á nuestro propósito de evitar repeticiones hasta donde sea posible, en vez de explicaciones no tendremos que hacer sino referencias á lo que se practica en los tribunales de la Península, que por lo mismo queda ya tratado y espuesto en las secciones precedentes.

Debemos notar también que aunque en lo antiguo, y aun hasta hace pocos años, en la enunciativa de *Indias* ó de *Ultramar* se comprendían las islas Canarias, y que en tal concepto se trata del régimen y administración de justicia de las mismas en la Recopilación de Indias, y nosotros por la nece-

APELACION.

103

sidad de completar el cuadro jurídico en la seccion legislativa hemos insertado algunas leyes de dicho código relativas á las espre-sadas islas; estas en el día, por la consti-cion política y modernas disposiciones, se hallan comprendidas en lo que se llama *islas adyacentes*, se rigen por las leyes de la Península; y bajo la denominacion de Ul-tramar por tanto, usada por la Constitucion del Estado, y en el epígrafe del presente ca-pítulo se comprenden solamente las provin-cias ultramarinas de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas.

De las apelaciones en cada una de estas tres provincias, trataremos con la coñe-niente separacion.

ISLA DE CUBA.

La apelacion supone siempre la coexis-tencia de dos clases de tribunales en corre-lacion necesaria, y por tanto conocimiento de esta parte de la organizacion judicial sobre cuyo punto, lo mismo respecto de Cuba que de Puerto-Rico y Filipinas, debe verse lo que tenemos manifestado en la sec-cion quinta del artículo ADMINISTRACION DE JUSTICIA (1). Supuesta la mencionada reseña, nos limitaremos á indicar aquí lo meramente relativo á las apelaciones de los diversos tribunales de primer grado, así del fuero comun como los numerosos fueros especiales.

Fuero comun. La legislacion de Ultramar se halla en un estado de verdadera trasicion entre lo antiguo y las nuevas determinacio-nes que exige diariamente el órden actual, el nuevo modo de ser y de prosperar aque-llos dominios. El respeto justamente debi-do á la antigua legislacion, y la gravedad misma del asunto hace que aquella sea sus-tituida lentamente, y por lo mismo con me-didas parciales, y aun circunscritas á ter-ritorios ó demarcaciones determinadas, re-sultando de aquí necesariamente que no solo la legislacion de Indias se halla en estado de transicion, sino de confusion; lo que exi-giria que en este y otros artículos de su gé-

nero adoptásemos para la esplanacion de una teoria la division, no solo por provincias, si-no por distritos de audiencias, de gobiernos y hasta de localidades, lo que no nos resol-vemos á verificar, por la necesaria pro-ligidad, y ya tambien porque mandada re-visar la legislacion de Indias por real de-creto de 3 de julio de 1844, aplicado el re-glamento provisional para la administracion de justicia á Puerto-Rico, recomendada su aplicacion á la audiencia y capitan general de la Habana por el artículo 7.º del real de-creto de creacion de esta: mandada verifi-car la conveniente division territorial judi-cial para su definitivo planteamiento en la misma por el real decreto de 29 de julio de 1843, en cuyo pensamiento parece insistirse hoy, y debe insistirse resueltamente, la men-cionada legislacion de Indias, por lo menos en lo relativo á la administracion de justi-cia, va á cambiar muy en breve. Este estado de cosas, pues, determina la naturaleza de nuestras observaciones.

Apelaciones á los ayuntamientos. Des-de muy antiguo se conocieron en Espa-ña las apelaciones en asuntos civiles para ante los ayuntamientos, primero por cos-tumbre, y desde el tiempo de los reyes Ca-tólicos por la ley. A imitacion de ello y por el loable principio de que se administre la justicia prontamente, y con el menor dis-pendio, se extendieron á Ultramar, segun se ve por las leyes 17 y 18 del tit. 3, lib. 12 de la Recopilacion de Indias. Por la prime-ra se establece que de las sentencias de la justicia ordinaria en asuntos cuyo valor no esceda de sesenta mil mrs. en los pueblos de la isla, y noventa mil en la ciudad de la Haba-na, las apelaciones vayan al ayuntamiento, el cual, segun la segunda de dichas leyes, ha de ser aquel en cuyo distrito ó demar-cacion haya principiado el pleito; aña-diendo la citada ley 17 que fuera de la can-tidad, en lo demas hubiera de guardarse el derecho de Castilla. Hasta el reglamento provisional para la administracion de justi-cia, se hallaba aquel consignado en las le-yes 8, 9, 10 y 11 del tit. 20, lib. 11 de la Novísima Recopilacion. Segun ellas, la can-

(1) Tomo I. pág. 663.

tividad, que era la regla para estas apelaciones, fue primero de veinte mil maravedís; después, por petición de las Cortes de treinta mil, y por último de cuarenta mil: el término para apelar era el ordinario de cinco días: inmediatamente el escribano actuario debía remitir los autos originales al ayuntamiento, y este elegía dos jueces comisionados, que en unión del originario conocían de la apelación por ante el mismo escribano: en los treinta días siguientes al último de los señalados para apelar debía concluirse el pleito, y dictarse sentencia dentro de los diez inmediatos, por los tres, y si alguno no concurriese, por dos de los tres jueces. La costumbre era celebrarse estos juicios á puerta abierta, haciendo el escribano relación de los autos, y aunque opuesto al principio de economía, se toleraba el informe oral de letrados, concurriendo las partes por sí ó por medio de procurador con poder en forma. En un principio no tenían lugar estos juicios en los pueblos en que hubiese audiencia ó chancillería, y hasta el radio de ocho leguas; después por la ley 11 de las citadas parece levantarse esta restricción y aun hacer potestativo en las partes el apelar para ante las chancillerías y audiencias, ó mas bien al ayuntamiento.

Contenían las leyes del reino otra limitación y era la de que las apelaciones al concejo solo se observasen donde estuviesen en costumbre, lo que asimismo se practicaba en Ultramar, de donde nacia la poca frecuencia de dichos juicios, efecto sin duda de la tendencia en las autoridades superiores y *justicias mayores* á centralizar el poder y la jurisdicción. Solorzano en su *Política indiana*, lib. 3, cap. 1, núm. 24, dice, que vió practicar raras veces estos juicios. La ley 1, tit. 3, lib. 3 y otras de la Recopilación de Indias los limitan á aquellos puntos en que estuviesen en costumbre, y eso mismo se previene por autos acordados de las audiencias, como puede verse en el dictado por la de Puerto Príncipe en 10 de noviembre de 1820.

En la Habana era costumbre que el regidor decano nombrase los dos comisarios, ó

jueces, que hubiesen de concurrir á fallar sobre la alzada con el juez originario, y se nombraba asesor para las cuestiones de hecho, y determinar el grado ó procedencia de la apelación. Después por cédula de 14 de febrero de 1769 se ordenó que los tres jueces concurriesen con su asesor á fallar á la posada del teniente auditor general.

Gozando las milicias locales de fuero activo y pasivo se dudó; si siendo este privilegiado, tendría lugar en cuanto á los aforados la apelación al cabildo, y por cédulas de 13 de abril de 1773, y 23 de abril de 1777, se declaró que probándose la costumbre de apelar al ayuntamiento, no obstante el nuevo reglamento y ordenanza de dicha milicia, en los pleitos de menor cuantía procedía la apelación para ante el cabildo de las sentencias que dictasen los gobernadores en virtud de la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas se dictó el reglamento provisional para la administración de justicia, y en sus artículos 41 y 42 no solo se confirman las apelaciones á los ayuntamientos, así en la Península como en Ultramar, sino que se hacen notables novedades, pues no solo guarda silencio sobre la restricción de la ley 8 del tit. 20, lib. 11 de la Novísima Recopilación, sino que altera la cantidad, los términos y la forma, puesto que en Ultramar, en vez de 60,000 maravedís para que proceda la apelación, será el cuádruplo, esto es, 160,000 maravedís: y en vez de los jueces comisionados con el juez originario, conocerá de la alzada el ayuntamiento pleno, que en el término de ocho días, y no del de treinta, de como le hubieron pasado los autos, dictará sentencia, oyendo verbalmente á las partes, y no por escrito, pudiendo recibir declaraciones de testigos. Queda también coartado el término concedido á las partes, pues antes tenían el de treinta días; y ahora deben presentarse dentro de tercero día, y suministrar sus justificaciones y defensas en la forma dicha dentro de ocho. Esta determinación del reglamento sobre las apelaciones al cabildo fue declarada sin efecto, como no podía menos, después que por la nueva organización de ayuntamien-

APELACION.

407

tos y tribunales se separó lo administrativo y jurisdiccional, y en España por tanto no tiene ya lugar en ningun caso la apelacion al yuntamiento.

Mas ahora preguntamos: ¿ha de decirse lo mismo respecto de Ultramar? Estableciéndose en las leyes de Indias que en cuanto á estos juicios, en lo que ellas no determinan, se guarde el derecho de Castilla: ¿se habria de observar en aquellos dominios el reglamento provisional, mientras rigieran sus artículos 41 y 42; ó se supondrán abolidos cuando lo han sido en España? Algunos autores opinan que los mencionados artículos no rigen en Cuba, porque nada ha consultado todavía sobre ello el capitán general, ni aprobado el gobierno de la metrópoli. Nuestra opinion es, sin embargo, que donde se pruebe la costumbre de apelar al ayuntamiento, debe observarse; y que no habiéndose comunicado á Ultramar las disposiciones derogatorias de los artículos 41 y 42 del reglamento provisional, rigen allí en punto á la cantidad, pues así se establece en ellos mismos, sin necesidad de esperar el dictámen de las audiencias ni de nueva yusion que solo ha de entenderse respecto de aquellos artículos que espresamente no hablen de Ultramar.

La decision del cabildo causó siempre ejecutoria así en España, como en Ultramar, sin otro recurso que el de nulidad, y consiguiente responsabilidad de los jueces.

Apelaciones á las audiencias. Debe notarse que en Cuba está vigente aun el régimen antiguo, segun el cual los alcaldes ordinarios ejercen jurisdiccion con asesor. Hasta el importante decreto de 29 de julio de 1845 estos asesores eran voluntarios, ejercian jurisdiccion todos los alcaldes ordinarios, y la ejercian plenamente, ó por sí, bien que oyendo al asesor. El citado real decreto ha introducido en este punto novedades de consideracion, cuales son entre otras, segun sus artículos 3, 6 y 7 que los alcaldes de primera y segunda eleccion en los pueblos que tengan y en lo sucesivo tuviesen alcalde mayor letrado, dejen de ejercer la jurisdic-

cion ordinaria, salvo en los juicios verbales de menor cuantía, y los asesores son desde dicho real decreto necesarios, y por tanto titulares, ó de una localidad ó territorio circunscrito, nombrándolos el capitán general en terna propuesta por la audiencia. Su cargo dura tres años, y realmente ellos ejercen la jurisdiccion, por cuyo motivo no pueden ser recusados sino en los casos y en la forma que los jueces letrados.

Esto supuesto decimos que van á la audiencia respectiva las apelaciones de los fallos que en asuntos civiles dictáren en primera instancia los alcaldes ordinarios con su asesor: los gobernadores y tenientes gobernadores político-militares con su asesor titular, como los alcaldes ordinarios, al tenor del artículo 6.º del real decreto antes citado; y los alcaldes mayores letrados, creados por el mismo decreto, y que han reemplazado á los antiguos asesores tenientes gobernadores.

Es fundamental sobre estas apelaciones la ley 25, tít. 5, lib. 5 de la Recopilacion de Indias. La 21 dispone que así en los pleitos como en las causas, si se confirmasen las sentencias de los alcaldes ordinarios que van en apelacion á las mismas, se les devolverán los autos ó procesos para su ejecucion, lo que tambien ha de entenderse por la misma razon de los demas jueces que fallen en dicho grado.

Por lo dicho se vé que está abolido lo determinado por la ley 42, tít. 5, lib. 12 de la Recopilacion sobre que de las sentencias de los alcaldes ordinarios hubiera de apelarse en ciertos casos para ante los alcaldes mayores, así como han cesado por efecto de las mejoras y nuevo sistema, mas ó menos parcialmente introducido, las apelaciones, para ante las audiencias tambien, de los oidores visitadores, de los fieles ejecutores, de los oficiales reales, y algunas otras de que hablan las antiguas leyes y disposiciones relativas á Indias, muy especialmente las contenidas en todo el título 5, lib. 12 de la Recopilacion.

Lo dicho hasta aquí sobre las providencias apelables ha de entenderse lo mismo de

las definitivas que de las interlocutorias que causan perjuicio irreparable.

En cuanto al medio de hacer uso de la apelacion, una vez admitida, no siempre se ha observado la misma práctica. En general en las capitales en que residian las reales audiencias ó chancillerías, admitida la apelacion de auto interlocutorio, se citaban y emplazaban las partes para ante aquellas, y se remitian los autos originales, y por su resultado, presentes las partes por medio de procurador, haciendo relacion el mismo escribano originario, si así lo mandaba la sala, lo cual dependia del volúmen y complicacion de los autos, decidia aquella.

Si la apelacion era sobre sentencia definitiva ó de juzgado fuera de la capital, admitida la apelacion, y citadas y emplazadas las partes, se remitian los autos originales á la audiencia. En 26 de mayo de 1836 sin embargo la audiencia de Puerto-Príncipe, entonces única en la isla de Cuba, teniendo por mejor la práctica mas costosa y dilatoria de la mejora de apelacion, segun tambien se observó en España hasta el reglamento provisional de 26 de setiembre de 1835, proveyó auto acordado, ordenando que «excepto en las causas criminales, en todas las apelaciones que otorgasen los jueces ordinarios para ante aquella real audiencia, manda dar al apelante certificacion en que conste la admision del recurso en uno ó en ambos efectos y la calidad del auto apelado, precediendo en ella relacion de la demanda y de las escepciones, para que ocurra á mejorarlo ante el superior, sin remitir los autos como se acostumbra, hasta que éste, en virtud de la dicha mejora, acuerde que se manden con citacion y emplazamiento de las partes, ó que el escribano pase á hacer relacion, si fuere interlocutorio el apelado, ó el juzgado inferior en donde reside la real audiencia, cuidando los referidos jueces de no proveer la remision de los presos antes de la mejora de apelacion, ni mandar que el escribano vaya á dar cuenta de auto interlocutorio hasta que lo determine el superior.»

Es no obstante la misma audiencia en 3 de

setiembre de 1838, reconociendo las dilaciones innecesarias y los evitables dispendios de las mejoras de apelacion, ya entonces abolidas en España, adoptó el siguiente auto acordado que constituye la práctica del día: «dijeron que por cuanto la experiencia ha demostrado que la práctica establecida en virtud del acordado de esta real audiencia de 26 de mayo de 1836 sobre el modo de mejorar las apelaciones, causa graves demoras y mayores costos en la administracion de justicia con perjuicio de las partes para el solo objeto de obtener una providencia, que nunca puede negarse, cual es la remision del proceso en apelaciones oidas libremente; acordaron que respecto de estas se restablezca la práctica antigua de disponer la directa ó inmediata remision de los autos á esta superioridad con citacion y emplazamiento en la misma providencia en que se oiga libremente la apelacion; y que en cuanto á las que se oigan en un solo efecto subsista la práctica que estableció dicho acordado de dar certificacion relativa, si el apelante la pidiese, para fundar y acreditar el agravio que se le inflora en la denegacion».

Con igual propósito la audiencia de la Habana en 16 de abril de 1846 proveyó auto acordado, en el que ademas de otros pormenores se dice lo siguiente: «Igualmente acordaron movidos del propio deber de acortar y simplificar los procedimientos judiciales hasta donde permitan las leyes, que en lo adelante ningunaalzada, así en juicios civiles como criminales se admita sin que á la vez se decreta que sea con citacion y emplazamiento de las partes, y *apercibimiento de estrados*, firmando la diligencia, pues que facilitándose así el curso de los trámites del grado, sin necesidad de ocuparse el tribunal de nuevos dictatorios y costosos emplazamientos, con solo mandar requerir los procuradores; al acusarse la rebeldía por el señor fiscal ó partes presentes, si resultase no haber comparecido alguna por medio de su poder esperando en el término para mejorar la apelacion que debe asignarse, es consiguiente la declaratoria de estra-

APELACION.

209

dos, con quienes se entiendan las ulteriores diligencias, sin perjuicio de oírse en las causas criminales al procurador de pobres, cuando proceda este trámite.»

Venidos los autos al superior en el primero de los casos que menciona el precedente acordado, la sustanciación de la segunda instancia, es conforme á la que se practica en los tribunales del reino; pues si bien allí no media por lo comun mas que un escrito de cada parte, que es la alegación de agravios, lo propio se verifica en la Península, pues que no puede darse el nombre de escrito ó alegación á la respuesta, concluyendo.

Por lo que hace á las apelaciones de autos interlocutorios, la ley 22, tít. 8.º, lib. 5 de la Recopilación de Indias dispone: «que los escribanos del número de la ciudad ó villa donde residiese audiencia en cualquier pleito ó negocio de que las partes, ó cualquiera de ellas apelase á la audiencia de auto interlocutorio, sean obligados el siguiente día, que no sea feriado, á ir á los estrados á hacer relación, aunque las partes no se hayan presentado en grado de apelación, sin aguardar que les sea ordenado con pena, ni sin ella, pena de seis pesos y el daño é interés de las partes; y en cuanto á citarlas ó á sus procuradores para que se hallen presentes, guarden la ley 32, tít. 27, lib. 2.» Lo ordenado por esta última ley es que el escribano que haya de hacer relación de un pleito ante la audiencia, notifique previamente á las partes ó sus procuradores bajo la pena de dos pesos.

Sobre las apelaciones de las sentencias de remate y de las que solo se admiten en un efecto, debe tenerse presente el auto acordado de la audiencia de la Habana de 6 de marzo de 1846, en el cual se dice entre otras cosas: «Y tomándose en consideración cuanto se manifiesta en apoyo de esta medida, y sin embargo de que para fallar las apelaciones de las sentencias de remate ha observado constantemente esta audiencia la práctica de retener los autos, acordaron, de conformidad con el ministerio fiscal, que en lo sucesivo los juzgados ordinarios de la capi-

tal oigan libremente estas apelaciones, y que para dar cuenta de las demas que solo procedan en un efecto, se omita por regla general hacer relaciones escritas, dando cuenta los escribanos por dentro, de los lugares conducentes para aclarar la cuestión resuelta por el auto apelado; y que si en algun caso raro fuere necesario estender por escrito la relación, la firme el escribano, y tambien las partes en prueba de su conformidad, citándose siempre á las mismas y haciéndolas saber el día señalado para la vista, á fin de que puedan hallarse presentes á ella.»

Ofraciéronse inconvenientes en la observancia rigurosa de este auto acordado, y en 3 de diciembre de 1846, y 17 de junio de 1847 se dictaron por la propia audiencia de la Habana los que copiamos á continuación, teniéndose presente que el primero de ellos fue aprobado por el tribunal Supremo de Justicia en carta-orden de 29 de abril de 1847, en cuanto á su primera parte, ordenándose respecto de la segunda que las súplicas se admitan segun hubiere lugar conforme á derecho, y dejando por consecuencia sin efecto la disposición relativa á causar ejecutoria la sentencia de vista en el caso que se menciona.

El primero de dichos autos acordados dice así: «En la siempre fidelísima ciudad de la Habana á tres de diciembre de mil ochocientos cuarenta y seis, reunidos en acuerdo ordinario los señores del márgen, dióse cuenta del expediente promovido por el señor fiscal, para que las apelaciones de fallos ejecutivos se oigan por los juzgados de esta capital como en todos los demas del distrito solo en un efecto, procediéndose á la ejecución y á la entrega de testimonios al apelante ó de los autos originales cuando no se necesiten para el curso ordinario de la alzada, sin perjuicio, segun concluye su inmediata representación, todo en conformidad de la ley duodécima, título vigésimo octavo, libro undécimo de la Novísima, y en su vista discutido el punto esencialmente se acordó: que se libren circulares á todos los juzgados de primera ins-

tancia, incluso los de la capital, para el cumplimiento literal de la ley en cuya virtud se proceda con sus requisitos á la ejecucion del fallo de remate y admision de la apelacion, si se interpusiere, en un solo efecto, y sin perjuicio á la entrega del testimonio, ó de los autos originales en su caso, para que presentándose por el apelante en la real audiencia y mejorado el grado, se entreguen á las partes con término restricto de tres dias para la mera instruccion de sus abogados, y que puedan estos asistir á estrados al acto de darse cuenta por el relator en sala de justicia; acordando ademas que en todo evento de confirmarse ó revocarse la sentencia de remate, si el interes del pleito no escede de dos mil pesos, la de la segunda instancia cause ejecutoria, y escediendo, se admita súplica en revista de la revocatoria de la de remate, mas no si lo confirmase.»

El segundo de los citados autos acordados, es como sigue: «En acuerdo ordinario de diez y siete de junio de mil ochocientos cuarenta y siete, se tomó en consideracion la práctica abusiva introducida á perjuicio de la mas pronta y espedita administracion de justicia, de que suplicándose y apelándose en subsidio de cualquier auto interlocutorio, en vez, si no de reformarse, de mandar desde luego los jueces de esta capital que el escribano ocurra á la real audiencia á hacer relacion en puntual observancia de la ley 22, tit. 8, lib. 5 de Indias, confieren traslados, dando lugar entre tanto á que se complique y alargue la actuacion con otros artículos inconexos, de que procede á veces, como se ha advertido recientemente en las salas de justicia, que una alzada de que debe darse cuenta al subsecuente dia, si es posible, de dictado el interlocutorio, se traiga al superior tribunal al cabo de seis, doce ó mas meses, es decir, cuando pasó ya acaso el tiempo y oportunidad de la revocatoria que mereciese de justicia, quedando así triunfante la astucia de los interesados en tal entorpecimiento, con provocacion por lo menos de indebidas costas y recargo de folios inútiles: y para poner en ello remedio, oídos *in voce* los señores fiscales y traído á

la vista el testo terminante de dicha ley 22, los señores del margen dijeron: «Que en su conformidad, si los jueces no estimasen revocar por contrario imperio el interlocutorio de que se apele en subsidio, provean de plano sin mas trámites ni traslados, que el escribano ocurra prévia venia á hacer relacion á la real audiencia con citacion de partes, para que se hallen presentes, si quisieren, y se circule al efecto á quienes correspondan.»

Como á las apelaciones de autos interlocutorios prepara la petition de revocacion de aquellos por contrario imperio, y de dichas peticiones, impropriamente llamadas de *súplica*, se llegase á abusar de un modo escandaloso, la audiencia de la Habana en el importante auto acordado de 24 de febrero de 1840, de que mas adelante tendremos que hacer mencion, dispone en su artículo 5.º lo siguiente: «Los jueces serán muy cuidadosos en los artículos que inexactamente se han llamado de súplica en primera instancia, y que teniendo por objeto ostensible la reposicion por contrario imperio de cualquier providencia, contribuyan en gran manera al entorpecimiento del juicio y al aumento innecesario de costas. En consecuencia no admitirán petition de esta especie que sea infundada, condenando en las costas al abogado que en esta forma la interponga, sin perjuicio de mas severa correccion en caso de reincidencia. Cuando la solicitud recaiga sobre providencia de entidad, podrá ocuparse el juez de ella reponiéndola ó mandando llevarla adelante, segun el mérito de los autos, sin necesidad de conferir traslado.»

Como se ve la legislacion práctica de Indias, hay que buscarla ya fuera de sus códigos, y lo que hemos observado en cuanto á lo civil, eso mismo notaremos por lo que hace á lo criminal. Hay en este punto los autos acordados que reasumen la legislacion y práctica del dia, siendo ellos la mejor exposicion que pudiéramos hacer de las mismas. Es el primero el ya citado de 26 de mayo de 1836 dictado por la audiencia de Puerto-Príncipe, única entonces en la isla,

APELACION.

211

y por tanto con fuerza de obligar en toda ella. Dicho auto acordado por lo que hace á las causas criminales, dice así: «Tambien tuvieron presente que en las causas criminales, los jueces de primera instancia no se cuidan de hacer notificar á los reos las sentencias que pronuncian; antes de enviar los procesos en consulta al superior para que usen del remedio de la apelacion y constituyan su poder al procurador de pobres los que lo fuesen, y determinaron que en adelante se verifique la dicha participacion, y se admitan conforme á derecho las apelaciones que introdujesen, remitiéndose de todos modos los autos originales á la real audiencia, bien sea en consulta ó en grado, con citacion y emplazamiento de los interesados. Y últimamente resolvieron que se imprima este acuerdo y se circule á todos los juzgados inferiores sujetos á esta real audiencia para su mas exacto cumplimiento.»

Así las cosas la misma audiencia de Puerto-Príncipe, con el fin de regularizar mas y dar mayor uniformidad á la administracion de justicia en toda la isla, acomodándola realmente á lo dispuesto por el reglamento provisional de 26 de setiembre de 1833, y muy especialmente á su artículo 31, segun se espresa en la propia determinacion, en 21 de agosto de 1838 proveyó un estenso auto acordado, que debe tenerse presente, no solo por lo relativo á las apelaciones, sino á todo el procedimiento en lo criminal, tanto mas cuanto que previo dictámen de la sala de Indias del tribunal Supremo de justicia fue aprobado por real orden de 30 de diciembre de 1839, si bien con varias modificaciones, de las cuales tambien nos haremos cargo en seguida.

Despues de asentarse en dicho auto acordado que debe ser obligatorio en toda la isla y servir de norma á todos los jueces ordinarios de ella en la sustanciacion y término de las causas criminales, dicen así los artículos referentes al punto de que vamos tratando.

Artículo 22. La providencia de sobreseimiento es apelable por parte del acusador y se admitirá siempre que se interponga el recurso, sin embargo de la soltura del pro-

cesado, que se llevará á efecto bajo la responsabilidad del que la dictó.

Artículo 23. Puede tambien el procesado mostrar su conformidad con el auto de sobreseimiento, aunque no le imponga pena corporal, si le aplica otra menos grave ó pecuniaria, ó contiene apercibimientos que crea menoscabar su opinion, y entonces á su peticion se seguirá la causa por los trámites legales.

Artículo 24. No apelando el acusador el auto de sobreseimiento, y estando con él conforme el acusado, se llevará á efecto sin necesidad de consultarlo con la audiencia, siempre que la causa sea por faltas ó hechos á que no deba imponerse pena corporal; pero se consultará indispensablemente, aun cuando medie la conformidad de las partes, cuando el procedimiento hubiese versado sobre delito que la ley castigue con la dicha pena, de manera que se ha de tener cuenta con la calificacion legal del hecho y no con el castigo que se imponga al procesado por circunstancias atenuantes.

Artículo 25. Los jueces estimarán como penas corporales, ademas de la capital, la de azotes, vergüenza, bombas, galeras, minas, arsenales, presidios, obras públicas, destierro y prision, ó reclusion por mas de seis meses.

Artículo 26. Es tambien apelable la providencia que concede ó niega la soltura ó el sobreseimiento despues de elevado el proceso á plenario por medio de la confesion; pero se llevará á efecto la soltura, cuando se hubiese concedido en el auto apelado bajo la responsabilidad del que la dictó.

Artículo 30. El término para pedir reposicion de alguna providencia es de tercero dia, que principiará á correr inmediatamente despues de la notificacion. Cuando se pida fuera de dicho tiempo devolverá el juez el escrito.

Artículo 31. Pidiéndose la reposicion dentro de dicho término, deberá proveerse sobre ello de plano en el mismo escrito sin traslado ni otro trámite.

Artículo 39. La sentencia será notificada á los interesados inmediatamente, aun cuan-

do tengan procurador, y apelen, ó no, se remitirán desde luego los autos originales á la audiencia con prévia citacion y emplazamiento de los mismos, siempre que la causa fuese sobre delito á que por la ley esté señalada pena corporal. Si la causa fuese sobre delito liviano, á que por la ley no se imponga pena de esta clase, se remitirá á la audiencia con igual formalidad cuando alguna de las partes interponga apelacion dentro de los cinco dias siguientes al de la notificacion de la sentencia, la cual causará ejecutoria y será llevada á efecto, si no se apelase en dicho término.

Artículo 63. Los jueces inferiores admitirán, conforme á derecho, las apelaciones que de sus providencias se interpusiesen para la real audiencia, mandando que se cite y emplace á las partes para su curso al tribunal superior.»

Las modificaciones hechas por la real órden de aprobacion de este auto acordado son las siguientes:

1.^ª Se suprimirá la palabra *jurada* dentro de veinte y cuatro horas á toda persona presa ó arrestada.

2.^ª En lugar de las palabras del artículo 9.^º, *así los procesados como los testigos serán juramentados*, se pondrán estas: «no se ha de recibir juramento para la declaracion de los procesados, y así estos como los testigos serán examinados indispensablemente, etc.»

3.^ª En vez de las palabras del artículo 21, *mas si antes de la confesion, al examinar el sumario para hacer los cargos, hallase el juez que el procesado es del todo inocente, se sobreescrará en la causa*, se pondrán estas: «mas si antes de la confesion al examinar el sumario para hacer los cargos, hallase el juez que el procesado es del todo inocente, sobreescrará en la causa con respecto á él.»

4.^ª El término de tercero dia que señaló el artículo 30 para pedir reposicion de alguna providencia será el de cinco dias, y se suprimirá en el mismo artículo la cláusula final que dice: *cundo se pide fuera de dicho tiempo, devolverá el juez el escrito*, porque este debe obrar siempre en la causa.

5.^ª Se añadirá al final del artículo 59 lo siguiente: «Sin perjuicio de que la audiencia provea con arreglo á derecho lo que corresponda, si creyese que el delito no es leve, para lo cual se le dará cuenta con testimonio en relacion sucinta de la causa y literal de la sentencia.»

Sobre consulta de los fallos en materia criminal la audiencia de Puerto-Príncipe en 3 de agosto de 1830 dictó el siguiente auto acordado: «Teniendo presentes varias reales cédulas y autos acordados que hablan de la materia dijeron: que las causas de delitos graves, ya sea absolviendo ó condenando, ó bien sobreseyendo, se deben consultar á esta superioridad con las determinaciones que se dieren, y generalmente todas, pudiendo únicamente omitirse la consulta en aquellas en que solamente se imponga á los reos una pena correccional que no pase de dos meses y que sea á la gente de color.»

Finalmente, instalada la audiencia protorial de la Habana en 24 de febrero de 1840 proveyó un auto acordado confirmando el anterior, y todos los que procediesen de las audiencias de Santo Domingo y Puerto-Príncipe, y estableciendo ciertas reglas en lo civil y criminal. Este auto acordado, el citado de la audiencia de Puerto-Príncipe de 21 de agosto de 1838 y otros muchos; de algunos de los cuales queda hecha mencion, pueden verse en la coleccion titulada *Autos acordados de la real audiencia de la isla de Cuba*, publicada en la Habana en 1840, y en la coleccion y tercer apéndice publicado por Zamora con el mismo título en 1847.

Sabido es por último, que de las sentencias de vista que causan ejecutoria, lo propio que de las de revista en su caso, tienen todavia lugar respecto de aquellos dominios los recursos de nulidad y de injusticia notoria para ante el tribunal Supremo de Justicia, como se verá en sus artículos correspondientes.

Apelaciones de providencia de gobierno. Hay todavia otras apelaciones á las audiencias que pueden referirse á la jurisdiccion ordinaria, y son las que tienen lugar de los autos, órdenes ó providencias que en mate-

APELACION.

215

rias de gobierno dictasen los vireyes, y hoy los capitanes generales. Sabido es que estos son una autoridad universal, y que entre sus infinitas atribuciones reunian y aun reunen hasta cierto grado jurisdiccion ordinaria y facultades de gobierno. Era posible alguna vez la confusion de estas atribuciones, y que bajo formas gubernativas, y por tanto en gran parte discrecionales, se decidiesen asuntos de justicia en forma inconveniente. La prevision y benevolencia de nuestros reyes no quiso que en ningun caso, ni bajo ninguna forma, la inmensa autoridad de los vireyes abrumase sin recurso á sus súbditos y subordinados, y sucesivamente Carlos V, Felipe II y Felipe III dictaron varias disposiciones que despues formaron la ley 33, tit. 13, lib. 2 de la Recopilacion de Indias, la cual es fundamental, y dice asi: «Declaramos y mandamos que sintiéndose algunas personas agraviadas de cualquier auto ó determinaciones que proveyesen ú ordenaren los vireyes ó presidentes por via de gobierno, puedan apelar á nuestras audiencias, donde se les haga justicia, conforme á las leyes y ordenanzas, y los vireyes y presidentes no les impidan la apelacion, ni se puedan hallar ni hallen presentes á la vista y determinacion de estas causas y se abstengan de ellas.»

Podia ocurrir en estos casos una cuestion previa, y era la de decidir si el asunto sobre que versaba la apelacion era de justicia ó de gobierno; y bien se ve que dejando la decision á los mismos vireyes y presidente era en parte anular el recurso concedido á los agraviados, pues casi no era de suponer que dichas autoridades, salvo los casos de una completa evidencia, fallasen en su contra. La cuestion, sin embargo, era en realidad de competencia, y por ello y por la necesidad de evitar conflictos se estableció que los vireyes y presidentes resolvieran el punto previo de si el asunto era de justicia ó de gobierno, mandando que en todo caso de la providencia definitiva que dictasen, tuvieran los agraviados recurso de apelacion, por cuyo medio las audiencias pudieran enmendar, no solamente la injusticia, si se hubie-

se cometido, sino la nulidad ó vicios del procedimiento, con tanta mas libertad cuanto que dichos vireyes ó presidentes no habian de concurrir á los acuerdos para la decision. Asi todo se determinó por la ley ya citada, por la 38 del mismo titulo y libro, y por la real cédula de 29 de agosto de 1806, dada en el real sitio de San Ildefonso, y que es decisiva en la materia.

Fácil es comprender que ya por la índole de este recurso, ya por la de las autoridades respectivas que en ello mediaban, habian de ofrecerse á cada paso dificultades que lo embarazasen aun por el deseo de conciliar, como era justo, los respetos debidos á las mismas. Partiendo de este principio se introdujo por costumbre, y despues se mandó por cédula de 19 de mayo de 1788, que para interponer en estos casos el recurso de apelacion, se hubiese de pedir venia á los vireyes, la cual por motivos y razones que son fáciles de comprender, se derogó por otra de 14 de febrero de 1797, mandando se observase la práctica de Méjico, segun la cual se apelaba sin mas formalidad para ante la audiencia.

Podia ser cuestion tambien si de una apelacion que provenia de los fallos y decisiones que procedian de una autoridad como la de los vireyes y presidentes habia de conocerse por una de las salas de justicia como en un asunto particular y comun, ó bien con mayores solemnidades; y la ley 22, lib. 5, tit. 12 de la Recopilacion de Indias, reiterando el principio de que de los autos acordados y órdenes de los vireyes y presidentes, dados en forma gubernativa, pueda apelarse para ante las audiencias, dispone en primer lugar que dicho recurso se interponga para ante las audiencias principales, como las de Lima ó Méjico, y no para ante las subordinadas; y segundo, que para obviar inconvenientes en tales casos «se hallen presentes á la vista y determinacion todos los oidores en acuerdo de justicia y no en sala particular.»

Interpuesto el recurso la audiencia debe mandar que el escribano actuuario pase á hacer relacion con los autos originales, de-

endiendo aquella ante todas cosas sobre el grado, esto es, si el asunto es ó no apelable segun que sea de justicia, meramente gubernativo, ó misto, no debiendo confundirse esta declaracion con la competencia para empezar á conocer, de que ya hemos hecho mérito. Antiguamente los vireyes y presidentes pretendian competerles el derecho de declarar sobre el grado, y á ello les autorizaba una real cédula de 19 de octubre de 1805 dirigida á la audiencia de Guatemala, toda vez que dictasen su providencia en este caso con acuerdo de asesor; pero todo quedó decidido del modo que dejamos manifestado por la cédula ya citada de 29 de agosto de 1806, cuyo tenor esplicito y decisivo al plantear y resolver la doble cuestion de *competencia* y de *grado*, como otras accesorias, sonde notar y puede verse en la parte legislativa. Esto no obstante, todavia en algunas ocasiones ha sido necesario reencargar su observancia, como se verificó en real orden de 9 de junio de 1841, con motivo de que, interpuesta apelacion por el gremio de pulperos de Puerto-Rico, de cierta determinacion de gobierno, el capitán general creyó que por la índole del asunto debía negar aquella, con cuyo motivo se mandó que en tales casos se observase puntualmente la real cédula citada.

Hay en el particular lo que debe suponerse y se explica bien. Un virey, y hoy los capitanes generales de aquellos dominios, tienen autoridad casi real, y no puede menos de ser así: son por otra parte presidentes de las audiencias; y sin embargo tienen que ver sus decisiones sometidas á la censura y fallo de estas, y precisamente en aquellos asuntos en que mas de lleno aplican sus atribuciones prudenciales, y ademas inmensas, esto es, las de gobierno. Efecto de ello sin duda en el mismo año ya citado, reciente aun la anterior declaracion, se consultó por la audiencia de la propia isla si la decision sobre el grado la correspondia, ó al capitán general, y en real orden de 21 de noviembre, espedita por Gracia y Justicia y dirigida al presidente y regente de la isla, se mandó estar á lo resuelto en la

cédula de 1806, concluyendo así: «y V. E. en observancia de la cédula de 29 de agosto de 1806 debe cumplir con las comunicaciones de la audiencia para que vaya el escribano á hacer relacion de los autos, y en su defecto *que se entreguen en la escribania de cámara*, y que hecha relacion, proceda la audiencia á lo que haya lugar segun las leyes.»

Para completar esta materia y consignar una prueba de la suma importancia que han dado nuestros reyes al recurso de que hemos hablado, concluiremos insertando el artículo 41 de la importante instruccion de regentes de Ultramar, que es como sigue:

«Siendo de gravísimo perjuicio el que no se observen con toda exactitud las leyes de Indias que permiten la apelacion en todas las determinaciones de gobierno para las reales audiencias, segun y en la forma que se prescribe en la 22, tit. 12 del lib. 3, y en la 33, tit. 13, libro 2, será uno de los mas principales cuidados de los regentes el hacer que tenga puntualísimo cumplimiento, celando que no se defrauden unas decisiones tan justas, y apartando cualquier motivo de terror que intimide á las partes para dejar de seguir su derecho, y á este fin pasarán sus oficios con los vireyes y presidentes, los cuales se abstendrán de asistir á los acuerdos en que se traten las apelaciones de sus providencias; como se dispone en la ley 24, tit. 13, lib. 2, y sobre lo que ocurra en este asunto darán cuenta todos los años á mi real persona los regentes, ó antes si hubiese algun motivo urgente, sobre lo que se les hará cargo especial en sus residencias, si estuviesen omisos en esta materia de tanta importancia.»

Hay otros muchos casos de apelacion en que estas van á las audiencias; pero es en el concepto de fueros especiales, y de ello trataremos sucesivamente en sus artículos respectivos

Fueros especiales. Esta es todavía la perpetua contrariedad que tiene en Cuba la administracion de justicia, hallándose aun constituida en lo judicial, como lo estaba en la Peninsula antes de los últimos quince

APELACION.

213

años. Zamora en su legislación ultramarina, no obstante su práctica y conocimiento propio de aquellas islas, despues de una prolija enunciativa de fueros especiales, todavía manifiesta no tener la seguridad de haberlos enumerado todos. El cita tambien, y con razon, la sentida memoria del virey Villajigedo, que ya á fines del siglo anterior deploraba tal confusion en el órden judicial, y encareció como urgente su remedio. Esta es tambien la conviccion general, y aun la del legislador, pues se ve que en la Peninsula se han reducido, y aun mandan reducir mas los fueros especiales, así como tambien en repetidas reales órdenes, ó se promete ó se encarga la reduccion de fueros, y aun ha empezado á verificarse en la misma isla de Cuba; y mas todavía en la otra Antilla, y nosotros no queremos dejar de unir nuestro voto al general para que así se verifique, como creemos ha de realizarse muy en breve. Entre tanto haremos mencion de los que existen, si bien limitando nuestras observaciones á determinar los respectivos tribunales á *quo* y *ad quem*, y lo que sea especial en aquellas provincias, pues que el procedimiento es, en lo demas, el observado ó que se observa en la Peninsula en sus respectivos casos, y á fin de no repetir nos remitimos á lo espuesto en los artículos ó tratados correspondientes.

Fuero comun de guerra. Rige en Ultramar la ordenanza general del ejército, y por tanto hay únicamente que notar que allí los gobernadores politico-militares equivalen en lo judicial á los comandantes generales de provincia en la Peninsula, y de sus sentencias se apela al capitán general. Antes de la ordenanza general del ejército ya los vireyes, capitanes generales y gobernadores tenían respectivamente, como no podia menos, esta jurisdiccion, y pueden verse las leyes y disposiciones que la atribuian y arreglaban en la parte legislativa del presente artículo, y los especiales de *fuero de guerra*, y de las mencionadas autoridades.

La ley 1.ª, tit. 11, lib. 3 de la Recopilacion de Indias el establecer la jurisdiccion y la competencia de los vireyes, como capita-

nes generales, espresa que hayan de conocer de las causas contra oficiales y soldados de artillería que á sueldo sirviesen á sus órdenes, lo cual hoy no puede tener lugar sino en la forma que se dirá al hablar de las apelaciones respecto del fuero privativo de artillería é ingenieros, salvo que en un levantamiento ó expedicion extraordinaria se aplicasen algunos hombres de guerra á este servicio perentorio sin corresponder á lo mencionados cuerpos.

Con la misma limitacion habrá de entenderse la ley 7 del propio título y libro en cuanto establece que los alcaldes y castellanos conozcan en lo civil y criminal de las causas y pleitos de los artilleros y otras gentes que tuviesen á sus órdenes con apelacion á los capitanes generales. Estas disposiciones y cualesquiera otras, que para casos particulares ó extraordinarios se hubiesen dado, quedan subordinadas á lo dispuesto en las ordenanzas especiales de artillería é ingenieros, dadas al principio del presente siglo, como diremos á continuacion.

La ley 9 ocurre á un abuso que hoy ya no se verifica, y que si ocurriese, habria de observarse respecto á él lo en ella dispuesto, y es que en las audiencias no admitan apelaciones que impidan se ejecuten sentencias que se deban ejecutar, sobre todo en causas militares.

Marina. Ya hemos hablado en su lugar oportuno de las apelaciones y consultas en lo relativo á marina en la Peninsula. Allí espresamos las atribuciones, primero del Consejo Supremo de la Guerra, como tribunal de alzada y revision, y despues las del tribunal especial de Guerra y Marina que le ha sustituido. Pero lo establecido para la Peninsula era por demas embarazoso para Ultramar, sobre todo en lo criminal, que se liga mas inmediatamente á la disciplina y medio de gobierno. Lo era mucho mas cuando tambien era tardo y embarazoso el sistema de comunicaciones; pero si en el dia es sin duda mas espedito, tambien es mayor el movimiento y mas precipitada y complicada la marcha general de los sucesos. Por eso sin duda en 1812 el comandante gene-

ral de marina de Filipinas espuso á S. M. lo conveniente, y de sus resultados se adoptó la real resolución de 26 de marzo de 1817, que fija un nuevo estado de cosas, y la cual suointamente indicada en la parte legislativa, es como sigue: «Enterado el rey nuestro señor de lo espuesto por el comandante de marina en Manila en carta de 3 de octubre de 1812, manifestando la grande utilidad é importancia de autorizar el juzgado de marina de aquellas islas, así como lo está el gobernador con su auditor, en las funciones de su jurisdicción para ejecutar sin demora ni previa consulta la pena capital, ú otra afflictiva impuesta á los malvados y perturbadores de la seguridad pública, con objeto de que el pronto castigo de los delitos contenga á los criminales y haga respetable la justicia; y convencido su real ánimo de la necesidad de adoptar un medio capaz de evitar y prevenir los males y gravísimos inconvenientes que se experimentan de la actual práctica de remitir á la Península en los casos prevenidos por ordenanza los procesos criminales militares, en que ha recaído pena capital, por cuya razón se entorpece la administración de justicia con grave detrimento de la causa pública, y se dá lugar á la compasión ó á la impunidad, resultando de ellos que las leyes penales pierden el carácter de severidad, tan necesario para reprimir los delitos y conservar ó rectificar la moral pública: despues de haber meditado seriamente acerca del proyecto de la formación de un tribunal revisorio, que asimilado en su planta á la que actualmente tiene el Supremo consejo del Almirantazgo, ejerciese sus funciones en las capitales de lo interior de los vastos dominios de América y Asia, para lo cual se presenta desde luego la imposibilidad de hallar suficiente número de oficiales de la armada que pudieran componer semejantes tribunales (de conformidad con el dictámen de dicho consejo, se resuelve el establecimiento de tres tribunales de revisión, de ellos uno en la Habana para las Antillas, y otro para las Filipinas, bajo estas reglas): 1.ª Las causas criminales formadas en consejo ordinario de guerra en

que haya recaído pena capital, la cual, según la práctica hasta ahora observada no se podía ejecutar sin la aprobación de S. M. ó del Supremo Consejo, se remitirán al tribunal de revisión del distrito á donde correspondan, y recayendo su aprobación, se ejecutará: 2.ª Este tribunal se compondrá de cuatro oficiales de la armada, y en defecto de oficiales del ejército, debiendo tener á lo menos unos y otros la graduación de capitán, y será presidido en la Habana y Filipinas por los comandantes generales de marina, y si los hubiese, con asistencia del auditor de marina ó el de guerra, si aquel hubiese intervenido en la primera sentencia: 3.ª Aprobada que sea la pronunciada por el consejo de guerra ordinario, se devolverá con el proceso para su ejecución, debiendo darse por el capitán general noticia de esta al consejo del Almirantazgo con un brevísimo resumen de cada caso, y lo determinado en él: 4.ª En las causas criminales que se forman en los juzgados de los comandantes generales de marina, tendrán los reos la facultad de apelar de las sentencias que se diesen en ellos para el tribunal de revisión de su distrito, el cual se compondrá, para las causas de esta naturaleza, el de Filipinas, del capitán general con cuatro ministros los mas antiguos de aquella audiencia; y en la Habana del comandante general de marina con otros tantos letrados que tengan nombramiento mas antiguo por el rey de auditores, asesores ó fiscales de aquellos juzgados: 5.ª Por si la causa hubiese sido sustanciada ó determinada por el comandante general de marina con su auditor, como puede suceder en la Habana, entonces remitirá aquel los autos al capitán general, para que presidiendo el tribunal de revisión recaiga la sentencia que proceda de derecho: 6.ª Para estos casos se nombrará un letrado que haga las funciones de fiscal, con cuya audiencia se dará la correspondiente sustanciación del proceso por el mas antiguo de aquellos, y conforme en todo á la que tienen en la sala de justicia del consejo del Almirantazgo, y la sentencia que recayese se llevará á ejecución, dando noticia

APELACION.

217

de ella al capitán general como se previene en la regla tercera.»

Las apelaciones, pues, del tribunal del apostadero de la Habana, en asuntos civiles y según las disposiciones generales y atribuciones concedidas al tribunal especial de Guerra y Marina, vienen á este: en lo penal en virtud de la disposición citada van al tribunal de alzada de aquella isla, que lo forman el capitán general como presidente, el juez *á quo*, el auditor de guerra y el asesor más antiguo de gobierno, observándose lo demás dispuesto en la resolución anterior.

Artillería. En 1802 se dió á este cuerpo privilegiado una organización especial. Su ordenanza primitiva fue adicionada ó explicada por reales órdenes de 1.º de mayo de 1803, 4 de febrero de 1805, y especialmente y por lo que hace á Ultramar por la adicional de 10 de febrero de 1807. Según el artículo 2.º del reglamento 14 de la ordenanza de 1802, el juzgado primitivo de primera instancia en cada capital de departamento de las de España é Indias y sus respectivas islas, se compondrá del comandante del cuerpo, de un asesor, de un abogado fiscal donde hubiese letrados idóneos, y de un escribano.

Según el artículo 26 del citado reglamento 14 las apelaciones habrían de interponerse precisamente para ante el Consejo Supremo de la Guerra; pero después por real declaración ya citada de 4 de febrero de 1805, que se circuló también á Ultramar, se dispone que en las sentencias de artillería en Indias dadas en primera instancia, puedan las partes apelar en ambas Américas, Canarias y Filipinas á los vireyes, capitanes generales y gobernadores independientes, á fin de que reunidos con dos ministros de la audiencia que el nombre, si estuviese en el pueblo de su residencia, y concurriendo también el comandante de artillería, juzguen las apelaciones, informándose cada uno de los dos jueces militares del letrado que fuese de su agrado, para remover toda sospecha de inclinación ó adhesión al dictamen que habían espuesto en la primera instancia, sustanciándose dichos recursos de

apelación en el juzgado del virey, capitán general ó gobernador, á no ser que las providencias que hayan de recaer ocasionen un daño ó perjuicio irreparable por la sentencia, en cuyo caso se admitirá nueva súplica y volverá á reverse en la propia junta, del mismo modo que se practica en los demás tribunales; advirtiendo que en los parages en que no se hallen establecidas las audiencias, los comandantes generales ó jefes militares, en lugar de los dos ministros de mas nombrarán los dos letrados que les parezcan, y que residan en los mismos destinos, cuya real orden se circuló al ejército de España é Indias.

Todavía en 10 de febrero de 1807 se hizo otra novedad no menos trascendental, pues si por la anterior real disposición de 1805 se sustituyó al consejo Supremo de la Guerra, ahora se establece un doble tribunal de alzadas en Ultramar, haciendo potestativa la elección en el apelante.

Puede verse esta disposición en la parte legislativa del presente artículo. Según ella, en las Américas, Filipinas y Canarias, la parte que se creyese agraviada del fallo del inferior, puede interponer apelación según mas le acomode para ante el juzgado inmediato del capitán general, al tenor de lo dispuesto en la real orden mencionada de 1805; ó bien para ante el juzgado general del cuerpo establecido en Madrid.

Qué personas no pertenecientes al cuerpo de artillería, y en qué casos, quedan sujetas á su jurisdicción, ha de verse en el artículo **FUERO DE ARTILLERIA.**

Ingenieros. Este cuerpo tiene su ordenanza especial de 1805. Establece su jurisdicción el reglamento 10 adicionado á la misma. Desde la real orden de 19 de setiembre de 1807, que puede verse en la parte legislativa, esta arma está igualada en sus prerogativas á la de artillería. En ella se reproduce y aplica lo dispuesto para artillería por la mencionada de 4 de febrero de 1805, y se establece lo que para dicha arma en la de 10 de febrero de 1807 también. Por consecuencia, de los tribunales de primera instancia las partes pueden apelar á su elección

cion al juzgado general de la corte ó al inmediato del capitán general.

Sobre revision en lo relativo á artillería é ingenieros, lo propio que en lo concerniente a Guerra y Marina, véase **CONSEJOS DE GUERRA**.

Milicias regladas. Sabido'es que en Indias, ademas de las fuerzas de linea, hay para la defensa de aquellos importantes dominios, milicias regladas de caballería é infantería, equivalentes á las antiguas milicias provinciales de la Península, las cuales por lo tanto no han de confundirse con las milicias urbanas. En las de Cuba, segun su ordenanza de 19 de enero de 1769, y declaraciones posteriores, gozan de fuero pasivo en lo civil y criminal los soldados, y activo y pasivo los oficiales y sargentos: las viudas de los que hubiesen muerto en la milicia, y los retirados que hubiesen servido veinte años gozan del respectivo tambien segun el artículo 16, capítulo 4 y declaracion de 10 de mayo de 1759, que aunque anterior diez años, como se ve á la ordenanza, fue confirmada por otras de 13 de abril de 1771 y 29 de abril de 1774.

Esto supuesto, debe tenerse presente lo que en su lugar dejamos manifestado sobre apelacion á los ayuntamientos respecto de los individuos de estos cuerpos.

Los pleitos civiles en que el valor de lo reclamado no escede de cien pesos, se deciden en juicio verbal sin apelacion por los tenientes gobernadores y gobernadores, y donde no los hubiese por el oficial de mayor graduacion del cuerpo en las respectivas localidades. De los fallos de estos se recurre verbalmente á los gobernadores, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6.º, capítulo 10 de la ordenanza.

En las causas civiles y criminales de las sentencias que dictasen en primera instancia los tenientes gobernadores se apela á los gobernadores, y de las de estos en primera y segunda instancia á los capitanes generales, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1.º, 5.º y 8.º, capítulo 10 de la ordenanza.

El art. 10 ademas dispone lo siguiente:

«Que en todas las causas civiles y crimi-

nales que conozca en primera instancia el gobernador y capitán general, si las partes se sintiesen agraviadas, los admitirá súplica de revista; y si no obstante no se conformasen con la determinacion en revista, podrán apelar á mi consejo de guerra, como va prevenido en el capítulo 11 que sigue: bien entendido que en las causas civiles se ha de ejecutar la sentencia del capitán general, ya sea dada en revista ó ya en apelacion de las que se hubiesen seguido por los jueces de primera instancia, pues solo se les deberá en este caso conceder en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo; y en las criminales se ejecutará tambien escepto en los casos que previene el capítulo 11 de este reglamento.»

Deben asimismo tenerse presentes el artículo 7.º, capítulo 10, segun el cual, interpuesta la apelacion, se han de remitir los autos originales al capitán general, quien por solo el resultado de ellos, sin otra sustanciacion, fallará con dictamen de su asesor, y del auditor general de guerra: y el 8.º, uno y otro insertos en la parte legislativa, y segun el cual, aun cuando no se apele del fallo de primera instancia que contenga pena de muerte, azotes, galeras ú otra grave, se han de remitir los autos al capitán general, suspendiendo la ejecucion hasta el fallo del mismo.

Se consultarán tambien los siguientes artículos del propio capítulo 11.

«Artículo 9. En las causas de oficio se ha de ejecutar la sentencia de la capitania general, ya sea revocando ó confirmando la del juez inferior, y se devolverán los autos al juez de primera instancia, para que ejecute precisamente la determinacion del capitán general, sin admitir recurso ni súplica alguna.

«Artículo 10. Lo mismo se ha de practicar en las causas que se hagan por querrela de parte; pero si la sentencia del capitán general fuese revocando la que dió el juez de primera instancia, será suplicable ante el mismo capitán general, quien deberá nombrar otro asesor que se acompañe con el auditor de guerra, para que, sustanciada la

APELACION.

219

aplica, consulten los dos sobre ella; y si discordasen en sus dictámenes, el capitán general llamará á otro, y oyendo á los tres resolverá aquello que le parezca mas de razon y justicia.

«Art. 11. En las citadas causas se practicará lo mismo que en las de oficio, escepto el nombramiento de fiscal, que en su lugar, tomada la confesion al reo, se entregarán al actor los autos, para que en el término preciso de tres dias formalice la acusacion, y contestada por el reo, en el mismo término de tres dias, se recibirá á prueba con todos los cargos hasta el de citacion para sentencia, sin estender las dilaciones á mas término que el de quince dias, sino es cuando haya necesidad notoria, ó deba darse prueba en parage distante; pues en estos casos arbitrará el juez, concediendo el que tenga por preciso segun las circunstancias; y hecho, se tendrá por concluso el juicio, y se determinará con dictámen del asesor conforme á derecho con las apelaciones al capitán general.»

«Art. 12. Si en las causas hechas á querrela de parte se ausentase el reo, se actuará como en las de oficio hasta ser declarado por contumaz; y vueltos los autos al querrellante, hará este su acusacion, y se notificará en los estrados su traslado; y acusada la rebeldía, se recibirá á prueba con todos los cargos, y ratificada la sumaria se procederá á la definitiva que fuere de justicia, arreglándose en todo á lo que viene prevenido en esta ordenanza.»

«Art. 13. Si despues de sentenciada la causa por el capitán general en rebeldía se aprehendiese el reo, se le harán los cargos que resultan del proceso, y oyéndole breve y sumariamente, se dará por el juez de primera instancia la determinacion que hallare corresponda de justicia, y remitida la causa al capitán general, segun va prevenido en esta ordenanza, se ejecutará la sentencia que diere.»

«Art. 14. En las causas criminales se ejecutará igualmente la sentencia que diere el capitán general, sin admitir apelacion alguna, escepto en el caso de ser de muerte ó

multilcacion de miembro, en cuyo solo caso se le admitirá en ambos efectos para mi consejo de guerra.»

«Art. 15. Esta exencion de poder apelar á mi consejo de guerra se ha de entender en los crímenes que ocurran comunes; pero no en el caso de ser puramente militares que sean de sentencia, segun previenen las ordenanzas militares del ejército.»

En la segunda y ulteriores instancias los procuradores han de firmar las notificaciones, segun por la ordenanza se dispone en cuanto á las primeras.

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, en real órden de 27 de abril de 1784, se mandó que los capitanes generales no se asesoren en causas militares con otro letrado que el auditor; y en otra de 15 de abril de 1771, que de las causas civiles en los lugares en que no hay gobernador, ni teniente, conozca el que lo sea de la capital á que pertenezca el lugar ó villa.

Ultimamente, en 20 de abril de 1784, con motivo de unaalzada admitida al virrey de Buenos Aires, recayó real resolucion, en que despues de declarar que el conocimiento de la instancia correspondia al consejo Supremo de la Guerra, se dijo lo siguiente:

«Ha observado el rey que en este recurso se han omitido los prontos é inmediatos, que previenen las leyes de Indias y posteriores reales órdenes, donde está espresa y prudentemente dispuesto el recurso á los vireyes y presidentes, como capitanes generales, para evitar el que las partes se vean precisados, como muchas veces sucede, á seguir sus instancias en los tribunales de estos reinos, ó tal vez abandonarlos por no poder sufrir las dilaciones y gastos exorbitantes que se les seguirian, especialmente cuando no sufra ya la cantidad de las demandas á los desembolsos que hayan hecho ó tengan que hacer. En su consecuencia ha resuelto, que sin embargo de que en la real órden de 29 de enero de 1777, se refieren con distincion las causas en que los recursos de apelacion deben venir al Consejo de Indias ó al de guerra, no por eso deben enten-

derse revocados los recursos que las leyes 1 y 2, tit. 11, lib. 3 de Indias conceden á los vireyes, presidentes y capitanes generales de la isla Española, nuevo reino de Tierra Firme, Guatemala y Chile, en segunda instancia de las causas de los militares, cuya regla debe ser extensiva á los capitanes y comandantes de las demas provincias de Indias, lo que cede en beneficio de los mismos, para que sin las incomodidades de recurrir á España tengan en la América igual beneficio; reservándose solo el último recurso á los consejos, aunque sin admitirse la apelacion en lo suspensivo, por los negocios de gravedad, de que tratan tambien las leyes de España.*

Comision militar. Sabido es que desde 1825 existe en la Habana una comision militar, encargada de conocer de las causas contra bandidos y perturbadores del orden público, como las hubo en la Península. La organizacion y vicisitudes de la misma han de verse en su artículo respectivo. Ahora solo diremos que los fallos de esta comision sesometen á la aprobacion del capitan general, sin lo cual no se ejecutan; siguiéndose en todo los trámites de un consejo de guerra ordinario.

Hacienda. La legislacion de hacienda en Indias, ha sido casi totalmente renovada desde el segundo tercio del siglo anterior, y se halla por tanto fuera de su Código, habiendo sufrido en Cuba mas vicisitudes que en ningún otro punto de aquellos dominios.

Hasta esa época existian los llamados *oficiales reales*, sobre cuyo oficio y atribuciones pueden verse los títulos 3 y 4, lib. 3 de la Recopilacion de Indias. De los fallos que dictaban en lo contencioso se apelaba á las audiencias del distrito, al tenor de lo dispuesto por la ley 14, tit. 12, lib. 3. Si importaba para ilustrar la cuestion, previa autorizacion u orden del virey, ó presidente, los jueces *á quo* asistian á la vista, pero sin voto.

En casos de *comisos*, unas apelaciones iban á las audiencias, otras venian al Consejo, sobre lo cual puede verse la ley 4,

título 17, lib. 8 de la Recopilacion (1).

Pasóse despues al sistema de intendencias. Por cédula de 31 de octubre de 1764 se creó en la Habana la general de ejército; y en esposicion de enero de 1768 el virey marques de Croix proponíase crearan intendencias generales en todos los dominios de América, como así se verificó en 4 de diciembre de 1786, causando en el orden judicial la consiguiente novedad que luego veremos.

Segun el artículo 25 de la citada real cédula de 1764, el tribunal de Cuentas con el auditor de guerra y dos letrados consultores, constituian el tribunal de apelacion, cuyas sentencias causaban ejecutoria; mas en real cédula de 22 de agosto del año siguiente, se dispuso en su artículo 14 que las sentencias del mencionado tribunal de apelacion fuesen solo ejecutables sin perjuicio de ulterior recurso; pues que en asuntos de mayor cuantía la súplica se admitia libremente en ambos efectos para ante el consejo de Indias, declarándose en nueva cédula de 14 de junio de 1767, que por causa de mayor cuantía se entendiese aquella en que la cantidad, que la motivase, escudiese de 100,000 maravedís, siendo muy de notar que hoy por los artículos 41 y 42 del reglamento provisional para la administracion de justicia por lo que hace á Ultramar en causas de cuantía de 160,000 maravedís, se apela á los ayuntamientos sin ulterior recurso en el fondo.

Debemos notar la disposicion del artículo 16, por ser aun la práctica corriente, y el cual disponía que en apelaciones de autos interlocutorios, actue el escribano de la intendencia, pasando ó dar cuenta de los autos, y que si aquellos procedian de sentencia definitiva, los remitiesen para que informase el escribano del tribunal, devolviéndolos luego al originario.

Estableciéronse al fin las intendencias en Nueva-España, y dictóse la ya citada ordenanza general, llamada de Intendentes de 4

(1) Para abreviar y evitar equivocaciones, siempre que en asuntos de Ultramar usemos de la palabra *Recopilacion* sin otro aditamento, se entiendo la de Indias.

APELACION.

221

de diciembre de 1786. Por su artículo 4 se creó como tribunal de alzadas una junta superior de real hacienda; compuesta del virrey en calidad de superintendente, al tenor de lo dispuesto en la ley 8, tit. 3, lib. 8 de la Recopilación, del regente de la audiencia, del fiscal de real hacienda, teniendo voto únicamente en los asuntos en que no hubiera intervenido como parte, del ministro mas antiguo del tribunal de la contaduría, y del ministro mas antiguo, contador ó tesorero general de ejército y real hacienda. Debíó ofrecer dificultad el determinar en qué asuntos podria tener voto el fiscal, pues por la índole de su cargo apenas habria alguno en que no interviniese su ministerio, y por real resolución de 1.º de abril de 1799 se declaró que eso podria suceder «en las materias de la caja de censos y bienes de comunidades de indios, y propios y arbitrios de los pueblos en que procede S. M., y en su real nombre los fiscales, por vía de protección; y no en favor de sus regalías ó en defensa de los intereses de su erario.» El artículo 3.º designaba los suplentes que en ausencias y enfermedades habian de entrar á formar el tribunal. En el 6.º se establece, entre otras cosas, que en la junta «se ha de tratar, con arreglo á esta instruccion y á las órdenes que se dieran en lo sucesivo, de reducir en las provincias de aquel imperio á un método igual en cuanto fuese posible, el gobierno y administracion de justicia en materias de mi real hacienda, y en lo económico de guerra, cuidando privativamente la espresada junta superior, no solo de los dichos dos ramos ó causas, sino tambien del de los propios y arbitrios y bienes de comunidades de los pueblos: para cuya direccion y conocimiento concedo cuanta jurisdiccion y facultades sean necesarias, con absoluta inhibicion de todos mis tribunales, y la sola dependencia de mi real persona por la via reservada del despacho universal de Indias; dejando los asuntos contenciosos que traigan origen de la jurisdiccion real ordinaria y causa de policía y gobierno en apelacion de los intendentes sus subdelegados y demas jueces ordinarios sujetos á la

respectiva audiencia del distrito, como lo están por las leyes recopiladas de Indias.»

Por el 12 se determinó que en todas las cabeceras en que hubiese habido teniente gobernador, corregidor ó alcalde mayor, se nombre un subdelegado, que fuere español y conociese de las llamadas cuatro causas, á saber: de *hacienda*, *justicia*, *policía* y *guerra*. El 19 es como sigue: «De los autos ó sentencias que diesen los referidos tenientes como jueces ordinarios, deben admitir las apelaciones y recursos de las partes para la audiencia del distrito conforme á las leyes de aquellos reinos; y si fuesen recusados, han de acompañarse con arreglo á la última real cédula espedita por punto general para estos casos en 18 de noviembre de 1773; y lo mismo observarán los intendentes en las causas y negocios de inspeccion, cuando ante aquellos se recusase á sus tenientes en calidad de asesores ordinarios, pues nunca deben separarlos del conocimiento, teniendo título mio y obligacion á responder de sus dictámenes.

Desde luego la nueva organizacion de tribunales de Hacienda podria tener lugar en aquellas capitales en que hubiese audiencia, pero no en la Habana, que no la tenia, residiendo en dicha ciudad sin embargo, el único intendente de la isla. Fue, pues, necesaria una organizacion especial para la Habana, puesto que creada la intendencia, lo antiguo no podia regir, y se dictaron por tales motivos la real cédula de 13 de noviembre de 1800, y reglamento de 9 de noviembre de 1834, bajo cuyas disposiciones corrió la jurisdiccion de Hacienda en Cuba hasta la creacion de la audiencia de la Habana, que introdujo la novedad que luego veremos; teniendo ademas presente que por reales disposiciones de 12 de noviembre de 1791 y 24 de julio de 1798 se habia mandado acomodar en lo posible á las circunstancias locales de Cuba la ordenanza de 1786.

Por la cédula de 1800, teniendo presente que el intendente de la Habana, apenas habia causa en que no hubiese intervenido en primera instancia por sí, ó sus subdelega-

dos, y tomando un temperamento que conciliase las disposiciones de 1764 sobre creación de la intendencia militar, y las de la nueva ordenanza general de intendentes de 1786, se mandó que la junta superior de hacienda se compusiese en la Habana, con exclusion de lo contencioso, del intendente y su asesor, del ministro mas antiguo del tribunal de cuentas, que presidiria, y en casos de ausencia ó imposibilidad el que le siguiese en antigüedad; del contador de ejército, del asesor de gobierno, del auditor de guerra, del auditor de marina y el fiscal de hacienda sin voto; y en defecto de los tres letrados anteriores si no pudiesen asistir, lo harian en su lugar los asesores del tribunal de alzadas, el de correos y el del consulado.

El citado reglamento de 1834 disponia entre otras cosas sobre este punto:

Artículo 1.º Se compondrá de un presidente, de un vice-presidente que concurra por su falta, y de cuatro vocales que votarán y responderán por sí de sus votos, aunque algunos de ellos no sean letrados, asistiendo ademas el fiscal de la real hacienda, para sostener sus derechos, pero sin voto.

Art. 2.º Cesarán los llamados suplentes, por no ser adecuado su establecimiento á la conveniente estabilidad de los magistrados de un tribunal superior, al mejor y mas justificado del despacho de los negocios ni á los sabios estatutos, por donde se gobiernan las reales audiencias de América, y aun las mismas juntas superiores contenciosas de otras capitales.

Art. 3.º Serán vocales propietarios y fijos, el subdelegado del tribunal de cuentas, el auditor de guerra de la capitania general, el teniente gobernador primero y el auditor de marina, los cuales guardarán en los asientos y firmas el orden de antigüedad en sus respectivos destinos.

Art. 7.º La junta superior contenciosa conocerá y determinará las recusaciones que se pusieren á cualquiera de sus vocales, guardando en ello lo que con relacion á las causas, y al depósito y penas se haya dispuesto por las leyes de Castilla y de In-

dias en orden á las recusaciones de los presidentes y oidores de las audiencias, en todo lo que sea adoptable á la particular organizacion de la misma junta; entendiéndose en el concepto de presidente solo el superintendente, y en el de oidores todos los individuos de la junta, incluso el contador mayor decano cuando presidiese; sin que por esto pueda conocer la junta del recurso de súplica.

Art. 8.º En el caso de que tanto por la determinacion del artículo de recusacion, como para cualquier otro, ó para dirimir las discordias que puedan ocurrir, no hubiere tres jueces letrados, el que á la sazón presidiere la junta nombrará el abogado ó abogados que fuesen necesarios, observándose en todo lo que no sea contrario á esto cuanto se haya determinado por las reales cédulas y órdenes dadas anteriormente sobre la materia.

Art. 9.º El fiscal despues de concluidos los alegatos de las partes en estrados, recomendará de palabra lo que mas se ofrezca á su representacion. Concluida la ilustracion de hechos que se necesite en una ó mas sesiones, el presidente declarará por vista la causa, y una vez tocada la campanilla para empezar la votacion, no permitirá interrupciones, ni que se falte en estos importantes actos de justicia al decoro y compostura, que es tan propio en magistrados, á quienes se fia su recta administracion en la segunda instancia.

Art. 10. A ningun vocal se le podrá negar el arbitrio de que se suspenda por aquel dia la votacion, y pedir los autos para mejor imponerse; pero con calidad de devolverlos á la inmediata junta, y á mas tardar á la subsecuente, en que indefectiblemente y bajo responsabilidad ha de resolverse el negocio ya visto.

Art. 11. La junta superior conocerá en segunda instancia de todos los negocios y causas contenciosas que determinen en esta capital el tribunal de la intendencia, los jueces hacedores de diezmos, el de la real loteria, el juzgado apostólico y real de la santa Cruzada, el de la media annata ecle-

APELACION.

225

siástica y el juez de anualidades; y en las provincias de las que vengan en alzadas de los respectivos intendentes y jueces de iguales ramos constituidos en ellas.

Art. 12. Reasumirá el conocimiento, que atribuía á la sala llamada de ordenanza la antigua de intendentes de Nueva-España, conforme á lo que se establece en el art. 17 de la nueva de intendentes de Indias de 1803, con asistencia de los contadores mayores que hubiesen fallado el negocio para el voto mas informativo que se les concede.

Art. 14. En el deslinde de las facultades y atribuciones propias así de la junta superior contenciosa, como de la directiva de real hacienda, servirán de pauta los artículos de la misma ordenanza de intendentes de 1803, que hablan sobre el particular segun quiere y manda otra real orden de 1.º de julio de 1828.

Art. 15. El grado de suplicacion ó tercera instancia, cuando la establezca el fiscal ó alguna de las partes, queda reservado al conocimiento del supremo tribunal de estos dominios conforme al concepto que sostuvo la superintendencia, y se dignó aprobar S. M. á su consulta por real orden de 25 de setiembre de 1830.»

Esta junta, ademas de conocer en primera instancia de las causas contra los intendentes, lo hacia en apelacion de las de los ministros y demas que gozasen del fuero politico de hacienda militar, y de lo relativo á oficios vendibles y renunciabiles, si el punto se hacia contencioso.

Creóse en 1839 la audiencia pretorial de la Habana, con lo que cesaba el motivo que dictó las disposiciones especiales de 1800 y 1834. El artículo 6 del decreto de creacion de aquella, dice así: «La junta de Hacienda de la Habana se compondrá de los ministros que designen las leyes de Indias, y se escusará la asistencia de los suplentes como los sueldos que se les pagan.»

Este artículo substituyó al sistema especial de la cédula de 1800 y reglamento de 1834, el general establecido para Nueva-España por la ordenanza de intendentes de 1786 y por la de 1803, en lo que está vigente, lo

cual constituye el último estado de cosas.

En 23 de setiembre de 1803 se publicó en efecto nueva ordenanza de intendentes, documento notable, y que revela en su testo y pormenores todo el celo y esmero con que el Consejo de Indias preparó el trabajo que sometió á la aprobacion de S. M.; pero habiendo resultado contrariedad entre sus disposiciones y algunos reglamentos militares, por lo militar se mandó quedar sin efecto por real orden de 11 de enero de 1804; bien que algunas de sus determinaciones, ya por haberse transcrito en ellas las de la ordenanza de 1786, ya por lo acertado de las mismas, se han rehabilitado por reales órdenes particulares, como lo fueron los artículos 16, 27, 28 y 29 por la de 1.º de julio de 1828. Otras por el contrario han sido espresamente derogadas, como sucedió, y muy oportunamente, con el 23 que ordenaba que los superintendentes pudiesen suspender las decisiones ejecutoriadas de la junta superior contenciosa, consultando lo conveniente á S. M.; disposicion que si podia sostenerse, mientras estaba en la facultad real ilimitada el nombrar tribunales en comision, mandar abrir juicios cerrados, que los asuntos se vieses con dos ó mas salas, etc.; no despues de la Constitucion politica y nuevas disposiciones constitucionales. Así, es, que habiendo todavia en 1834 ocurrido un caso de suspension de lo juzgado, despues de haber oido sobre ello á la sala de Indias del Tribunal supremo de justicia, se dijo en 21 de junio al intendente de la Habana.

1.º Que inmediatamente se alce la suspension del auto, y de cualesquiera otros fallos ó providencias de la junta superior contenciosa de hacienda de la isla, llevándose en consecuencia á puro y debido efecto, *salvo los recursos de injusticia notoria, ó cualquiera otro que legalmente corresponda.*

2.º Que en lo sucesivo se abstenga V. E. de usar de la facultad consignada en el artículo 21 de la ordenanza general de intendentes de 23 de setiembre de 1803.

3.º Que quede derogada la real orden de 1.º de abril de 1826, que no obstante de haber sido anulada aquella, restableció el cum-

plimiento del citado artículo, y lo mismo el 19 del reglamento de la propia junta superior contenciosa, aprobado en real orden de 29 de noviembre de 1854 que renovó su observancia.»

Repútanse, en fin, vigentes los artículos 11 al 17 y aun el 23. El 13, 16 y 23 han sido sucintamente indicados en la parte legislativa. Reproducidos por su importancia, como los demás relativos al punto de apelaciones, dicen así:

Art. 13. La contenciosa (la junta) se compondrá del superintendente, regente de la real audiencia, dos oidores y fiscal de real Hacienda, ó de lo civil en su defecto, y los cuatro primeros tendrán voto decisivo en todos los asuntos puramente contenciosos, y apelaciones que en ellos se interpongan en las causas de hacienda y guerra, tanto de providencias del superintendente (que en tal caso no concurrirá) como de los demás intendentes, sin mezclarse de ningún modo en cuanto sea gubernativo y económico de dichas causas; y la expresada junta se celebrará en la posada del virrey, ó de quien por su ausencia, ó legítimo impedimento la presida, que deberá cuidar de convocar todas las semanas, ó con mas frecuencia si lo hiciere necesario la multitud de sus ocurrencias, y todos han de sentarse por el orden con que van nombrados, concurriendo á dicha junta los escribanos de cámara y relatores de la audiencia, según el orden y decision que en ella se observe para la expedición de sus negocios, y con el mismo asiento y ceremonias con que asisten á aquel tribunal.»

Art. 16. Para la mayor claridad é inteligencia de las facultades de ambas juntas, y evitar las dudas que han solido ofrecerse sobre el verdadero sentido de las palabras *contencioso, gubernativo y económico*, declaro que así en esta materia, como cuando se trate de la jurisdicción de los intendentes y ministros, ó administradores de real hacienda, ha de entenderse por *contencioso* todo lo que sea punto de derecho que con razon se reduzca á pleito y haga forzosas las actuaciones judiciales, como en las

causas de contrabando, y en las que se dispute la paga ó adeudo de una cantidad que por su origen, por la cuota, ó por la variación de tiempos y circunstancias ofrezca probable motivo de dudar, ó cuando por la suspensión ó privación de empleo, se queje cualquiera de los ministros que lo pueden hacer; y en estos y otros semejantes casos, suscitados los autos por el superintendente ó intendentes á quienes correspondan, se admitirán las apelaciones conforme á derecho en la junta contenciosa, la cual conocerá también en grado de súplica, y con su sentencia quedarán ejecutoriados, sin mas recurso que el de nulidad ó injusticia notoria á mi Supremo consejo de las Indias en sala de justicia, bajo las formalidades prescritas para ellos; y por consecuencia de esta declaracion no deberá calificarse de *contencioso* cualquiera otro asunto en que las partes voluntariamente contradigan, y en que sin necesidad de otro dictámen basten las mismas reales disposiciones para conocer la malicia y lijereza con que proceden queriendo frustrar, ó á lo menos dilatar el cumplimiento de las providencias gubernativas de que nunca ha de admitirse recurso sea ó no verdaderamente contencioso el negocio, sin que proceda la exhibición de la cantidad debida y disputada, para que á ley de depósito se custodie en la tesorería hasta la final resolución.»

Art. 17. Esta junta superior *contenciosa* se formará también en la sala del tribunal de cuentas en que sea costumbre celebrar la *de ordenanza*, concurriendo á ella entonces los dos contadores que previene la ley 36, tít. 1, lib. 8, y reasumirá las funciones y facultades de lo que antes se reconocía con este nombre, entendiéndose con ella, las leyes 78 y 79 del título 13, libro 2 de Indias y las demás que tratan de la citada sala.»

Art. 23. Aunque lo dispuesto acerca de las juntas superiores basta para que las reglas generales que se han insinuado gobiernen los casos y ocurrencias particulares que se ofrezcan, no obstante para evitar se confundan la autoridad y facultades que es mi real intencion ejerzan el superintendente

APELACION.

225

delegado y los intendentes: declaro, que aquel no podrá impedir las apelaciones que de sus providencias se interpongan en tiempo y forma para la junta superior contenciosa, ni los recursos que se hicieren á la de gobierno; pero le estarán subordinados los intendentes como su inmediato superior y jefe en las dos causas de hacienda y guerra, y deberán darle las noticias, razones é informes que les pida, y cumplir asimismo las advertencias que les haga para el desempeño de sus obligaciones; y en todo lo que sean providencias generales relativas al uniforme manejo de las rentas, ya sea en el modo de su recaudación, ó en la cuota y plazos de su cobranza, las han de cumplir sin alteración alguna; bien entendido que ni el superintendente, ni los intendentes podrán estancar ramos algunos, ni poner en arrendamiento los que se administran, ó hacer otra novedad en el sistema que se observe, sin dictamen de la junta superior de gobierno, que acompañarán con testimonio de todo lo actuado para obtener mi real resolución antes de proceder á la ejecución, y los ministros de dicha junta responderán de sus votos en lo que fuesen contrarios al tenor de las leyes, y de esta ordenanza y reales órdenes, ó de lo que hagan forzoso y dicten las circunstancias, así como el superintendente de lo que ejecute por consecuencia de aquellos acuerdos.

Cuentas. Cuando se hacen contenciosos los asuntos de cuentas, de las decisiones apelables de la contaduría se recurre á la junta superior contenciosa, que ha reasumido por la ordenanza de intendentes las atribuciones de la llamada antes sala de ordenanza. Para sustanciar la instancia se unen á la junta dos contadores sin voto y solo para ilustrar la cuestión.

Comercio. Rigiendo en Cuba desde 1832 el código de Comercio y la ley de enjuiciamiento en materias mercantiles, véase lo establecido en esta y aquel respecto de la Península, teniendo presente que en la isla de Cuba los alcaldes mayores, gobernadores, tenientes, y alcaldes ordinarios equivalen á los jueces de primera instancia de la Península.

TOMO III.

Correos. De las decisiones en primera instancia del capitán general con su asesor se apela á la audiencia. Omitiendo otras decisiones, es terminante la real orden de 26 de marzo de 1843, que dice así: «Atendiendo á lo que me ha hecho presente el ministro de la Gobernación de la Península á consulta de la dirección general de correos con motivo de la supresión de la junta de apelaciones dispuesta por decreto de 17 de octubre de 1842, he venido en resolver que por las que hayan ocurrido y puedan ocurrir en los juzgados especiales del ramo en Ultramar se observe lo siguiente:

Artículo 1.º En la isla de Cuba la audiencia pretorial de la Habana y en las de Puerto-Rico y Filipinas las territoriales respectivas, conocerán en la segunda y tercera instancia de los negocios contenciosos de correos; por los trámites establecidos por las leyes.

Artículo 2.º En adelante los subdelegados de correos en Ultramar otorgarán para ante estos tribunales las apelaciones en derecho procedentes, y con los mismos consultarán los autos y sentencias en las causas criminales, ateniéndose á las leyes y disposiciones que en el territorio de estas audiencias rigen para su sustanciación en los juzgados ordinarios.

Real buro. Conocía el capitán general con las apelaciones para ante la junta suprema patrimonial de la Península. Suprimida esta, así como dicho fuere privilegiado en la Península, sucedía que existiendo en la isla juzgado de primera instancia, no lo había de alzas. Mandóse por algunas órdenes de la intendencia de la real casa que cuando ocurriese el caso de apelación, ó de contienda de competencia, se diese cuenta á mayordomía mayor para la resolución que conviniese. La de 15 de febrero de 1841 dice así: «Intendencia general de la real casa y patrimonio. Escelentísimo señor:—Por la comunicación de V. E., fecha 30 de setiembre último y testimonio que la acompaña, ha visto esta intendencia que ese juzgado militar provocó competencia de jurisdicción al de la real casa y patrimonio en los autos que

entendia seguidos por la sociedad mercantil de Martinez y Maravillas, contra D. Domingo de la Herrera y doña Maria de la Concepcion Zayas, sobre pago de pesos fuertes, de la cual competencia se separó, reconociendo al juzgado patrimonial; y aunque volvió á repetirla por distinto medio, no la llevó adelante. En contestacion ha acordado decir á V. E. que queda enterada de este asunto, y que cuando ocurra poner alguna apelacion á sus providencias como subdelegado de ese real patrimonio, se sirva dar cuenta á la mayordomía mayor para la determinacion conveniente.»

Pero ¿cuál se podría adoptar? Se improvisaría un tribunal de alzas; se cometería el conocimiento de la instancia á un tribunal en comision, cuando vigente la constitucion política, nadie puede ser juzgado sino por leyes y tribunales que preexistieran al hecho justiciable? Por otra parte no podía tampoco la mayordomía mayor suspender el fallo, ni sus efectos.

Al tratar de las apelaciones en materia de hacienda hemos visto ya cuan necesario fue derogar el artículo de la ordenanza de intendentes que concedia al superintendente la facultad, hoy insostenible, de suspender los fallos judiciales. En este estado de cosas se ocurrió á todo por medio de la siguiente real resolucion. «Ministerio de Gracia y Justicia. —Real orden.—Subsistiendo todavía en las provincias de Ultramar algunos fueros especiales que han sido suprimidos en la Peninsula, al propio tiempo que los tribunales privilegiados de alzada, comunes á unos y otros, como sucede respecto del fuero del real Bureo y junta Suprema patrimonial, resultan diariamente embarazos en la administracion de justicia por no existir ó ser inciertos los tribunales superiores de apelacion y decision de competencias. Con presencia de todo la reina (q. D. g.), se ha dignado resolver, que hasta que pueda adoptarse una determinacion definitiva en el caso antes citado, y cualesquiera otros de la misma naturaleza, las apelaciones se interpongan para ante las audiencias territoriales respectivas, que conocerán de ellas y decidirán confor-

me á derecho, y que las contiendas de competencia se formalicen y diriman en la forma que estuviere establecida por regla general para otros casos. Madrid 16 de octubre de 1850.»

Apelaciones del juzgado de bienes de difuntos. En la isla de Cuba está desempeñado por un magistrado de la audiencia, nombrado por el capitán general, regularmente por un trienio. De sus sentencias realmente se apela; mas por la calidad de la persona, y reputando el juzgado como una sala de la audiencia, se dice, que se suplica para ante esta.

Diezmos. Si las providencias de los jueces *hacedores de diezmos*, irrogasen agravio que de otro modo no pueda repararse, se apela á la junta superior contenciosa.

Cruzada. En igual caso se apela tambien para ante la junta superior contenciosa de las providencias de los subdelegados de cruzada.

Medianata eclesiástica, anualidades y vu-cantes. Lo propio hay que decir respecto de las providencias apelables de los colectores.

Residencias. Las residencias de los empleados de Ultramar, dan lugar tambien á apelaciones que merecen tanto mas la atencion, cuanto que no deja de reinar alguna oscuridad en este punto y en su incierto procedimiento por lo que hace á la segunda instancia. Debemos decir, y con sentimiento por cierto, que la alta mira de nuestros soberanos al establecer tales juicios, en general no ha conseguido su objeto: ni nadie espera con inquietud su residencia, y antes al contrario, se ha convertido la misma en una fórmula de *subsancion* en su caso, de un título de tranquilidad oficial, pues el fallo que recae en ese juicio formulario es una garantía contra la murmuracion y la censura, aun cuando por otra parte sea merecida. Hablamos, por supuesto, de la residencia secreta, y en cierto modo oficial; y no atribuimos el defecto á los jueces y tribunales; sino al procedimiento, aun cuando la naturaleza misma del asunto no consienta mucho mas. Ello es lo cierto, que el juicio de residencia privada es mas bien un

APELACION.

227

expediente informativo. Creemos sin embargo, que este procedimiento puede mejorarse; y si no que convendría mas abolir estos juicios de residencia. Reservando el dar la conveniente amplitud sobre este punto á nuestras observaciones en su lugar oportuno, nos confiamos ahora á lo que es objeto del presente artículo.

Para comprenderle de lleno debe verse todo el título 13 del libro 3 de la Recopilacion de Indias, y señaladamente de la edicion de 1841, que como mas moderna, sobre contener como la anterior, las referencias á otros títulos, cédulas y disposiciones no compiladas que se refieren al asunto, cita las modernamente dictadas hasta aquella fecha. Despues del mencionado título y sus referencias, la legislacion de competencias está casi contenida en la cédula de 24 de agosto de 1799, en la Constitucion de 1812, reglamento provisional para la administracion de justicia y real decreto de 20 de noviembre de 1841. Lo relativo en dichas disposiciones al punto de que tratamos es lo siguiente:

Ley 4, título 13, libro 3 de la Recopilacion. «Las residencias de oficios que se proveyesen por consulta de nuestro consejo de Indias, se tomen por la comision y orden, y juez que fuese nombrado por el presidente de él, y vengan al Consejo, guardando la forma contenida así en esto, como en las demandas públicas, en las leyes 69, título 13, libro 2 y 8, título 12 de este. Y en cuanto á los oficios que los vireyes y presidentes gobernadores proveyesen, se tome la residencia por comision de quien las proveyese, y véanse en las audiencias del distrito donde también han de ir en apelacion las demandas públicas.»

Ley 39, id. id. «Todos los jueces de residencia de vireyes, gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y las demas justicias de nuestras Indias no ejecuten las sentencias que en estas causas pronunciasen, habiendo apelado las partes en tiempo y forma para el Consejo ó audiencia, en los casos que les tocasen las apelaciones, y conocimiento en segunda instancia, si no fuese

en las cantidades que por derecho está dispuesto.

Por la ley 41, título 34, libro 2, se manda que en las visitas, y autos de residencia se acompañen memoriales de comprobacion al remitirlos al superior.

Ley 8, título 12, libro 3 id. «De las sentencias que pronunciasen los jueces de residencia, proveidos por Nos, se ha de apelar al Consejo, y en las demandas de partes á las audiencias, con que la condenacion no esceda de seiscientos pesos de oro, ó lo que estuviese determinado especialmente para cada provincia; pero esto no se entienda en lo que tocasse á condenaciones, que se hiciesen por los dichos jueces de residencia, á pedimento de nuestros procuradores fiscales, en nombre de nuestra cámara y fisco, ni de oficio, por que las apelaciones en estos casos interpuestas, han de venir al Consejo, y no á otro tribunal, y con esta limitacion se practique la ley 69, tit. 13, lib. 2.»

Ley 31 del mismo título y libro. «Habiéndonos hecho relacion de que en nuestro Consejo se ven todas las residencias y visitas de los vireyes, presidentes, oidores, alcaldes, fiscales, gobernadores y otros ministros y oficiales de las Indias occidentales é islas adyacentes, y á causa de las suplicas que interponen de las sentencias en que son condenados, se vuelve á ver en revista, consumiendo largo tiempo, y ocasionando mucha ocupacion en perjuicio del despacho de otros negocios de mayor importancia é interés, y que conforme á derecho de los capítulos y cargos hechos á los jueces en visita, ó residencia de sus oficios, no se admite suplicacion, nuestra voluntad es ocurrir á estos inconvenientes. Y mandamos que en las residencias y visitas, que se viesen en nuestro Consejo, no pueda haber, haya ni se admita suplicacion, instancia, ni sentencia de revista, y que con la vista quede fenecida y acabada la residencia y visita, y se despache carta ejecutoriada de ella, si no fueren los capítulos de residencia, de que resultase privacion de oficio perpétua, ó pena corporal, que en cuanto á estos tenemos por bien que pueda haber, haya y se

admita suplicacion, y no en otra cosa alguna, lo cual se guarde en las residencias; pero en lo que toca á las visitas, se guarde el estilo y costumbre de estos reinos de Castilla, de no admitir indistintamente suplicacion de las sentencias que sobre los cargos hechos en ellas fuésen pronunciadas por los de nuestro consejo.»

Cédula de 24 de agosto de 1799.

Artículo 1.º Que subsistan en su fuerza y vigor las residencias de los vireyes, presidentes, gobernadores políticos y militares, gobernadores, intendentes é intendentes corregidores, observándose en la forma y realidad de estos juicios lo que disponen las leyes sin alteracion alguna en el número de los testigos de la sumaria secreta, sustanciacion y determinacion de las demandas públicas.»

Art. 7.º Que las residencias de los vireyes, presidentes, gobernadores políticos y militares, gobernadores intendentes, é intendentes corregidores se remitan al Consejo, y las de los demas se vean y determinen en las audiencias respectivas en los términos que ahora se practica, dando estas cuenta sucesivamente con testimonio del último pedimento del fiscal, y de la sentencia definitiva que recaiga en cada juicio, sacado con su citacion y de la parte para mi real noticia, y premiar á los que lo merezcan.....»

Atribucion 6.ª del tribunal Supremo de justicia, segun el artículo 261 de la Constitucion de 1812.

«6.º Conocer de la residencia de todo empleado publico que esté sujeto á ella por las disposiciones de las leyes.»

Art. 90 del reglamento provisional de 26 de setiembre de 1833. «Las facultades y atribuciones de este supremo tribunal (el de justicia) respecto á los negocios que empiecen en adelante serán las siguientes..... conocer tambien en primera y segunda instancia..... de las residencias de vireyes, capitanes generales y gobernadores de Ultramar.»

Real decreto de 20 de noviembre de 1841.

«Art. 1.º Las leyes de Indias relativas á residencias de los funcionarios públicos en

Ultramar se observarán exacta y puntualmente.»

«Art. 2.º De las residencias de los tres gobernadores presidentes de las islas de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas, únicamente se conocerá por el Tribunal supremo de justicia en sala de Indias en los términos prevenidos en el art. 2.º de la real cédula de 24 de agosto de 1799, y en estas residencias serán igualmente comprendidos los asesores de aquellos gobernadores y los secretarios de gobierno como tales por los abusos ó culpa que puedan haber cometido en el ejercicio de sus empleos.

«Art. 3.º La formacion de los procesos y la determinacion en primera instancia de las residencias de los gobernadores, presidentes de las audiencias de las islas, y de los demas funcionarios expresados en el artículo anterior será un servicio por punto general anejo á los magistrados de las audiencias, sin que por él adquieran los jueces ni curiales derecho alguno á ser remunerados por los fondos públicos, cuando las personas residenciadas queden relevadas de costas, que en tal caso se considerarán puramente de oficio. En las demandas públicas cobrarán los derechos conforme á arancel.

«Art. 4.º Las residencias de los demas gobernadores políticos y militares que no sean presidentes, así como las de los tenientes letrados, alcaldes mayores y corregidores letrados ó no letrados que haya en dichas islas, corresponden á las respectivas audiencias en el modo y forma prevenido en el art. 3.º de la real cédula citada.»

«Art. 16. En el supuesto de que segun las leyes de Indias las causas de residencias deben formarse y terminarse con sentencia definitiva notificada en el término improrogable de 60 dias, será nulo y de ningun valor, ni efecto lo que se hiciere pasado aquel término; á no ser sobre algun punto concerniente á la ejecucion de la sentencia en los casos en que segun derecho deba ejecutarse, ó sobre la admision de la apelacion, que se interpusiere para la sala de Indias del tribunal supremo de Justicia.»

Para la debida claridad es menester dis-

APELACION.

229

tinguirentre la *residencia* reservada, y digámoslo así oficial y la *pública*. La primera está limitada segun se ve por las disposiciones anteriores á los vireyes, capitanes generales y gobernadores; hoy ya á estas dos últimas clases, si bien se siguen haciendo extensivas á los asesores y secretarios de dichas autoridades, segun por disposiciones anteriores estaba mandado. El conocimiento en primera y segunda instancia corresponde al tribunal supremo de justicia.

Públicas son las que se instruyen contra otros funcionarios sujetos á residencia por queja, ó reclamacion de parte y aun por acusacion fiscal. El conocimiento corresponde á las audiencias del modo que se expresa en las disposiciones anteriores, dándose cuenta al Tribunal Supremo y al gobierno del resultado definitivo. Sustanciacion la comun; como que son verdaderos juicios entre partes, pues en su caso el mismo fiscal es parte como los particulares.

Volviendo á la residencia secreta, ú oficial, hemos visto que su conocimiento en primera y segunda instancia corresponde al Tribunal supremo de justicia, si bien para la primera instancia delega por medio de cédula ó comision en forma, que salvo algun caso extraordinario, deberá ser para uno de los magistrados de la audiencia. La sentencia definitiva que este dicta no es como las demas, esto es, no es tal sentencia. Se limita á declarar que el residenciado ha cumplido bien su encargo, ó al contrario. Si resultasen motivos para la imposicion de penas; se reserva este punto para la decision del Tribunal Supremo. La delegacion ó nombramiento del juez comisionado la hace el presidente del Tribunal Supremo, por medio de cédula.

Notificada la sentencia, se cita y emplaza al residenciado para *todas las instancias*, y se remiten los autos al Tribunal Supremo con memorial de *comprobacion*, que es en suma un memorial ajustado, en el que por necesidad han de constar los cargos, si resultasen.

En el rigor legal la residencia de revista debe dictarse por solo el resultado de autos; pero en nuestra opinion, si hubiese de imponerse alguna pena al residenciado, el ac-

tual orden de enjuiciar, la garantia concedida hoy á todo encausado requiere que se le oiga.

De aqui nace otra cuestion, y es si la sentencia de vista causará ejecutoria. Si se limita á confirmar la declaracion del inferior, esto es, del delegado; sobre que el residenciado ha cumplido con su deber, causa ejecutoria sin duda. Pero si fuese al contrario, ó si hubiere de imponerse al residenciado alguna pena, creemos de rigor la tercera instancia. No se opone á ello en nuestro sentir la disposicion del reglamento provisional, de que el tribunal supremo conoce en estos casos *en primera y segunda instancia*, lo que parece escluir la tercera. Debe tenerse presente que el delegado no ha hecho declaracion sobre penas, reservándolo como debe al Tribunal Supremo: que este en su caso lo hace por primera vez en la sentencia de vista; y que aun concedida súplica, no hay en realidad para el residenciado mas que dos instancias. Esta opinion estará tanto mas en la equidad y en el rigor absoluto de los principios, si siguiendo el tenor literal de la legislacion de Indias, el fallo de vista se dictase por solo el resultado de autos.

Hay que resolver otra cuestion, y es, si en la primera instancia de los juicios de residencia se dá apelacion de los autos interlocutorios. Aquí los principios vuelven á ceder ante el tenor de la ley, ó de otro modo, los principios generales ceden á los especiales del caso. Segun las disposiciones antes copiadas, el juicio secreto de residencia debe concluirse en el término preciso de seis meses, y el público en el de cuatro, pena de nulidad, de lo que despues se obrare, la que recientemente se ha declarado alguna vez. En su consecuencia si se interpusiere apelacion de autos interlocutorios se admitirá; pero su resolucion se reservará al Tribunal Supremo. De otro modo, cuando este decidiera, ya el término fatal habria trascurrido; y pudiendo ser infinitas las apelaciones, que aun por malicia, por temer el resultado final se interpusieren, los juicios durarian. no seis meses, sino muchos años: podrian llegar á ser el ridículo de la propia

institucion y miras saludables del legislador.

Unicamente podria admitirse en un caso y es, si la apelacion se interpusiese sobre la incompetencia del juez; pero esta no seria escepcion de la regla, pues si es incierta la competencia ó cierta tal vez la incompetencia del juez, lo es la existencia del juicio, y mal pueden correr los términos. Nuestra opinion es sin embargo, que aun en este caso, estando seguro el juez de su competencia, debe seguir adelante.

Debemos concluir este asunto con una observacion y es que cuanto hemos dicho sobre la obscuridad del procedimiento, y procedencia en un caso de súplica, é instancia de revista, no es porque desconozcamos las determinaciones de las leyes antes insertas; sino porque las creemos insuficientes, ó no conformes al orden y principios actuales de procedimiento.

Apelaciones en lo eclesiástico. Es poco lo que tenemos que decir. En aquellos remotos paises la necesidad ha aconsejado, y las leyes autorizado una regla. La apelacion á Roma, y aun á la Rota seria un recurso interminable. Las apelaciones por tanto del primer sufragáneo van al metropolitano como por derecho comun: las de las sentencias de este en primera ó segunda instancia, por orden sucesivo hasta causar ejecutoria al obispo *propinquier*, ó mas cercano.

La ley 10, título 9, libro 4 de la Recopilacion de Indias, dice así: «Por breve apostólico de la santidad de Gregorio XIII, que se espidió á 13 de mayo del año pasado de 1573, se dispone y manda, que todos los pleitos eclesiásticos, de cualquier género y calidad que hubiese en nuestras Indias occidentales, se sigan en todas instancias, y fenezcan y acaben en ellas, sin los sacar para otra parte. Por lo cual, mandamos á nuestras audiencias reales de las Indias, que hagan cumplir y ejecutar, cada una en su distrito, lo dispuesto por el breve, dando noticia de él en todas sus partes, y la orden que convenga para que se cumpla y ejecute.»

Sabido es, que en cuanto á las Indias la

legislacion eclesiástica es especial, apartándose por lo tanto del derecho comun, lo que influye para que en general sea menos conocida. Esta consideracion, y la importancia que tiene todo lo que es relativo á Ultramar, nos ha hecho considerar como conveniente, y aun necesario el dar á esta parte de nuestros trabajos la mayor estension posible, en cuyo supuesto insertamos á continuacion el breve apostólico; notable por cierto, á que se refiere la ley anterior, el cual mas de una vez tendremos que citar en esta obra, y es como sigue:

«Gregorio papa XIII para perpétua memoria de lo infrascrito. La obligacion del oficio pastoral en que por disposicion divina nos hallamos, requiere que ocurramos con la presteza posible á los daños y gastos de los pleitos que se tratan en el fuero eclesiástico. Y habiéndonos recientemente supuesto nuestro caro hijo en Cristo, Filipo rey católico, que en las partes de las ciudades, tierras, lugares, pueblos y señorios de las Indias y Tierra Firme, islas del mar Océano, por estar tan distantes de la curia romana, era muy dificultoso poder alcanzar breves apostólicos, y que por eso las apelaciones que de cualesquier sentencias se interponian en las causas, así criminales como civiles, y otras concernientes al fuero eclesiástico, era muy dificultoso recibirlas y admitirlas, y que así seria de gran comodidad para los moradores de ellas, que se les escusasen los daños, y gastos que por la dicha distancia se les ocasionaban, que dos sentencias dadas en tiempo hiciesen cosa juzgada, y de ellas no se pudiese apelar mas, y héchase á nos para esto humildes súplicas por parte del rey Filipo, para que nos dignásemos de nuestra benignidad apostólica proveer de remedio oportuno en razon de lo referido; y Nos, que en cuanto con Dios podemos, deseamos de toda voluntad la quietud y comodidad de cualquier pueblo, absolviendo al dicho rey Filipo de cualesquier censuras, para solo el efecto de conseguir la presente gracia, é inclinándonos á semejantes suplicaciones, queremes, y con autoridad apostólica ordenamos y manda-

APELACION.

231

mos, que en todos los reinos, tierras y señorios de las Indias y Tierra Firme, é islas del mar Occéano, y en otras de cualesquier nombre que fuesen, sujetas al dicho rey Filipo, mediata ó inmediatamente, siempre que aconteciese apelarse de las sentencias dadas, así en las causas criminales como en cualesquier otras, que concerniesen al fuero eclesiástico, si la primera sentencia se hubiese pronunciado por algun obispo, se apele para su metropolitano. Y si la dicha primera sentencia fuese pronunciada por el mismo metropolitano, se interponga la apelacion para el ordinario sufragáneo mas cercano, cuya sentencia, si fuese conforme á la primera, tenga fuerza de cosa juzgada, y se de luego á ejecucion por el que la pronunciasse no obstante cualquier apelacion. Pero si las dos sentencias dadas, ó por el ordinario y metropolitano, ó por el metropolitano y ordinario mas cercano, no fuesen conformes, entonces se apele al otro metropolitano ú obispo que fuese mas vecino á la provincia de aquel que dió la primera sentencia, y las dos de estas tres que fuesen conformes (las cuales tambien mandamos que tengan fuerza y autoridad juzgada), las ejecute aquel que diese la última, sin embargo de cualquier apelacion. Y ordenamos que todos, y cualesquier juicios que se intentasen en otra forma, fuera de la referida, sean de ningun valor y fuerza, y que se tengan por nulas, irritas, y sin efecto cualesquier apelaciones que estuviesen interpuestas ó en adelante se interpusiesen sin guardar la dicha forma. Y que así se juzgue y deba juzgar por cualquier jueces y comisarios, de cualquier calidad y autoridad que sean, y tambien por los ordinarios de los lugares y auditores de las causas del palacio apostólico, quitando como por la presente quitamos, á todos y cualesquier de ellos, la facultad de poder juzgar en otra forma, y declarando por nulo, irritado, de ningun valor y efecto todo lo que en contrario de esto por cualquiera de ellos, con ciencia ó ignorancia, y por cualquier via y autoridad se hiciese ó atentase; no obstante las constituciones, aunque sean municipales y particulares de

aquellas partes, leyes, estatutos y costumbres, aunque sean juradas ó confirmadas por confirmacion apostólica ó en cualquier otra forma, y asimismo con derogacion de cualesquier estatutos ó letras apostólicas que se hayan dado á cualesquier jueces, así ordinarios como delegados, y á cualesquier otros debajo de cualesquier tenores y forma, aunque sean con cláusulas derogatorias de las derogatorias, y otras mas eficaces é insólitas é irritantes, y otros decretos, que de cualquier modo se hallen concedidos, confirmados, aprobados é innovados. Porque á todos ellos, aunque requieran que se haga espresa y especial mencion suya para revocarlos, ó que se guarde otra forma esquisita para esto por el tenor de las presentes (teniéndolos por espresos y dejándolos por lo demas en su fuerza) por esta vez, especial y espresamente los derogamos, y todo lo demas que pudiese ser en contrario. Y porque seria dificultoso que estas presentes letras se llevasen originalmente á todos los lugares, queremos é igualmente por autoridad apostólica mandamos, que á sus traslados, firmados de mano de algun notario público, y autorizados con el sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica, se dé la misma fé que se daría á las mismas letras originales, si fueran exhibidas y mostradas. Dado en Roma en San Pedro, debajo del anillo del Pescador á 15 de mayo de 1575, en el primer año de nuestro pontificado. »

Es muy de notar que concedido este breve á la solicitud de Felipe II en 1575, pasaron treinta y tres años sin que se pusiera en ejecucion, hasta que así se mandó por cédula de 7 de marzo de 1606. Habian ya muerto á la sazón el monarca que lo habia obtenido y el pontífice que lo concedió. Esto dió lugar á que varias audiencias pusiesen reparo en su ejecucion, fundándose segun principios generales, pero en nuestro concepto mal aplicados, en que muertos, como queda dicho, el obtinente y el concedente, sin haber hecho uso de él, podia suponerse caducado. No lo estaba en realidad, ni tocaba á la parte á quien interesaba el suscitar sobre ello dificultades. Así lo vió el Consejo

de Indias, y por cédula de 4 de febrero de 1608 para la audiencia de Lima, y 17 de julio de 1609 para la de la Plata, se mandó guardar y cumplir.

Nótanse en este importante breve las siguientes novedades: 1.ª que cesa la apelacion al papa: 2.ª que se apela de mayor á menor, esto es, del metropolitano al sufragáneo: 3.ª que tambien se apela de igual á igual, ó de sufragáneo á sufragáneo: y 4.ª que solo dos sentencias conformes causan ejecutoria. La razon de todo es la inmensa distancia de los vastos dominios de Ultramar y la justa consideracion tambien de economizar gastos á aquellos naturales, establecidos y organizados en distintas condiciones que los europeos: y en cuanto á la anomalía que parecen presentar la segunda y tercera novedad indicadas, debe considerarse que procediendo el juez *ad quem* en estos casos como delegado del papa, reviste por el hecho la cualidad de metropolitano, cuya razon sirve y ha servido en varios casos para dirimir dificultades sobre el particular. Puede suceder, por ejemplo, que el sufragáneo para ante el cual se apela por *mas inmediato*, segun el contenido del segundo caso, ó la segunda novedad notada, se halle accidentalmente en la diócesis del metropolitano que ha fallado en primera instancia: se pregunta si allí mismo podria conocer de la apelacion contra el principio general de que nadie ejerce válidamente jurisdiccion en territorio extraño. Considerando que el sufragáneo en este caso, por virtud del breve ó delegacion pontificia, adquiere el carácter de metropolitano para aquel negocio, este carácter le atribuye competencia en su diócesis y en la del juez *á quo*, y así se decidió en un caso ocurrido en Lima; pudiendo aun añadirse la razon, especialmente indicada en el breve, de ahorrar gastos á aquellos naturales.

Más delicada es otra cuestion que se promueve y es, si dada siempre la razon de necesidad y de la especialidad de aquellos jueces, podrá conocer el vicario general en ausencia ó en presencia del propio obispo. El derecho comun se opone á ello y puede ver-

se lo establecido por el Concilio de Trento, *ses. 14, cap. 4.*, teniendo consideracion á que las delegaciones son siempre personales. Hay sin embargo una diferencia natural entre la delegacion á una persona y la delegacion *real*, ó al que desempeñare un cargo. La concesion por otra parte no está aquí hecha en forma espresa de delegacion; sino de esoepcion, ó privilegio por motivos generales; no personales: y que habla el breve del metropolitano y sufragáneo, como habla de ellos el derecho comun, y por tanto no esoluyendo el conocimiento é intervencion del provisor, cuyo oficio es ya ordinario. Sobre estas y otras cuestiones á que dá lugar la ejecucion del Breve, véase á Solorzano, *Política indiana, capítulo 8, libro 4.*

PUERTO-RICO.

Respecto á esta isla y de las Filipinas, no diremos más que lo que sea especial á las mismas, refiriéndonos en lo no mencionado á lo dicho respecto de la de Cuba.

En Puerto-Rico está vigente el reglamento provisional para la administracion de justicia, lo que explica toda la tramitacion de los asuntos del fuero comun.

El juzgado de difuntos está allí á cargo del alcalde mayor de la capital, diferenciándose en esto de las demás islas.

En lo relativo á marina está subordinada al apostadero de la Habana.

Es sabido que allí como en las demás islas rige el ódigo de comercio, y la ley de enjuiciamiento, desde 1832, debiendo notar aquí que, como era de necesidad en las Antillas y Filipinas, los nombramientos para el consulado los hacen los capitanes generales.

En cuanto á tribunales eclesiásticos la diócesis de Puerto-Rico fue sufragánea de la de Santo Domingo. Perdida esta isla por la España, aquella diócesis, ni es metropolitana, ni tiene metrópoli. Sabemos que se ha pedido breve á Su Santidad para que la diócesis de Puerto-Rico sea declarada sufragánea de la de Cuba: entre tanto esta anomalía obsta poco para las apelaciones en justi-

APELACION.

255

cia, puesto que por el breve antes inserto de Gregorio XIII es metropolitana para el efecto de las segundas intancias el obispo mas próximo:

Queremos notar aquí una cosa respecto del breve. Establece este que cuando no sean conformes las sentencias de primera instancia y primera apelacion, en cuyo caso la segunda causa ejecutoria, la causen las dos que, despues de una segunda apelacion sean conformes. Puede ocurrir muy bien el caso de que de tres sentencias ninguna sea conforme á la otra. Creemos que en este caso rige hasta cierto punto el derecho comun, esto es, que se continuará apelando hasta que resulten, no tres; pero si dos sentencias conformes, las cuales causarán ejecutoria al tenor del breve.

Hay últimamente en Puerto-Rico una especialidad de que es precisodar razon. Cerca de ella está la isla de Vieques, correspondiente á la España; pero por mucho tiempo albergue casi solo de piratas. La necesidad de estirparlos, y de utilizar sus bosques y otras ventajas, hizo pensar en colonizar la isla, como se ha realizado. La organizacion dada en ella á la administracion de justicia está consignada en las siguientes reales órdenes y reglamento, que insertamos á continuacion, puesto que lo relativo á apelaciones no podria ser bien comprendido, sin serlo todavia una legislacion particular, reciente y por necesidad poco conocida.

Real orden de 16 de setiembre de 1847 por Gracia y Justicia:

«El vice-presidente de las secciones de Gracia, Justicia y Ultramar del Consejo real, dijo á este ministerio en 27 de marzo último lo siguiente:

«Con real orden de 24 de febrero próximo pasado espedita por el ministerio del digno cargo de V. E. fue remitido á informe de las secciones de Gracia y Justicia y Ultramar del Consejo real el adjunto expediente instruido con el objeto de determinar el sistema de administracion de justicia que deberá establecerse en la nueva colonia de Vieques, dependiente del gobierno de Puerto-Rico. Examinados con la mayor detencion

todos los antecedentes, se ofrecen consideraciones especiales al lado de otras generales y propias de la naturaleza del punto sometido á informe. Para evacuarle no bastaria consultar la necesidad generalmente reconocida de que haya uniformidad en la administracion de justicia; ni la conveniencia de que sean unos mismos los procedimientos en puntos de una colonia, donde es conocida con ventaja una ley de enjuiciamiento casi idéntica á la que rige en la metrópoli. El orden de litigar y enjuiciar establecido en la Península, no ha podido servir esclusivamente de norma á las secciones, cuando ademas de los principios generales y circunstancias comunes, existen otras particulares de origen, de localidad, de hábitos, de conservacion y de interés, porque se trata de una poblacion naciente, situada en un punto importante de nuestras Antillas y regida hasta hace poco tiempo por el prudente albedrio de una sola persona, á quien fue debida la primera idea sobre colonizacion. Al tratarse de esta y de la regularidad y fomento de la isla de Vieques, se han dictado medidas administrativas, militares y politicas, distantes en mucho de las que rigen en Ultramar, tocante á la seguridad de los puertos, al ejercicio de la autoridad, contribuciones, de derechos de importacion y esportacion, y otras materias, sobre las cuales no ha podido ni debido establecerse un sistema general. Lo propio sucede con el de administracion de justicia respecto del cual constan en el expediente dos proyectos, que aun cuando sencillos y de facil aplicacion, todavia las autoridades superiores de Puerto-Rico informan que seria perjudicial el plantear aquellos en una colonia de escaso número de habitantes, pacíficos, estraños á toda clase de litigios, y libres hasta ahora de que en su suelo se cometan faltas ó delitos dignos de que sobre ellos se forme un proceso criminal. Pero ya sobre esto existe un ejemplar que podria reproducirse, y por esto sin duda el gobernador general de la isla, y las demas autoridades, y el fiscal y sala de Indias del Tribunal Supremo, aun cuando no creen útil ni conveniente que se

dicte un reglamento para la administración de justicia en Vieques, consideran oportuno que las causas se remitan al juzgado de Humacao, para que siguiendo el curso legal llegue á terminarse por el tribunal competente, á no ser que el fuero del reo diese la jurisdicción á jueces de otra línea, que entonces ellos entenderán después de terminado el sumario, que instruirá el gobernador de la nueva colonia. Se encuentra, pues, previsto el caso de que ocurra un procedimiento criminal, y por lo mismo que en él se encarga la formación del sumario al espresado gobernador, convendrá también fijar sus atribuciones en materias civiles por si ocurriesen pleitos, y para que al fallarlos quede sujeto á una responsabilidad tan necesaria como puede serlo el que, atendidas las circunstancias especiales enumeradas al principio de este informe, no se establezca en él una rigurosa tramitación, ó las fórmulas que deban guardarse para el ejercicio de aquellas atribuciones. Las secciones al determinarlas dejan la parte reglamentaria encomendada á los que, validos de conocimientos locales, y guiados por la prudencia y política que recomiendan en sus informes, completarán una obra cuyas bases en dictámen de las secciones podrá ser la de facultar al gobernador de Vieques para que ejerza las siguientes atribuciones judiciales. En lo civil deberá conocer en juicio verbal de las demandas que no pasen de 100 pesos, causando su fallo ejecutoria. De esta cantidad hasta la de 500 corresponderá también al gobernador conocer verbalmente; pero de su fallo podrá interponerse apelación para ante el regente de la audiencia de Puerto-Rico, no debiendo admitirse aquella mas que en el efecto devolutivo. El regente conocerá de esta segunda instancia en juicio verbal, como se le autoriza por el párrafo 31 de la real instrucción de 20 de junio de 1776. En los negocios que excedan de 500 pesos el gobernador ejercerá el cargo de juez de paz ó de conciliación, y si las partes no se conforman deberán instruir el juicio escrito ante el juez de primera instancia de Humacao. En lo penal, el gobernador será

el juez competente para conocer de las causas leves con apelación al tribunal ordinario de alzada del fuero del reo, cuando no se imponga á este pena de presidio; pero caso de imponérsele esta ó mayor pena, sus facultades quedarán limitadas á formar el sumario y remitirlo al juez competente, que en el fuero común deberá ser el de primera instancia de Humacao. Para llevar á efecto estas disposiciones, el gobernador superior de Puerto-Rico, puesto de acuerdo con el regente de la audiencia, formarán el reglamento que estimen mas adecuado, y poniéndolo desde luego en ejecución, lo elevarán á la aprobación del gobierno. Por este medio se salva el principio de que la jurisdicción se ejerza en la metrópoli y sus colonias por delegación de S. M.: se provee á la necesidad siempre viva, y si cabe mas imperiosa en un pueblo naciente, de que se administre justicia con rectitud: se evita la distinción de fueros que podrían causar envidias: y se reserva la elección de los medios que convendrá emplear para la ejecución del sistema propuesto, á funcionarios inteligentes y celosos de la conservación y prosperidad de la nueva colonia de Vieques. = «Enterada la reina (Q. D. G.) del anterior dictámen, se ha servido aprobarle en todas sus partes, y mandar que sea trasladado á V. E. á fin de que tenga cumplimiento cuanto en él se propone. Al mismo tiempo, confiada S. M. en el celo que distingue á V. E., ha tenido á bien autorizarle para que al proceder á la formación del reglamento de administración de justicia, que deberá regir en la nueva colonia, altere las bases indicadas por el Consejo, que estime inconvenientes, oyendo el voto consultivo de la real audiencia y dando cuenta al gobierno por esta secretaría.»

Comunicada la anterior al presidente en 27 de noviembre de 1848 se le decía:

«Y remitida igualmente á las mismas secciones del Consejo la comunicación de esa capitania general de 14 de junio último, dando cuenta del reglamento redactado; en vista de su segunda consulta, ha mandado S. M. se reitere á V. E. la real orden inser-

APELACION.

235

ta, y se le remita además la adjunta copia del referido informe de las secciones, para que V. E. proceda nuevamente como en dicha real orden se previno á su antecesor.»

En 10 de abril de 1849 se le trasladó la contestación de Gobernación, que dice:

«Examinado el dictamen de las secciones de Gracia y Justicia y Ultramar del Consejo real, acerca del sistema de administración de justicia que convendría establecer en la isla de Vieques; y evacuando el informe pedido por esa secretaría del despacho á la de mi cargo con fecha 3 de diciembre de 1847, me manda S. M. manifieste á V. E., como lo ejecuto de real orden, que este ministerio de acuerdo con el de Estado se halla conforme con el sistema de administración de justicia propuesto por dichas secciones; porque atendiendo á las necesidades de aquella colonia llena las miras del gobierno, que deben reducirse por ahora á impulsar la organización de la referida isla, en términos que la administración que en ella se establezca, pueda aparecer mas bien que la causa, la consecuencia natural de su progresivo desarrollo y prosperidad. De real orden lo traslado á V. E. para que lo tenga presente al llevar á cabo lo dispuesto en la resolución que se le comunicó en 27 de noviembre anterior.»

En virtud de la autorización dada al capitán general por la citada real orden de 16 de setiembre, este en 31 de mayo de 1850 ha publicado un reglamento particular de justicia. Organizada la administración de esta y los procedimientos de un modo algun tanto especial, hemos visto al querer trasladar todos los artículos relativos á las apelaciones que no pueden ser bien comprendidos sin los demas que determinan los jueces y la índole de los juicios. Por este motivo creemos indispensable haber de insertarle á la letra, como lo verificamos, con lo cual, cuando tratemos de otros puntos de la administración de justicia en sus artículos respectivos, no habrá mas que referirse al presente sobre la legislación peculiar á cada uno.

El espresado reglamento es como sigue:

En cumplimiento de la real disposición del 27 de noviembre de 1848 que me autoriza para establecer el orden de administración de justicia en la isla de Vieques, con arreglo á las bases dictadas por las secciones reunidas del Consejo real, habiendo oído el voto consultivo de la real audiencia, y de conformidad con su parecer, he tenido á bien disponer se ponga en ejecución desde el 15 del mes de agosto próximo venidero, para su puntual observancia, el siguiente reglamento.

CAPITULO I.

PARTE CIVIL.

SECCION PRIMERA.

Del juicio verbal ante el gobernador.

Artículo 1.º Las demandas civiles cuya entidad no escada de 100 pesos, y las que superando esta suma no pasen de la de 500, se sustanciarán y decidirán en juicio verbal por ante el gobernador de la isla de Vieques en calidad de juez real ordinario y con jurisdicción privativa.

Art. 2.º En los juicios de esta clase, bien así como en todas las actuaciones judiciales, civiles ó criminales que al gobernador competen segun este reglamento, intervendrá como fiel de fechos el secretario del gobierno ú otra persona que al efecto eligiere el gobernador.

Art. 3.º El interesado en provocar el juicio lo manifestará así con relacion sucinta del hecho, verbal ó escrita, al gobernador, quien espedirá cédula citatoria del demandado en que se le prevenga comparezca con un hombre bueno y con los medios de justificación que estime conveniente en tal dia, hora y auditorio, para contestar la demanda que sobre tal cosa intenta proponer contra el F.—Esta cédula se entregará al mismo demandante, equivaliendo esto á su citación formal.

Art. 4.º Para que se practique la del reconvenido, el actor habrá de requerir con dicha papeleta al sugeto que haga veces de

alguacil ó portero, quien constituyéndose en la morada de aquel, se la entregará al mismo en persona, ó en defecto á la familia de su casa; y si no encontrare á nadie, lo hará al vecino mas inmediato, tomando razon en todo caso del nombre, apellido y calidad del que la reciba, que pondrá en conocimiento del gobernador.

Art. 5.º Si el demandado no concurre al primer llamamiento, se despachará á su costa y á petición del actor segundo comparendo en que se le aperciba de procederse á verificar el juicio en su ausencia, si esta vez no compareciese, surtiendo el fallo los propios efectos que si hubiere asistido. Pero el gobernador se cuidará siempre de que entre la citacion y el juicio medie tiempo suficiente para que los interesados puedan prepararse.

Art. 6.º No es necesario que estos concurren personalmente al juicio: podrán habilitar persona que lo haga en su nombre, confiriéndoles al efecto autorizacion en papel del sello tercero, estendida por ante el secretario fiel de fechos y dos testigos, que firmarán con aquel, si supieren hacerlo.

Art. 7.º Llegada la hora de la celebracion del juicio, y presentes actor y reo ó sus apoderados ante el gobernador con dos hombres buenos nombrados uno por cada parte, propondrá el actor su demanda con las razones en que la funde, y contestará en seguida el reo ó demandado, deduciendo las defensas, escepciones y reconvencciones que le cumplan, ambos de palabra, si no trajeren preparadas sus alegaciones por escrito.

Art. 8.º Para fijar mejor la verdad de los hechos y asegurar el acierto del fallo, deberá el gobernador admitir por via de justificacion cualquiera prueba que los interesados ofrezcan y sea compatible con la rápida tramitacion de este juicio, ora consista en documentos ó testigos (como estos no pasen de tres por cada parte en las demandas de 100 pesos y de 6 en las demas), bien en juramento que una deliera á la otra ó esta le devuelva, permitiendo siempre que ambas se hagan preguntas concernientes al asunto, ó haciéndoselas el gobernador de oficio para

aclarar los hechos en que haya discordancia; y aun caso necesario, podrá exigir para mejor proveer que declaren sobre ello bajo de juramento.

Art. 9.º Si en la primera audiencia no hallare el gobernador que el negocio se haya instruido suficientemente, y las partes ofrecieren nuevos documentos ó testigos, podrá prorogar el juicio para otra, designándola en el acto, y quedando emplazados para la misma los interesados y hombres buenos, sin necesidad de nueva citacion; y á instancia de aquellos puede acordarse la de los testigos de que les convenga valerse, si rehusan presentarse voluntariamente.

Art. 10. Evacuada la prueba ó la contestacion del reo, cuando no la haya, oirá el gobernador el dictámen de los dos asociados; y sin que tenga precision de conformarse con él, dará ante el secretario fiel de fechos el fallo que estime justo, bien en la misma audiencia, ó á mas tardar dentro de cuatro dias.

Art. 11. Durante el juicio, el secretario irá tomando sucesivamente y con la debida exactitud nota de cuanto en él ocurra, á fin de que el fallo que recaiga pueda asentarse despues, con expresion circunstanciada de todo lo sustancial de los antecedentes, en un libro que el gobernador ha de llevar con el título de «juicios verbales», debiendo firmar el acta de cada uno, no solo él mismo con los hombres buenos y el secretario, sino tambien los testigos, cuando se hayan presentado para prueba.

Art. 12. En la portada de dicho libro se estampará el sello del gobierno y de Vieques, y todas sus hojas estarán foliadas y rubricadas por el gobernador. Las actas se seguirán una á la otra, sin dejar hojas ni espacios en blanco, y en cada una se hará mérito de la relacion que el alguacil haya hecho sobre entrega de la cédula citatoria del reo, conforme á lo dispuesto en el artículo 4.º—Cuando hubiere de salvarse alguna cunienda ó entre renglonadura se rubricará por las personas mencionadas en el anterior.

Art. 13. Dictada la providencia, se har

APELACION.

237

saber á las partes en seguida; y si la entidad de la demanda no escede de 100 pesos, será aquella inapelable y causará por tanto ejecutoria. Pero escediendo de esta suma hasta la de 500, la parte que se sienta agraviada del fallo, podrá en el acto de notificársele imponer á la voz apelacion para ante el regente de la real audiencia de Puerto-Rico, lo que se hará constar en el acta del juicio, que siempre deberá estenderse el mismo dia que se concluya. No interponiéndose aquella al tiempo de la notificacion, podrá verificarse lo mas tarde dentro de los dos dias siguientes, tambien á la voz, compareciendo la parte ante el gobernador y fiel de fechos, y ajustándose á continuacion del acta diligencia formal que firmarán todos. Si la parte no supiere, lo hará á su nombre un testigo á ruego.

Art. 14. La apelacion siempre deberá admitirse solo en el efecto devolutivo; y como quiera que se interponga, el gobernador, sin que sea precisa peticion de parte, dispondrá se saque desde luego testimonio íntegro del acta, y en su caso de la diligencia espresada en el artículo precedente; cuyo testimonio, autorizado con su firma, la del secretario fiel de fecho y sello del gobierno, lo remitirá por el correo mas inmediato á costa del apelante á dicho juez superior de alzada, citando y emplazando á las partes para que por sí, ó por medio de apoderado, comparezcan ante el mismo con sus respectivos hombres buenos en el improrogable término de veinte dias á contar desde el de la remision del testimonio.—Al efecto se pondrá en este la fecha en que se remite.

Art. 15. En el acto del emplazamiento manifestarán las partes si han de concurrir al juicio de apelacion por sí mismas ó por apoderado; y en el último caso espresarán la persona ó personas á quienes dan su poder con facultad de sustitucion, pudiendo nombrar abogados ó procuradores de esta capital, ó cualesquier otros sujetos idóneos y de su confianza que dentro ó fuera de ella residan. Dicha manifestacion firmada por el gobernador, secretario fiel de fechos y la

parte, ú otra persona á su nombre, si no supiere hacerlo, se reputará poder bastante.

Art. 16. Si los interesados no apelaren de la providencia del gobernador en el plazo que prescribe el artículo 13, se tendrá por consentida y pasada en juzgado por ministerio de la ley sin necesidad de declaracion ulterior, y aquel la llevará á debido efecto por la via de apremio, no observando mas trámites que los precisos para la venta de bienes.

Art. 17. Cuando requerido el deudor no pagare dentro de segundo dia, se le embargarán y venderán en pública subasta bienes suficientes, pregonando los muebles por término de tres dias, y los raíces por el de nueve, haciéndolo de tres en tres.

Art. 18. Los incidentes que puedan ocurrir en la ejecucion del fallo los resolverá el gobernador de plano, si no fueren contenciosos; y siéndolo, como en caso de que sobre los bienes encargados se introduzca una terceria de preferencia ó de dominio, habrá de decidirlos en otro juicio verbal, si fuesen objeto de él por su entidad, quedando entretanto suspensa la ejecucion del primero. Pero si llegare caso en que el incidente suscitado sea de mayor cuantia, entonces el gobernador, con idéntica suspension y previo el competente juicio conciliatorio entre todos los interesados, remitirá á estos con las diligencias evacuadas, no habiéndose avenido, al juez de primera instancia de Humacao, para que ante él promuevan el juicio que corresponda.

Art. 19. Dicho juez, resuelto que sea el incidente, lo pondrá en noticia del gobernador con devolución de las diligencias, para los efectos que, segun los casos, fueren consiguientes.

SECCIÓN SEGUNDA.

Del juicio verbal en apelacion.

Art. 20. Las partes ó sus apoderados se presentarán al regente dentro del término del emplazamiento, y le entregarán una papeleta espresiva de la calle y casa en que

habitan en esta capital, á fin de que pueda citarles oportunamente por medio de un alguacil de la real audiencia, para que concurren á la celebracion del juicio con sus respectivos hombres buenos en el dia, hora y lugar que les señale. La citacion será verbal.

Art. 21. Si el apelante ó su apoderado no compareciesen dentro de aquel término, el regente lo comunicará al gobernador; y teniéndose por desierta la apelacion, adquirirá el fallo de este la autoridad de cosa juzgada. Cuando en tal caso la parte apelada hubiese comparecido, podrá reclamar ante el gobernador que el apelante le indemnice de los gastos, daños y perjuicios que le haya ocasionado la apelacion desierta, á cuyo efecto, y á peticion suya, el regente ordenará que el escribano de cámara le libre, con su V.º B.º, certificacion de la comparecencia en tiempo hábil.

Art. 22. Si se presentare el apelante, pero no el apelado, el regente procederá á conocer en rebeldía, oyendo á aquel y á su hombre bueno en la hora que les prelije.

Art. 23. El juicio verbal en segunda instancia se sustanciará por dicha autoridad del mismo modo que el de la primera, con la diferencia de que solo podrá admitir la prueba que las partes alegaren en el acto, desechando siempre la propuesta, admitida ya ante el gobernador, ó la directamente contraria.

Art. 24. Sustanciado el juicio, el regente, hecho cargo del testimonio remitido por aquel y de lo nuevamente actuado, pronunciará de plano por ante el escribano de cámara de la real audiencia el fallo que sea justo, confirmando, revocando ó enmendando el dictado por el gobernador.

Art. 25. Cuando sea confirmatorio y manifiesta la temeridad del apelante, condenará á este en las costas, y ademas en la indemnizacion de gastos, daños y perjuicios á favor de la parte contraria, si compareció por sí ó por apoderado que, residiendo fuera de la capital, haya venido á ella para la celebracion del juicio. El regente fijará la cantidad en que estime aque-

llos, segun las circunstancias del caso; pero no podrá esceder nunca de 50 pesos.

Art. 26. Si el fallo fuese revocatorio ó modificativo, su ejecucion corresponderá al gobernador, quien hará cumplir con toda exactitud y bajo su responsabilidad lo determinado por el regente. Siendo confirmatoria la providencia de este, como entonces nada hay que ejecutar en el fondo del negocio controvertido, se atenderá aquel á exigir del apelante las costas, y en su caso la cantidad de que habla el anterior artículo, siempre que en esta capital no se hayan satisfecho una y otras.

Art. 27. Las actas de los juicios verbales en segunda instancia se estenderán por la escribanía de cámara á continuacion de los testimonios remitidos por el gobernador. En ellas habrá de insertarse el fallo que recaiga con expresion sucinta de los antecedentes; y cada una será firmada solo por el regente y el mismo escribano, quien cuidará de conservar legajados dichos testimonios y actas subsiguientes por el orden cronológico de fechas.

Art. 28. Dentro de los cuatro dias posteriores al de la celebracion del juicio, el regente transmitirá al gobernador una copia del acta en papel del sello 3.º, autorizada por el escribano de cámara con su V.º B.º y el sello de regencia. Si las partes pidieren compulsa, dicho escribano se la franqueará por los derechos correspondientes.

CAPITULO II.

DE LOS NEGOCIOS DE MAYOR CUANTIA Y JUICIO DE CONCILIACION.

Art. 29. Los negocios que escedan de 500 pesos se llaman de mayor cuantía, y no podrán ventilarse verbalmente sino por medio de juicio escrito ante el juez de primera instancia de Humacao sin distincion de fuero; pues para lo civil, todos los habitantes de Vieques se hallarán sujetos al comun ordinario.

Art. 30. Dicho juez, á no ser en los casos esceptuados por el real decreto de 26

APELACION.

259

de setiembre de 1835, no admitirá ninguna demanda civil ni ejecutiva sin que el actor acompañe certificación de haber intentado el medio conciliatorio ante el gobernador de Vieques, quien privativamente ejercerá el cargo de juez de paz en los negocios que espresa el artículo anterior.

Art. 31. Para que se practique el juicio de conciliación, bastará que el demandante se lo pida verbalmente al gobernador, quien prevendrá sin demora la citación del demandado por medio del alguacil ó portero. Si no acudiere al primer llamamiento, el gobernador mandará citarle segunda vez á costa suya, conminándole con una multa de 2 á 10 pesos, segun las circunstancias del caso y de la persona; y si aun así no compareciese, dará aquel por terminado el acto, expedirá al demandante certificación de haberse intentado la conciliación y de no haber tenido efecto por culpa del demandado, declarando á este incurso en la multa, que le exigirá desde luego.

Art. 32. Las partes podrán apoderar persona que asista en su nombre al juicio de paz, debiendo hacerlo en la forma prevenida en el art. 36, y espresando siempre que el poder es para este objeto.

Art. 33. Con el demandante y demandado ó sus apoderados deben concurrir tambien al juicio dos hombres buenos nombrados uno por cada parte; y constituidos todos en presencia del gobernador y secretario fiel de fechos, oirá el primero por su órden las pretensiones respectivas de aquellos y fundamentos que aleguen en su apoyo; pedirá en seguida el parecer de los asociados, que se esforzarán siempre en buscar medios prudentes para reducirlos á la paz: si no lo consiguen, el gobernador en vista de todo pronunciará en el acto ó lo mas tarde dentro de cuatro dias la providencia conciliatoria que estime mas propia, para evitar un litigio formal entre los mismos; teniendo entendido que, al dictar aquella, mas bien debe hacerlo como un amigable componedor que trata de arreglar una transacción, que no como un juez que aplica estrictamente al caso los preceptos de la justicia.

Art. 34. El dictámen de los asociados con que se hubiesen conformado las partes ó la providencia del gobernador consentida, terminarán absolutamente el litigio, surtiendo el efecto de verdadera transacción. Cuando con esta última no se hayan aquietado, todavia el gobernador las exhortará á que por su propio bien comprometan la contienda en amigables componedores que por via de equidad y segun su leal saber y entender la ajusten y decidan. Si las partes lo acordaren así, concertarán definitivamente en el acto mismo de la conciliación las bases del compromiso, á cuya estricta observancia quedarán ligadas ellas y los compromisarios, luego que acepten su encargo.

Art. 35. La ejecución de las transacciones, convenios ó providencias consentidas en los juicios de paz, corresponde al gobernador, quien á instancia verbal de cualquiera de las partes y con asistencia del secretario fiel de fechos hará se lleven á efecto por la via de apremio sin excusa ni tergiversacion alguna. Pero si al verificarlo se suscitare algun incidente contencioso de mayor cuantía, entonces, previo juicio de conciliación entre todos los interesados y caso de no avenirse, los remitirá con lo obrado al juez de Humacao para que en juicio escrito le determine con arreglo á derecho, quedando en el interin suspensos los procedimientos del gobernador. Resuelto el incidente, dicho juez se lo comunicará á este, devolviéndole las diligencias para los efectos oportunos.

Art. 36. Con las mismas formalidades que prescribe el art. 12, el gobernador llevará un libro con el nombre de «juicios de paz» donde se estiendan por acta espresiva de si las partes se han conformado ó no con el dictámen de los hombres buenos; de la providencia que el gobernador dicte en caso negativo; de si aquellas se aquietaron ó no con la misma; de la exhortación que en este último caso les ha de hacer para que comprometan sus diferencias; de si se han avenido ó no en el compromiso y bases que para él fijaren cuando lo hayan hecho. Cada

acta deberá firmarse por el gobernador, los hombres buenos y los interesados si supieren.

Art. 37. Cuando estos últimos no aceptasen el fallo conciliatorio y rechazasen también la idea del compromiso, se dará al que la pida certificación literal del acta del juicio para los efectos mencionados en el artículo 50.

Art. 38. El mismo gobernador conocerá también, como juez real ordinario, en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, aun de mayor cuantía, hasta que lleguen á ser contenciosos entre partes; en cuyo caso, previo juicio de paz, deberá remitirlas al juez de primera instancia de Humacao. Igualmente podrá, á solicitud de parte, conocer en aquellas diligencias que, aunque contenciosas y de entidad mayor que la de 500 pesos, sean urgentísimas y no den lugar á acudir á dicho juez letrado, como la interposicion de un retracto, interdicto de despojo, prevencion de un inventario y otras de igual naturaleza, remitiéndolas al mismo en su caso, una vez evacuado el objeto en aquella parte que la urgencia requiera.

Art. 39. Cuando la demanda ante el gobernador fuere sobre retencion de efectos de un deudor que intente sustraerlos, ó sobre algun otro punto de igual urgencia, y se pidiere que aquel provea provisionalmente para evitar los perjuicios de la dilacion, lo hará así el gobernador sin demora, y procederá inmediatamente al juicio de paz.

Art. 40. El juez de Humacao en la sustanciacion y decision de las demandas civiles se arreglará á derecho,

CAPITULO III,

PARTE CRIMINAL.

SECCION PRIMERA.

Del procedimiento por faltas ó injurias livianas.

Art. 41. El gobernador conocerá en juicio verbal de los negocios sobre injurias li-

vianas, riñas y faltas de poca entidad, aunque intervengan ofensas de obra, siempre que no causen herida, contusion ó daño notable, ni haya habido intervencion de armas.

Art. 42. Luego que aquel reciba queja de haberse ejecutado un exceso de esta clase, dispondrá se citen las partes para la celebracion del juicio, el cual se sustanciará y decidirá en la forma y modo que se ha prescrito para los negocios civiles.

Art. 43. Si la parte ofensora se negase á comparecer al juicio verbal, el gobernador la hará conducir arrestada para solo el acto de su celebracion; mas si es el ofendido quien rehusa presentarse, se entenderá que perdona, y no se verificará el juicio.

Art. 44. Las providencias que en aquel se dicten serán inapelables; pero la pena que se imponga habrá de ser puramente correccional, y nunca podrá estenderse á mas que á un mes de arresto ó multa de 20 pesos, reprension verbal, apercibimiento para el arreglo de conducta en lo sucesivo y condena en las costas del juicio. A los esclavos podrá imponérseles hasta el número de 25 azotes.

Art. 45. El gobernador llevará con separacion para los juicios verbales en materia criminal un libro arreglado á lo que previene el artículo 12.

SECCION SEGUNDA.

Del procedimiento por delitos.

Art. 46. Luego que en la isla de Vieques se cometa algun delito, procederá el gobernador, bien de oficio ó á instancia de parte, á formar con la mayor actividad las primeras diligencias del sumario, dirigiendo todo su conato á descubrir y acreditar legalmente la ejecucion del delito y sus circunstancias, y quiénes hayan sido los autores, cómplices ó auxiliadores.

Art. 47. Al efecto, sin perjuicio de socorrer inmediatamente al ofendido, si peligra su existencia ó la seguridad de su persona y bienes, procederá á su examen y á

APELACION.

241

instruir con toda eficacia la correspondiente informacion sumaria de testigos en solo lo que baste para comprobar la verdad de los hechos; al reconocimiento de los objetos, vestigios ó señales materiales del delito, si las hubiere; á recoger todos los instrumentos ó efectos con que pueda haberse cometido; á arrestar en los casos de alguna gravedad á las personas que aparezcan reos, ó que por algun motivo racional ó indicio suficiente se presuma ó sospèche que lo son, no menos que al embargo de bienes cuando el delito lleve consigo responsabilidad pecuniaria, aunque solo en la cantidad á que esta pueda estenderse; y tomará, en fin, todas las demas disposiciones que el celo y prudencia sugiera, segun la naturaleza é índole de los diversos casos, cuidando siempre de omitir la evacuacion de aquellas citas y la práctica de aquellas diligencias que sean superfluas ó inútiles.

Art. 48. A toda persona arrestada ó presa, que no lo esté por razon de pena correccional aplicada ó de juicio ya pronunciado, le recibirá declaracion sin falta alguna dentro de las 24 horas de hallarse en la prision ó arresto; y si no pudiere hacerlo por urgencias preferentes del servicio público, espresará el motivo en el proceso, cuidando de que dentro de dicho término se informe á aquella de la causa porque lo está y del nombre del acusador si lo hubiere, recibiendo la declaracion tan pronto como ser pueda.

Art. 49. El gobernador no podrá poner ó retener á nadie en prision ó arresto sino por algun motivo racional bastante en que no haya arbitrariedad, segun se indicó ya en el artículo 47.—Tampoco podrá mortificar á ninguna persona tratada como reo con hierros, ataduras, ni otras vejaciones que no sean precisas para su seguridad, ni tenerla en incomunicacion, sino cuando lo exija la naturaleza de las averiguaciones sumarias, y por solo aquel tiempo que sea realmente necesario.

Art. 50. Los procesados y testigos serán precisamente juramentados y examinados por el gobernador ante el secretario fiel de

fechos, quien le acompañará en todas las demas actuaciones y diligencias del sumario. A unos y otros no les deberá hacer nunca sino preguntas directas y de ningun modo capciosas ni sugestivas; y será estrechamente responsable, si para hacerlos declarar á su gusto, empleare alguna coaccion fisica ó moral, ó alguna promesa, dádiva, engaño ó impropio artificio.

Art. 51. Cuando el delito que dió margen á la causa, merezca ser castigado con presidio ó otra mayor pena, el gobernador, instruido el sumario, pero sin tomar la confesion al reo, remitirá á este con lo obrado al juez competente, quien continuará la causa conforme á derecho. En el fuero comun será juez competente el de primera instancia de Humacao, y los fallos que pronuncie vendrán en apelacion ó en consulta al tribunal superior de la real audiencia.

Art. 52. Las causas en que se proceda por delito por el que no debia imponerse al reo alguna de las penas indicadas en el artículo precedente, serán sustanciadas y decididas por el mismo gobernador con jurisdiccion privativa en la primera instancia.

Art. 53. En ellas, una vez concluidas las primeras diligencias, recibirá al reo su confesion con cargos, para lo que le habrá de leer íntegramente las declaraciones y documentos en que se funden con los nombres de los testigos; y si por ellos no los conociere, deberá darle cuantas señas quepan y hasten, para que pueda venir en conocimiento de quienes son. No podrá hacer otros cargos que los que efectivamente resulten del sumario, ni otras reconvencciones que las que racionalmente se deduzcan de lo que responda el confesante, debiendo abstenerse el gobernador de agravar unos y otras con calificaciones arbitrarias, y de evacuar las citas que se hagan en la confesion, las cuales deben quedar para que el tratado como reo pruebe despues lo que le convenga.

Art. 54. En cualquier estado en que aparezca ser inocente el procesado, no solo le pondrá inmediatamente en libertad sin costas algunas, sino que ademas sobrescrirá

desde luego respecto á él, declarando que el procedimiento no le pare ningun perjuicio en su reputación. Sobreseerá asimismo cuando, evacuada la confesion, viere que no hay mérito para pasar mas adelante, ó que el procesado no resulta acreedor mas que á alguna pena leve que no pase de reprension, arresto ó multa, en cuyo caso la aplicará al proveer el auto de sobreseimiento, causando este ejecutoria.

Art. 55. Si recibida la confesion no pudiese sobreseerse por merecer el reo pena mayor que las indicadas, pero que no excediese de cuatro meses de prision, ó de 30 pesos de multa, ó bien de 30 azotes en dos tandas con el intervalo necesario siendo esclavo, podrá decretarla el gobernador, y será ejecutoria desde luego, siempre que el reo ó reos se conformen con ella.—Esta conformidad debe hacerse constar en la causa, debiendo firmarla el reo ademas del gobernador y secretario, y no sabiendo, un testigo á su ruego.

Art. 56. Si el reo no se conformase con ella, ó fuese mayor pena que esta y menor que la de presidio, se continuará la causa en la forma que prescriben los artículos siguientes.

Art. 57. Recibida que sea la confesion, se conferirá traslado al reo por el término de seis dias, á no ser que hubiese acusador; en cuyo caso se le dará primero vista por el mismo término.—Este no podrá prorogarse sino por justa causa que se espese en el proceso, y por el tiempo absolutamente necesario, procurando, siempre que sea posible, que la próroga no esceda del que se deja designado.

Art. 58. Por medio de otrosies en los escritos de acusacion y defensa, deberá necesariamente cada parte articular toda la prueba que viere convenirle ó renunciar á ella, espresando en uno y otro caso, si se conforman ó no con todas las declaraciones del sumario.

Art. 59. Si las partes de consuno renunciaren la prueba y se conformaren con todas las declaraciones del sumario, habrá el gobernador por conclusa desde luego la causa,

y dichas declaraciones, aunque no ratificadas, harán plena fé en aquel juicio. Pero si alguna de las partes articulare prueba, ó espusiese que no se conforma con todas las declaraciones del sumario, el gobernador recibirá inmediatamente la causa á prueba con calidad de todos cargos por un término comun y proporcionado que no pase de diez dias, el cual, á peticion de cualquiera de las partes, si para ello espusiere en autos algun justo motivo, podrá ser prorogado hasta veinte dias, cuando hubiere de practicarse alguna prueba fuera de la isla.—Este término se entiende tambien improrogable.

Art. 60. La ratificacion de aquellos testigos con cuyas declaraciones no se conforme alguna de las partes, y las demas pruebas que por estas se articulen, se ejecutarán dentro del término probatorio con citacion de todos los interesados, los cuales podrán asistir por sí, ó por medio de persona que diputen, al cotejo ó compulsa de documentos y al exámen ó ratificacion de los testigos, y á hacer á estos con la debida moderacion y regularidad las preguntas que estimen, debiendo contestar á ellas el repreguntado, á menos que el gobernador las declare impertinentes ó impropias, pudiendo ademas dentro del mismo término poner y probar las tachas de los testigos presentados en el plenario.

Art. 61. Cumplido el término probatorio y acreditado así por nota del secretario, unirá este á la causa las pruebas practicadas, poniéndola en poder del gobernador para sentencia.

Art. 62. Si dentro de los tres primeros dias que obre la causa en su poder, hallare el gobernador en ella defectos sustanciales que subsanar, ó faltaren algunas diligencias precisas para el cabal conocimiento de la verdad, acordará que para mejor proveer se practiquen sin pérdida de momento todas las que sean indispensables, bajo su responsabilidad en el caso de dar con esto margen á innecesarias dilaciones.

Art. 63. Si no hubiere que practicar ninguna de aquellas, dictará dentro del pe-

APELACION.

245

rentorio término de seis días, y sin necesidad de nueva citacion, la sentencia definitiva, que será notificada á las partes inmediatamente.

Art. 64. Estas podrán apelar dentro de los cinco días siguientes al de la notificacion para ante el tribunal ordinario de alzada de su respectivo fuero, que en lo comun será la real audiencia de Puerto-Rico. Interpuesta aquella, el gobernador la admitirá siempre en ambos efectos, y remitirá por el correo inmediato los autos originales á la superioridad que corresponda, previa citacion y emplazamiento de las partes por término de veinte días.

Art. 65. En el acto del emplazamiento se les hará saber nombren procurador y abogado que les defiendan en el tribunal superior. Si lo hicieren así, esta manifestacion firmada por el secretario fiel de fechos y las partes ú otra persona á su nombre, si no supieren hacerlo, se tendrá por poder bastante. Cuando no hayan efectuado dicho nombramiento, lo hará de oficio el tribunal de segunda instancia.

Art. 66. Si las partes no se alzaren del fallo del gobernador dentro del plazo que señala el artículo 64, causará ejecutoria, y desde luego le llevará aquel á debido efecto.

Art. 67. Tratándose de injurias que, aunque no livianas objeto de juicio verbal, se repara la ofensa sin detrimento de la justicia con la simple condonacion del ofendido, el gobernador no admitirá querella, á no haber precedido ante el juicio conciliatorio sin avenencia de las partes. Pero las injurias graves por su naturaleza ó circunstancias, en cuyo castigo toma la sociedad un interes directo por mas que no las reclame el agraviado, serán objeto de juicio criminal escrito, sin necesidad de que preceda el acto de conciliacion.

Art. 68. En los delitos ó faltas puramente militares, los reos serán juzgados y penados por sus respectivos jefes conforme á ordenanza.

Art. 69. El gobernador se atenderá en cuanto al uso de papel sellado á la real cédula de 1850; y por lo relativo al cobro de

derechos judiciales, tanto él como sus subalternos observarán el arancel que rija en el territorio de esta real audiencia.

Art. 70. Cuando el gobernador se escudiere de las facultades que en este reglamento se le otorgan, ó de cualquiera otra manera abusare de sus atribuciones judiciales, la parte agraviada podrá usar del recurso de queja ante el juez superior competente. Puerto-Rico 31 de mayo de 1850.
—Juan de la Pezuela.

FILIPINAS.

La organizacion judicial de Filipinas, en un todo análoga á la de la Habana, despues del establecimiento de los alcaldes mayores, y tenientes gobernadores, que todos son jueces letrados, como se ve por el real decreto de 25 de setiembre de 1844, no ofrece nada de especial.

APELLIDAR : APELLIDO.

Para comprender la significacion primitiva que se atribuyó á estas voces, basta examinar su etimología, las costumbres de nuestros mayores y la legislacion antigua de España. En cuanto á la etimología, lo que dice Covarrubias es lo que creemos mas exacto: *es, dice, aclamar tomando la voz del rey, como AQUI DEL REY: ó VIVA EL REY; y entre las parcialidades declarándose á voces por una dellas. Díjose del verbo apello apellas, que algunas veces significa allegarse.* De estas palabras se infiere, que apellidar era y se entendia por llamar, convocar, congregar á cierto número de personas que vivian en comun, habitaban un mismo territorio y tenian lazos é intereses mútuos para algun fin en que todos se hallaban interesados. Esta explicacion va de acuerdo con nuestras antiguas costumbres; segun las cuales, era muy frecuente hacer estos llamamientos extraordinarios y solemnes de los habitantes de una localidad ó distrito, para defender sus propiedades, cuando se veian amenazadas; espulsar ó rechazar á los invasores que se entraban por las tierras, recuperar lo que á cada uno, ó al comun hubiese sido robado, etc., lo cual sucedia tanto en

tiempo de paz, como de guerra, así de parte de vecinos audaces y revoltosos, como de enemigos armados, que hacían guerra mas uniforme y sostenida; y en general y principalmente, cuando parcialidades diversas se ponían en continua colisión y en declarada guerra. Por cuya razón se apellidaba á las gentes que correspondían á cualquiera de ellas, para los indicados fines, y se usaba del *apellido*, ó llamamiento, por medio de señales fijas y previamente acordadas y convenidas, por toque de campanas, de trompetas ó de cualquier otro instrumento ó signo de convocación, alarma y concurrencia. Estas costumbres fueron en España una tradición continuada ó semejante á la de otros pueblos mas antiguos, ó coetáneos.

Entre los españoles es sabido que en las guerras contra los moros era el grito ó apellido mas usado, el de *Santiago cierra España*; entre los franceses *Mont Foi Saint Denis*; y entre los mahometanos la voz de *Alá, Alá*, muchas veces repetida.

«A veces en un mismo ejército había dos apellidos ó gritos de guerra, cuando este se hallaba compuesto de dos diferentes naciones: así en la batalla dada entre Enrique de Trastámara y Pedro el Cruel en 1369, los españoles del partido de Enrique gritaron *Castilla al rey Enrique*; y los franceses auxiliares mandados por Bertran de Guesclin: *Nuestra Señora y Guesclin*.»

Los gritos particulares que daban los gefes durante la batalla y al que respondían los soldados ó vasallos, servían para reunirlos y atraerlos á sus respectivas banderas, y para que unos y otros pudieran conocerse y distinguirse en los momentos borrascosos y urgentes de las acciones de guerra.

De estas costumbres se conservan en nuestras leyes importantes documentos, que sirven á su esplicación y comprobación. La ley 24, tit. 26, part. 2, es bastante explícita sobre esta materia. Según ella, la voz apellido equivale á llamamiento que emplean los hombres para reunirse y defender lo suyo, cuando reciben daño ó violencia. Indica los varios modos de hacer estos llama-

mientos, tales son la voz humana, las campanas, trompetas, timbales, tambores, ó cualquiera otra señal que produzca sonido y llame la atención. Hechos en tiempo de paz ó de guerra, determinan la obligación en que están todos cuantos los oigan, á salir desde luego á pie ó á caballo, hasta recobrar lo que hubiesen perdido. En la ley 23 del mismo título y partida, se hace mención de los apellidos en tiempo de guerra y previene lo que deben ejecutar los convocados para asegurar sus propiedades, antes de partir; les advierte que vayan bien prevenidos, para evitar emboscadas, combinando los medios de defenderse y ofender al enemigo: y por último, dispone, que los que siguen el *apellido*, tienen derecho á repartirse cuanto arranquen á los enemigos, hechas las deducciones debidas que en la misma ley se contienen.

De estos antecedentes se deduce, que la primitiva y originaria significación de la palabra *apellido* era la de una convocatoria ó llamamiento de personas, enlazadas por algun motivo de comun interés, para defenderse y protegerse contra las tentativas ó invasiones de otros parciales contrarios, ó de verdaderos enemigos.

Esta definición y la esplicación que la precede, nos conduce á la otra significación de la misma palabra que está mas en uso y es la que hoy conserva. Ya Covarrubias, antes citado, lo dice con estas palabras: *así los del apellido se juntan y llegan á su parcialidad. De aquí los nombres de las casas principales se llamaban apellidos, porque los demás se allegaban á ellos, y unos eran Oñez, y otros Gamboa*. De manera que, no conservándose actualmente, ni la costumbre antes explicada, ni la voz que la designaba, fuera de las provincias de Cataluña en que se han mantenido estos usos, la voz sin embargo ha llegado hasta nosotros, sirviendo hoy para designar, no ya el acto, sino el signo de la parcialidad, comarca, pueblo, sitio etc. que facilitaba la reunión de los parciales y asociados en una idea é interés idéntico y comun. Por esta causa se explica que haya apellidos que son nombres de lugares»

APELLIDO.

243

otros de provincias, muchos de procedencia genealógica de otras personas, no pocos de profesiones, de nombres propios, de edad, de defectos, etc.; y en una palabra de todas las causas fijas ó eventuales que dieron origen á una denominación ó á un *apellido* en el sentido antes explicado. Por consiguiente podemos ya con seguridad y acierto dar idea de la significación del apellido en su último estado, diciendo: *que es el nombre originario del linaje ó de las familias que fija su procedencia y la filiación de sus individuos, como partes que á ellas pertenecen, y que se formó por la celebridad de algún hecho, de algún lugar, ó de alguna persona de donde arranca su origen.*

Segun esta definición y las explicaciones que anteceden, se ve con bastante claridad el origen y causas de los apellidos, sin que en medio de la irregularidad y desigualdad con que han llegado á tener consistencia las instituciones humanas, dejemos de reconocer algunas anomalías, ó escepciones á la regla mas comun, que para estudiarlas tiene que establecer la ciencia, cuando entra con el criterio de la razón, á examinar su historia y las vicisitudes que sufrieron. Esta es una tarea difícil, pero casi siempre útil; porque los orígenes de las cosas encierran un fondo de filosofía, que en vano desconocerían los hombres acostumbrados á apreciarlas por el lado de la superficialidad y por el aspecto mas deslumbrador y extraño.

No estamos en el caso por ser ageno á nuestro plan, de ocuparnos con mas estension del origen ó historia de los apellidos en el sentido que vamos hablando: pero entiéndase que podríamos citar muchos hechos capitales que contribuirían sin duda á ilustrar mas y mas esta materia, sacados de la historia sagrada, y de la profana, en los cuales se ve palpablemente la causa cierta que hemos asignado á la formación de los apellidos en las naciones europeas, que desde los siglos medios comenzaron á hacer uso de este signo de filiación, ó de distinción entre unas y otras familias.

La distinción sin embargo mas regular y

ordenada de nombres y apellidos, fue debida principalmente en lo antiguo á los romanos, destinados al parecer por la Providencia para inventar, introducir y probar las reformas útiles á la civilización del género humano. Aunque no en los principios de su naciente sociedad, sino mas adelante, y segun la opinión de algunos escritores, cuando se verificó su union con los sabinos, se reconocieron en aquella república: el *prænomen*, el *agnomen* y *cognomen*. « Los *pre-nombres*, eran personales á los individuos que los usaban como entre nosotros lo son los nombres de bautismo. » La sola diferencia que habia era, que entre nosotros los nombres de bautismo son casi infinitos, mientras que entre los romanos solo habia para todas las familias unos treinta *pre-nombres* los cuales se iban sucesivamente repitiendo entre ellos. »

El *agnomen* equivalia á nuestros apellidos, denotando al individuo y la raza *gens* de donde descendia, cuyos nombres acababan en *ius* como *Murtius*, *Qaintius*, *Posthumius*.

El *cognomen* indicaba la rama de la familia de la casa á que pertenecia el individuo. Estos terminaban en *us*, alguna vez en *o*, ó en *ur*, y nunca en *ius*: como *Brutus*, *Lotus*, *Tacitus*, *Cicero*, *Ligur*.

Sobre el uso de estos nombres ofrece la historia de aquel pueblo varias singularidades que pueden consultarse, mas como asunto de curiosidad y de instruccion, que como materia de cuestiones jurídicas y administrativas.

Sabido es que el tiempo en que verdaderamente empezaron á emplearse los apellidos entre nosotros con regularidad, se refiere al siglo XI tomando los nobles los nombres de sus feudos, y los plebeyos y feudatarios, el de las profesiones, ó de los oficios que ejercian y de otras fuentes, ya indicadas antes, y que son conocidas en la historia de nuestro pais. Porque ni nuestros mayores, ni los pueblos que invadieron la Europa para repartirse las inmensas provincias de Roma, empleaban sobrenombre alguno que los distinguiese. La mayor par-

te, pues, de los apellidos proceden del título de las propiedades, ó de los pueblos de que eran señores los nobles que transmitieron *apellido* á su familia, y á este origen se debe que aun hoy sea el artículo *de* ó *del* una partícula que supone ascendencia noviliaria, pues indica que tal familia ejercía dominio en tal fortaleza ó tal pueblo.

Otros muchos *apellidos* espresaron en su principio las cualidades, la profesion ú oficio del que los llevó primero. Otros se derivan de los nombres propios de los padres, y son todos los que llamamos patronímicos, como por ejemplo, Perez de Pero (Pedro), Lopez de Lope, Sanchez de Sancho, Gonzalez de Gonzalo, etc.

Bastantes se derivan tambien del pueblo, de la provincia y aun de la nacion del que los adoptó, no pocos de plantas, de los ejercicios de la agricultura, etc., y algunos tambien de las inclinaciones y aun de los defectos de las personas.

En España hay asimismo ciertos *apellidos* que recuerdan gloriosos hechos de armas y acciones heroicas, y que fueron el premio que los monarcas ó la multitud concedieron á varones esforzados: tales son Guzman el Bueno, Giron (Tellez de), Vargas, Machuca y otros varios.

A primera vista se descubre la grande importancia para la conservacion del orden social, para la paz de las familias, para la distribucion de bienes, y en fin, para infinitos objetos que no nos detenemos á esponer, de que se conserven los nombres y sobrenombres, ó bien los apellidos de las familias en los individuos que á ellas corresponden con ciertos derechos y obligaciones. Aunque la administracion pública podria valerse de otros medios para conocer á los súbditos, exigirles el cumplimiento de ciertos deberes y facilitarles el goce de ciertos derechos, no hay uno que pueda sustituir á este, singularmente porque va ligado á todos los actos de la vida y á todos los en que la legislacion civil y criminal tiene que apreciar el mérito y la justicia de las personas.

Por esta causa se ha atendido en general

y desde que se hicieron los apellidos comunes en Europa, á que no se alterasen los que á cada rama del tronco originario corresponden, en las personas que de ellos descienden. Las legislaciones todas se han ocupado de este punto, y han adoptado disposiciones con tendencia á este fin, que prueban la importancia en que han tenido sus autores esta medida de orden y de regularidad.

Ha habido, sin embargo, muchos abusos é infracciones de la regla comun, habiendo sucedido algunas veces que hijos de unos mismos padres han tomado apellidos diversos, sin mas reglas que la voluntad de aquellos, aunque siempre fundada en algun motivo frívolo, ó en alguna razon de menos valer, en comparacion de la poderosísima que aconseja la tradicion constante del mismo signo de filiacion y de dependencia. El abuso se toleró por las leyes y los gobiernos, y aun se canonizó, cuando se trató de las fundaciones vinculares, ó de los mayorazgos, en algunos de los cuales se atendió con preferencia á la cualidad afectiva del fundador, permitiendo á este imponer la cláusula de que todos los poseedores adoptasen, en el acto de serlo, su propio apellido. Esto, sin embargo, no perturbaba tanto el orden general, como la variacion voluntaria del apellido paterno, por cuanto la adopcion del apellido del fundador no impedia conservar en segundo lugar el que era propio, y porque al fin habia un hecho reconocido y justificable que, aclarando las dudas que pudiesen ocurrir, dejase las cosas en el mismo estado.

Las reglas de trasmision del apellido son bien conocidas: los padres comunican el suyo á los hijos legítimos ó legitimados, á los naturales reconocidos, á los varones ó hembras. Como los hijos pertenecen á la familia del padre y no de la madre, de aquí el que la muger no trasmite su apellido á los hijos: por costumbre usóse sin embargo, poner en segundo lugar el apellido de la madre, lo cual sucede cuando concurre algun motivo de afeccion, tal vez de distincion, tal vez tambien algun hecho notable que le ha-

APELLIDO.

247

ya hecho apreciable; pero sin trascendencia á otras personas de su misma descendencia: uso que ha llegado á hacerse general y que ya constituye regla en la materia. Las hembras cuando se casan dejan en algunos países su propio apellido para tomar el de su marido; y en España se va también introduciendo esta costumbre, especialmente en las grandes poblaciones: pero sucede principalmente en los actos sin trascendencia del comercio de la vida social, mas bien que en los instrumentos solemnes en que por lo común se usa poner primero el nombre ó apellido paterno, y en segundo lugar el del marido, precedido de la preposición *de*. En América los esclavos toman el apellido de sus amos aunque sean legítimos.

Los niños espósitos como de padres desconocidos, no tienen apellido: la piedad y la humanidad han encontrado, sin embargo, un medio de hacer menos bochornoso su estado y menos perceptible á las miradas curiosas de las gentes, cual es el de ponerles, á parte del nombre primero de pila, un segundo nombre de un Santo, que les sirve como de sobrenombre ó apellido, y el cual con el tiempo viene á convertirse en signo de descendencia después de algunas generaciones. Sin embargo, no todos los apellidos que llevan el nombre de santo traen este origen, pues varios motivos inocentes ó respetables pudieron influir en la adopción de esta manera de apellidarse sin ser espósitos los que los aceptaron ó recibieron.

Contrayendo estas ideas y noticias á las cuestiones de aplicación administrativa y jurídica que nacen de la materia, nos haremos cargo de las que más resaltan y tienen relación con ella, para lo cual las iremos presentando separadamente y dando á cada una la solución más conforme con los principios y con las reglas de buen orden en que se interesa la sociedad, la legislación y la administración pública.

Primera. ¿Si el apellido es propiedad exclusiva de la familia que le lleva, podrá esta familia enagenarle y transmitirle á personas de otra diferente? A primera vista y

por regla general no puede desconocerse que las familias no pueden disponer de una propiedad que es común á todos los individuos que la componen; que es además el signo distintivo con que son conocidos en la sociedad; que sirve de base á su estado civil, y es el lazo común de todas las afectaciones y hechos que engrandecen á los hombres, y que les dan cierto carácter fijo de identidad y de mutua relación, en que tanto se interesa el amor y la justa estimación de las generaciones.

Hay además un motivo de interés público en que así suceda y en que no se infrinjan las disposiciones dictadas con tendencia á procurarlo. En el artículo *ESTADÍSTICA* se da razón de todas estas disposiciones, hácia las cuales llamamos la atención de nuestros lectores, singularmente las que se refieren á la manera de llevar los registros públicos, á la especificación de nombres y apellidos de los padres, madres y abuelos, y á otras precauciones que prueban la importancia que se dá á este registro, no solo con respecto al orden público, sino al bien de las familias, orden de las sucesiones y pruebas de origen y descendencia para los demás efectos legales. Por tanto, y cuando tal es el interés de las leyes en este asunto, no debe estar al arbitrio de ningún particular alterarlo dando el apellido propio á quien carece de él ó tiene otro diferente. Hay sin embargo algunos casos de excepción, los cuales por lo mismo que son tales confirman la regla; entre ellos puede citarse el de la adopción por concesión del gobierno, la cual se otorga cuando han precedido las debidas formalidades, con la facultad de imponer al adoptado el apellido del adoptante. En esto no hay inconveniente por cuanto es la autoridad pública la que interviene en el acto, y además, por cuanto atendida la práctica que se observa y los puntos que se justifican, rara vez esta concesión podrá causar el perjuicio que hemos indicado más arriba.

Segunda. Otra cuestión nace de la anterior, que se resuelve en el mismo sentido. ¿Podrá una familia ó cualquier individuo de ella reclamar contra la usurpación de su

apellido por persona de diferente origen y descendencia? La contestacion nos parece obvia: si la propiedad de una cosa tiene un signo y valor reconocido, mayor ó menor, segun el que tiene derecho en las de esta clase, á darle la familia ó el individuo de ella que reclama, no hay duda que cualquiera de ellos podrá con derecho oponerse al uso de su apellido por persona que no le tenga, y valerse de los medios que le facilite la autoridad para lograr su objeto. Por otra parte, el Estado que necesita conocer á sus súbditos, que los conoce por los signos del apellido que llevan desde que nacen en todos los actos de su vida, que por este signo lo empadrona para la dispensacion de todos sus beneficios, y para exigir de ellos el cumplimiento de las obligaciones que son propias del estado social, no solo no se opondrá, sino que facilitará siempre por dobles motivos de proteccion á favor de las familias, y custodia del orden público los medios de impedir que se haga uso de otros nombres diferentes, que se cambien y subviertan los que á cada uno se ha señalado: en este derecho se funda tambien el del individuo por reconocer ambos un mismo origen, y una razon semejante.

Tercera. Otra cuestion hay mas grave que es propiamente de orden público, esto es, si puede cualquiera cambiar de apellido voluntariamente.

Antes de resolverla conviene hacer algunas distinciones. La mudanza puede ser accidental y sin objeto; puede ser maliciosa en general, ó maliciosa para un objeto determinado; puede hacerse con trascendencia ó sin ella.

Nuestras leyes de Partida acordes en cierta manera con el derecho romano, impusieron una pena, y por cierto grave, al que mudase de apellido; pero hicieron la distincion que se deduce del adverbio maliciosamente que pone por condicion, «Otro si, dice la ley 2, título 7, Partida 7, hace falsedad aquel que cambia *maliciosamente* el nombre que ha, tomando el nombre de otro, ó diciendo que es fijo de algun rey, ó de otra persona honrada, sabiendo que no lo era.»

Por las leyes 3 y 6 del mismo título y Partida se dá contra la mudanza de apellido la accion popular, y se dispone que los que tal falsedad cometan sean desterrados para siempre á una isla, que hereden sus bienes los parientes hasta el tercer grado, y caso de no haberlos la cámara del rey: penas que con razon han caido en desuso y se han mitigado por el influjo de las luces y costumbres que le han ejercido sobre los fallos de los tribunales. Estas leyes, acordes con la legislacion romana, son las únicas que encontramos en los anales de nuestra legislacion.

Respecto á aquella, un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano, que es la ley 1, C. de *mutatione nominis*, confirma lo que hemos dicho: estas son sus palabras: *Sicut in initio nominis. cognominis. prænominis recognoscendi singulos impositio libera est privatis; ita eorum mutatio innocentibus periculosa non est. Mutare itaque nomen, vel prænomen, sive cognomen sine aliqua fraude, licito jure, si liber est secundum ea que saepe statuta sunt, minime prohibueris, nullo ex hoc præjudicio futuro.*

El código penal en su capítulo 7 lleva el epigrafe siguiente: *De la usurpacion de funciones, calidad y nombres supuestos.* Pero es de notar que en todo el capítulo no se encuentra disposicion ninguna que hable del caso en cuestion.

Este silencio, que no podemos llamar omision, nos induce á creer que cuando la mudanza de apellido es inocente y no se hace con malicia y trascendencia, ni envuelve miras perjudiciales, no importará responsabilidad penal, al tenor de lo que el derecho de las Partidas y el romano dispusieron. Pero si por el contrario la mudanza del apellido envuelve un finjimiento, que le dá el carácter de maliciosa, no podrá dejar de agravar la responsabilidad del delito cometido, frustrado ó intentado que el autor de la mudanza se proponga y cometa. Esto en nuestro entender concilia todos los extremos de la cuestion, y se halla ademas conforme con otros articulos del código citado. En efecto, el capítulo 1.º del título 12 del mismo libro 2.º, trata de las usurpaciones del

APELLIDO.

249

estado civil, y como uno de los medios de intentar y consumar este delito, que tan gravemente castiga el código sea la suplantación de nombre de aquí el que en muchos casos pueda tener aplicación lo dispuesto en el artículo 394. El artículo 450, dice lo siguiente: El que defraudase á otros usando de nombre finjado, será castigado: con arresto mayor, si la defraudación no excediese de 20 duros: con la de prisión correccional excediendo de 20 duros, y con la prisión menor excediendo de 500 duros. En estas disposiciones vemos otra confirmación de que el cambio de nombre por sí, no arrastra la pena, sino el hecho criminal y malicioso para que sirva: el delito entonces está en la mala acción que ha sido consecuencia del finjimiento ó suplantación.

Pero debemos advertir que la sociedad exige además de las disposiciones generales de la legislación, que determinan los derechos de los súbditos y sus obligaciones, sus delitos y sus penas, otra porción de obligaciones, unas fijas, otras eventuales que con el carácter de gubernativas imponen á aquellos ciertos deberes y restricciones en beneficio del orden comun. Por lo tanto la mudanza del apellido que podrá muy bien no ser un delito, será un hecho que introduzca la perturbación y confusión en los actos administrativos, y que por lo mismo no podrá ser mirado con indiferencia. Ha de tenerse presente que sin estadística, sin certidumbre del estado de las personas y las cosas, la acción social no puede caminar con acierto y desembarazo y sin aquella precisión que fija la razón de todas sus disposiciones; y que para que esta estadística y certidumbre existan, no ha de tener cada individuo en la sociedad facultad para cambiar el signo principal con que es conocido en ella.

APELLIDO. En el proceso de aprehensión, es la petición ó pedimento que revestido de todas las condiciones prescritas se presenta ante el juez para obtener el secuestro ó la provision de aprehensión. Véase

APREHENSION.

APEO. En los juicios de amojonamiento y deslinde es la operación de medir

las tierras deslindadas; pero en sentido mas general y lato significa el mismo deslinde ó demarcación de las tierras que se adjudican á cada uno de los dueños colindantes y tambien el documento ó instrumento jurídico en que se consigna el acto de deslindar ó demarcar dichas propiedades. V. **AMOJONAMIENTO, APEO, DESLINDE.**

APERCIBIMIENTO. Esta palabra, que en su sentido genérico expresa el acto de aperehir, tiene diferentes significaciones en el foro segun sean los casos, las circunstancias y aun los negocios á que se aplique. El deseo de fijar con la posible exactitud la inteligencia de ella en sus diferentes acepciones jurídicas, y las reglas admitidas por la jurisprudencia respecto de cada una exige que nos ocupemos de esta materia con alguna detención.

En los negocios civiles el apercibimiento que acuerda ó decreta el juez equivale al requerimiento ó amonestación que hace á uno para que ejecute ó deje de ejecutar un acto determinado, conminándole al propio tiempo con exigirle una multa ó con hacer efectiva cualquiera otra responsabilidad que anuncia en el mismo acuerdo ó proveído para el caso de no cumplir el apercibido el requerimiento ó amonestación judicial. Usa-se muy frecuentemente en los juicios sumarisimos haciendo saber al despojador ó perturbador de la posesion que goza el querellante que en lo sucesivo se abstenga de molestarle ó perturbarle en ella bajo apercibimiento de exigirle cierta multa con la cual se le conmina desde luego. Tiene aplicación del mismo modo en los juicios de desahucio, en los cuales se acostumbra mandar que el inquilino ó arrendatario dejen libre y á disposición de su dueño la casa ó heredad dentro del término que se prefiere bajo apercibimiento de ser lanzados caso de no verificarlo. Acuérdase tambien el apercibimiento en los juicios ordinarios, por ejemplo, cuando el demandado se muestra parte y no toma los autos para contestar la demanda, en cuyo caso se le hace saber que lo verifique bajo apercibimiento de darse por contestada. Tiene finalmente algun uso

hasta en los juicios ejecutivos, y esto acontece cuando ó por dudar el juez del mérito legal del documento en que se apoya la ejecución, ó por el deseo de dispensar al deudor un brevísimo plazo para verificar el pago acuerda que este lo efectue dentro de él, bajo apercibimiento de ejecución en otro caso. En todos ellos y en otros semejantes en que puede tener aplicación el apercibimiento judicial denota como hemos visto el requerimiento que hace el juez para que el apercibido practique ó se abstenga de practicar algún acto y la conminación de la pena ó responsabilidad y perjuicio que ha de sufrir si no cumple su providencia.

Además de los negocios que se acaban de referir tiene lugar también el apercibimiento judicial en los criminales y en ellos admite dos conceptos diferentes. Unas veces se imponía el apercibimiento en los autos de sobreseimiento, en los cuales al tiempo de declarar concluido y terminado el proceso se amonestaba al reo para que en lo sucesivo evitara la repetición de la falta ú omisión en que hubiera incurrido, ó procurara no dar ocasión á que se le tuviera por sospechoso en su conducta. En estos casos el apercibimiento equivalía á una ligera pena que por vía de corrección se imponía al reo y con la cual purgaba los motivos que la autoridad judicial había tenido para proceder contra él. Otras veces era el apercibimiento la conminación que hacía el juez en definitiva al reo, á quien imponía una pena, de que sería esta aumentada más ó menos gravemente en el caso de cometer otro delito ó de reincidir en el perpetrado. También significaba alguna vez esta conminación, que envolvía el apercibimiento, que el juez no tendría con el reo la consideración que entonces usaba y que le castigaría con todo el rigor de las leyes en el caso de dar lugar á nuevos procedimientos.

El Código penal dá ocasión muy fundada en nuestro concepto para dudar si el apercibimiento judicial puede tener aplicación en los procedimientos criminales, y esta duda nos parece muy razonable y digna por su importancia de tomarse en consideración.

El apercibimiento, concretando más las anteriores ideas, ó era una leve pena im puesta en espíacion de una falta ó de sospechas sobre la conducta del reo, ó era una amonestación dirigida á hacerle entender que en caso de reincidencia se le impondría mayor castigo, ó era finalmente, una especie de declaración de que la lenidad con que se le había tratado en áquel caso se convertiría en rigor al provocar otro procedimiento. En ninguno de estos conceptos creemos que el apercibimiento pueda admitirse hoy día en las causas criminales. No en el primero, porque según el artículo 19 del Código penal, ninguna falta puede ser castigada con pena que no se halle previamente establecida en el mismo y el apercibimiento judicial no está reconocido como pena en la escala general que comprende el artículo 24 del mismo código; antes por el contrario, el 22 aunque se concreta á las correcciones que los superiores imponen á sus subordinados en uso de su jurisdicción disciplinal y atribuciones gubernativas, declara que estas correcciones no son penas, dándoles un carácter muy diferente. Las faltas que antes eran objeto de procedimientos criminales, los cuales se sobreseían atendida la escasa importancia del hecho concluido el sumario, hoy lo son de otra clase de juicios y se castigan con las penas leves que el código establece; por consiguiente, el apercibimiento judicial no puede tener aplicación en los sobreseimientos como pena de una falta cometida por el procesado. Tampoco puede tenerle en el segundo de los casos espresados, porque determinada en la ley la pena que debe imponerse al reincidente, no hay la menor necesidad de advertirle con anticipación que si vuelve á cometer el delito se le agravará y que este mayor castigo será cierto y efectivo en el caso presupuesto. Fuera de que podría darse lugar á creer que esa advertencia anticipada era indispensable para que en todo caso pudiera imponerse la mayor pena, lo cual sería un grave y perjudicial error, supuesto que á nadie escusa la ignorancia del derecho, y á ningún procesado serviría de legítima de-

APERCIBIMIENTO.

231

fensa la ignorancia de las disposiciones del código en esta parte. Por último, no puede tener lugar el apercibimiento en la última de las acepciones indicadas, porque determinadas las penas correspondientes á cada delito y á cada una de las circunstancias atenuantes ó agravantes que pueden concurrir en ellos, á ningun juez ni tribunal es lícito disminuirla por consideraciones estrañas á la causa y voluntarias, ni aumentar su rigor, cualquiera que sea el comportamiento del procesado en lo sucesivo, salvo el caso de reincidencia ó cualquier otro que hayan previsto las leyes.

Sin embargo de esta opinion, única que creemos compatible con la actual legislacion penal, pudiera suceder que los tribunales apreciándola de otro modo, continuaran imponiendo apercibimientos á los procesados, en sentido equivalente al de reprension ó correccion por faltas ó sospechas originadas con su conducta. En tal caso podrá suscitarse la duda de si el reo apercibido tendrá la facultad de conformarse ó no con semejante correccion y de reclamar, caso de creerla ofensiva para su honor y reputacion, que se siga la causa por sus trámites, á fin de hacer valer los legítimos medios de esculpacion que le asistan. Esta cuestion, suscitada mas de una vez antes de ahora, está enlazada con otra mas general, que nace de los artículos 51 y 70 del reglamento provisional para la administracion de justicia, reducida á si de los autos de sobreseimiento en que se impone alguna pena, correccion ó multa, puede interponer el que se considere agraviado algun recurso judicial. Como esta dificultad la examinamos detenidamente en el artículo propio de ella, nos referimos á él donde nuestros lectores encontrarán esplanada la materia. V. **SOBRESEIMIENTO.**

Hemos hablado hasta aquí de la aplicacion que tiene la palabra apercibimiento en los negocios civiles y criminales, con relacion á los litigantes y procesados; réstanos hablar de la que tiene respecto de otras personas. Usase en efecto para reprender, corregir ó amonestar los superiores á sus

inferiores y subordinados, ó á ciertos funcionarios que sin tener semejante dependencia, concurren con ellos al desempeño de algun cargo ó ministerio. Asi un tribunal superior apercibe á un juez inferior para que en lo sucesivo evite las faltas que ha cometido, y un juez apercibe al escribano para que procure no incurrir en determinadas omisiones.

Fácilmente se comprende que en estos apercibimientos caben todavia diferentes gradaciones segun las palabras que se empleen y la fórmula que se use; asi en el orden de las demostraciones ó censuras que puede hacer un tribunal superior, por ejemplo, respecto de los jueces inferiores, caben diferentes grados de rigor y de severidad, segun las palabras que se empleen para ello. *Se encarga ó se advierte al juez que en lo sucesivo procure evitar tal falta*, es una demostracion mas templada que la de *el juez procure, etc.*, y esta lo es mas á su vez que la de *se previene*, y esta en fin, lo es mucho mas que la de *se apercibe al juez para que en adelante, etc.* Del mismo modo en la esfera de este apercibimiento y dentro de su significacion caben diferentes calificaciones: decir á un juez ó á otro funcionario, *se apercibe para que en lo sucesivo cuide*, es menos severo que *se apercibe para que en lo sucesivo se abstenga*, y esta demostracion es mucho mas templada que la de *se apercibe para que se abstenga, quedando el tribunal muy á la mira de su comportamiento*. La prudencia de los tribunales es la que debe determinar el grado de severidad de la reprension ó apercibimiento acomodando los términos y las formas de él á la indole y estension de la falta cometida, á las circunstancias personales del funcionario, y á las que concurren en el caso de que se trata para atenuar mas ó menos la gravedad de aquella.

Antes de la publicacion del reglamento provisional, solian los tribunales superiores usar con demasiado rigor de la facultad que esencialmente les compete para corregir y amonestar á sus inferiores y subordinados. Era entonces ilimitada la autoridad de di-

chos cuerpos, era absoluta y casi arbitraria; ellos podían avocar á sí á cada paso el conocimiento de los negocios sometidos al de los jueces inferiores; mezclarse, cuando lo creían conveniente en el ejercicio de su jurisdicción é interponerse en los actos de ella. Subsistían además en toda su fuerza y vigor aquellos hábitos de superioridad y de prepotencia por una parte, y de subordinación y dependencia por otra, de que nos han dado no pocos ejemplos las tradiciones, los usos y hasta las fórmulas de las antiguas chancillerías y audiencias. No es extraño, pues, que el ejercicio de esa autoridad absoluta les llevara, como en efecto les llevó, á dictar con mayor frecuencia de la que convenía las amonestaciones y apercibimientos que hemos indicado.

El reglamento provisional para la administración de justicia tuvo presente este mal, y deseando remediar en cuanto fuese posible sus consecuencias, siempre perjudiciales para la administración de justicia, dispuso en el art. 20 que los tribunales se abstuviesen de molestar ó desautorizar á los jueces inferiores con apercibimientos, reprensiones ú otras condenas por leves y excusables faltas ó por errores de opinión en casos dudosos, y que sin perjuicio de censurarlos y corregirlos cuando efectivamente lo merecieran, no dejarán nunca de tratarlos con aquel decoro y consideración que se debía á su ministerio. La nueva disposición no pudo ser por consiguiente mas oportuna. Corrijase á los jueces con severidad, castigueseles con todo el rigor á que les hagan acreedores sus abusos; pero no se les moleste por errores de opinión y excusables faltas en que todos estamos espuestos á incurrir; no se menoscabé con esos apercibimientos humillantes y repetidos el prestigio de su autoridad, porque rebajada ésta y despojada de su fuerza moral, no queda ante la consideración de los subordinados otra cosa mas que la persona desautorizada del juez, objeto de desdén ó de menosprecio.

Pero los jueces pueden quebrantar sus deberes y faltar por culpable abandono ó por inexcusable ignorancia á las prescrip-

ciones regulares y comunes de su ministerio. Los jueces son además hombres, y espuestos á la flaqueza de su condición necesitan un freno que los contenga y que les haga conocer la responsabilidad de sus actos y que esta responsabilidad será efectiva cuando á su conducta no presidan la justicia, la moderación y la inteligencia que hay derecho á exigir de su posición y de sus circunstancias.

Por esta razón, sin duda, el mismo reglamento despues de consignar la disposición que hemos transcrito, añade en el artículo 39 que las audiencias podrán pedir y exigir á los jueces inferiores ordinarios de su territorio las listas, informes y noticias que estimen respecto á las causas civiles ó criminales fenecidas, y el estado de las pendientes; prevenirles lo que convenga para su mayor y mas pronta expedición, y cuando haya justo motivo, censurarlos, reprenderlos, apercibirlos, multarlos y aun formarles causa, etc. Es, pues, indudable que los tribunales superiores pueden dictar respecto de sus inferiores esos apercibimientos, si bien con la moderación y prudecia que prescribe el art. 20; que pueden imponerlos á todos los demás dependientes y subordinados suyos; y finalmente lo es que en medio de la consideración que deben dispensar los tribunales y los jueces á los abogados, tratándolos con el decoro correspondiente que recuerda el art. 19 del mismo reglamento, podrán también apercibirlos, cuando en la dirección ó defensa de algun negocio traspasaren la línea prescrita por la ley, por la razón y por el decoro propio de sus honrosas funciones.

Réstanos hablar ahora del remedio legal que compete á estos funcionarios *apercibidos* para sincerar su conducta y obtener que se levante la condenación. El reglamento provisional en la segunda parte del art. 39 ya citado, dice: «Pero deberá la audiencia oírlos en justicia siempre que reclamen contra cualquiera corrección que se les imponga sin formarles causa.» Es, pues, el remedio que la ley les permite ejercitar el de que se les oiga en justicia; y si bien la disposición

APERCIBIMIENTO.

255

anterior habla únicamente de los jueces inferiores, se entiende de todos los demas subordinados y funcionarios á quienes pueden los tribunales superiores imponer semejante correccion en uso de la jurisdiccion disciplinal que ejerce respecto de ellos.

Los trámites de dicho recurso se reducen á presentar el juez ó funcionario apercibido luego que se notificó la providencia del tribunal, un escrito por medio de procurador pidiendo que se le oiga en justicia y que á este fin se le entreguen los autos. Otorgada la entrega de ellos por la misma sala que hubiere dictado el apercibimiento, y en vista de su resultado, se forma y presenta el escrito correspondiente, acompañando, si hay necesidad de ello, los documentos que se consideren pecisos para la defensa del querellante, sustanciándose despues el recurso por los trámites regulares, con audiencia del fiscal, si el apercibimiento se impuso en causa de oficio, ó con la del fiscal y de las partes interesadas, si las hay en el proceso. Pasados despues en oportuno estado al relator, y señalado día para la vista del recurso, provee la misma sala lo que tiene por conveniente y de la sentencia que dictare hay lugar á súplica por parte del que se considerase agraviado.

Ademas de este recurso, que es el que comunmente se ejercita y el único que permite el reglamento provisional, hemos visto alguna vez interponer el de súplica ordinaria de las sentencias ó proveidos que contienen los apercibimientos de que vamos hablando. El juez ó funcionario apercibido, notificado legalmente, produce aquel remedio dentro del término señalado por las leyes y admitido pasa á otra sala donde se sustancia por los trámites comunes y propios de esa instancia, y no concediéndose otro alguno de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que se dicte porque no se da súplica de sentencia ya suplicada. Este medio, aunque mas breve y espedito, priva al querellante de una instancia, y puede ser menos favorable á su defensa.

Ultimamente hemos visto tambien en algunas ocasiones á los jueces y demas fun-

cionarios apercibidos recurrir al tribunal superior suplicando *sin causar instancia*, cuya fórmula, como es sabido, equivale en los tribunales superiores á la que se emplea en los inferiores para pedir reforma por contrario imperio de alguna providencia. Del escrito en que se interpone el recurso, se dá traslado al fiscal y demas partes interesadas, si las hubiere, y sin otros trámites se levanta el apercibimiento ó correccion ó desestima el recurso, pudiendo despues interponerse súplica de esta última providencia. La súplica sin causar instancia no nos parece procedente en estos casos; el recurso legal y admisible en ellos, es el que hemos examinado en primer lugar, á saber: el de que se oiga en justicia, y este es el que aconsejamos como mas provechoso á los que se hallan en el caso de ejercitarle.

Cuando en primera instancia se hubiera interpuesto un apercibimiento á alguno de los funcionarios del orden judicial y el proceso hubiera de remitirse por su naturaleza al superior en consulta de la sentencia pronunciada, el apercibido aguardará á que el tribunal superior pronuncie su fallo, y si confirmare el apercibimiento del inferior, usará del mismo remedio legal que se haya indicado. Si el procedimiento no hubiera de remitirse á la superioridad, el apercibido podrá pedir que se le oiga en justicia ante el mismo juez, apelando para ante el superior de la resolucion que dicte.

APERCIBIDO. Palabra que se aplica á la persona á quien se ha impuesto algun apercibimiento judicial: asi se dice que el juez tal fué apercibido con multa ó formacion de causa. V. **APERCIBIMIENTO.**

APEROS. Palabra que en su sentido genérico y propio se aplica al conjunto de los instrumentos que sirven para ejecutar las faenas ú operaciones de la labranza. Por analogía se estiende á los instrumentos ó herramientas de cualquier oficio. Segun la ley 13, tít. 31, lib. 11, Nov. Recop., los aperos ó aparejos que tuviesen los labradores para labrar no pueden embargarse, ni estos pueden ser ejecutados en ellos á no

ser por deudas reales, por el pago de los arrendamientos y por las cantidades que el dueño de la heredad les hubiese anticipado para los gastos de la labor; entendiéndose que para que pueda verificarse la ejecución en estos tres casos, es necesario que los labradores carezcan de otros bienes y recursos con los cuales puedan ser pagadas las deudas. V. **LABRADORES**.

APERTURA. Palabra cuya significación se comprende por la del verbo de donde emana, y que se refiere en general al acto con que se da principio á una serie de otros del mismo género, ó con que se ejecuta bajo ciertas solemnidades alguno prescrito por las leyes para determinados fines. En este último sentido se dice que se hace la *apertura* del testamento cerrado, de cuyo asunto hablamos en seguida; y en cuanto al primero basta recordar para comprenderlo el acto anual de apertura que tiene lugar cuando se inauguran los estudios en las universidades, institutos y demas establecimientos de enseñanza pública, por medio del acto solemne que precede á los demas. La apertura se aplica en el mismo sentido á los tribunales, consejos, parlamentos, asociaciones, etc., estando sujeta en cada uno de ellos á cierto orden y número de formalidades y solemnidades, que segun su clase y naturaleza se hallan previamente establecidas. Las circunstancias con que se hace esta apertura de las corporaciones públicas, los efectos que produce, y demas que tiene relacion con este acto, se esplican en sus artículos respectivos.

APERTURA DE TESTAMENTO. El acto solemne en que el juez abre y publica con las formalidades de derecho un testamento cerrado, para que comprobada su identidad y elevado á instrumento público, pueda surtir sus efectos.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes del Fuero Juzgo.

Idem de las Partidas.

Idem de la Novísima Recopilacion.

Legislacion estrangera.

LEYES DEL FUERO JUZGO.

LEY 13, TIT 3, LIB. 2.

El testamento escrito debe ser presentado ante el obispo y testigos dentro de seis meses: el que por engaño no lo mostrare, dará de sus bienes á aquellos á quienes se dejó algo en el testamento otro tanto de lo que les señaló el testador.

LEYES DE LAS PARTIDAS.

LEY 1, TIT. 2, PART. 6.

Aquéllos á quienes se deja algo en testamento cerrado, pueden pedir ante el juez su apertura despues de la muerte del testador, jurando no proceder maliciosamente sino por creer que se les manda en él alguna cosa. No valen los pactos que se hicieren antes de la apertura del testamento sobre las cosas que en él se hubieren dejado.

LEY 2, ID. ID.

Si estuviere el testamento en el lugar donde se pide la apertura, debe el juez hacer que se lo presenten y abrirlo; si estuviere fuera, debe señalar á aquel en cuyo poder está, término para que lo presente; el que se negare á ello está obligado á dar á los reclamantes lo que se le dejó en el testamento, y á indemnizar los daños y perjuicios que les hubiere ocasionado.

LEY 3, ID. ID.

El testamento debe abrirse ante el juez ordinario y los testigos que lo firmaron. El juez hace que los testigos reconozcan sus firmas y el testamento; si no estuviesen presentes todos los testigos, se abre ante el mayor número, remitiendo despues el testamento á los ausentes para el reconocimiento de sus firmas, si no pudiesen venir por algun impedimento, estuvieren distantes, ó fueren personas muy condecoradas. No es obstáculo para proceder á la apertura

APERTURA.

233

ra que alguno de los testigos no reconozca su firma. Si todos ó la mayor parte de los testigos estuvieren ausentes y resultase perjuicio en la tardanza, se hace la apertura, publicacion y traslado ante hombres buenos, y se vuelve á cerrar con las firmas de estos hasta que vengan los testigos instrumentales, quienes hacen el reconocimiento; mas si fueren á otra parte, deberá el juez enviar á ella el testamento en los términos antes espuestos: despues de observado esto se traslada el testamento al registro y se dan á los interesados las copias que piden,

LEY 5, ID. ID.

Al heredero se dá copia de todo el testamento; pero al legatario solo de su legado, sin espresar la fecha del testamento para evitar falsedad. Si el testador prohibió que se abriese alguna parte hasta cierto tiempo, ó que no se diera traslado de alguna disposicion, se ha de guardar su voluntad, y el juez no debe dar traslado de aquello en que puede haber perjuicio, aunque el testador no lo prohiba.

LEY 6, ID. ID.

El testador puede cerrar y prohibir que se abra hasta cierto tiempo la parte del testamento en que nombra sustituto pupilar al hijo á quien instituye por heredero, para que ignorando el sustituto la sustitucion, no maquine la muerte del huérfano; el juez en este caso cumplirá la voluntad del testador.

LEYES DE LA NOVISIMA RECOPIACION.

LEY 5, TIT. 18, LIB. 10.

LEY 14, TIT. 5, LIB. 3 del Fuero Real, y don Enrique III en el año 1400 en el título de las penas de Cámara, capítulos 28 y 29.

El que tuviere en su poder un testamento, sea ó no testamentario, debe mostrarlo al juez en el término de un mes, y el juez ha de hacerlo leer ante sí públicamente. El que no presentare el testamento, pierde

lo que se le deja, y se aplica al alma del testador: si nada se le deja, debe pagar el daño á la parte y dos mil maravedís para la Cámara.

LEY 6, ID. ID.

LEY 4, título 2, lib. 5 del Ordenamiento Real.

El clérigo instituido heredero por un seglar, está obligado á mostrar el testamento al juez seglar que es el competente de la causa, y para hacerlo leer y publicar, deben ser llamados aquellos á quienes interesa.

LEGISLACION ESTRANGERA.

El derecho romano guarda grande analogía con nuestra legislacion en los dos títulos especiales que contiene sobre esta materia (1), sus disposiciones sirvieron de base á las leyes de Partidas que hemos espuesto. En efecto, las leyes 1 y 2, tit. 2, Part. 4, concuerdan con las leyes 1 y 2, tit. 3, libro 29 del Cód., aunque con la diferencia de que en la ley 1 de Partidas que queda citada, se permite pedir la apertura del testamento solamente á aquellos á quienes se manda en él alguna cosa, y en las del Digesto á cuantos interese: la ley 1, título 3, lib. 29 del Dig. dice: *omnibus quicumque desiderant tabulas testamenti inspicere, vel etiam describere, dispendi describendique potestatem facturum se Prætor pollicetur*; y la ley 2, *tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis; hoc est hæredis, sed universorum quid illic scriptum est, quin potius publicum est instrumentum*. Esta diferencia desaparece casi del todo por las razones que espondremos en la parte doctrinal de este mismo artículo. La ley 3 de las de Partida citada, concuerda con las 4, 6 y 7 del Dig. y con la 2 del Código de los títulos y libros mencionados: la 5 con la 3 del Código; la 6 con la 8 del Digesto, si bien esta ley 8 se halla modificada por la ley 9, que exceptúa el

(1) Digesto tit. 3, lib. 28; Cód., tit. 39.

caso en que el testamento del padre no contuviere nombramiento del tutor, pues entonces manda abrir las tablas pupilares para ver si se disponia en ellas sobre la tutela.

No es tan conforme el derecho romano con el nuestro en las solemnidades sobre el acto de apertura. Estas se hallan curiosamente descritas por el jurisconsulto Paulo en sus sentencias: dignas son estas diferencias de que las esponamos. En Roma, dice (1), se hace la apertura del testamento en presencia de los testigos que lo signaron ó al menos de sumayor parte. Despues que estos han reconocido sus signos, se rompe el hilo del testamento, se abre este, se lee su contenido, y se permite sacar copias; hecho lo cual, se le pone un sello público y se deposita en un archivo para que puedan sacarse copias cuando fuese necesario. Los testamentos hechos en los distintos territorios ó agregaciones de personas conocidos con los nombres de *municipia*, *coloniae oppida*, *praefecturae*, *vici*, *castella* y *conciliabula* deben ser leídos despues de abiertos en la plaza pública ó en el templo, á presencia de los testigos ó de personas honradas, entre la hora segunda y la décima del día; y despues de sacada una copia, se sellan por los magistrados que han autorizado la apertura. Esta se hace tan luego como el testador muere, ó á lo sumo cinco días despues, si estan presentes las personas que deben pedirla y asistir al acto, y si estan ausentes, en los cinco días siguientes al de su regreso.

Con el objeto de aumentar los casos de caducidad, la ley Papia Poppea estableció que la adición de la herencia no pudiera hacerse antes de la apertura del testamento, á no ser que fuese uno solo el heredero instituido (2). Con el mismo objeto retrasó hasta la apertura del testamento la cesión del día de los legados (3); pero Justiniano dejó sin efecto esta disposición volviendo á los antiguos principios.

El Código civil francés establece en su artículo 1,007 las mismas reglas para la aper-

tura que nuestro derecho. El testamento místico ó secreto debe presentarse al presidente del tribunal de primera instancia del distrito en que se abre la sucesión. Se procede á la apertura que se hace en presencia ó con citación al menos del notario y testigos que firmaron el acta de suscripción y que se hallan presentes en el lugar de la apertura, y el presidente extiende acta de la presentación, apertura y estado del testamento, mandando que se deposite en poder del escribano que designa.

Segun el Código prusiano (1) los herederos *abintestato* pueden impedir la apertura del testamento por espacio de seis semanas despues de la muerte del testador. Si en los cincuenta y seis años siguientes al depósito del testamento, no se hubiese tenido noticia de la muerte del que le otorgó y ninguna persona hubiere reclamado su cumplimiento, el juez debe citar á los interesados en la herencia por medio de los periódicos. Si á los seis meses de hecha la citación nadie se presenta, debe el juez abrir el testamento, ver si hay en él legados á favor de establecimientos de beneficencia, etc., y ponerlo nuevamente bajo sello despues de haber participado á los directores de dichos establecimientos lo que pudiese convenirles. Cuando los herederos estan domiciliados en el lugar donde se halla situado el tribunal y son conocidos del juez, deben ser citados para la apertura del testamento: si fueren desconocidos ó estuvieren ausentes se les nombra un curador *ad hoc*, el cual se cerciora de la integridad de los sellos y de la fidelidad de las firmas.

El código sardo establece (2) que cuando se llegue á saber la muerte del testador, disponga el tribunal en virtud de pedimento que hagan los interesados que se abra el testamento, á no ser que el acta de su otorgamiento contenga la condición de que no se abra hasta cierto tiempo. La apertura y el estado del testamento deben justificarse por medio de espediente formal que se instruye al electo; el presidente rubrica

(1) Sen's. tit. 6, lib. 4.

(2) Parr. 1 lib. 1, tit. 51, lib. 6 del Cód.

(3) Frac. Ulp. 21 y 31.

(1) Artículo 215 al 23.

(2) Artículo 766.

APERTURA.

257

todas las hojas de la minuta del testamento.

Segun el código de la Luisiana no pueden cumplirse los testamentos místicos sino despues de probarse legalmente su autenticidad por la declaración jurada de cuatro testigos lo menos de los presenciales al acto de la suscripción: estando presente el notario que la otorgó, basta su declaración jurada con la de dos testigos solamente; si alguno de los testigos se hallase ausente ó hubiese fallecido, se practica la prueba por declaración de los testigos vivos que se encuentren en el lugar de la apertura; si no se encontrase presente ninguno, basta la declaración jurada de dos personas dignas de fé que aseguren que reconocen las firmas ó el acto de suscripción.

Segun la legislación inglesa no se exige la publicación de un testamento, esto es, la declaración oficial hecha por el testador de que lo que presenta es su última voluntad; bastan la firma y la atestación. Se recomienda á los testadores dejar muchas copias de su última voluntad para mayor economía y para la comodidad de los testamentarios, porque despues que el testamento ha recibido la aprobación legal, los expedientes llevan consigo grandes dificultades y gastos, y si se quiere tomar conocimiento de las disposiciones testamentarias en el tribunal de prerogativa (court of prerogatives) es necesario acompañarse con un juriconsulto, diligencia dispendiosa para el que se ve en el caso de emplearla.

PARTE DOCTRINAL

SUMARIO.

SECCION UNICA. DE LA APERTURA DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS.

- §. 1.º *Personas que pueden pedir la apertura del testamento cerrado.*
- §. 2.º *Personas que tienen obligacion de presentarlo.*
- §. 3.º *Juez competente para la apertura.*
- §. 4.º *Diligencias de apertura.*

TOMO III.

SECCION UNICA.

DE LA APERTURA DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS.

Nada mas importante para la conservación de los derechos de los herederos y legatarios y de cuantos tienen interes en que se cumplan las disposiciones testamentarias, que establecer las formalidades convenientes para proceder á la apertura de los testamentos cerrados, para que asi no sea fácil violar la voluntad del testador, ó suplantar el documento en que la dejó consignada: sin esto vendrian á ser inútiles las solemnidades prescritas en la ordenación de los testamentos, y se daría ocasion para sustituir la voluntad verdadera del testador con un documento apócrifo, comprensivo de disposiciones contrarias á ella. De aquí la uniformidad que se advierte en todos los códigos de la culta Europa en rodear aquel acto de sabias y numerosas precauciones.

Al esponer las que se mandan observar en nuestras leyes y las que en su conformidad ha adoptado la práctica de los tribunales; hay que examinar: 1.º Las personas que pueden pedir la apertura del testamento: 2.º Las que tienen obligacion de presentar este documento: 3.º El juez ante quien se hace la apertura: 4.º Las diligencias de apertura.

§. 1.º *Personas que pueden pedir la apertura del testamento.*

Segun la ley 1, tit. 2, part. 6, pueden pedir la apertura del testamento aquellos á quienes se les manda en él alguna cosa; pero los intérpretes hacen extensiva esta disposición á favor de todas las personas á quienes interese la apertura, aunque nada se les deje en el testamento, apoyándose en la ley 1, tit. 3, lib. 29 del Digesto, y Gregorio Lopez propone el ejemplo del hijo que habiendo sido preferido quiere pedir la nulidad del testamento. No necesitaba en nuestro concepto el apoyo de tan autorizado intérprete la sólida base del

derecho romano; hállese fundada en la naturaleza de las cosas: antes de efectuarse la apertura del testamento cerrado, no es fácil saber cuales son las personas á quienes se lega en él alguna cosa, y esta cláusula, que es la misma de que se vale la ley de Partida, debe entenderse como refiriéndose á las personas que tienen derecho á la herencia, ó en quienes existen motivos fundados para presumir que se les deja algo en el testamento, segun se deduce tambien de la última parte de la misma ley. El juramento de no proceder de malicia que exigen las leyes de Partida en el que pide la apertura, apoya tambien la interpretacion espuesta que ha sido adoptada por la práctica.

§. 2.º *Personas que tienen obligacion de presentar el testamento.*

Tiene obligacion de presentar el testamento cerrado todo el que lo tuviere en su poder, ya fuere ó no testamentario, ya fuere seglar ó clérigo, pues para estos casos los eclesiásticos estan sujetos á la jurisdiccion civil. La presentacion debe verificarla dentro de un mes siguiente al dia de la muerte del testador; de lo contrario aquel que fuere omiso, si se le dejase algun legado en el testamento, lo pierde y se distribuye por el alma del testador, y no dejándosele nada, debe indemnizar al interesado en la apertura los perjuicios que le hubiese ocasionado. En este último caso, prescribia la ley 5, tit. 18, lib. 10 de la Novísima Recopilacion que se pagasen ademas dos mil maravedis por la Cámara, pero esta pena debe entenderse derogada por las establecidas en los artículos 228 y 433 del Código penal, segun los casos. En la seccion III del artículo **ABUNO DE CONFIANZA** (1) hemos tratado la cuestion de aplicacion de aquellas disposiciones penales que parece se contradicen, y á ella nos referimos por evitar repeticiones.

(1) Tomo primero, página 231. Debe tenerse presente que escrita dicha seccion antes de la reforma del Código penal, los artículos que allí se citan con los números 220, 221, 222, 438 y 442, tienen en la nueva edicion reformada los siguientes: 226, 237, 238, 449 y 453.

§. 3.º *Juez competente para la apertura del testamento.*

La apertura de los testamentos cerrados corresponde á la jurisdiccion civil, bien sean seglares ó bien eclesiásticos los otorgantes. Para fijar cual de los jueces es competente por razon de su territorio, preséntanse dudas que no deja de ofrecer dificultad para resolverlas. No pueden versar estas acerca del caso en que se pida la apertura del testamento ante el juez del lugar en que el testador otorgó su última voluntad y donde falleció, sino cuando el lugar en que se otorgó el testamento, el en que se halla, el del fallecimiento del testador, ó el del en que se pide la apertura estén sujetos á diferente juez ordinario. Las leyes 14, título 3, lib. 3 del Fuero Real; 2, título 2, Partida 6; 4, título 2, libro 3 de las Ordenanzas de Castilla, y 5, título 18, libro 10 de la Novísima Recopilacion, solo espresan claramente que debe abrirse ante el juez ordinario; nada nos añaden las glosas de estas leyes que pueda servirnos de guia para resolver la cuestion enunciada. El derecho romano era mas explicito sobre esta materia. La ley 18 del título 28 del libro 6 del Código, que es una constitucion de los emperadores Arcadio y Honorio dispone, confirmandose con la antigua costumbre, que continúe entendiendo en la publicacion de los testamentos, esto es, en su apertura, *el magistrado del censo*, y declara que si se arrogase otro juez esta atribucion, sean nulas las disposiciones testamentarias á cuya apertura se proceda: *testamenta omnia ceteraque quæ apud officium censuale publicari solent, in eodem loco reserventur, nec usquam permittatur fieri ulla translatio; suos namque retinendus est fidelissimæ velustatis; quem si quis in hac urbe voluerit mutare irritam mortuorum videri faciet voluntatem*. Pero esta ley se cree modificada por una constitucion del emperador Justinó que forma la ley 25 del mismo título del Código, y en la cual, al penar al que usurpa aquellas atribuciones con una multa de 50 libras, alega por fundamento lo injusto que seria dar á aquella usurpacion el

APERTURA.

259

efecto de anular las últimas voluntades: *nec enim concedendum est ut suprema vota deficientium eversionis quicquam ex incongrua insinuatione contrahant, dum res ab incongruis usurpatur audacter.*

Al tratar de resolver en España la cuestion propuesta, conveniente es indicar los motivos que pueden alegarse á favor de la competencia de cada uno de los jueces. La del juez del lugar en que se halla el testamento, tiene á su favor la gran ventaja de evitar los estravíos á que la traslacion de uno á otro lugar puede dar ocasion. El lugar del otorgamiento tiene la circunstancia favorable de que residiendo allí los testigos instrumentales y el escribano ante quien se otorgó la carpeta del testamento, las diligencias de apertura se practican con mas facilidad y con menos dispendios, á lo que se agrega que es el sitio mas á propósito para descubrir las falsificaciones ó alteraciones que pudieran haberse hecho en la última voluntad. La conveniencia de que el testamento se abra en el mismo punto en que suele radicar la testamentaria, parece abogar por el lugar en que el testador falleció. Por último, á favor de la preferencia del juez ante quien se pide la apertura del testamento, puede alegarse por algunos el texto de las leyes de Partidas de la edicion oficial de Gregorio Lopez de 1555, en que se dice (1) que debe hacer la apertura el juez de la villa ó lugar *do lo pidieren*. No desconocemos la fuerza que puede tener este argumento, fuerza sin embargo que se disminuye mucho al observarse que en la edicion de las Partidas de la academia de la historia, tan autorizada para que de ella se usen los tribunales como la de Lopez de 1555, segun la real orden de 8 de marzo de 1818, se omiten las palabras *do lo pidieren*, palabras que solo se encontraban en dos códices de los varios que la academia tuvo presentes en sus trabajos. Esto nos hace presumir que las palabras *do lo pidieren* pudieron ser intercalacion de algun copista. Agrégase que no creemos que ni aun con la lectura de Gregorio

Lopez la citada ley de Partidas sea favorable de un modo absoluto al juez ante quien se pide la apertura del testamento, en concurrencia con el del lugar del otorgamiento, el del fallecimiento del testador, y el en que se halla la última voluntad. Por estas consideraciones creemos que la cuestion no está decidida por las leyes, y que para su resolucion es menester seguir las reglas que aconseja la prudencia á fin de que se conserve ante todo la integridad del testamento, y despues para que se eviten en lo posible perjuicios y dispendios á los interesados. Asi, nos inclinamos á creer que en caso de competencia de varios jueces para la apertura de los testamentos, deben preferirse por el orden siguiente: 1.º El del lugar en que se otorgó, si el testamento se halla allí. 2.º El del en que falleció el testador, si tambien en él estuviere el testamento. 3.º El de cualquier lugar donde esté la última voluntad. 4.º El lugar en que pidieren su apertura. 5.º El en que se hubiere prevenido judicialmente una testamentaria: en este caso el juez que entienda en las diligencias, si llegare á saber que hay un testamento cerrado posterior al que se reputaba como verdadera última voluntad del difunto, deberá de oficio pedirlo á cualquiera en cuyo poder se hallare y proceder á su apertura. Lo mismo sucederá en el caso en que se hubiere prevenido un *abintestato*.

Con arreglo á lo que hemos dicho en el párrafo tercero de la seccion VI del artículo **ALCALDES** tratando de las atribuciones judiciales que estos funcionarios tienen en los negocios civiles, estan tambien comprendidos bajo la denominacion de jueces ordinarios cuando se trata de la apertura de los testamentos. Pero en este caso deben hacerlo precisamente ante escribano público, en cuyos registros se protocolice la última voluntad.

§. 4.º Diligencias de apertura.

Para el acto de la apertura de los testamentos cerrados se siguen las siguientes diligencias, con sujecion á las leyes y á la práctica de los juzgados. El que se cree interesado en su apertura, presenta un pe-

(1) Ley 2, tit. 2, part. 6.

dimento en que espresa haber muerto el testador, dejando el testamento cerrado, y solicita que se decreta la apertura y publicacion solemne de la disposicion testamentaria, que se mande reducir á escritura pública y dar á los interesados las copias y testimonios que necesiten, jurando que no procede de malicia, sino por presumir fundadamente que se le deja algo en el testamento. Acompaña la partida de defuncion, si el testador falleció en otro pueblo, y ó en el cuerpo y súplica del escrito, ó en un otrosi pide que se mande al que tenga el testamento en su poder que lo presente, á cuyo efecto debe designarlo. El juez, en vista de este pedimento, manda que le presente el testamento aquel en quien estuviere depositado, señalándole plazo si se hallase ausente. Presentado el testamento, llama el juez á su presencia al escribano que lo autorizó y á los siete testigos instrumentales. Esta providencia debe notificarse al recurrente, y tambien si fuere posible por hallarse presente, á la parte contraria, que suele ser el heredero abintestato. Aunque en la práctica se omite las mas veces esta última diligencia, la conceptuamos útil, tanto para el caso de que, el que tiene el interes opuesto tuviere que alegar algo sobre la inconveniencia de efectuarse la apertura, como para que se cerciore de que se procede á ella con arreglo á derecho. El juez debe recibir declaracion bajo juramento, y separadamente al escribano y á cada uno de los testigos que espresará: 1.º Si reconoce por suya la firma ó signo respectivamente puesto en la cubierta, y la firma del testador y las de las personas que firmaron en su nombre ó en el de los testigos: 2.º Si se halló presente con los demas testigos y el escribano público al otorgamiento: 3.º Si reconoce el pliego ó cuaderno que se le presenta; y 4.º Si la cubierta se halla cerrada segun quedó al tiempo de firmarla, ó si advierte indicios de haberse abierto ó cambiado algo que no estuviese al otorgarse. Debe el juez hacer por sí mismo esta diligencia, porque la ley no le permite cometerla al escribano ni á otro por ser un acto personalísimo. Efectuada

esta justificación y la de haber fallecido el testador, si no se presentó la partida de defuncion, acerca de lo cual pueden declarar los mismos testigos, ó hacerse indagacion con arreglo á derecho, si el juez ve que el testamento ó cuaderno no está roto ni es en nada sospechoso; lo abre á presencia de los testigos y del escribano, sin que sirva de obstáculo para proceder á su apertura que, alguno de los testigos niegue que es suya la firma. En este caso siendo mayor el número de los que reconocen las suyas, se procederá á la apertura, cuidando de dejar intactas las firmas para los usos oportunos. Aconsejan los autores y lo autoriza la práctica que el juez lea para sí el testamento por si hubiere prevenido el testador que se omitiese en la publicacion alguna de sus disposiciones hasta tiempo determinado, ó por si resultare perjuicio atendible de que se divulgase alguna de sus cláusulas; en tales casos debe quedar dicha parte reservada hasta que desaparezcan los inconvenientes que se oponen á la publicacion. Hecha la lectura privada, entrega el juez el testamento al escribano para que lo lea en el acto á todos los circunstantes, y en seguida ordena que se tenga por testamento y última voluntad del difunto, que se reduzca á escritura pública, se protocolice con la cubierta en los registros del escribano actuuario, y que se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren, los cuales deben ser comprensivos de todo el testamento para los herederos, pero para los demas interesados solo de la cabeza, pie y cláusula que con ellos tenga relacion. Suele tambien y es conveniente incluirse en los traslados las diligencias de apertura, las cuales originales se protocolizan con el testamento en el registro público.

No pudiendo ser habidos todos los testigos, basta la asistencia de la mayor parte, esto es, de cuatro: á presencia de ellos se abre el testamento y se saca el traslado, sin perjuicio de que hagan despues el reconocimiento los impedidos y ausentes, remitiendo en su caso el testamento para este efecto á los respectivos jueces competentes.

APODERADO.

261

Si todos ó la mayor parte de los testigos se hallasen ausentes y hubiere perjuicio en la dilacion á juicio del juez, se hace la apertura, publicacion y traslado ante hombres buenos, y se vuelve á cerrar firmando estos mismos. Cuando vuelven los testigos instrumentales se hace entonces el reconocimiento, y constando la certeza de todo, se unen sus declaraciones á lo actuado y se declara el testamento instrumento público (1): Si hubiesen fallecido todos ó la mayor parte de los testigos, ó se ignorase su paradero, se hace informacion por el juez acerca de la legalidad del escribano público por quien se signó la cubierta (si tambien hubiese fallecido), y de que los testigos estaban en el lugar al tiempo del otorgamiento y eran personas aptas para testificar. Ademas se reconocen las firmas del testador y testigos y la firma y signo del escribano por quien las conociera, ó en su defecto se comprueban con otras indubitadas de los mismos: hecho esto se procede á la apertura en la forma espresada.

Segun la ley 1, tit. 2, part. 6, es nulo todo pacto, transaccion ó convenio que se hiciere antes de la apertura del testamento cerrado, disposicion dirigida á evitar que puedan cometerse abusos, fraudes y engaños.

APOCA. Recibo ó carta de pago. Es voz griega como la de *antapoca*. Nosotros las tomamos de los romanos. Se usan rara vez, solo en algunas providencias y mas en lo antiguo que al presente. *Apoca pública* era entre los romanos la carta de pago dada á los contribuyentes por los recaudadores de los tributos. Habla de estos documentos el título 22, libro 10 del Código. Por la tercera de sus leyes, el recaudador de tributos que mostraba las *apocas* ó cartas de pago, ó de entrega de lo por él recaudado, correspondientes á los tres últimos años, no podia ser inquietado por los demas.

APOCRIFO. Segun su etimologia griega es lo mismo que oculto ó desconocido; y por traslacion se aplica á las obras ó escritos que tenemos por supuestos ó falsos.

Así cánones apócrifos son los introducidos por mano oculta entre los legítimos, y la Iglesia ó los padres tienen declarados apócrifos varios libros, salmos ú oraciones contenidas en algunos ejemplares antiguos de la Biblia, ó admitidos por algunas sectas, ó comisiones, en cuyo caso se encuentra la oración llamada de Manasés, la genealogía de Job, el libro de Enoch, etc. Véase el *Cap. Sancta Eec. dist. 15: Conc. de Trento, sess. 4 de canonicis scripturis*.

APOCRISARIO. El que responde por otro ó le representa. Se llamaban así los agentes ó representantes que el papa, los patriarcas y obispos tenían en las cortes de los emperadores. En latin se llamaban estos agentes *responsales*. Posteriormente en algunos paises, sobre todo en Francia, se ha dado ese nombre á un eclesiástico que tenia á su cargo representar los autos generales del clero: al limosnero mayor del rey, y al confesor del mismo, llamado en señal de su prestigio y dignidad *Custos Palatii*. Véase lo que dijimos en el artículo **AGENTES**.

APODERADO: APODERAMIENTO: APODERAR. Estas tres voces proceden etimológicamente de la de *poder*, que en el sentido del presente artículo significa las facultades que nos competen por la ley ya como personas *sui juris*, ya como dueños, y algunas veces tambien como personas públicas. Así, hallarse una cosa en nuestro poder, es estar en nuestro dominio; dar poder á alguno, es cometerle algunas de nuestras facultades legales con facultad de obligarnos. *Apoderar á alguno* por tanto, es darle poder para que nos represente en juicio ó fuera de él en todas aquellas cosas á que el poder ó la autorizacion se estiende, y del modo que en ellos se espresa. El que recibe este poder se llama *apoderado*.

En algunas partes *apoderar á uno* de una cosa, es darle posesion judicial ú oficial de ella, y es porque desde entonces entra aquella realmente en su poder.

Apoderamiento tiene una significacion genérica, activa y pasiva, aplicable á todos los casos en que lo fueren las palabras *apo-*

(1) Ley 3, tit. 2, Part. 6.

derar y *apoderarse*, espresando en cada uno, ya el acto, ya el resultado, segun el sentido en que se use.

APODERARSE. Ocupar una cosa sin dueño; tomar un punto defendido por el enemigo, ó cosas pertenecientes á él; arrebatar injustamente y empleando la fuerza, personas ó cosas, lo que constituye los delitos de raptó, robo, ó pirateria, segun los casos.

APORTAR. En el lenguaje del foro es lo mismo que traer, y se aplica para espresar que el marido ó la muger, pero mas especialmente esta última, traen á la sociedad conyugal algunos bienes, que sustantivada la voz, se llaman por lo mismo *aportaciones*. No aportar, por lo tanto, es lo mismo que no traer cosa alguna al consorcio.

APORELLADO. En lo antiguo era un magistrado-popular especie de juez de paz que se establecía á las puertas de las poblaciones para escuchar y dirimir de plano las cuestiones incidentales, ó del momento entre los concurrentes de los pueblos circunvecinos.

APORTILLAR. Hubo un tiempo en que los despojos de las fincas rurales, como la espiga, el rastrojo, la pámpana, etc., no se reputaban frutos de la heredad, en el sentido de constituir un derecho exclusivo del señor causahabiente, como el colono, y sucedía una de dos cosas: que dichos despojos se reputaban árbtrios de los pueblos, y el ayuntamiento los arrendaba, aplicando el precio del arriendo al fondo de propios y arbitrios, ó los ganados del concejo los pastaban libre y gratuitamente, efecto natural y consiguiente al sistema ya indicado y al de favor y proteccion dispensados en general á la riqueza pecuaria. Tal sistema era opuesto á la libre facultad de los dueños para cerrar ó acotar sus heredades. La prohibicion de hacerlo era de derecho comun, lo contrario era efecto de una gracia ó privilegio particular que no se concedía sino con la obligacion de *aportillar* la heredad cercada, levantados frutos, á fin de que del modo dicho fuesen aprovechados los despojos. Si el dueño no *aportillaba*, lo

verificaban impúnemente los arrendatarios de los pueblos, y de no haber arrendatarios, los ganaderos y cualquier vecino particular, que entraba al rebusco, espigadero ú otro género de disfrute de que eran capaces los despojos de la heredad; pero á la vista todavía del dueño, sin esperar á mas que al alzamiento de la última gavilla ó resto del fruto principal. Con la misma libertad con que en el caso dicho se *aportillaban* las cercas, se allanaba ó rompía el simple acotamiento. Los antiguos sistemas sobre la propiedad territorial, han variado en este punto, y en virtud de la nueva legislacion de acotamientos, toda heredad se entiende *cerrada* ó *acotada* respectivamente, y nadie puede aportillar ni utilizar sus despojos, sino con beneplácito del dueño. Todo dueño, ademas, tiene por dicha legislacion la libre facultad de cercar sus heredades sin necesidad de aportillar.

V. ACOTAMIENTO.

APOSENTADOR. La persona encargada de procurar oficialmente á otras el alojamiento ó habitacion. Muchas son las leyes dictadas con motivo de los aposentamientos de la corte, ya para cortar algunos abusos de los aposentadores en dispensar del alojamiento á algunas personas, y en recibir dádivas de otras, ya para fijar los precios que debían satisfacer los aposentados por el servicio de camas y demas que recibieran, ya para determinar las casas ó personas exceptuadas de esta carga, ya en fin para señalar las que deban disfrutar de este beneficio (1).

Las ordenanzas generales del ejército reconocen tambien con el nombre de aposentador al oficial nombrado por el capitán general del ejército en campaña, para que bajo las inmediatas órdenes del cuartel maestro, hoy comandante del estado mayor, cuide de procurar el alojamiento de las tropas en los puntos señalados para cuartel general. El título 8, tratado 7, dispone lo siguiente:

Art. 1.º A proposicion (por terna) del cuartel maestro nombrará el capitán gene-

(1) Ley 15, tit. 1, Part. 2, Leyes del título 14, lib. Novísima Recopilacion.

APOSENTADOR.

263

ral del ejército un oficial agregado ó graduado que ejerza las funciones de aposentador, con el sobresueldo de cincuenta escudos de vellón al mes, dos raciones de pan y otras dos de cebada diarias ademas de las de su grado, cuya asistencia se le continuará durante la guerra por certificación del cuartel maestro, que justifique en existencia en este empleo, arreglando su ejercicio á lo siguiente.

Art. 2.º En consecuencia de las órdenes que le diere el cuartel maestro, de quien inmediatamente ha de depender, pasará á los lugares elegidos para cuartel general, y presentándose á las justicias hará con su asistencia reconocimiento y relacion de las casas que contenga el vecindario, distribuyéndolas en tres ó cuatro clases, segun la estension y comodidades de cada una, para repartirlas con proporcion á los oficiales generales y demas empleados que en el cuartel general deban alojarse.

Art. 3.º El orden que ha de guardar en la graduacion y distribucion de los alojamientos será el siguiente: Al capitán general, al cuartel maestro general, al teniente general de día, al mariscal de campo de día, al ingeniero general, al mayor general de infantería, al de caballería y dragones, y con inmediación á cada uno de los espresados á sus ayudantes respectivos, y al ingeniero comandante con los demas de este cuerpo por sus clases.

Art. 4.º Al comandante general de artillería se le proporcionará casa con la posible inmediación al parque; pero si no la hubiese, se le dará una de las de primera clase del cuartel general.

Art. 5.º A los tenientes generales y mariscales de campo, á quienes el capitán general exima de alojarse ó acampar en sus divisiones respectivas, se les repartirá por su orden de graduacion y antigüedad las casas que correspondan de primera clase en el cuartel general, é igualmente de segunda ó tercera á sus ayudantes.

Art. 6.º Despues de los referidos se alojará al vicario general, el auditor de guerra, el capitán de guías y su compañía, el con-

ductor general de equipages, el aposentador, el contralor de artillería con su oficina, el preboste con su compañía y ministros de ejecución, y precisamente con inmediación á la casa del capitán general el oficio de posta ó correo con sus dependientes respectivos.

Art. 7.º Entre los alojamientos de primera clase elegirá el aposentador una de las mejores casas para el intendente del ejército y cuidará de que las que destine para contaduría y tesorería tengan la estension y comodidad posible para alojar sus gefes y establecer las oficinas.

Art. 8.º Señalará alojamientos á los comisarios ordenadores, á los de guerra, al poseedor de víveres, al director de hospitales y á los facultativos de ellos.

Art. 9.º Si hubiere casas inmediatas al parque de artillería y se escasease de alojamientos, dará solamente una al comandante de él, y repartirá las demas á aquellos destinos que no sean los mas precisos á la inmediación del general.

Art. 10. Los mercantes, vivanderos y otros de esta especie, no podrán ocupar con sus tiendas otros parajes para la venta de sus géneros que los que el aposentador les señale, dándoles papel firmado suyo con asignacion del puesto en que han de colocarse, procurando que este sea en proporcion de proveerse cómodamente el ejército.

Art. 11. Luego que el aposentador haya dispuesto el alojamiento formará dos listas, una del cuerpo militar, que empezará por el capitán general, y otra del de hacienda, de que será cabeza el intendente, y ambas las fijará en la puerta del capitán general, espresando el nombre de la casa, y el del sujeto á quien se aloja en ella, y á mas dará otra copia para la secretaría del general.

Art. 12. Ninguna de las personas alojadas podrá mudar de casa sin el conocimiento del aposentador, y en cualquier disputa que sobre esto ocurra dará su decision el cuartel maestro.

Art. 13. Aunque se hallen casas fuera de las grandes guardias, no podrá el cuartel maestro distribuir las, ni ocuparlas (por

arbitrio propio) individuo alguno del ejército sin escepcion de clases.

Art. 14. Si Yo fuere á campaña y se hubiere de formar alojamiento en el cuartel real, el aposentador de mi casa separará las precisas para los principales dependientes de mi real familia; eligirá las competentes para los criados de inferior clase, y las restantes las dejará al aposentador del ejército para el estado mayor de él, cuidando de reservar la mejor, despues de la mia ó de otra persona real, para el capitán general.

Art. 15. Siempre que el ejército haya de retirarse á cuarteles de invierno ó de acantonamiento, procederá el aposentador en cada uno de los pueblos que el cuartel maestro general le señalase con este mismo arreglo, á cuyo fin le dará noticia del número de tropa y clases de oficiales que haya de alojar; y practicando previamente el reconocimiento de las casas con asistencia de los regidores ó justicias, hará su distribucion y se les dejará firmada para que á proporcion que las tropas lleguen ocupen las que se les hubiere señalado.

En la marcha de las tropas que estan de guarnicion, se nombra tambien un oficial que cuide del alojamiento, y sobre su nombramiento y sus funciones disponen las mismas Ordenanzas generales, tít. 14, tratado 6, lo siguiente:

Art. 1.º En el dia antecedente al señalado para marchar un regimiento, ó con la anticipacion que la precision de su movimiento permitiese, dispondrá el coronel ó comandante que se adelante un oficial con dos soldados por compañía al lugar donde hubiere de hacer tránsito, llevando el itinerario ú orden que tuviere, y un estado de los oficiales y tropa del regimiento para prevenir el alojamiento y lo demas que fuere necesario. Reconocerá la plaza donde haya de formar, y para la caballería verá por sí mismo las caballerizas, bebederos para los caballos y cuanto conduce á su asistencia para que esté limpio, previniendo á las justicias que si algun soldado cometiese desorden, se dé aviso pronto á la guardia de prevencion para prenderlo y castigarlo.

Art. 4.º Luego que el oficial comisionado á hacer el alojamiento haya recogido las boletas y reconocido las casas que en ellas se señalan, graduará (segun su calidad y la de los oficiales de estado mayor y graduados que tuviere el regimiento), su distribucion en esta forma:

Art. 5.º Primero al coronel del del cuerpo: segundo al teniente coronel: tercero al sargento mayor: cuarto á los graduados que hubiere, y todas las demas boletas (esceptuando las que han de darse con distincion) se distribuirán en las tres clases de capitanes, tenientes y subtenientes, dando á los oficiales de cada compañía las mas inmediatas á la suya, y los ayundantes y abanderados se alojarán siempre cerca de los gefes.

Art. 6.º En la caballería y dragones se observará la misma regla que prescriben los artículos precedentes.

Art. 7.º Para que el oficial que hace el alojamiento pueda con anticipacion marchar á disponerle en el tránsito inmediato, mandará el coronel (luego que esté en marcha el regimiento), que se adelante un oficial con dos soldados á recibir las boletas y enterarse de lo que el que las hizo deja prevenido, y el oficial que para este fin se adelantare, deberá salir fuera del pueblo á encontrar el regimiento para entregar las boletas señaladas, y las que por compañías han de ser distribuidas cuando se forme el regimiento.

Véase por lo demas el artículo **ALOJAMIENTO**.

APOSENTO. (REGALIA DE) Conocida es en la historia la costumbre, casi general, de dar aposento á varias clases y personas que desempeñaban cargos públicos, ó gozaban de ciertas prerogativas por su dignidad; sabidos son tambien el número, calidad y facultades de los aposentadores encargados de facilitar el alojamiento, las obligaciones de los dueños y habitantes de las poblaciones, y todos los pormenores y circunstancias relativas á esta materia. Muchos son los documentos que podriamos aducir en comprobacion de esta costumbre, y del derecho en que se considera fundada, singularmente los que suministra á este pre-

APOSENTO.

263

pósito la legislación romana, que omitimos por ser demasiado conocidos.

Para que mejor se comprenda esta costumbre, conviene distinguirla de la hospitalidad que, como oficio imperfecto, recomiendan los principios de la moral común y natural; pues en la de que hablamos encontramos que fue carga en común, ó involuntario gravámen de parte de quien le contribuye, y del que es peculiar de la real familia, ministros y personas de que se forma la corte (1). Por muchas razones, conocidas en el derecho común, romano y pátrio, se consideró el aposento como regalía de la magestad y carga de los súbditos, la cual comprende en su lata significacion no solo el hospedaje de la persona real y familia, sino todo lo perteneciente á su real obsequio, y expedicion de la comun causa de la provincia ó reino: en cuyo principio se funda el hospedaje militar como medio de auxiliar el servicio de los procomunales intereses, siendo tan general la obligacion de prestarle, que los emperadores Arcadio y Honorio declararon sujeto á él hasta su misma casa imperial: *Vilelicet ut nec nostra quidem domus ab his habeatur immunis* (2).

Con relacion al aposento de la corte en España, es cierto, que desde muy antiguo se hallaba establecido y regularizado este servicio. Para cuya inteligencia, debe tenerse presente lo que, segun la ley de Partida, se entendia por Corte entre nosotros: Corte, dice, es llamado el lugar do es el rey, ó sus vasallos, ó sus oficiales con él, que han cotidianamente de conseyar, ó de servir, ó los homes del reino, que se llegand, y, ó por honra de él, ó por ular derecho, ó por facerlo, ó por recabdar las otras cosas que han de ver con él etc. De manera que donde quiera que está el rey, se entiende que está la corte, aunque desde el tiempo que por la conquista de la paz, se fue regularizando la residencia de los monarcas, siempre hubo un lugar destinado á esta residencia que fue y se llamó la corte, no obstante algunas au-

señcias temporales del rey: pues estas no alteraban en nada el curso de los negocios, la conservacion de las oficinas, estancia de los funcionarios ó oficiales, tribunales supremos, consejos, morada real, servidumbre y demas que servia de cortejo ó acompañamiento ordinario del jefe del Estado.

El tratado de la regalía de aposento escrito con bastante anterioridad á la alegacion fiscal que hemos citado arriba, supone ser muy antiguo su uso y establecimiento, bien que sin citar ninguna ley patria de los principios de la monarquía en que se hubiese fundado: supone tambien que las casas en la corte estaban aplicadas por mitad á este servicio, y al de los dueños de las mismas. Donde se encuentran ya disposiciones ciertas y positivas sobre la materia es en el Código de las Partidas, en las cuales puede consultarse la ley 23, título 9, Partida 2; la 4, título 11, Partida 1; la 31 título 6, Partida 1. Puede consultarse tambien la ley 27, título 3, libro 1 del orden, y la 7, título 21, libro 2; las leyes 3 y 4, título 21, libro 2 de idem, y la ley recopilada del tiempo de don Juan II, en que se mandan observar las leyes antiguas sobre aposentamiento.

Otras leyes del ordenamiento real y de la Nueva Recopilacion contienen disposiciones especiales sobre la materia que no pasaron á la Novísima, pero que podrán consultarse por quienes se propongan conocer todos los pormenores de un punto que ya perdió su importancia por la modificacion de las costumbres y de las ideas; entre cuyos documentos llamamos la atencion hácia las ordenanzas de los reyes Católicos para los aposentadores.

Pero lo que mas conviene á nuestro propósito y al objeto de este artículo, es el conocimiento del origen y de la importancia de la carga de aposento, que como regalía de los monarcas y gravámen de las casas de Madrid, se estableció cuando se trasladó definitivamente la corte á esta villa, en el reinado del señor don Felipe II. Hablando de ella, dice la alegacion fiscal, ya citada, lo siguiente. «No se halla que en el principio se formalizase mas regla que la comun, de

(1) Alegacion fiscal por el derecho, y regalías de la del real aposento de corte, pág. 2 vuelta.

(2) In leg. 2. Cód. de Execut. et translat. milit. anon. lib. 19.

ceder á el real aposentamiento la mitad de las casas de la villa de Madrid, erigida en corte, con la real asistencia.» En la cédula que se inserta literal en dicha obra de 26 de marzo de 1565, se dictan varias disposiciones para regularizar el servicio del aposento, cuyos objetos principales tienden al ornato de la corte, comodidad de los vecinos y servicio y estension del real aposento. Como se señaló en dicha cédula el término de 15 años, para la edificacion y reedificacion de las casas al tenor de las reglas en ella dictadas; *reconocidos algunos inconvenientes se prorrogó la escepcion por otros ocho años*; dándosele nueva forma, por otra cédula de 1.º de febrero de 1584, que original puede verse en el lugar citado.

En otra cédula de 29 de marzo de 1588 (id.) para evitar fraudes y torcidas interpretaciones, se fijan varios preceptos que todos parten de la idea capital de corresponder la mitad íntegra de las casas, para la regalía de aposento, teniendo limitado los dueños, así del edificio, como del suelo, á esta mitad; todo su dominio en ellas. En el mismo año y en el día 17 de diciembre, don Felipe II, espidió cédula en que autorizaba las exenciones temporales ó perpétuas de la carga de aposento; y en otra de 2 de junio de 1592, mandó que se repartiesen para el *aposentamiento* las casas de la corte, sin reservar *estudios, graneros, bodegas, cuadras y otras oficinas que solian escluirse*.

Don Felipe III trasladó de nuevo á Valladolid su corte y residencia, en 1600. Pero Madrid solicitó su restitution, promoviéndola con elícaz solicitud y oferta de la sexta parte de los alquileres de sus casas en 10 años (además del aposentamiento de la corte), cuya sexta parte se redujo á 250,000 ducados. En 25 de junio del año de 1606, se dispuso en otra real cédula que las casas de inímoda particion (llamadas de malicia), se repartiesen en la forma posible, ó se regulase á maravedís la tercera parte de su producto, como pareciere mejor, principio y origen de la carga de *tercera parte*, así llamada.

En otra de 1608, además de confirmarse

las anteriores, se concedieron 15 años de exencion á lo que de nuevo se labrara, pagando durante ellos, lo que antes estaba repartido, y quedando el todo sujeto á regalia, para desde cuando cumpliese la exencion. Con motivo de varias dudas y reclamaciones de los propietarios, sobre valuacion y pago de la carga, se espidió otra real cédula en 24 de junio de 1610, en que pone término á ellas y se fijan reglas que caso necesario pueden consultarse.

En este tiempo y con posterioridad, estuvo confiada la direccion, administracion, recaudacion y visita de la regalia, á una junta llamada *junta de aposento*; ante la cual se actuaban todas las diligencias, se resolvian todas las cuestiones que ocurrian y se anotaban las vicisitudes de las propiedades, habiéndose recogido en su archivo documentos muy importantes para el conocimiento de dominio de las casas, estension de su suelo, alteraciones de aquel dominio y demas circunstancias que pueden interesar á los poseedores y á la administracion.

Mas el rey don Fernando VI por cédula espedita en San Lorenzo en 22 de octubre de 1749 (1), tuvo á bien decretar la supresion de la junta de Aposento, y mandar *que los efectos que hasta allí habia dirigido dicha junta*, se administraren en adelante por el superintendente general de la real Hacienda en la forma y bajo las reglas que se prescriben en la ordenanza que dictó á este fin; y de las cuales no creemos necesario hacer espresa mencion, por haberse hecho en cierto modo innecesarias, por lo que decimos mas adelante: lo mismo decimos con respecto á la publicada en la misma fecha (2) *sobre el modo de hacer la visita de todas las casas de la corte para la carga y contribucion de la regalia del hospedage de la familia real*.

Sin embargo, nos parece oportuno reproducir las resoluciones á consulta del Consejo de Hacienda, en sala de justicia de 5 de junio de 1760 y 3 de setiembre de 1761 (3), segun las cuales se sirvió mandar S. M.,

(1) Ley 1, tit. 45, lib. 3. Novis. Recop.

(2) Ley 2, id. id.

(3) Novis. Recop. nota 6 á la ley 21, tit. 45. Lib. 3.

APOSENTO.

267

que para que los dueños de las casas y sitios de Madrid pudiesen libremente y sin el gravamen de la casa aposento, repararlas y fabricar otras de nuevo, se enagenase de su real Erario esta regalia, regulándose sus capitales al respecto del 4 por 100, así de las casas privilegiadas como de las que no lo estuvieren. Por otra resolución á consulta de la misma sala de justicia de 8 de junio de 1768, determinó S. M. que para hacer estas redenciones, no se admitan créditos ningunos contra la Real Hacienda, sino que se hayan de hacer precisamente con dinero efectivo, debiéndose tener presente, que por real orden de 9 de febrero de 1761, mandando S. M. que las cantidades que por estas redenciones de cargas de aposento entrasen en esta tesorería mayor, se pusiesen en esta con separación, á fin de emplear su importe, ó en reducciones de juros, ó en restitución de los precios entregados á la corona por alcabala, tercias ú otras alhajas enagenadas de ella, que se declaren deberse incorporar á la misma corona (1). Por real resolución comunicada en orden de 3 de febrero de 1770, habiendo presentado el Consejo de Hacienda en consulta de 29 de agosto de 1768 los perjuicios que causaban los censos enfiteúticos, proponiendo al mismo tiempo, entre otros medios, de evitar estos daños, y facilitar la construcción de los edificios en la corte, la libertad de la casa de aposento; se sirvió S. M. concederla por los diez primeros años á los que edificuen en los solares yermos de la villa de Madrid. (2).

El señor don Carlos III por decreto de 14 de octubre y provision del consejo del 20 de 1788 (3), dictó varias disposiciones sobre reedificación de casas en solares y yermos de Madrid, y estensiou de las bajas y pequeñas. En la primera se concede exención de la carga de aposento por el término de cincuenta años, á favor de las casas que se edifiquen en los solares y yermos que hay dentro de Madrid, y á favor también de los que levantan, estendieren y aumentaren

las casas bajas ó pequeñas hasta la conveniente proporcion. En la 2.ª y 3.ª se hacen varias prevenciones para que puedan ser habidos los dueños de los solares, y para que llegue á su conocimiento, á fin de que presenten sus títulos y dentro de un año siguiente ejecutar la obra; y cuando no, cómo ha de procederse para que quede garantido el derecho del que edifique en ellos: todo lo cual ha de ejecutarse por el corregidor y ayuntamiento de Madrid, segun la 4.ª. En la 5.ª se habla del caso en que las casas pertenezcan á mayorazgo, respecto á las cuales se dictan disposiciones especiales.

En virtud de esta ley se redujo mucho la carga de aposento, pues una gran parte de las casas reedificadas, ó levantadas en solares y yermos desde aquella época, quedaron por cincuenta años exentas de pago, ya bastante reducido por las redenciones permitidas en la ley anteriormente citada. Desde el momento que degeneró de su objeto primitivo y que vino á convertirse en una de tantas rentas del Estado, administrada por la superintendencia general de la Hacienda pública, los monarcas se fijaron con preferencia en el principio de orden que aconseja sean todas dirigidas y administradas bajo la dependencia del ministerio encargado de todos los productos, rentas y bienes públicos.

La tendencia de las disposiciones posteriores, ha sido la misma. En 17 de enero de 1805 se declaró pudiera redimirse esta carga. En 11 de noviembre de 1820, se confirmó la misma facultad de redimir á los dueños de las casas gravadas en ella. En decreto de las Cortes de 25 de junio de 1822, se dice: Art. 1.º *el valor de la regalia de aposento de Madrid en el próximo año económico, que empieza en 1.º de julio del corriente y acaba en 30 de junio de 1823 en 500,000 reales.*—2.º *Se suspende la redencion de esta carga por ahora y hasta que con arreglo del art. 338 de la constitucion se subroque esta renta con otra de igual ó mayor rendimiento.*

En estas dos disposiciones se advierte en primer lugar, lo mucho que ya estaba reducido el producto de esta carga, cuando

(1) Nota 6, id. id.

(2) Nota 7, id. id.

(3) Ley 7, tit. 19. Lib. 3. Nov. Rec.

se computó en solos 300,000 reales; y en segundo lugar, que si bien se suspendió la redencion, no fue por amor á ella y porque se considerase uno de los rendimientos naturales de las rentas públicas, sino porque una vez establecida, se prefirió el sistema de que no continuase la redencion, hasta que este producto no se hubiere subrogado ó sustituido con otro equivalente, para evitar la disminucion arbitraria de los fondos que hasta entonces habian ingresado en el erario público.

En 6 de agosto de 1836, y por real orden espedita por el ministerio de Hacienda se declararon válidas todas las redenciones de la carga de aposento hechas durante la época constitucional, en virtud de la real orden de 11 de noviembre de 1820, antes citada.

En otra real orden de 17 de Abril de 1837. S. M. *atendidas poderosas y convincentes razones de utilidad pública*, se sirvió resolver, que ni en la tasacion y liquidacion para la subasta y pago del remate de los valores de las fincas urbanas pertenecientes á amortizacion se tome en consideracion ó haga mérito de la carga de aposento con que se hallasen gravadas, ni se satisfaga dicha carga durante el tiempo en que se administren por las dependencias de amortizacion.

Por el art. 12 de la ley de presupuestos de 23 de mayo de 1843, se dispuso, que la redencion de la carga de aposento pudiera hacerse pagando el capital en cuatro años, ó sea por cuartas partes, al fin de cada uno, en títulos del 4 y 3 por 100, ó su equivalente en metálico, con arreglo á los precios que dicho papel tenga en la bolsa de Madrid el dia en que deba verificarse el pago. Esta resolucion ha facilitado extraordinariamente las redenciones; porque ademas de hacerse con la comodidad de los cuatro plazos, hay la ventaja de que los efectos públicos se computan por todo su valor; y solo se da en dinero, cuando se hace la redencion en dicha especie, el valor que corresponda al que aquellos tengan en la bolsa de Madrid, el dia de la entrega. Por resultado de esta libertad concedida á los

dueños, nos consta que se han despachado mas de seiscientos espeditas de redencion, y que hay pendientes unas doscientas solicitudes para el mismo fin; en términos de que los rendimientos de esta carga se han reducido tanto que apenas llegarán en el año presente (1850) á cuatro mil duros.

En cuanto á su administracion desde que se declaró dependiente de la superintendencia de la Hacienda pública, ha estado encargada á una oficina especial que desempeñaba las funciones consiguientes á su objeto, con agregacion á la contaduria de la provincia de Madrid, hasta fines de julio de 1843. Desde 1.º de agosto del mismo año vino formando parte de la administracion de contribuciones directas; y por real orden de 21 de junio de este año, en su disposicion cuarta se mandó, que desde 1.º de enero de 1851 se agregase esta dependencia á la administracion de fincas del Estado.

Aunque esta carga va sensiblemente caducando y llegará á extinguirse muy pronto, hemos creido conveniente entrar en este breve resumen de las disposiciones y vicisitudes que ha sufrido, porque sus efectos en cuanto á la apreciacion de hechos y derechos que pueden ser objeto de contiendas particulares, serán duraderos, y exigirán en muchas ocasiones la consulta de los antecedentes legales que tienen relacion con ellos.

APOSTADERO. Esta palabra proviene de la de *puesto*, como las de *apostarse* por colocarse en observacion, y *apostar*, en el sentido de colocar alguna fuerza con el mismo fin. Y aunque por este motivo la voz *apostadero* pudiera estender sus acepciones á cualesquier asuntos sociales, el uso la ha limitado á los de marina. En su sentido lato significa hasta el establecimiento temporal de un número cualquiera de buques de guerra en un parage determinado para algun fin, que suele ser la seguridad y defensa de un fuerte ó territorio amenazado, la proteccion del comercio ó de los propios súbditos en pais extranjero, el auxilio de la marina nacional en latitudes muy remotas, etc.

En sentido mas estricto la voz *apostadero*

APOSTASIA.

269

equivale á comandancia general, ó como si digéramos, capitanía general de marina, en puntos apartados y dependientes de la metrópoli, y mas propiamente en las colonias. Entonces apostadero espresa una idea compleja que comprende las de *parque, arsenal, seguridad y defensa del puerto, proteccion* por mar á la marina y al comercio; *autoridad y jurisdiccion* del gefe del puerto. Antiguamente la España tenia apostaderos de este género en todas sus posesiones ultramarinas, donde habia un virey, ó capitán general: perdidas la mayor parte de sus colonias, no tiene en el dia mas que el de la Habana, el de Puerto-Rico y el de Cavite en las islas Filipinas, á tres leguas de Manila. En diciendo que los comandantes generales de estos puntos son gefes superiores militares con auditor, se deducen fácilmente todas las consecuencias legales que caen dentro del fin de la ENCICLOPEDIA.

En sentido análogo á apostadero, *apostar* se es colocarse una fuerza terrestre ó marítima en observacion, acecho, ó descubierta en un punto determinado, por donde se teme avenida del enemigo: *apostar* es destinar ó destacar tales fuerzas con el indicado fin.

Hablando en general hemos dicho que los apostaderos se establecen en las colonias ó puntos muy apartados de las metrópolis. Alguna vez sin embargo se llaman así los departamentos ó capitanías generales de marina, cuando por razon de economía, por ejemplo, son reducidos á comandancias de marina, como recientemente sucedia en España respecto de los departamentos del Ferrol y de Cartagena, denominándose entonces por lo tanto *apostaderos*.

APOSTASIA: APOSTATA: APOSTATAR. Apostasia es una voz griega que significa *desercion*. En un sentido lato se emplea para espresar el abandono de una creencia, secta ó profesion en el orden religioso; de una bandera, partido ó sistema en el orden político; y con mas ó menos propiedad se usa tambien alguna vez en otro género de asuntos no políticos ni religiosos, para indicar que se ha mudado de opinion, profesion, etc.

El abandono sin embargo de una creencia herética, gentilica ó en cualquier sentido errónea, para abrazar de lleno la fé católica, con respecto á esta se llama *conversion*; respecto de aquella *abjuracion*; en ningun caso *apostacia*. Nace esta diferencia de la reprobacion con que queremos notar las creencias falsas ó anticatólicas, y el respeto debido á la religion verdadera, siendo como es, la voz *apostasia* un nombre de odiosidad.

Por esta razon precisamente en su sentido específico se emplea para espresar el abandono de la fé católica, no hallando para este efecto, dicen los canonistas, otra mas ignominiosa y atroz. *Apostata, nomen est detestabile, et graece nescientibus atrocius quod latiné dicitur transfuga, rebellis*. Apóstata, pues, en el sentido canónico es el que abandona la creencia católica que habia abrazado; y tambien, como en breve veremos, el clérigo ó monge que abandona su estado clerical ó religioso. Entre nosotros el apóstata de la fé se llama tambien *renegado*.

Por las leyes de la Iglesia, la apostasia es siempre delito, esto es, ademas de ser punible en el *foro interno* ó de la conciencia, como toda contravencion á las leyes divinas, lo es tambien en el *externo*.

Entre los delitos llamados eclesiásticos, es por su gravedad y trascendencia reputado el primero, siguiéndole el de heregia para diferenciar así el abandono absoluto de la fé católica; de la duda, ó el error obstinado sobre algunos de sus dogmas solamente.

Por derecho civil se comprende que ha de serlo en aquellos estados en que la religion católica sea la única y esclusiva, como en España. Donde la religion no es única, será ó no delito, segun el favor que merezca á los ojos del legislador la religion católica. En España por las indicadas razones fue siempre un crimen gravísimo. La mejor exposicion y reseña histórica que podemos hacer en este punto son las mismas leyes, que recopilaremos sucintamente, reservándonos hacer despues sobre ellas las observaciones oportunas.

La ley 17, tit. 2, lih. 12 del Fuero Juzgo,

establecia ya que el cristiano, y sobre todo si era hijo de cristianos, que se circuncidase ú observase los ritos de los judíos, fuera castigado con pena de muerte, añadiendo aun «que fuese penado de muy crueles penas;» queriendo decir al parecer que aun la de muerte se agravase con padecimientos especiales. Añadía también la confiscación, si los herederos fuesen culpables del mismo delito.

La ley 1, tit. 1, lib. 4 del Fuero Real parece se propuso desenvolver ó completar este pensamiento, cuando siete siglos después, añadiendo rigor á rigor, ordenaba que el que se hiciere moro ó judío ó hiciese moro ó judío á su hijo, muriese por ello «é que la muerte de este fecho á tal fuese de fuego.»

La ley 2 del propio título y libro, establecía contra el mero herege la misma pena de muerte por fuego.

Ley 7, tit. 24, Part. 7. El cristiano que se tornase judío ó herege, muera por ello, y hágase de sus bienes lo que esté dispuesto respecto de los bienes de los hereges.

Ley 4, tit. 2, id. El que renegando de nuestra fé se hiciese moro, muera por ello, y sus bienes, si no dejase herederos cristianos hasta el décimo grado, sean confiscados para la Cámara.

Ley 3, id. id. «*Apostata* en latín tanto quiere decir en romance, como cristiano que se hizo judío, et después se tornó á la fé de los cristianos. Et por que tal home como este es falso, é escarnecido de los demás homes, magüer se repienta non debe quedar sin pena.... et dijeron los sabios antiguos que debo ser enfamado para siempre, de manera que su testimonio nunca sea cavido: nin pueda haber oficio, nin logar honrado, nin pueda facer testamento, nin ser establecido por heredero de otro en ninguna guisa: et aun después desto decimos que vendida, nin donación que el oviese fecho, ó el ficiese á otro desde aquel día en adelante que hizo este yerro, non queremos que vala. Et esta pena tenemos que es mas fuerte á este atal, que si lo mataren, cá la vida deshonorada quel fará, le será por muerte en cada día non pudlen-

do usar de las honras, nin de las ganancias que ve usar diariamente á los otros.»

Es tan notable esta ley, que no hemos podido menos de copiarla literalmente.

Ley 6, id. id. Si una muger cristiana se hiciere judía, mora ó herege, la dote, arras y bienes comunes sean todos del marido; y viceversa si el marido cometiese dichos crímenes.

Ley 7, id. id. Si el que renegase de la fé y luego volviese á ella, no fuese acusado en vida, puede ser perseguida su fama por acción popular hasta cinco años después de su muerte. Si fuese acusado en vida, y se le probase el yerro, caigan sus bienes en comiso, según en otras leyes se dispone.

Ley 8, id. id. Si el renegado que se hizo moro hiciese algun servicio señalado á los cristianos, sea relevado de la pena de muerte: si después de eso se convirtiese de nuevo á la fé católica, sea relevado asimismo de las penas de infamia y de confiscación.

Ley 3, tit. 3, lib. 12 de la Nov. Recop. Los reconciliados por los delitos de heregía ó apostasía, ni los hijos de los que hubiesen sido quemados, ó condenados por dichos delitos, no pueden tener cargos públicos bajo las penas de los que egercen empleos ó cargos que no tienen, y de confiscación de bienes, lo cual se contará hasta la segunda generación por línea masculina, y hasta la primera por línea femenina, y en cuyas penas se incurrirá por el mero hecho, sin necesidad de proceso, sentencia, ni declaración, y todavía las personas quedarán sujetas á lo que el rey quiera hacer de ellas.

Hasta aquí el derecho antiguo. A graves consideraciones dá lugar una legislación tan severa, tan complicada, y sostenida sin embargo al través de tantos siglos. Vemos las severísimas penas establecidas por el Fuero Juzgo y Fuero Real. Las de Partida mitigaron algun tanto al parecer esta severidad; pero ellas mismas parece también que quisieron atenuar esta templanza con otro género de rigor, fundado en nuestro concepto en una errada política. Si se castigaba hasta

APOSTASIA.

271

con excesiva severidad el abandono de la fé católica; si tal era el celo, y el respecto tributado á esta, debía facilitarse el retorno á ella, y hacer posible el arrepentimiento, en vez de aumentar los obstáculos. Y sin embargo la ley 5 del título y Partida antes citados declaró *infamado para siempre* al cristiano que hecho moro ó judío, volvía de nuevo á la fé católica. Quedaba inhabilitado por tanto para poder declarar, y su testimonio no hacía fé: no podía obtener cargo público ni asiento honorífico: quedaba privado de testar, y de ser instituido en ninguna forma ni por nadie: y eran nulas las ventas y donacion hechas por él, ó en su favor, desde su apostasia en adelante. A beneficio de este conjunto de penas, se le relevaba de la muerte; pero *«esta pena, dice la ley, refiriéndose á la infamia y las demas, tenemos que es mas fuerte á este alal, que si lo malassen, cá la vida deshonorada quel fará, le será por muerte de cada día, non pudiendo usar de los honores, nin de las ganancias que ve usar comunalmente á los demas. Parece imposible tanta filosofía y tal error de aplicacion. Es de notar que en esto la legislacion civil seguia en gran parte á la canónica, como luego veremos. El pueblo á su vez, por un celo puro en su origen, pero no hermanado con la caridad cristiana, vertiendo todo el veneno del apodo sobre la frente y la existencia del que creia no poder mirar sino como hombre de maldicion, llamaba á los así convertidos, conversos, tornadizos, marranos; denominaciones todas centumeliosas y de ignominia; y las corporaciones civiles, las cofradías, y hasta los cabildos eclesiásticos, invocando el mismo principio, les cerraban sus puertas. Hemos hecho esta ligera digresion porque no puede tratarse con imparcial criterio de nuestra antigua legislacion, sin fijarse especialmente sobre este y otros puntos análogos de la misma, aprendiendo así cuanto puede el espíritu del siglo sobre las leyes, cuando parece que al contrario debía ser formado y dirigido por ellas.*

Sin guardar una rigurosa conformidad con el principio de no confiscacion, y abandonando la razon del Fuero Juzgo de que el

temor de perder la herencia obligaria á los herederos á retraer al renitente del propósito de apostatar, la ley 6 del título y partida antes citada estableció el confisco en favor del marido, si la muger se hacia mora ó judia; y vice-versa, aplicando al consorte que permaneciese en la fé la dote, *atras y cuando los bienes pertenecian al apóstata, cuando lo lógico era que pasaran á sus herederos no culpables. Y si por otra parte hubiera de concederse algo á la humana flaqueza, á las sugerencias de la codicia, y al tedio tal vez de una union no afortunada, ¿quién mas en posicion que el marido, y vice-versa que la muger para impulsar, en vez de evitar el extravío del otro consorte, cuando de ello se esperase tan cuantioso lucro?*

Llevando hasta el último punto el rigor ya desplegado, y cerrando mas y mas la puerta sin quererlo sin duda, al arrepentimiento, la ley 7 siguiente estableció, no solo accion popular contra el converso, sino que si hubiese sido tan afortunado, que no hubiera sido acusado en vida, podia serlo por cualquiera hasta cinco años despues de su muerte.

La ley 8 establece que si el apóstata que se hizo moro prestase algun servicio señalado á los cristianos, y se convirtiese á la fé, queda libre de la pena de infamia y de todas las demas. Prescindiendo de la incoherencia en los principios, si la gracia concedida por esta ley no fuese estensiva á los conversos de quienes se trata en la anterior, lo cual ella no espresa, la contradiccion seria manifiesta.

No podemos prescindir de notar aquí lo inexacto y vicioso de la definicion de *apostasia*, dada por la ley 5, antes mencionada, y que hoy haria poco menos que inútil, y en la mayoría de los casos inaplicables, las disposiciones del Código penal sobre este delito. *Apóstata en latin, dice la citada ley, tanto quiere decir en romance como cristiano que se fece judío ó moro, etc., despues se tornó á la fé de los cristianos.*

La ley toma la especie por el género: un caso por los muchos que pueden ocurrir. Puede abandonarse la fé católica, sin abrazar otra creencia: puede abandonársela, abra-

zándola; pero sin convertirse en enemigo ni perseguidor de los cristianos: puede, en fin, en cualquiera de los casos lanzarse el apóstata á este vituperable empeño. Mas para cometer el delito de apostasia basta el mero abandono de la fé católica. Los demas serán nuevos hechos punibles ó circunstancias que agravasen el caso; y así, tan apóstata es en la esencia del hecho el cristiano que se hace ateo, como el que abraza otra creencia; y no lo hubieran dejado de castigar las mismas leyes de Partida, ni dejaban de hacerlo las eclesiásticas; si bien la antigua legislación se acomodó en general al definir la apostasia, á lo que era mas comun y mas de temer en España por el contacto necesario y continuo con moros y judios.

La material lectura de nuestras antiguas leyes relativas al grave delito de apostasia inclinan á tacharlas, mas que de energía, de severidad y rigor, y aun de nimia crueldad; y se las podría hallar mas crueles, comparándolas con las legislaciones modernas sobre el mismo punto. Es menester, sin embargo, no perder de vista que esas leyes vienen á ser juzgadas, algunas de ellas despues de doce siglos; y las que menos seis, despues de que fueron hechas. Distinguiendo las épocas, se hallará que el rigor, la falta de coherencia alguna vez con los principios, la crueldad nimia, si fuese efectiva, serian consecuencia de los tiempos, mas bien que vicio de las leyes. Al aplicar el criterio legal y filosófico á este periodo de nuestra legislación, no es posible perder de vista, primero el fervor religioso, hasta exagerado en los primeros tiempos de una creencia: segundo que cuando por la índole de las costumbres y de los tiempos se prodigaba por no grandes motivos la pena de muerte, el no establecerla, ó cualquiera otra de las de primera gravedad, contra los apóstatas, hubiera parecido poco aprecio y respeto hácia la religion del Estado: tercero que algunas de esas leyes fueron hechas en aquellas cortes-concilios en que entraba por tanto el sentimiento religioso y el elemento eclesiástico: cuarto el contacto íntimo y necesario con enemigos acérrimos y peligrosos de la fé ca-

tólica, como los moros y judios: y por último que hechas varias de esas leyes en una época de verdadera transicion, y por tanto de abusos, males y errores envejecidos y sin remedio; ni son ni pueden ser dichas épocas las que se distingan por la coherencia con los principios.

Menos satisfactoria explicacion admitirian las leyes, que pasados ya los tiempos de transicion, continuaron ese rigor, al parecer excesivo, que otras, bajo el imperio de tales circunstancias habian adoptado, si la filosofía y la esperiencia no enseñaran que hay pocos odios mas enérgicos que los odios de religion, y este fue, sin embargo, por muchos años y aun siglos el estado de las cosas en España por la coexistencia de las razas mora y judia en una nacion de cristianos, que siempre se ha distinguido, ademas por la energía y pareza del sentimiento religioso. A impulso de esta causa continua hasta se llegó á prohibir con severas penas la conversion de los moros, tártaros ú hombres de cualquiera secta religiosa al judaismo, y los que lo hiciesen ó procurasen lo hiciesen otros, quedaban por el hecho reducidos á cautiverio, y á la libre disposicion del rey (1).

Los reyes católicos ampliaron el principio de escluir á los apóstatas de todo cargo público y honorífico, haciendo de estos una prolija enumeracion, en que se comprendia hasta el oficio de alguacil (2): y sobre las muchas y muy severas disposiciones que contra moros, judios, apóstatas y hereges comprenden los títulos 1, 2 y 3 del libro 12 de la Novísima Recopilacion, se adoptaron como remedio radical las medidas imponentes y sobremanera trascendentales de la espulsion de moros y judios y el establecimiento del tribunal de la Inquisicion.

Despues de algunos siglos el antagonismo religioso, las causas de irritacion constante habian desaparecido: revoluciones de diversos géneros cambiaron la faz de la Europa: en mejor ó peor sentido infinitas

(1) Ley 1, tit. 1, lib. 12 de la Novísima Recopilacion.

(2) Leyes 3 y 4, tit. 5, lib. 12 de la Novísima Recopilacion.

APOSTASIA.

275

ideas recibieron otra apreciación: y la moderna legislación penal de las naciones es totalmente otra en cuanto á los delitos contra la religion. Segun el sistema religioso y político de cada pueblo, así es su legislación sobre este punto: en algunos códigos penales, por tanto, casi se prescinde, ó se prescinde del todo de los delitos contra la religion: puede decirse que por regla general no tratan de la *apostasia*, como con mayor estension diremos en su lugar oportuno. España sin embargo, fuertemente adherida al principio católico, ha mantenido y mantiene la religion única, y su nueva legislación penal se distingue en este punto, segun era indispensable, de la de todas las naciones: sus códigos penales de 1822 y el que le ha sustituido en 1848, establecen penas contra el delito de apostasia; pero totalmente diversas de las antiguas, y en lo sustancial, asimiladas á las penas de la Iglesia.

Y con efecto, el artículo 255 del Código penal español de 1852 establece que: «El español que apostatase de la religion católica apostólica romana, perderá todos los empleos, sueldos y honores que tuviese en el reino, y será considerado como no español; pero si volviere voluntariamente al seno de la Iglesia, recobrará su condicion y honores, y podrá obtener otra vez sus empleos y sueldos, si el gobierno quisiese conferírselos.»

El artículo 2 de la ley de 17 de abril de 1821, ordenaba, sin embargo, que el que conspirase directamente y de hecho á establecer otra religion en las Españas ó á que la nacion española deje de profesar la religion católica apostólica romana, será perseguido tambien como traidor, y sufrirá la pena de muerte. Los demas delitos que se cometan contra la religion serán castigados con las penas prescritas, ó que se prescribiesen por las leyes.»

El artículo, en fin, 156 del Código penal vigente, ordena que: «el español que apostatase públicamente de la religion católica apostólica romana, será castigado con la pena de estrañamiento perpétuo.

«Esta pena cesará desde el momento en que vuelva al gremio de la Iglesia.»

Hemos dicho que en estas penas modernas hay analogía en lo esencial con las penas de la Iglesia. Y en efecto, el apóstata por su propio hecho se pone desde luego fuera de la sociedad eclesiástica, pues reniega del principio que es su emblema y su base cardinal; pero todavia la Iglesia le declara escluido de derecho por medio de la excomunion. Los códigos españoles citados han adoptado una pena análoga: eliminan de la sociedad política al apóstata por medio del *estrañamiento*, segun puede verse en los artículos antes copiados 255 del de 1822, y 156 del de 1848. En uno y otro se deja ademas abierta la puerta al arrepentimiento, cesando la pena y sus consecuencias, si el apóstata volviese al gremio de la Iglesia.

Al lado de esto tenemos, es verdad, la ley famosa de 17 de abril, que castigaba con la pena de muerte al que conspirase para mudar la religion del Estado, que era la católica; pero es cierto tambien que esa ley se dictó bajo el imperio de circunstancias las mas apremiantes, y que al designio de hacer cambiar la religion del Estado, se llega en el hecho criminoso que ella se propuso castigar, el delito de traicion ó de rebelion.

Escribiste en su Diccionario razonado asienta una opinion que puede fácilmente inducir á error, y que la autoridad de que goza dicho autor nos obliga á rectificar.

«*Todas estas disposiciones*, dice, despues de haber hecho mencion de las leyes del Fuero Juzgo, Partidas y Novísima Recopilacion, relativas al delito de apostasia, han *caducado ya, y no son mas que históricas. No hay en estos tiempos quienes quieran hacerse moros, ni judíos, ni cuando se han de dar los oficios públicos se va á buscar el origen de los candidatos.*» El autor, como se ve, admite sin explicacion la definicion de *apostasia*, dada por la ley de Partida, y ya hemos notado hasta qué punto es viciosa y errónea. Da todavia á dicha definicion mas fuerza que la que le dió la ley, asentando que en virtud de aquella *no se entiendo por apóstata*

sino el cristiano que se hizo moro ó judío, cuando la ley, al hablarse, como queda dicho, del delito de que estamos tratando, hizo mas bien una enunciativa, una version del latin, bien que á todas luces equivocada, que una declaracion y en ningun caso una declaracion taxativa y esclusiva, lo cual hubiera equivalido á sancionar la impunidad en infinidad de casos.

Puede tambien inducir á error la asertiva de que en la provision de los oficios y cargos de honor, no se va á examinar si los candidatos son moros ó judíos. No se examina lo que se dá por sentado; y en tales casos se hace un supuesto que es constitucional y legal. No puede obtener cargos públicos el que no es ciudadano español; y no puede ser ciudadano español el que no es católico romano. Hechos recientes, públicos y solemnes patentizan si se examina ó no la creencia de los aspirantes: diariamente se hace ese exámen para conceder ó negar cartas de naturaleza, y diariamente tambien se estan negando por no ser católico el pretendiente.

Trayendo ahora la cuestion al terreno de los principios, examinada como tesis general, á la luz de la razon y de la filosofía, diremos que para los fines temporales y sociales, la peor de las apostasias es cabalmente la que para en el ateismo. Todas las sectas creen algo que respetan: creyendo y respetando, temen y esperan: tienen por tanto algun género de moralidad: moralidad que se acerca más á los fines sociales, si está en la base de la creencia la existencia del Dios único, la cual sola, aun mal comprendida, es la ley tácita del hombre y de la humanidad; mientras el ateismo es la muerte de todo sentimiento trascendental, la negacion de todo lo que habla á la conciencia del hombre.

En cuanto al artículo del Código penal, unos lo han censurado por defecto: otros por exceso: otros, en fin, bajo el punto de vista de los resultados prácticos, como un mero homenaje á los principios.

La primera censura no es fundada. Esta censura es la que se hace al Código en

general de ser poco eficaz, poco estensivo, de propender mas bien á la lenidad que al rigor, en los excesos contra la religion. Los patronos de esta opinion, censurando el Código y el artículo en cuestion por defecto, pecan ellos por exceso, aun cuando este exceso sea de celo, por otra parte loable. La Iglesia sola es la que castiga alguna vez el pecado y el delito, y aun eso en distinta forma despues de la primitiva disciplina, y de haber admitido la distincion de foro *interno y externo*. La ley humana tiene que limitarse, y se limita al delito, al hecho exterior, único apreciable en forma jurídica; dejando á Dios y á su Iglesia la residencia y el castigo del pecado. Dos observaciones se ofrecen aquí á la crítica mas apasionada: primera, que la pena establecida por el Código contra la apostasia, es en un todo análoga á la canónica, pues lo que es la *excomunion* en lo eclesiástico, eso mismo, salvo la diferencia de fines, es el *extrañamiento* en lo político y social, pues es lanzar la sociedad de su seno al miembro corrompido que antes ha renegado de ella; y segunda que de todos los códigos penales modernos, no hay ninguno mas riguroso en delitos y errores contra la religion que el español, como veremos al reseñar la legislacion estrangera en este artículo y sus análogos, y especialmente en el de *religion*.

La segunda censura contra el artículo del Código es tan infundada como la primera. Sin tal vez apercibirse de ello sus autores, se resiente de las tendencias exageradamente filosóficas, ó tibiamente religiosas, de los últimos tiempos. Si debe fomentarse todo lo que civiliza; reprimirse todo lo que deprava; utilizarse todo lo que vigoriza las buenas costumbres, y con su irresistible sancion hace inviolables los pactos y santifica las obligaciones, ¿por qué será impropio de un código, tan filosófico como se queria, en el buen sentido, y aun en un sentido exagerado de esta enunciativa, con tal que no rechace los principios, el ocuparse de los excesos contra la religion? ¿Cómo dejar de todo punto para la otra vida el remedio de males que le necesitan en esta?

APOSTASIA.

273

¿Cómo no establecer sancion penal para lo que antes ha sancionado la Constitucion politica del Estado, y sabido es que todas nuestras constituciones declaran como religion esclusiva de los españoles la católica apostólica romana? Y añadimos que aun sin eso la religion y el culto público no pueden ser nunca preteridas, ni objeto indiferente en ningun Código penal sin un esceso de filosofismo funesto.

Con lo dicho puede darse por contestada la tercera opinion, que no queremos llamar censura del artículo del Código. Ciertamente que los casos de apostasia serán por fortuna rarísimos; y si es un principio de derecho que las leyes se hacen para lo que ordinariamente sucede, poco necesitarian los opuestos al artículo para deducir que por nuestras mismas concesiones es ocioso. Sin embargo, es una verdad ya demostrada, que si en todo caso el artículo hubiera debido consignarse, todavia conviene no perder de vista que en un pueblo que está entrando en comercio y trato abierto con todas las naciones, con individuos y clases de opuestas creencias, que tiene un contacto necesario con los estados infieles de las costas de Berberia, si la apostasia es mas rara, es en gran parte porque está y ha estado siempre penada; siempre al renegado salen y han salido al paso nuestras leyes.

Fundan otros la tercera observacion en la difícil prueba del delito de apostasia, pues nadie será tan necio que la verifique *públicamente*; y solo la apostasia *pública* es punible segun el Código.

Es esta sin duda la cuestion que habrá que ventilar casi siempre que se trate de castigar el delito de apostasia, y no es pequeña la dificultad que su resolucion ofrece, segun el estado de la legislacion.

Antes del Código penal, la autoridad judicial tenia un poder omnímodo para apreciar lo que reputaba punible, por la ilimitada aplicacion que podia hacer de las reglas de prudencia, en la apreciacion del hecho y en la graduacion de la pena.

Hoy la culpabilidad y la penalidad tienen, digámoslo así, tasa y medida fija por el

Código. Antes podia tenerse por público todo lo que podia ser probado por dos testigos; hoy la nueva legislacion requiere alguna vez mas que eso, y la cuestion actual se reduce á examinar si la disposicion del Código es aplicable en este punto al delito de apostasia.

Al establecer el Código que la apostasia punible es la *pública*, no ha determinado específicamente el grado y circunstancias de esta publicidad. Pero establece en el artículo 385 (1) «que entonces la calumnia y la injuria por escrito, se reputarán hechos con *publicidad*, cuando se propagasen por medio de papeles impresos, litografiados ó grabados, por carteles ó pasquines fijados en sitios públicos, ó por papeles manuscritos, comunicados á mas de diez personas.» Despues en el artículo 6 del real decreto con fuerza de ley de 22 de setiembre de 1848, se declara «que definido una vez en el Código un delito, cualidad ó circunstancia, siempre que el mismo Código hablase de aquel, ó de estas, se estenderán definidas en los propios términos.» ¿Inferiremos de aquí estar definido que en todos los casos la publicidad consiste en que un hecho, por ejemplo la apostasia, llegue á conocimiento de diez personas por lo menos? Creemos que no; sino únicamente en el caso espresado en el artículo del mismo Código, esto es, cuando un hecho se haga notorio por papeles manuscritos. Cuando por este medio empieza á ser conocida ó divulgada la apostasia de uno, entonces se entenderá realizada públicamente para poder castigarla con arreglo al Código, cuando el manuscrito sea comunicado á mas de diez personas: en los demas casos la apostasia se hará pública como cualquiera otro hecho punible, y podrá deducirse por hechos opuestos, como por ejemplo haberse circuncidado, ejercer el sacerdocio de una secta, etc.

Y aqui se presenta una segunda cuestion de consideracion é importancia, que necesariamente tendrá que ocurrir en la práctica, á saber: el que se afiliasc en una secta,

(1) Todas las citas que hiciéremos del Código poseen con arreglo á la edicion reformada de 1850.

protestante por ejemplo, ¿sería apóstata ó solo herege? No le hace que esta cuestion parezca ociosa en términos canónicos; pues no hay duda en que no es lo mismo abandonar un dogma que todos. Debe tenerse sin embargo presente, que no obstante ese principio, en el mismo derecho canónico se llama apóstata al cismático, que de todos los dogmas cristianos no niega sino la autoridad universal del Papa, y su preeminencia de cabeza visible de la Iglesia, y eso en un caso particular las mas de las veces, ó respecto de un pontífice determinado. Hay que tener presente que sin resolver esta cuestion de un cierto modo, esto es, diferenciando entre la apostasia, esencialmente canónica, y la política, ó en el orden constitucional y legal, el Código sancionaria un contraprinzipio constitucional, y la impunidad en la mayoría de los casos, por lo que hace á los delitos contra la religion del Estado. En tal supuesto, decimos, que el que se afiliase en una secta protestante, es sin duda herege en el sentido canónico; pero apóstata en el del Código penal, que trata del que abandona la religion cristiana bajo los tres connotados de *católico apostólico romano*, y por tanto la religion de los españoles, la religion del Estado. Tal es el tenor literal de la ley penal española. Para sostener esta doctrina, sin embargo, era necesario que el Código hablase solo de apostasia y no de heregia; mientras parece que en el artículo 150 habla de los hereges. ¿Inferiríamos contradiccion entre este artículo y el 156, que en su literal contesto habla de la apostasia? Porque no hay duda en que deja de ser *católico apostólico romano*, el herege, el que se afilia en cualquiera secta, aunque sea cristiana. En ese caso tendríamos castigados con penas bien desiguales al herege y al apóstata, aun cuando uno y otro dejen de ser *católicos romanos*. Volvemos á repetir que el artículo 156 es terminante en declarar apóstata para los efectos penales del mismo al que abandona la religion *católica apostólica romana*; y no hay duda que abdica esas cualidades el que se hace protestante, ó se mancha con cualquier otro gé-

nero de heregia. ¿Diremos para salvar todas las dificultades, que los hechos á que se refiere el artículo 150 son reputados por el Código, mas bien como actos *irreligiosos* que como heréticos, esto es, como *inobservancia* de las obligaciones del cristiano, y no como abandono del dogma? Desde luego el artículo 150 no resiste esta inteligencia. El que *crece y sostiene* con tenacidad errores condenados por la Iglesia, es herege sin duda. El citado artículo sin embargo no habla de *sostener*, sino de *publicar* dichos errores. Hay ademas que en ningun caso este artículo comprenderia todas las heregias; resultando de ello que el Código condenaba una sola de las infinitas especies de ellas, mientras por el hecho autorizaba las demas, pues que segun el mismo no es delito sino lo que expresamente está por él declarado así: y no debe por último perderse de vista para la cuestion la ligera pena con que dicho artículo castigaria el delito grave de heregia, si fuese tal el único hecho punible que menciona, si bien agrava aquella considerablemente en la reincidencia. De todos modos esta es una cuestion importante que merece esplanarse, y nosotros lo haremos al tratar de la heregia. Si entonces hallásemos, como hallaremos, que esta no tiene sancion especial en el Código, inferiremos necesariamente que viene comprendida en la enunciativa general *apostasia*. Entre tanto, creemos que el tribunal que se atenga al tenor literal del artículo 156, respecto de todo el que abdique las cualidades de *católico apostólico romano*, hará bien; pues que este artículo no decide sobre el dogma, ni conforme á los ápices canónicos; sino civilmente, estableciendo una garantía en favor del principio constitucional, de la religion católica apostólica romana, que es la de los españoles, con exclusion de otro culto.

Concedemos que hay cierto rigor en esta doctrina. Bien sabemos que algunos de nuestros autores opinan, ó parecen opinar, que el artículo 150 habla, no de malos católicos, sino de verdaderos hereges, esto es, de individuos que en ese caso dejarían de ser *católicos apostólicos romanos*, y que sin em-

APOSTASIA.

277

bargo, no reputándolos comprendidos en el artículo 136, continuarían siendo ciudadanos españoles. Pero si hay rigor en la opinion enunciada, no está en nuestra doctrina; este rigor nace lógica y necesariamente de los principios, del tenor de la Constitucion política, de la confrontacion de los mismos artículos del Código entre si. No hay medio de salvar la abierta contradicción entre ellos, y en conciliarlos con la Constitucion del Estado, sino por la diferencia por nosotros establecida entre *actos de irreligion*, entre la *violacion del precepto y el abandono absoluto del principio*: el artículo 136 no puede tener otra inteligencia. Sino, preguntaremos ¿puede recibir carta de naturaleza y adquirir la cualidad de ciudadano español el que de notoriedad, por profesion, sea y haya de continuar siendo protestante, ó herege de cualquiera otra secta? De ninguna manera. Pues ¿cómo continuarían siendo ciudadanos españoles los que públicamente, apartándose de la creencia católica romana, se hiciesen hereges ó protestantes? La clave aquí para la solucion de todas las dificultades no es precisamente la índole canónica el hecho, sino su carácter civil y constitucional, que en este punto pende todo de la ley: és que la Constitucion política y las leyes constitucionales han establecido como requisito indispensable para ser ciudadano español, el ser *católico apostólico romano*, y esta cualidad se pierde lo mismo por abandonar todos los dogmas, que por abandonar uno solo. El rigor, pues, de los principios, la letra de la ley, la fuerza de las cosas, autoriza las siguientes deducciones: 1.ª el Código no habla específicamente de la heregia; 2.ª No pudiendo establecer la impunidad de ella, por cuanto es contra el principio constitucional, debe reputársela comprendida en la apostasia, castigada por el artículo 136; por la razon ya indicada de que así se pierde la cualidad de *católico apostólico romano* por abandonar todo el dogma cristiano, como por el de una parte de él; 3.ª el artículo 136 del Código debe ser entendido jurídicamente, como si dijese: «*el que espontáneamente y de público hiciere lo necesario para perder la*

cualidad constitucional de cristiano católico apostólico romano, y por tanto la de ciudadano español, sea estrañado de estos reinos.

Si todavía esta opinion pareciese algun tanto violenta, téngase presente que siempre todos los derechos, incluso el canónico en lo que hace al fuero eterno, como en breve veremos, han castigado al apóstata y al herege con las mismas penas.

También puede ser objeto de duda el sentido práctico de la palabra *públicamente* empleada como sacramental por el artículo del Código: «*El Español*, dice, *que apostatase públicamente, etc.*» La version literal del artículo parece ser que la apostasia se realice por un acto especial *ad hoc*, llamando la atencion pública sobre si el que lo ejecuta, y no deduciéndose de los hechos. Así parecen opinar algunos de nuestros comentaristas. Nuestra opinion es que así se sanciona la impunidad, pues ninguno ha de ser ni tan protervo, ni tan necio, que pudiendo tan fácilmente eludir la pena de la ley, la pida á voces. Eso seria aun mas que protervia. Seria un cinismo que no autoriza á suponer el carácter, ni las costumbres públicas de los españoles, aun de los menos aprensivos en materias religiosas. Suponer por otra parte tal exigencia de la ley solo en el delito de *apostasia*, argüiria cierto despego odioso hácia la religion del Estado, pues que para los demas delitos no se exige ese género de publicidad, sino el que de público conste y puedan probarse. La mira del Código, pues, al espresarse así, no pudo haber sido otra, sino anunciar que debe respetarse el secreto de las conciencias: que no ha de inquietárselas para ver si son culpables; pero no que no hayan de llegar á serlo cuando conste la delincuencia porque el pensamiento se haya convertido en hecho. Así la version práctica, jurídica, de la espresion *apostatarse públicamente*, debe reputarse equivalente á esta: «*el que con hechos públicos y positivos manifestase ó diese á conocer haber abandonado el catolicismo, siéndolo probado, sufrirá la pena de estrañamiento etc.*» En una palabra, si la disposicion del Código no ha de ser un estéril homenaje al princi-

pio, sino una resolución práctica, cómo deben serlo siempre las de las leyes, y mas en materias tan capitales, no es el sentido del artículo 136 que el hecho cardinal de la apostasia haya de realizarse *públicamente* tomando esta palabra como una *solemnidad ritual* para perpetrar el delito; sino que sea notorio y conocido, que pueda probarse por hechos positivos, sin cuya circunstancia no podrá procederse.

Y aquí tenemos resuelta otra cuestión de índole delicada, á saber: ¿hasta qué punto la autoridad judicial ha de respetar, no ya el secreto de la conciencia, sino aun el secreto doméstico? Grande es la circunspección que en este punto necesitan los tribunales, si bien no sería menos opuesto al fin de la ley el abuso de la circunspección que el abuso de autoridad. La solución de la cuestión es sencilla. Mientras no se trata mas que de secreto, la autoridad ha de respetarle absolutamente, y decimos mal, aunque no hacemos mas que plantear la cuestión como suele plantearse: el secreto en el sentido en que vamos hablando, es una entidad negativa: consiste en no constar á la autoridad, como tal, nada punible. El respeto en este caso equivale prácticamente á no proceder sin motivo legal, lo que por cierto no es un privilegio solo de los delitos contra la religión. En ellos, como en todos, la razón justa de proceder son solo los hechos, pues que estos y no los pensamientos son del dominio de la ley. Si, pues, la apostasia privada, ó tomando la cuestión en los términos en que suele proponerse, si el pensamiento, la apostasia interna se convierte en un hecho notorio, si el secreto doméstico se trasluce, si uno ó mas domésticos escandalizados denuncian á la autoridad un culto doméstico reprobado, la cuestión se traslada ya al terreno de los hechos justiciables, y la autoridad puede proceder, sin mas diferencia que la establecida por nosotros en el artículo agente diplomático, y es, que el extranjero no católico, autorizado para residir, como un embajador protestante por ejemplo, los individuos de una legación extranjera, los súbditos mar-

roques, etc., no pueden ser inquietados por su creencia, ni por el culto privado y puramente doméstico de la misma; pero un español no se hallará nunca en ese caso, llegando á conocimiento de la autoridad por medios legales, pues que el secreto ya no lo es, y porque por el artículo 364 nuevamente añadido al Código, es justiciable todo hecho contra las buenas costumbres. Así un español puede ser apóstata en su conciencia, y solo Dios le pedirá cuenta: puede serlo en sus hechos privados domésticos, mientras sean un secreto absoluto: en recibiendo publicidad por medios legales, que es decir, por hechos y no por pesquisas ó inquisición arbitraria; sin otro fundamento que el recelo que la sospecha privada, la autoridad puede y debe proceder, y puede proceder también respecto de los extranjeros no católicos, ya residentes por un título público, ya domiciliados ó transeúntes, que no limiten el ejercicio y prácticas de su creencia á una absoluta reserva y aislamiento; á los primeros está prohibida la publicidad: y á todos el escándalo y la propaganda.

Dispone por último el repetido artículo, según hemos indicado ya, que la pena en él establecida, cesará desde el momento en que el apóstata vuelva al seno de la Iglesia, de donde nace otra cuestión práctica, á saber: si la pena cesa con reintegración ó sin ella. La solución es fácil. La cesación de la pena en este caso no es una *restitución ni integración*. Han corrido los efectos de la cosa juzgada, mientras ha subsistido su causa, y cesan cuando esta cesa. Así, pues, si el apóstata, por ejemplo, hubiera sido poseedor de un mayorazgo, cuyo disfrute exigiese de necesidad la cualidad de español, un usufructo, etc., no podrá reclamar los frutos y rentas percibidos y debidos percibir por el legítimo sucesor, durante el tiempo transcurrido de la condena.

En lo canónico la palabra *apostasia* ha tenido y aun tiene la misma significación, ya genérica, ya específica, ya antonomástica, que queda mencionada. En el primer sentido, San Cipriano llama apóstatas á los

APOSTASIA.

279

ángeles malos: San Agustín al primer hombre: Tertuliano denominaba *apóstatas de la verdad* á los que erraban voluntariamente en la primitiva Iglesia sellamaban apóstatas, y eran castigados en tal concepto, aunque con menos penas que los ya bautizados los catecúmenos; y lo propio se verificaba por el derecho civil, como se ve en la ley 2, título de *apóstatis* del Código Teodosiano: y muy posteriormente, sobre ser castigados con las mismas penas los apóstatas propiamente tales, que los hereges, fueron comprendidos igualmente, según algunos, en la misma calificación genérica contenida en el cap. *Excommunicamus*, tit. de *Hæreticis*, de las Decretales de Gregorio IX.

En el segundo sentido se llaman apóstatas los cismáticos que no son, sin embargo, si no hereges, y lo son también los clérigos y religiosos que abandonan su trage, religión y clausura, como en breve veremos.

Por antonomasia, en fin, se denominan apóstatas los cristianos que reniegan de la fé.

La apostasia, pues, es por derecho canónico de tres especies: apostasia de *perfidia*, de *desobediencia* y de *irregularidad*.

Apostasia de perfidia ó *apostasia de la fé*. Al definirla algunos autores canonistas incurren en el mismo defecto que hemos notado respecto de las leyes de Partida, suponiendo que la apostasia de *perfidia* consiste en abandonar la fé cristiana y abrazar el judaismo ú otra creencia, y aun convertirse en enemigo de los cristianos, como Juliano. Los cánones hablan alguna vez también en concreto, uniendo la deserción del gremio de la Iglesia, con la circunstancia de hacerlo para abrazar el judaismo ú otra creencia; pero pudo muy bien usarse de ese lenguaje para expresar la gravedad de las penas que para aquel caso dado se establecen, y ya también por la necesidad de atajar con mano fuerte los escándalos que mas frecuentemente ocurrían: los cánones en ese punto, y lo mismo á su vez las leyes civiles, han de considerarse como una legislación casuística, pues por lo demás la apostasia consiste esencialmente en el mero abando-

no de la fé cristiana: las demás circunstancias ó actos de subsiguiente perfidia, son solo motivos de agravación.

Es de notar que siendo la apostasia de perfidia el mayor entre los delitos contra la religión, hay poquísimos cánones compilados que hablen específicamente de ella, mientras son infinitos los que tratan de la heregia. Es sin duda por la mayor frecuencia con que se incurria, mas bien en un error en la creencia, que no en el abandono completo de ella. Los primeros concilios, sin embargo, desplegaron el último rigor contra los apóstatas, hasta el punto de ser censurada la primitiva disciplina, y muy especialmente la de la Iglesia de España, de nimiamente severa, citando para ello el canon primero del concilio Iliberitano, que dice: *placuit, ut quicumque post fidem baptismi salutaris, adultæ ætate, ad templum idolatraturus accesserit, et fecerit quod est crimen capitale, non in fine communionem accipere*.

Los autores se dividen en el modo de juzgar en este punto la primitiva disciplina, sosteniendo unos, como Natal Alejandro, que el indicado rigor no fue general ni propio de las grandes iglesias, sino de iglesias particulares, como la de España; y otros por el contrario. Todos citan ejemplos y cánones en su apoyo, y todos pueden citarlos. Nosotros hallamos mas fundada la opinion de los segundos, si bien ese rigor y severidad se explican suficientemente por la índole de los tiempos, por el estado de la sociedad política en aquellas épocas, y no menos de la sociedad cristiana, vejada con persecuciones deshechas y perturbadoras como las de Licinio, que motivó los cánones del concilio de Nicea.

Debe además tenerse presente, que no auxiliada la Iglesia en un principio, y antes perseguida por la potestad civil, tenía que concentrarse, digámoslo así, sobre sí misma, y como sociedad perfecta, atender al dogma y á la disciplina, á lo temporal y á lo eterno, castigando con una misma resolución el pecado y el delito. Tal fue el estado de la sociedad cristiana hasta Constantino, y aun el apoyo de este emperador era contrariado

por la persecucion de su colega y rival Licinio: aun vencido y muerto su rival, no se hallaba en libertad de perseguir abiertamente la apostasia, pues que temia disgustar y castigar de hecho á los gentiles de quienes necesitaba. Así, á pesar de su fervor naciente por el cristianismo, se le ve reducido á reparar los males de la persecucion de Licinio, y á establecer penas, no contra todos los apóstatas, sino contra los que abandonaban la fé católica para abrazar el judaismo.

La Iglesia entretanto combatía con sus propias armas, como antes y despues, sus infinitas contrariedades, mezclando el rigor y la clemencia, segun se lo aconsejaba y permitia la acervidad de los tiempos. Así, á mediados del siglo III los padres del primer Concilio de Cartago, celebrado por San Cipriano, decian: *hemos juzgado que no debe quitarse á los apóstatas la esperanza de la comunión, á fin de que su desesperacion no haga peor su caída... aunque debe dilutarse su penitencia... orar por ellos... y decidir segun las causas y las disposiciones de cada uno en particular.*

Medio siglo despues hemos visto la inextinguible disposicion del Concilio español de Elvira. Algunos autores, creen sin embargo, que la palabra *communio* usada en el canon citado, y que se habia de negar á los apóstatas, hasta en el caso de muerte, expresa solo la Eucaristía, y no la absolucion ó incorporacion del apóstata al gremio de la Iglesia. Otros, como Petavio, Sismondo y Morino con algunos mas, son de sentir que dicha palabra en los primitivos tiempos equivalia á la de absolucion ó reconciliacion con la Iglesia, en cuyo caso la determinacion del Concilio español no podia ser mas dura. Aun en este caso en España, como en toda la Iglesia, la disciplina se uniformó y dulcificó, y vemos progresivamente arraigarse la severidad elemente del Concilio de Cartago, graduando los casos y dejando la puerta abierta al arrepentimiento. Así el Concilio general Niceno estableció entre otras cosas en su canon oncenno: *Placuit Sanctæ Synodo, licet iniqui sint misericordiâ* (los apóstatas); *tamen*

aliquid circa eos humanitatis ostendi. Si quis enim ex animo pœnitent, tribus annis inter audientes habeatur: si tamen fideles sunt, et septem annis aliis inter pœnitentes sint: duobus item annis extra communionem in oratione sola participant populo.

El concilio ancirano continuó este mismo temperamento, distinguiendo los muchos casos en que puede hallarse el apóstata, esto es, si obró por temor, por vanidad, por intereses, por perversidad; si entró en los templos de los gentiles, si sacrificó á los ídolos; si el apóstata era presbítero ó solo diácono, ó subdiácono, etc., y sabida es la distincion de apóstatas bajo el punto de vista de castigar, ó disculpar mas ó menos su crimen, llamábanse *ultróneos* los que espontáneamente renegaban de la fé; *turificados*, los que llegaban á quemar incienso á los ídolos; *sacrificarios*, los que comian de la carne de los sacrificios; *libeláticos*, los que por medio de un amigo gentil, tomando su nombre sacrificaban, y obtenían atestado ó salvo conducto de haber abandonado la fé, el cual servia al cristiano meticuloso para eludir el confisco y la persecucion.

El Papa san Siricio en 584, en su carta á Himerio, decia: *apostulis quandiu vivunt, agenda pœnitentia est, et in último fœne suo reconciliationis gratiâ tribuenda.* Lo propio estableció el Concilio de Arlés; el Valentiniano y otros, y esa fue por último la disciplina universal de la Iglesia.

Pero la Iglesia misma, apreciando las exigencias de los tiempos, sustituyó el medio de las penitencias canónicas con otros. ha admitido la diferencia entre el fuero interno y el externo, y por tanto, las formas judiciales; y en la disciplina actual el herege y el apóstata, son castigados con las mismas penas, reducidas en general á la excomunion, degradacion on su caso, y pérdida de beneficios, gracias, y honores, privacion de sepultura eclesiástica, incapacidad para declarar, aun convertidos, en causas contra cristianos; y despues del siglo XII la confiscacion de bienes, aplicándolos al fisco eclesiástico.

El juicio eclesiástico no excluye el civil,

APOSTASIA.

281

ni al revés; pero es indudable que aquel tiene que modificarse hoy, salvo en las penas espirituales, pues que la confiscación de bienes se halla abolida por la Constitución del Estado, y la nota de infamia por el Código penal. V. **HEREGIA**.

Apostasia de desobediencia. Se incurre en ella cuando no se reconoce al Papa como cabeza de la Iglesia, ó se le niega la facultad de hacer cánones. No constituye, pues, esta clase de apostasia la mera no obediencia de lo mandado, sino la negación del principio, cuyo delito y error, por romper la unidad de la Iglesia, se llama *cisma*. Y aquí vuelve á renacer la cuestión, antes tratada, sobre la inteligencia del artículo 150 del Código penal. El apóstata de *desobediencia*, ó sea el *cismático*, no abandona toda la fé cristiana: abandona sin embargo lo suficiente para dejar de ser *católico apostólico romano*, y sin embargo, si no se le supone comprendido en la disposición del citado artículo 150, no tiene pena por el Código, y quiere decir, que cualquier español podría hacerse cismático impunemente, lo podría ser una parte de la nación, ó toda ella; y eso no obstante, sostenerse que estaba acatada la Constitución del Estado, en cuanto establece que la religión de los españoles es la *católica apostólica romana*.

Aquí se ve también que alguna vez el herege, según hemos indicado en su lugar, es reputado apóstata. El Cán. 1, dist. 22, dice así: *qui autem romanæ ecclesiæ privilegium ab ipso summo omnium ecclesiarum capite traditum auferre, hic proculdubio in hæresim labitur; et cum ille vocetur injustus, hic est di-rendus hæreticus*.

Si pues se niega el principio de autoridad, la apostasia de desobediencia se castiga con las penas de la heregia: sino se quebrantan ó desobedecen los cánones y mandatos del Papa por desprecio, la violación se castiga con excomunión y á veces con deposición. *C. Violatores*, 25. q. 1: *Cap. si quando de Rescript. cum non ab homine, de Judic. C. Generali de elect.* 6.

Apostasia de religion o de irregularidad.
TOMO III.

Cométese por los individuos del clero regular y secular.

Los primeros incurren en este género de apostasia, cuando despues de emitidos sus votos en una órden aprobada, dejan el hábito y la vida monástica. Estos, aun saliendo solo para estudiar, pero verificándolo sin licencia, incurren por el hecho en excomunión. Para reputarles apóstatas es necesaria sin embargo la contumacia, esto es, que hayan resistido á las amonestaciones de sus superiores para volver á su convento. En caso de volver, han de ser recibidos, aunque tambien castigados conforme á la regla y á los sagrados cánones.

El que abandona su convento para entrar en otro, no es apóstata.

No exime de apostasia el conservar el hábito de la órden y la tonsura, toda vez que se abandone la comunidad, y no se reconozca la autoridad de ningun prelado.

Los apóstatas de este género, sobre las penas de excomunión, incurren en irregularidad, pierden el privilegio del cánón, y pueden ser compelidos y encarcelados por sus superiores, impartiendo en su caso el auxilio del poder temporal.

Los clérigos seculares incurren en el crimen canónico de que vamos hablando, si teniendo órden sacro, y aun solamente órdenes menores, si tuviesen beneficio eclesiástico al abandonar el hábito clerical y las funciones de su estado, vivieren como legos y profanos. Los meramente tonsurados sin beneficio, pasan á otro estado impunemente y aun si tienen beneficio con tal que lo renuncien.

Desde luego se ve que esta especie de saludable rigor, hasta en la denominación del hecho, este rigor, decimos, acerca de un hecho que deja intacta la fé, tiene por objeto vigorizar la disciplina y revela las graves dificultades con que siempre se ha luchado y aun se lucha en este punto, motivo por el que uno y otro derecho, unas y otras potestades han hecho siempre empeño comun en reprimir el escándalo.

Por bula de Pio IV en 1558, se dispuso que los apóstatas debían renunciar á los be-

nelicios curados que tuviesen á su cargo ó que los ordinarios los declarasen vacantes, y que cuando tales apóstatas volviesen á sus conventos, llevasen un birrete negro con motas blancas para distinguirse de los demas, cuyo rigor sin embargo se mitigó con motivo del año santo que se aproximaba.

Pio V declaró que el que dejaba la religion antes de profesar, no era apóstata.

El título 9 de la Partida 7 y el 9, libro 1 de la Nov. Recop., contienen saludables determinaciones sobre el particular, entre ellas la de autorizar á la potestad secular á proceder á la detencion del clérigo ó religioso desertor ó apóstata, que por inmoralidad ó indisciplina abandone su traje y clausura, ó pernecten fuera de sus conventos, cuyas disposiciones, siempre por desgracia mal observadas, nó nos detenemos á esplanar, por haber de hacerlo en los artículos correspondientes.

El Concilio de Trento, que por el cánón *sfori privilegion non gaudeat*, priva del beneficio del fuero al clérigo que no lleva hábito clerical y tonsura abierta, establece en el capítulo 4, Ses. 23 de *regularib. Nec liceat regularibus á suis conventis recedere, etiam pretestu ad superiores suos accedendi; nisi abisdem missi, aut vocati fuerint. Qui vero sine prædicto mandato, in scriptis obtento, repertus fuerit, ab ordinariis locorum, tanquam de sessor sui instituti punniatur. Illi autem, qui studiorum causa ad universitates mittuntur, in conventibus tantum habitent; aliqui ab ordinariis contra eos procedatur.* Segun ya se previene en la Ses. 6, Cap. 5 y en la 7, Cap. 14.

Véanse ademas las disposiciones canónicas siguientes: Decretales de Gregorio IX; lib. 5, tit. 9 de *apostatis: C. ne religiosis de regularibus: C. Abbates*, 18 g. 2.

En cuanto á la ligislacion estrangera, merece especial atencion la de los romanos, ya por la época á que se remonta, ya por la influencia que ha tenido en las ligislaciones posteriores, pues que sobre ella se modelaron, digámoslo así, á su vez, primero la canónica y luego la de Partidas, siendo idéntico por lo tanto el rigor y los

medios de represion contra los que delinquian contra la religion. Pueden verse sobre el particular los títulos 5 al 12, lib. 1 del Código, y en especial el título 6 de *Apostatis*. Ya por la ley 2 del título 5, los *rebaptizantes* eran castigados con la última pena. Ahora por la ley 1 del título 6, el cristiano que se hacia judio, incurria en la pena de confiscacion de bienes; por la segunda el apóstata era privado de las facultades de testar, y sobre este punto podíá su crimen ser perseguido hasta cinco años despues de su muerte: por la tercera eran privados de todo trato y comercio con los demas: de la testamentifaccion activa y pasiva: de poder testificar en juicio, ni fuera de él: no habia nunca esperanza para ellos, ni remision por ningun género de espiacion ó sacrificio: y, *no los estrañamos de nuestros dominos*, dice el legislador, *porque reputamos mayor pena para ellos el vivir entre los demas, y estar privados, sin embargo, del trato y sufragios de sus semejantes*; siendo aqui de notar hasta la identidad de razones y de language entre nuestras leyes de Partida y las romanas: la ley 4 declara imprescriptible la accion contra el crimen de apostasia, reitera la prohibicion relativa á la testamentifaccion, y la estiende á las donaciones y ventas: la ley 5 imponía la pena de muerte y de confiscacion al que por fuerza ó por persuacion apartase á un cristiano de su fé, ya este fuese libre ó esclavo: por la sesta, en fin, el monge ó clérigo secular que se contaminaba con las heregias que menciona, sobre incurrir en las penas establecidas contra los apóstatas y hereges, debian ser estrañados del imperio.

En lo antiguo todas las ligislaciones de paises cristianos establecian penas mas ó menos severas contra los hereges y apóstatas. En Francia por las ordenanzas y declaraciones de 1663, 1664 y 1666 los apóstatas eran condenados, segun las circunstancias del caso, á estrañamiento temporal ó perpétuo, y á la confiscacion de bienes.

Despues de las perturbaciones religiosas de los últimos siglos, cuyo resultado ha sido el protestantismo, infinidad de sectas, y li-

APOSTOLICO.

285

bertad ó tolerancia de cultos, es claro que la legislacion no podia castigar lo que autorizaba ó toleraba, y si bien algunos códigos modernos hablan de delitos menores contra la religion católica, ninguno de los conocidos, á escepcion del español, de la apostasia.

Sobre varios casos que pueden ocurrir en la práctica, ya en foro secular, ya en el eclesiástico, véase la Biblioteca de Ferraris, artículo *Apostasia*.

APOSTOLICO. Con este adjetivo se designaba en los primeros siglos de la Iglesia lo que correspondia á los apóstoles, y lo que emanaba y provenia de ellos, ó se reputaba así, como por ejemplo, *cánones apostolicos*. Despues se dió indistintamente y por mucho tiempo el nombre de *papa* y de *apostol*, al romano pontífice y á los obispos, y como era consiguiente la calificación de *apostólico* á lo que pertenecía á los mismos, ó emanaba de ellos, segun la índole y significacion comun de esta voz; la cual con el tiempo se hizo antonomástica ó específica, respecto solo de los pontífices ó sucesores de San Pedro, hasta el punto de que en el Concilio de Reims, presidido por Leon IX en 1049, fue excomulgado el arzobispo de Santiago de Galicia por haber tomado el título de *apostolico*. Hasta tal punto convalació esa costumbre y disciplina, que en el siglo XIV la voz *apostolico* se usaba como sustantivo para denominar al pontífice romano. En muchas leyes de los títulos 4 y 5 de la Partida 1 se llama *apostolico* al papa. En razon de esto dice la ley 3 del segundo de dichos títulos: «*Apostólico de Roma, obispo es tambien como uno de los otros, así como dicho es en la ley tercera ante desta. Pero nos queremos aqui mostrar porque es así llamado... Apostolico tanto quiere decir como aquel que tiene lugar del apostol. E como quiera que los otros obispos sean en lugar de los apóstoles... pero porque este tiene lugar de San Pedro á quien Dios adelantó sobre todos los apóstoles, por eso llaman á este apostolico, é non á los otros... E por ende el apostolico tiene el lugar de San Pedro, é es cabeza de todos los obispos... el apostólico es vicario señaladamente de Jesucristo en todo el mundo.*»

Esta disciplina tambien ha caido en desuso. En vez de apostólico en el sentido de las leyes de Partida se llama al papa sucesor de San Pedro; y las voces *apostolico*, *apostolica* se aplican en su acepcion comun de adjetivos á calificar lo que procede de los apóstoles ó de la silla pontificia, como *tradicion apostolica*, *bula*, *breve* ó *constitucion apostolica*, etc., y por estension, y sin incurrir por ello en condenacion alguna, se aplica tambien á las cosas concernientes á los obispos, como cuando decimos, *mission apostolica*, *celo apostolico*, etc.

APOSTOLOS. Palabra griega que significa *enviado* ó *remitido*, y se aplicó antiguamente en el foro civil, y despues en el eclesiástico, al testimonio auténtico que debia darse por el juez á *qual* apelante para presentarse en grado de apelacion ante el juez *ad quem*. Llamán así á dicho testimonio la ley 3, tit. 62, lib. 7 del Código, y la misma tit. 6, lib. 49 del Digesto, cuyo testo notable por lo que diremos, es como sigue: *post appellationem interpositam litteras dandæ sunt ab eo, á quo appellatum est, ad eum qui de appellatione cogniturus est, sive principem, sive quem alium: quas litteras dimissorias sive apóstolos appellant. Sensus autem litterarum talium est: appellare justa Laticium Ticius á sententia illius, quæ inter illos dicta est. Sufficit autem petiisse intra dimissorias instanter sepius, ut si non accipiat, id ipsum contestatur; nam instantiam repentis dimissorias constitutiones desiderant. Equum est igitur si per eum steterit qui debebat dare litteras, quominus est, ne hoc accipienti noceat.*»

Equivaliendo la voz griega *apostolos* á la latina *dimissus*, esto es, *enviado* ó *remitido* el testimonio de apelacion se llamó tambien *letras dimisorias*. Llamadas así ó llamadas *apostolos*, equivalian á lo que entre nosotros se ha denominado hasta hace muy pocos años *testimonio de apelacion*, debiendo notar la remotísima antigüedad de este documento y del trámite judicial que supone, y que en ello la legislacion civil, lo mismo que la canónica, no hicieron mas que aceptar la legislacion romana. De esta se tomó tam-

bien la necesidad de haber de instar el apelante para que se le proveyese de testimonio, cuya circunstancia se recomienda tanto por los cánones, para que el silencio no pareciera consentimiento en el lapso del término.

En las clementinas, tit. 2, lib. 12 se latiniza la voz griega *apostolos*, sustituyéndola con la de *apostoli*, la cual traducida literalmente, ha dado lugar á que algunos, en vez de *apostolos*, digan *apostoles*, lo cual habia y hay razones de decoro religioso para evitar.

En los últimos tiempos era ya mas frecuente en el foro eclesiástico el uso de la palabra *letras dimisorias*, y recientemente el de *testimonio de apelacion*, que el de *apostolus*, la cual en los tribunales españoles puede ya considerarse en desuso, pues estando mandadas observar y propagándose mas cada dia en lo eclesiástico; las prácticas y reglas de los tribunales civiles, es sabido que en estos, despues de las reformas introducidas por el reglamento provisional para la administracion de justicia y disposiciones sucesivas, ha dejado de ser necesario el testimonio de apelacion y la mejora de ella, y desde luego el juez *á quo* remite los autos apelados al juez *ad quem*, citando aquel y emplazando á las partes para ante el segundo en el propio auto en que admite la apelacion, habiendo cesado justamente las dilaciones y costosos trámites de la mejora de apelacion.

Los canonistas diferenciaban los *apostolos* dividiéndolos en cinco clases: *reverenciales*, si el juez manifestaba en ellos que admitia la apelacion solo por respeto al superior: *refutatorios*, si solo admitia la apelacion en el efecto *devolutivo*: *repositorios*, si en virtud de pedir los *apostolos*, reponia; y solo facilitaba aquellos por supererogacion, por si todavia el apelante queria insistir, y el juez *ad quem* toma conocimiento del caso: *testimoniales*, si el juez *á quo* no era propietario, sino interino ó regente de la jurisdiccion; y *convencionales*, si ambas partes convenian en que el proceso se remitiese al superior por apelacion.

Sobre el modo y tiempo de pedir y usar

de los *apóstoles*, véase el artículo **APPELACION**.

APRECIAR. En el orden administrativo y en el judicial, es fijar ó determinar autoritativamente el precio ó valor de las cosas. Y decimos autoritativamente porque tales apreciaciones se hacen por la autoridad, de mandato suyo, por funcionarios ó profesores á cuyo empleo ó profesion va inherente esa facultad, ó por meros particulares; pero nombrados por avenencia ó compromiso, en cuyo caso su dictámen es obligatorio para los comprometidos segun los términos de aquel. Tiene lugar el aprecio siempre que para llenar un fin administrativo, ó judicial, ó para hacer posible una transaccion social es indispensable conocer el valor de una cosa, la estimacion de un servicio, ó de los resultados de un hecho ó de una omision, como en los casos de restitution de lo que ya no existe, de desperfectos, daños ó perjuicios, pago de servicios no ajustados, etc. La apreciacion ó justiprecio recibe segun los casos, el nombre de tasa ó tasacion, reduccion de derechos y avalúo. Cada caso tiene sus reglas particulares en la administracion ó en el derecho, y se verán en sus respectivos artículos.

APREHENDER LOS BIENES. En el orden de los procedimientos forales de Aragon equivale á poner en secuestro los bienes litigiosos teniéndolos bajo su autoridad el juez hasta que se acredite quién debe poseerlos. V. **APREHENSION**.

APREHENDER LA POSESION. Adquirir de hecho, tomar la posesion de alguna cosa; entrar en la tenencia de ella. Véase **POSESION**.

APREHENSION. Uno de los cuatro procesos forales de Aragon, que tiene por objeto y fin principal amparar en la posesion al que se halla en ella, aunque despues se estiende á tratar del dominio y asegurar en la plena propiedad de las cosas á quien acredita tener mejor derecho á ellas. La importancia que este procedimiento tiene en los tribunales de Aragon nos inclina á dar alguna idea de su naturaleza y de sus trámites, remitiendo á los que desearan ó necesi-

APREHENSION.

285

tasen mayor instruccion en la materia á la estensa obra que acerca de ella publicó el doctor D. Juan Francisco La-Ripa, abogado de Zaragoza, titulada *Ilustracion á los cuatro procesos forales de Aragon*.

«La aprehension, segun este escritor, es la ocupacion ó secuestro de bienes sitios que se manda hacer por el juez ordinario secular donde aquellos existen, ó por la real audiencia del reino, por la que á quierella del que la insta los toma á su mano la jurisdiccion real para mantener con conocimiento sumario de causa, libre de violencias, al que está en la posesion vel cuasi de dichos bienes ó de algunos derechos reales que tenga sobre ellos; y para amparar despues con conocimiento plenario al verdadero poseedor; y últimamente para adjudicarlos al que le pertenezcan con mejor título.»

El fin principal de este proceso es; como queda dicho, amparar en la posesion al que la disfruta, por eso se dice que la jurisdiccion real *toma d mane* los bienes inmuebles para mantener, libre de violencias, al que los posee, debiendo preceder siempre quierella ó instancia de la parte porque la aprehension no puede proveerse de oficio. Hacia la aprehension antes por el juez ordinario y tambien por la real audiencia que á prevencion con los primeros podia acordarla respecto de cualesquiera bienes existentes dentro del reino; pero hoy despues de las disposiciones terminantes que se comprenden en el artículo 44 del reglamento provisional para la administracion de justicia, no puede la audiencia conocer en estos procesos en primera instancia habiendo quedado por consiguiente reservado el conocimiento para los jueces inferiores en sus respectivos territorios.

El proceso de que se trata tiene cuatro partes ó periodos bien distintos entre sí, á saber: la ejecucion del secuestro que se llama la *provisa* ó provision y mandamiento del secuestro; el artículo *delito pendiente*; el de *firmas* y el de *propiedad*. De cada uno de ellos daremos una ligera idea, bastante sin embargo para conocer la indole especial y la tramitacion de este procedimiento.

Parte primera. Empieza este primer periodo del proceso con un pedimento que se llama *apellido*, en el cual, despues de alegar la violencia que se experimenta en la posesion de los bienes, y de espresar el título ó derecho real que la legitima, cuya circunstancia es de esencia en toda aprehension, se ofrece la correspondiente informacion y se pide que en virtud de ella se ocupen á mano del juez los bienes espresados, y que así aprehensos se encomienden debidamente, segun fuero, salvo el derecho de las partes, así en cuanto á la posesion, como en cuanto á la propiedad.

Practicada la informacion, sin citacion de parte, y hallando el juez la accion espedita, provee un auto en estos términos: «Aprehéndanse á poder y manos de este tribunal los bienes puestos y confrontados en el apellido con sus frutos y rentas, y así aprehensos se encomienden conforme á fuero, salvo el derecho de las partes en posesion y propiedad.»

De este auto, que es la *provisa de aprehension*, no puede apelarse, como tampoco podia suplicarse cuando le dictaba el tribunal superior. Inmediatamente se ejecuta encomendando los bienes á los regidores del pueblo donde existen y se reportan las diligencias al mismo juez, quedando por consecuencia ocupados los bienes por la jurisdiccion real; pero de forma que al verdadero poseedor no se le quita su posesion privándosele únicamente de la material detencion de aquellos.

En ese estado puede tener lugar el artículo de revocacion de la aprehension, que es admisible cuando no han precedido los requisitos de solemnidad para acordarla ó faltan alguno ó algunos de los que se apetecen por forma del proceso; siendo de advertir que la revocacion se ha de fundar y resolver por los mismos méritos del procedimiento, sin poderse traer otros nuevos bajo ningun concepto.

Parte segunda. Reportada la aprehension el que se considera con derecho á los bienes, presenta un pedimento llamado *proposicion*, deduciéndolo en debida forma y acompa-

fiando lo que se llama el cartel de citacion para llamar y citar por público pregon á todos los que consideran tener derecho á los bienes aprehensos. En el cartel se señala el término de cincuenta dias, que es el perentorio y fatal, y dentro de él deben comparecer deduciendo sus respectivos derechos en pedimentos que se llaman *proposiciones*, y acompañando los documentos que corroboren su intencion. Estos pedimentos se comunican entre los interesados, los cuales presentan otros que se llaman *réplicas*; á estos se responde con nuevos alegatos que se llaman *triplicas*, y concluidos los términos para replicar y triplicar, se abre un término de cuarenta dias para probar y publicar las probanzas. Este término es tambien fatal y solo, de consentimiento de los interesados puede suspenderse. Pasado este término queda la causa conclusa y se dicta sentencia, por la cual se manda poner en posesion al que mejor derecho ha justificado; pero dando la fianza foral, lo cual es tan preciso que no se debe ejecutar sin este requisito la sentencia. Esta, que se llama *de lite pendente* es siempre ejecutiva y en su virtud el que la obtiene, queda constituido de tentador de los bienes aprehensos que se le entregan, mas no verdadero poseedor, porque no es propia esta declaracion del artículo *de lite pendente*. Así si la sentencia fuere revocada, ó el detentador fuere vencido en otro artículo, debe en virtud de la apelacion, que solo se admite en el efecto devolutivo, restituir con los bienes los frutos percibidos y debidos percibir.

Parte tercera. Constituida ya la posesion interina de que se ha hablado, puede entrarse en el juicio plenario, para disputar ampliamente la posesion: el artículo que con este objeto se promueve, se llama *de firmas*, y en él se resuelve quien es el verdadero poseedor. Como es muy raro que en el artículo *de firmas* se revoque la decision dictada en el artículo *de lite pendente*, tiene muy poco uso el primero, en la práctica sin embargo de que cualquiera puede intentarlo. El modo de seguirle se reduce á presentar una demanda posesoria llamada la *fir-*

ma, con la cual se emplaza á todos los opuestos en el artículo *de lite pendente*; estos presentan respectivamente sus escritos; se recibe el pleito á prueba, en cuyo término por lo regular, se reproduce la que se practicó en el artículo anterior, y pasado se da la sentencia en la propia forma que la del citado artículo, siendo esta ejecutiva con arreglo á la naturaleza del juicio. El que obtiene dando sus fianzas, entra en la verdadera posesion de los bienes.

Cuarta parte. Resuelta ya la posesion se hace tránsito á otro artículo en que se trata de la propiedad de los bienes. El que ha sucumbido en los anteriores á otro que no haya litigado y aun el mismo que alcanzó la posesion pueden promover el artículo de propiedad demandando la de los bienes ó derechos aprehensos. Emplazados los que deban serlo presentan sus escritos llamados cédulas de defensas de los cuales, se da traslado reciproco concluyendo para prueba á la cual se reciben los autos como se hace en el juicio civil ordinario de Castilla. Puesto en estado de sentencia se pronuncia esta declarando pertenecer los bienes en propiedad y dominio al que justifiicare que le pertenecen. Esta sentencia es ejecutiva si el proceso es interno y se llama así para todos los que litigaron en alguno de los artículos precedentes al paso que se llama externo para aquellos que no litigaron ó para los que deducen otro título que el que exhibieron en alguno de los primeros artículos. La apelacion se admite al tribunal superior y de la sentencia de vista ha lugar á la revista en el mismo tribunal.

APREMIAR: APREMIO. Palabras que en su sentido general significan compeler á obligar á uno á que haga ó ejecute alguna cosa, y el medio que se pone en ejercicio para conseguir semejante objeto. El apremio puede tener lugar en la via jurídica y en la de hacienda; en la primera, cuando el juez adopta las medidas de coaccion que reconoce y permite el derecho para que tenga efecto algun mandato suyo; en la ley, cuando se adoptan los medios autorizados por las mismas leyes para compeler

APREMIO.

287

á los contribuyentes morosos al pago de sus débitos.

En la via jurídica el apremio tiene lugar en diferentes casos, que examinaremos por su orden y particularmente en los siguientes artículos. Además del apremio judicial, considerado en términos generales, se reconocen otros especiales que se adoptan para casos y objetos determinados. De todos ellos nos haremos cargo en los artículos subsiguientes

APREMIO PARA EL CUMPLIMIENTO DE PROVIDENCIAS JUDICIALES. Es toda disposicion ó medida coactiva que adopta un juez para estrechar y obligar á la persona que es objeto de ella á que cumpla alguna diligencia ordenada por el mismo. Tiene lugar este apremio cuando el juez manda que uno ejecute alguno de aquellos actos personales cuya realizacion no puede omitirse, ya porque provenga de un mandato judicial consentido ó ya porque pertenezca á la clase de los que el mismo juez puede disponer y mandar cumplir bajo su responsabilidad. Así por ejemplo cuando el juez acuerda que uno entregue alguna cosa que está obligado á devolver y no lo verifica; cuando el mismo manda que comparezca en su audiencia á rendir cierta declaracion y no cumple su precepto; cuando se ha de practicar alguna diligencia judicial que exige la presencia de una persona y no se presta á ella el juez, se ve en el caso de usar de alguna de las medidas coactivas que autorizan las leyes para que tenga cumplido efecto el acto, so pena de dejar sin observancia sus proveidos en perjuicio de los derechos de la parte interesada en la ejecucion.

Los medios de apremio empleados frecuentemente por los tribunales son el alguacil ó alguaciles, la multa y la prision; esta última cuando los primeros son ineficaces y la inobediencia no puede atajarse de otra manera.

El apremio empieza por hacer saber al que es objeto de esta medida, que dentro del término que se le prefiija, cumpla con lo mandado bajo apercibimiento de apremio.

Este término señalado en esa primera providencia suele aún reducirse por algunos jueces en un segundo precepto á otro menor bajo el mismo apercibimiento de apremio á su costa; y si todavía no se cumpliera la providencia judicial, se pone el alguacil llamado de apremio á costa del remiso, y señalando la dieta que debe percibir. Si aun así no se cumple la diligencia ó el acto prevenido, se suelen poner dos, y si tampoco esta medida produjese efecto, se manda que el alguacil de apremio se convierta en alguacil de vista con dietas mayores. Finalmente, si á pesar de todo esto el requerido se mantuviese aun inobediente, se le conmina con formacion de causa, la cual se lleva á efecto por la inobediencia; si la conminacion fuese tambien insuficiente constituyéndose en la cárcel al renitente y omiso é instruyendo el oportuno proceso.

Si el acto de que se trata consistiere en la presentacion del requerido para prestar una declaracion, reconocer una firma ó practicar cualquiera otra diligencia de esta naturaleza, suele acordarse despues de resultar la ineficacia del alguacil de apremio y de vista, que este bajo su responsabilidad conduzca á la presencja judicial á la persona de quien se trata, impetrando para ello el correspondiente auxilio si fuese necesario.

Otras veces en lugar de alguacil de apremio se conmina á la persona que rehusa el cumplimiento del mandato judicial con la imposicion de alguna multa, y si todavía no se prestase á la ejecucion del acto, se le declara incurso en ella y se le conmina con otra mayor. Si tampoco de este modo se consigue que se le declara incurso en la segunda multa y se le conmina con formacion de causa por su inobediencia, y si tampoco fuere eficaz este medio se lleva á cabo la instruccion del proceso.

Estas vias de apremio que, como se ha dicho, tienen lugar cuando se trata de actos ó diligencias judiciales exequibles por su naturaleza, y tales que el requerido no puede contradecir, ofrecen entre otros inconvenientes, dilaciones muy perjudiciales para la administracion de justicia y constituyen

á los jueces en cierta posición poco digna de su elevado carácter y de su autoridad. Esa serie de procedimientos interminables; esa repetición de providencias y conminaciones ilusorias ó infructuosas; ese aumento progresivo de las dietas aplicadas á los alguaciles; el orden en fin y la forma de colocar estos dependientes de justicia, primero uno, después dos y sustituyendo últimamente á estos el alguacil de vista, todo esto hace embarazoso el cumplimiento de las providencias judiciales, y las mantiene por espacio de mucho tiempo en una inobservancia escandalosa. Los que deben simplificar las actuaciones del apremio, y omitiendo muchas de las que ahora se practican, conviene que se concreten á las que puedan dar un resultado pronto y efectivo. Apercibase con el apremio á la persona que debiendo ejecutar algún acto de los que debe practicar, hemos indicado se muestra remiso en el cumplimiento del precepto judicial; constitúyase el apremio á costa de la misma, y si todavía estos medios coactivos fuesen ineficaces apercibase con la formación de causa y llévase esta á efecto para castigar la inobediencia. Todas las demás actuaciones deberán escusarse para hacer más fácil y pronto, y menos dispendioso el importante objeto de la administración de justicia.

APREMIO PARA LA DEVOLUCION DE AUTOS. Es el auto ó mandamiento que dicta el juez para que un litigante á quien se entregaron aquellos, los devuelva al juzgado por conducto de la escribanía. Llámase también *apremio* en el sentido de este artículo la medida misma coercitiva de que se vale el juez á fin de que dicha devolución tenga lugar; por ejemplo, la prisión, el alguacil de vista, la multa, etc.

El apremio en el orden de los procedimientos comunes y ordinarios es una medida indispensable, sin la cual ó la sustanciación de los juicios se haría interminable, ó produciría entorpecimientos de suma consideración á cada paso. Entregados los autos á una de las partes para deducir algu-

na pretensión ó contestar á otra de su adversario, estaría en su mano prolongar indefinidamente el acto si la que interesa en la brevedad no pudiera reclamar la devolución por el medio indicado, toda vez que la ley en dichos negocios no facilita otro para conseguir este objeto. Hay procedimientos en los cuales el mero trascurso del término excluye la posibilidad de ejecutar el acto; hay tribunales en que el escribano tiene la obligación de recoger, pasado el término, los autos sin necesidad de citación ni de mandato judicial; pero en los negocios civiles del fuero común no se reconoce otro medio que el apremio judicial para conseguir la devolución ó entrega de los procesos.

Lo que importa entre todas cosas es determinar, con la exactitud que procuramos imprimir á nuestras doctrinas, el caso ó los casos en que debe tener lugar el apremio de que vamos hablando. En este punto la práctica no es uniforme. Hay tribunales, como son los de porte, en los que el apremio no se confunde con la rebeldía, antes al contrario, considerándose distintas estas dos vías procesales se aplican en casos totalmente diversos. Hay otros en los que el apremio se confunde con la rebeldía, y para reclamar la devolución de los autos se acusa esta solicitándose que se despache el apremio. En nuestro concepto la práctica de los tribunales de la corte, que es también la más general, es la que debe seguirse, y con arreglo á ella debería uniformarse la de todos los demás del reino.

Según esta práctica ya hemos dicho que el premio se distingue de la rebeldía. En efecto notificada la demanda al reconvenido, tiene este un término para mostrarse parte y pedir los autos á fin de contestar la reclamación. Entonces pueden ocurrir, entre otros, dos casos que deben distinguirse para el objeto de que vamos hablando: 1.º Que el demandado no se muestre parte dentro de aquel término y que este transcurra sin haber venido al juicio: 2.º Que se muestre parte, tome los autos y deje pasar inútilmente el plazo de la contestación sin produ-

APREMIO.

289

cirila. Esos dos casos, como desde luego se observa, son muy diferentes, no solo en su esencia, sino en todas sus circunstancias, y no debe tener por lo mismo en uno y otro el demandado interesado en la brevedad el mismo recurso para remover el entorpecimiento de las actuaciones. En el primero, pues, se acusa la rebeldía al demandado, puesto que rebelde es quien desobedeciendo el precepto judicial no comparece á defenderse. En el segundo no se dá esta acusacion porque el demandado ha venido al llamamiento del juez, y no debe ser considerado contumaz quien le obedece y respeta. Lo que se hace en la práctica que vamos esponiendo es reclamar la devolucion de los autos, es decir, apremiar al demandado á que lo verifique por el recurso legal que queda indicado. Esta práctica es la que creemos que debe adoptarse como regla uniforme en estos procedimientos, dejando reservada la acusacion de rebeldía para el caso en que no compareciendo alguno de los litigantes á tomar los autos, fuera necesario compelerle á ello.

Consistia el apremio antiguamente y por lo comun, en la prision con que conminaba el juez á la parte para el caso de no devolver los autos dentro del plazo concedido: la fórmula ordinaria del auto que se dictaba al escrito en que se pedia el apremio era *hoy ó cáreel*; con la cual se daba á entender, que si el litigante no verificaba la devolucion de los autos en el mismo dia de la notificacion, procederia el alguacil á reducirle á prision por via de apremio hasta que lo ejecutase. En la actualidad el apremio consiste en el requerimiento que hace el alguacil á la parte para la entrega de ellos, y no verificándola se constituye el primero de apremio en su morada con la dieta de costumbre, hasta que cumpla la providencia judicial.

En los negocios mercantiles se piden y despachan apremios para la devolucion de los autos; pero con un solo pedimento debe esta verificarse procediéndose á su recogida si no los devolviera en el dia de poder de cualquiera persona en

que se encuentren, á costa del apelado (1).

En los de menor cuantia debe presentar el demandado su contestacion dentro de nueve dias, y pasados el escribano hará recoger los autos con escrito ó sin él, sin que se necesite para ello peticion de la parte ni mandato del juez (2).

En los eclesiásticos generalmente no se apremia mas que una vez. Deducido el apremio, se manda que la parte devuelva los autos dentro de dos ó tres dias, bajo cierta multa, la cual se hace efectiva si no cumple el mandato judicial.

En los criminales, cumplidos que sean los términos, el escribano, sin necesidad de que se acuse rebeldía, ni de especial providencia del juez, tiene obligacion de recoger la causa y de darle el debido curso, poniéndolo en conocimiento del mismo (3).

Esto solo se entiende respecto de las partes; respecto de los fiscales y promotores fiscales, el artículo 15 del reglamento provisional dispone, que podrán ser apremiados á instancia de las partes como cualquiera de ellas; cuya disposicion, sin embargo, tampoco se observa, al menos en los tribunales superiores, sin duda porque los respetos y las consideraciones debidas al ministerio fiscal, contienen á los procuradores y los retraen de instar por semejante medio la devolucion de los procesos.

En los negocios contencioso-administrativos no puede tener lugar el apremio, toda vez que, ni en los consejos provinciales, ni en el Consejo Real se entregan las actuaciones á las partes interesadas.

Nuestra legislacion atenta con el mayor esmero á promover la buena administracion de justicia, viene haciendo desde tiempos muy remotos laudables esfuerzos para evitar los graves inconvenientes que ofrecen las dilaciones maliciosas y los entorpecimientos calculados de los litigantes en la marcha de los negocios judiciales; pero todas las medidas que en este sentido han sugerido á los legisladores su celo y buen deseo se han

(1) Art. 79 de la ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 3 de la ley de 10 de enero de 1845.

(3) Regla 11 del art. 51. Reglamento provincial.

estrellado en el interes bastardo que la misma legislación ha dejado á la curia.

Las leyes recopiladas señalaron términos para el emplazamiento del demandado en los juicios ordinarios, para la contestacion á la demanda, oposicion y prueba de escepciones, escritos de réplica y duplica, previniendo que fueran precisos y que trascurridos no pudiera tener lugar el acto. Sin embargo esta disposicion fue completamente ineficaz y el grave mal de las dilaciones en la instruccion de los procesos continuó como hasta entonces, haciéndose los juicios otra vez duraderos é indefinidos al abrigo de los abusos patrocinados por los curiales. En el año de 1853 deseoso el rey de aliviar la suerte de los litigantes, y de que á la desgracia de serlo no se agregasen gastos y dilaciones que hiciesen mas triste y pñosa su posicion, ordenó entre otras medidas que los apremios debieran ejecutarse á costa de los apremiados, asi como todas las diligencias que se originaran desde el escrito de apremio hasta la entrega de los autos reclamados en la escribanía, cualquiera que fuese la condenacion de costas en definitiva (1). La ineficacia de este remedio y la continuacion de los abusos hicieron que al publicarse el reglamento provisional para la administracion de justicia en 1853 no pasara este importante punto desapercibido, y en efecto, en la regla 2 del artículo 48 se dispuso terminantemente que fueran precisos y perentorios los términos que señalan las leyes recopiladas para los objetos indicados poco ha, y que el juez bajo su mas estrecha responsabilidad, no pudiera nunca prorrogarlos sino por causa justa y verdadera que debería esponerse y por el tiempo absolutamente necesario, con tal que la próroga no escediera en ningun caso del término señalado por la ley, debiendo bastar siempre el que se acusara una sola rebeldía cumplido el término respectivo para que sin necesidad de especial providencia se despachase el apremio y se recojieran los autos á fin de darles su debido curso. La disposicion no

podia ser mas terminante. Los plazos deberían considerarse precisos y trascurridos, acusada la rebeldía, sin necesidad de petition y sin la de especial providencia debería despacharse el apremio recogiendo los autos con el fin indicado.

Examinando ahora los efectos que produjo la disposicion contenida en el reglamento tenemos que reconocer desgraciadamente que fue tan estéril ó ineficaz como las precedentes. Todos los abusos que se propuso corregir en beneficio de la administracion de justicia, subsistieron hasta hace poco tiempo. Ni los términos eran precisos y perentorios; ni era uno solo el que se concedia; ni el apremio se despachaba sino despues de reiteradas providencias judiciales; ni aunque se despachase bastaba para conseguir la devolucion de los procesos; ni estos finalmente se recojían sino despues de muchas gestiones y de prolongados plazos, que la malicia ó la astucia de los curiales sabia proporcionarse.

El escándalo habia llegado á un punto tan deplorable que, cuando un litigante tomaba los autos, lo cual verificaba comunmente despues de algunas exitaciones, dejaba pasar el término y que se le apremiase á la devolucion. Apremiado en los términos anteriormente espuestos se notificaba la providencia á ambas partes, y despues de algunos dias requería el alguacil á la que tenia en su poder los autos ó á su procurador. Dos, tres y á veces seis dias despues de hecho este requerimiento se pedia y acordaba la recogida; notificábase este proveído, y pasados algunos dias se hacia el requerimiento á la propia persona que el anterior. Todavía se dejaba pasar algun tiempo, lo cual obligaba á la parte á pedir que se constituyese el alguacil con cierta dieta, ó que se conminase á su contrario con alguna multa y entonces era cuando se solicitaba lo que en el lenguaje de la curia se llamaba el *primer término*. Este se concedia por lo comun y especialmente en los juzgados inferiores sin restriccion alguna resultando, que fenecido, volvía á reproducirse la serie de las actuaciones que se acaban de describir.

(1) Real decreto de 23 de febrero de 1853.

Despachada por segunda vez la recogida y requeridos de nuevo el procurador ó la parte pedían un segundo término, y aunque algunas veces se concedía *con denegación de otro* en muchas ocasiones no contenía ni aun esa fórmula. Pasado este tercer término volvían á repetirse las mismas diligencias de apremios, requerimientos y recogida, y si el término se había dado con denegación se pedía y obtenía otro por equidad, si no se reclamaba sin esta circunstancia. Por último, aun después de terminar este plazo debían repetirse los mismos procedimientos y diligencias, hasta que fatigado el litigante que instaba la devolución del proceso con esa lucha incesante, capaz de abatir las fuerzas del hombre mas animoso, conseguía ó no al cabo de muchos meses lo que debió obtener dentro de un plazo perentorio y limitado. Nosotros hemos visto conferir un traslado por tres dias y convertirse este brevísimo término en el largo y prolongado de seis meses, á pesar de que uno de los litigantes interesado vivamente en la brevedad no dejó de instar un solo momento para la devolución de los autos.

El mal era grave y reclamaba con energía pronto y eficaz remedio. No abogáremos jamas, ni eso cabe en nuestros principios ni en nuestros hábitos, porque se pongan estorbos y restricciones al ejercicio de los legítimos medios de la propia defensa; pero entre este extremo y el anterior, entre el abuso de restringir ó cortar este derecho y el de dilatar, so pretexto de defenderse, la sustanciación de una manera indefinida causando perjuicios imponderables, burlando esperanzas legítimas y haciendo al juez juguete ó instrumento de las malas y perniciosas artes que sabe emplear la mala fé, había un término medio y ese era el que convenia adoptar con premura por el interés de la buena administración de justicia. Era indispensable que lo dispuesto en la ley recopilada y en la regla segunda del artículo 48 del reglamento provisional fuese una verdad práctica y constante; lo era hacer responsables á los jueces y á los tribunales de la inobservancia de estas disposiciones;

lo era, en fin, disponer las cosas de manera que esa responsabilidad se exigiera irremisiblemente. De este modo mientras la publicación de la nueva ley de procedimientos viniera á fijar definitivamente el orden y la regularidad en esta materia, se conseguiría disminuir en gran parte los perjuicios del actual sistema, corregir abusos que tanto menoscababan la dignidad de los tribunales y hacer menos penosa la suerte, siempre angustiosa, de los que se ven precisados á recurrir á ellos para ventilar á costa de sacrificios las contiendas que no ha sido posible terminar en otro terreno.

Este grande interés de la administración de justicia en la última época que hemos recorrido ha quedado satisfecho cumplidamente á consecuencia de la real orden expedida en 5 de setiembre del corriente año 1850, cuya parte dispositiva no podemos dejar de transcribir en este lugar por la suma importancia que en el dia tiene. Dice así:

Artículo 1.º Se encarga el puntual y riguroso cumplimiento de la *regla segunda artículo 48 del reglamento provisional para la administración de justicia*, bajo la mas estrecha responsabilidad de los jueces, tribunales y cualesquier otros funcionarios á quienes incumba velar sobre su observancia.

El ministerio fiscal, los tribunales superiores y el Supremo de justicia aplicarán todo su celo y autoridad para que así se verifique, haciendo cesar toda costumbre, práctica ó corruptela que bajo cualquier denominación se oponga al literal contesto de la citada regla.

Art. 2.º Los mismos procurarán que lo dispuesto en ella tenga aplicación en los asuntos criminales en cuanto lo permita la índole especial de estos.

Art. 3.º El pedimento de próroga de término legal expresará terminantemente la causa que se alega, y el auto de apremio se fundará precisamente en hallarla *justa y verdadera*, segun se previene en la regla citada.

Art. 4.º Si no obstante lo terminantemente dispuesto en el artículo 1.º continúasen los abusos que se tratan de reprimir por la presente determinación, la parte perju-

dicada podrá invocar en sus escritos el cumplimiento de la misma, protestando su infracción: lo propio han de verificar los promotores fiscales y fiscales de S. M. en pleitos ó causas en que interviniesen, y en uno y otro caso el juez ó el tribunal resolverán necesariamente acerca de ello en definitiva.

Art. 5.º Los relatores en su informe final, ó para la vista, y los ponentes en su caso, harán mención precisamente de si en la sustanciación han sido observados los trámites sobre términos, conforme á las leyes y disposiciones vigentes; y las salas de justicia harán mención en sus fallos de si dichas formalidades han sido observadas ó no, consignando siempre la demostración conveniente que reclamen los abusos en este punto, aún cuando la parte haya omitido el notarlos, y pedir reparación al tenor de lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 6.º Constituyendo la infracción de las leyes y disposiciones vigentes sobre términos un caso de responsabilidad por negligencia ó por abuso contra los jueces y tribunales, y contra el ministerio fiscal, ponentes y relatores, al tenor de lo dispuesto en los artículos 4.º y 5.º, el Supremo tribunal de Justicia lo tendrá así presente en los asuntos de que tome conocimiento, ya por el recurso ordinario de nulidad, ya por avocación de autos fenecidos, hecha de oficio en virtud de la suprema inspección que le compete, ya en fin, porque para el propio objeto se le dirijan ó manden avocar de real orden.

Art. 7.º A fin de que en las providencias dictadas para reprimir abusos y uniformar la práctica en los asuntos judiciales haya la conveniente unidad, las quejas que se eleven al ministerio sobre infracción de esta y demás disposiciones que arreglen el procedimiento judicial se remitirán al tribunal Supremo de Justicia para que resuelva lo conveniente según ella, ó consulte lo que se le ofrezca y parezca en el orden gubernativo sobre personas ó sobre cosas.

Art. 8.º Al tribunal Supremo de Justicia, á los regentes y presidentes de sala, y al ministerio fiscal en sus respectivas cate-

gorías incumbe especialmente velar por el puntual y riguroso cumplimiento de la presente determinación y de todas las que arreglan el procedimiento; y por tanto, donde no alcance su autoridad á corregir los abusos, impartirán la del gobierno, esponiendo y consultando lo que crean mas conveniente, en la seguridad de que S. M. está firmemente resuelta á que la presente determinación surta todos los efectos que de su puntual observancia deben esperarse, y que pueda reclamar la mas pronta y cumplida administración de justicia.

Esta disposición ni en su objeto ni en sus detalles necesita justificación alguna. Apellamos á la conciencia y al testimonio de las personas que tienen intervención en la administración de justicia para que nos digan con lealtad si era posible permitir ya por mas tiempo los abusos que en este punto la entorpecían y embarazaban. Hemos oído lamentar la imposibilidad en que estas disposiciones constituyen á los abogados para despachar oportunamente los procesos; pero los que intentan hacer creer la verdad de este supuesto inconveniente no son tan francos como debieran. La verdad es que los abogados venían á despachar los negocios dentro del último término que se concedía, es decir, dentro de un término perentorio y breve al mismo tiempo: el resultado será, pues, que las disposiciones á que se alude anticipan el plazo para el despacho, pero no le acortan ni le restringen y mucho menos pueden hacerle difícil ó casi imposible como sostienen las personas cuyos intereses encuentran cierta especie de oposición con el nuevo sistema.

En el primer artículo de esta real disposición se encarga el puntual cumplimiento de la regla segunda, art. 48 del reglamento provisional que anteriormente hemos transcrito, y á propósito de ella podrá reproducirse una observación que creyó poder hacer con algun fundamento cierto escritor muy notable, sobre el contexto de dicho artículo. En él se manda, dijo, que sin necesidad de especial providencia deba despacharse el apremio y recojerse los autos

APREMIO.

295

lo cual nada significa, ó significa que el escribano se ha de constituir en juez, quedando autorizado para que acusada la rebeldía sin necesidad de dar cuenta y sin que preceda decreto del tribunal ó juez que conozca del asunto, estienda por sí el apremio, resultando de aquí en sentir de aquel escritor un grave inconveniente toda vez que se reviste á dicho funcionario de facultades que no debe tener en razón á ser propias del mismo tribunal ó juzgado. La observación sin embargo parte de un supuesto equivocado: la regla 2.^a dice, que bastará una sola rebeldía... para que sin necesidad de especial providencia se despache el apremio; de manera que en el caso de esta disposición al apremio ha de preceder forzosamente un auto judicial en que se tenga por acusada la rebeldía y se mande proceder al apremio y á la recogida de autos que es consiguiente á dicha medida; por consiguiente, al ejecutarse este proveído no es el escribano quien ejerce funciones judiciales, sino el que obra en fuerza de un mandato judicial, como mero ejecutor de él y delegado para llevarle á efecto. El juez será en último resultado quien acordando el apremio y devolución de autos, acuerda por este solo hecho las medidas necesarias para la ejecución de su proveído, sin que quede reservado al escribano mas que la parte material de despachar el apremio y verificar la recogida por medio del alguacil. Esto es lo que sustancialmente se practica en los negocios mercantiles y lo que mas directamente se observa en los procedimientos de menor cuantía donde, como ya hemos visto, pasado el término de la contestación sin petición de apremio ni providencia de ninguna clase, el escribano hace recoger los autos, con escrito ó sin él, y les da el curso correspondiente.

¿Pero cuáles serán las providencias que los jueces y tribunales deberán adoptar en vista de la regla 2.^a del art. 48 del reglamento, para despachar el apremio y que tenga lugar la recogida de los autos con sujeción á ella? A nosotros nos parece que las reglas que deben observar los jueces

y los tribunales en este particular son muy sencillas; las espondremos brevemente, porque deseamos que en un punto tan esencial de los procedimientos judiciales se adopte una práctica uniforme y constante á fin de que no se dé entrada en lo sucesivo á los abusos que se ha procurado estirpar.

Regla primera. Cuando un litigante tiene en su poder los autos ya para evacuar algún traslado, ya para deducir alguna solicitud y no es apremiado á la devolución de ellos, el juez no puede despachar el apremio ni acordar medida alguna coactiva, porque nada puede mandar de oficio para la continuación de los negocios civiles.

Segunda. El litigante que tiene tomados los autos y no puede devolverlos despachados dentro del término legal debe producir la solicitud de próroga antes de que espire este plazo, porque fenecido, siendo como es perentorio y apremiando el contrario, no puede ya estenderse ni prorogarse. Si no se apremia y devuelve los autos después del plazo, debe admitirse el escrito.

Tercera. Fenecido el término legal y apremiando la parte, el juez ó tribunal debe mandar que se despache el apremio contra la que tiene tomados los autos y que se recojan de poder de ella dándose cuenta en la audiencia inmediata de haberse verificado ó no la recogida. Esta última circunstancia es muy esencial para evitar que las providencias de apremio se hagan ilusorias como sucedía antes de ahora. Si en la audiencia inmediata se da cuenta de haberse verificado la devolución nada hay que hacer ya en orden al apremio; pero si se manifiesta que la recogida no ha podido tener lugar por alguna de las muchas circunstancias que pueden combinarse para ello, el tribunal ó juez podrá removerlas adoptando disposiciones mas enérgicas y conducentes.

Cuarta. Despachado el apremio y mandado recoger los autos de poder de quien se hallen, el escribano queda autorizado para practicar todas las gestiones necesarias á dicho objeto; mas si á pesar de ellas en-

contrare algun obstáculo para remover el cual fuesen necesarias especiales providencias, como por ejemplo, la resistencia abierta de la parte á la entrega de autos, su ocultacion etc., dará cuenta de ello en la audiencia inmediata al juez ó tribunal para que determine lo conveniente.

El art. 3.º dispone que todo pedimento de próroga del término legal espresará la causa en que se apoye y que el auto de próroga se fundará precisamente en hallar esta causa justa y verdadera. Pero ¿cuáles son las causas justas y verdaderas para pedir y obtener próroga del término? ¿Había necesidad de que se espresaran estas causas en el reglamento, ni en el artículo 3.º que examinamos? Creemos que no: ni estas causas pueden determinarse individualmente *a priori*, porque no es posible preverlos todos, ni el buen sentido puede desconocer que las causas justas de que aquí se habla son aquellas que exentas de malicia, y á pesar de los deseos de la parte han impedido razonablemente el despacho y la devolucion de los autos dentro del término legal. En este punto hay que dejar mucho arbitrio á la prudencia judicial. Diremos sin embargo que el estraordinario volumen de los autos; la concurrencia de algunos negocios voluminosos y complicados en el despacho del letrado; la enfermedad de este; la imposibilidad de contestar una demanda sin las instrucciones de una parte ausente y otras semejantes, que no obstante los deseos y los esfuerzos del interesado impiden la devolucion de aquellos, son causas indisputablemente justas para pedir próroga del término y que se acceda á él. Diremos tambien que el espíritu de la real orden que examinamos no tiende á coartar ni á restringir los medios legítimos de defensa; por consiguiente que cuando se trata de la primera próroga del término legal, única que según ella puede concederse, los tribunales y jueces no deben ser tan severos como en el caso de solicitarse la segunda; que si bien no deben conceder jamás término alguno sin la espresion de una causa que justifique la próroga, en caso de duda deben mostrarse

mas bien indulgentes que rígidos en la concesion de él. No creémos que los tribunales y jueces vengan á ser hoy mas severos en este punto de lo que permite el espíritu de la disposicion citada; pero si alguna vez pudiera observarse lo contrario, nacerá esto sin duda de la exageracion con que se apliquen las disposiciones de la real orden, mas no de la inteligencia natural y genuina de ellas.

¿Y en qué términos habrá de hacerse la justificacion de estas causas para que puedan y deban considerarse verdaderas y legalmente probadas? ¿Habrá de darse una prueba directa y acabada en cada uno, como hemos oido que pretenden algunos, poco inclinados á dispensar la debida justicia á las disposiciones de que se trata? Repetiremos que en estos casos, tanto cuando se trata de calificar las causas, como cuando se habla de su justificacion, hay que dejar mucho influjo á la prudencia y discrecion de los tribunales. Ellos tendrán presente la posicion de los letrados; examinarán el volumen de los procesos; atenderán á las circunstancias especiales de los diferentes casos que pueden ocurrir, y en la mayor parte de ellos hallarán la justificacion de las causas en los mismos antecedentes que tienen á la vista. Muchas veces bastará alegar la certeza de un hecho que conste por notoriedad. En fin, volvemos á decirlo, la prudencia y la discrecion de los tribunales han de ser la regla mas segura para proceder con acierto en esta materia.

Un adelanto muy notable contiene la real orden de 5 de setiembre sobre la regla 2.ª del Reglamento provisional, debido sin duda á las lecciones de la esperiencia. La regla 2.ª exigia el cumplimiento de lo dispuesto en ella bajo la mas estrecha responsabilidad de los jueces; pero no estableció ningun medio para hacer efectiva esta responsabilidad, ni para remover las causas que podian impedir el cumplimiento de aquellas disposiciones que al fin las hicieron ilusorias é ineficaces. La real orden ha llenado completamente este vacio disponiendo: 1.º que el ministerio fiscal, los tribuna-

APREMIO.

295

les superiores y el Supremo de Justicia apliquen todo su celo y autoridad á fin de que tengan el debido cumplimiento, haciendo cesar toda costumbre práctica ó corruptela que, bajo cualquier denominacion, se oponga al literal contesto de ellas. 2.º Que los relatores en su informe final y los ponentes en su caso, hagan mencion precisamente de si en la sustanciacion han sido observados los trámites sobre términos. 3.º Que las salas de justicia hagan mencion en sus fallos de si dichas formalidades han sido observadas ó no, consignando siempre la demostracion conveniente que reclamen los abusos en este punto. 4.º Que constituyendo la infraccion de las leyes y disposiciones vigentes sobre términos un caso de responsabilidad por negligencia ó por abuso contra los jueces ó tribunales y contra el ministerio fiscal ponentes y relatores, el Supremo tribunal de Justicia lo tendrá así presente en los asuntos de que tome conocimiento.

Todavia estas disposiciones no parecieron suficientes: aun podia suceder que el celo y la eficacia encargados tan enérgicamente á los tribunales no produjeran el resultado apetecido, y que poco á poco fueran aquellas cayendo en desuso. Para evitar este inconveniente, se llevó la prevision mucho mas allá de lo que comunmente se observa, y se dispuso en el artículo 4.º, que si, no obstante lo terminantemente dispuesto en el artículo 1.º, continuasen los abusos que se tratan de reprimir por la presente determinacion, la parte perjudicada podrá invocar en sus escritos el cumplimiento de la misma, protestando su infraccion, lo cual han de verificar los promotores fiscales y fiscales de S. M. en pleitos ó causas en que intervengan, debiendo resolver necesariamente, en uno y otro caso, el juez ó tribunal acerca de ello en definitiva.

Finalmente, la real orden contiene otra medida, á la cual no podemos dejar de prestar el mas sincero elogio. Convenia no solo desterrar el grave y escandaloso abuso de que en esta parte adolecia la administracion de justicia, sino tambien sacar algun parti-

do de la reforma que se intentaba, formando de ella una especie de ensayo para el porvenir. Convenia asimismo, que la jurisprudencia que habia de sustituir á las prácticas ó corruptelas que se trataba de reformar fuese constante y uniforme en todos los tribunales y juzgados; convenia, en fin, dar el primer paso para conseguir que el procedimiento judicial entre nosotros se vaya purificando y adquiriendo el carácter de sencillez y de claridad que ha ido perdiendo con el transcurso de los tiempos; y con este fin sin duda se dispuso en el artículo 7.º, que las quejas elevadas al ministerio sobre infraccion de estas y demas disposiciones que arreglan dicho procedimiento, se remitirán al Supremo tribunal de Justicia para que resuelva lo conveniente segun ella, ó consulte lo que se le ofrezca en el orden gubernativo sobre cosas ó sobre personas. Deseamos sinceramente que el tiempo y los resultados correspondan á tanto celo y prevision y á los nobles esfuerzos que se notan en la disposicion que hemos analizado.

APREMIO. En materias de Hacienda pública es la coaccion que se emplea contra los deudores del Estado por razon de contribuciones cuando retardan ó resisten su solvencia. Se dá este nombre mas especialmente á los medios coactivos que las leyes y las instrucciones establecen para hacer efectiva la cobranza de contribuciones; pero se aplica tambien al procedimiento ejecutivo que las autoridades administrativas pueden usar contra otra clase de deudores por razon de alcances ó desfalcos, rentas de fincas del Estado y demas obligaciones que entran en la categoría de las rentas públicas. La materia de apremios tiene tan natural enlace con los sistemas de administrar y recaudar, que ni puede comprenderse bien sin el conocimiento de estos sistemas, ni es fácil tratarla con absoluta independencia de ellos, habiendo por lo tanto necesidad de repetir aquí algo de lo correspondiente á otros artículos, si bien procuraremos evitarlo en cuanto sea dable. **V. ADMINISTRACION DE HACIENDA. RECAUDACION.**

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Real decreto de 25 de mayo de 1845.

Idem de 25 de julio de 1850.

DECRETO DE 25 DE MAYO DE 1845.

CAPÍTULO SEXTO.

Obligaciones de los contribuyentes, cobradores, ayuntamientos y alcaldes.

Art. 54. La contribucion recae sobre los productos liquidos del año mismo en que debe realizarse el pago. De este son responsables la persona ó personas que perciban dichos productos liquidos; pero será exigido de la que posea las fincas ó del dueño de los ganados al vencimiento de cada plazo de cobranza.

No serán, sin embargo, responsables los propietarios del pago de las cuotas señaladas á los labradores ó colonos, contra quienes ha de dirigirse siempre la accion de la cobranza con independencia de aquellos por la cantidad que deban satisfacer.

Art. 55. A falta del propietario se exigirá la cantidad total señalada á las fincas, al arrendatario, colono ó inquilino, el cual descontará á aquel al pagarle la renta la parte de la cuota que á este corresponda. El propietario asimismo descontará al censalista el tanto por ciento que le corresponda satisfacer, y que aquel haya pagado por su cuenta.

Art. 56. No será admitida la suspension del pago de cuota legalmente impuesta á pretexto de reclamacion pendiente. Si esta se resolviese despues en favor del contribuyente, le será abonada en el pago ó pagos inmediatos; y en el caso de no quedar sujeto á ninguno, devolviéndole la cantidad entregada.

Art. 57. El pago de esta contribucion se ejecutará por mensualidades anticipadas y con obligacion en el contribuyente de hacerle en el sitio y á la persona que con an-

terioridad estarán designados por el alcalde ó autoridad administrativa. Se entiende vencido el plazo para el pago de cada mensualidad el día 5 del mismo mes á que aquella corresponda.

Art. 58. Deja de ser exigible al contribuyente toda cuota cuyo pago no haya sido reclamado en el espacio de dos años, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona encargada de la cobranza para con el tesoro.

Art. 59. La cobranza se ejecutará por medio de cobradores nombrados por los ayuntamientos y bajo fianzas que estos señalarán y aprobarán.

La remuneracion de los cobradores se fijará segun las circunstancias de cada poblacion y con aprobacion del intendente, en un tanto por ciento de las cantidades que aquellos recauden y entreguen en la tesorería ó depositaria.

Art. 60. No obstante lo dispuesto en el articulo precedente, el gobierno dispondrá que la administracion se encargue desde luego de la cobranza en las capitales de provincia y sucesivamente en los demas pueblos, segun lo permitan sus circunstancias relevando de este encargo á los ayuntamientos.

En los pueblos en que este orden se establezca, se abonará á la administracion por remuneracion de cobranza un cuatro por ciento de las cantidades que hayan de recaudarse, sin perjuicio de hacer en adelante la rebaja que admita la perfeccion de este servicio.

Art. 61. De los cobradores será obligacion el entregar á cada contribuyente una papeleta en que conste la cuota y cantidades adicionales que le hayan tocado en el repartimiento; pedir oportunamente los apremios contra los morosos, y vigilar sobre la exactitud y puntualidad de su ejecucion solicitando de la autoridad competente las providencias de correccion que correspondan á los abusos que notare.

Los cobradores responderán con sus fianzas de los atrasos en que por su negligencia incurran los contribuyentes, así como tam-

APREMIO.

297

bien de la puntual entrega de los fondos recaudados á la tesorería de la provincia ó depositaría del partido dentro de los periodos que para hacerla esten señalados.

Art. 62. Sea que la cobranza esté á cargo de los ayuntamientos ó al de la administración de la Hacienda pública, los alcaldes de todos los pueblos que no sean capital de provincia ó cabeza de partido administrativo tendrán en ella una intervención inmediata con facultad de suspender bajo su responsabilidad, á los cobradores que no cumplan exacta y puntualmente sus obligaciones, reemplazándolos provisionalmente con personas de su confianza hasta la decisión del ayuntamiento ó del subdelegado ó intendente, á quien, según corresponda, darán inmediatamente cuenta.

Art. 63. Se consideran gubernativos todos los procedimientos de la cobranza, sin exceptuar los que llevan consigo medidas coactivas contra las personas que tomen parte en ella ó en los repartimientos, y en ningún caso podrán mezclarse en ellos los tribunales ó juzgados, mientras se trate del interés directo de la Hacienda pública.

CAPITULO SETIMO.

Medidas coactivas contra los contribuyentes morosos.

Art. 64. Las medidas coactivas que han de emplearse contra los contribuyentes morosos, serán:

1.ª Conminación al pago con recargo sobre el débito, y con señalamiento de tres dias para verificarle.

2.ª Apremio con ejecución y venta de bienes muebles.

3.ª Apremio con ejecución y venta de bienes inmuebles.

Estas medidas se aplicarán gradual y sucesivamente, sin hacer uso de una de ellas hasta que se hayan agotado los recursos de la anterior.

Art. 65. Cada cobrador tendrá un libro de apremios, en el cual sentará correlativamente todos los que se espidan, expresando

TOMO III.

respecto de cada uno su duración, coste y resultado. Con esta misma expresión formará una relación de los contribuyentes que hayan sufrido el apremio en cada mes, la cual será remitida por el alcalde con su V.º B.º al intendente ó al subdelegado del partido en su caso.

Con presencia de estas relaciones se formará en la intendencia de cada provincia un estado por cada trimestre de los apremios de los diferentes grados que hayan tenido lugar en cada pueblo, su coste y resultado; remitiéndose un ejemplar al ministerio de Hacienda y otro á la diputación provincial cuando se halle reunida, para que pueda procederse según convenga á la averiguación de las causas del atraso en el pago de la contribución de los pueblos donde ocurra, y á la adopción de las medidas necesarias para removerlas.

Art. 66. En cada pueblo habrá un ejecutor de apremios nombrado por el alcalde, y por el intendente en donde la cobranza se haga por cuenta de la administración. Este ejecutor será el único encargado de llevar á efecto los apremios contra los contribuyentes morosos del mismo pueblo, sin otra retribución que el importe de las dietas que se señalarán.

En las grandes poblaciones podrá aumentarse el número de ejecutores de apremio hasta el de cobradores que haya en ellas.

Art. 67. El ejecutor de apremio en ningún caso recibirá de los contribuyentes cantidad alguna, ni aun por las dietas que le esten señaladas, y cuyo importe se entregará inmediatamente en poder del cobrador para que por este le sea entregado después de terminado cada apremio, y aprobados sus procedimientos por el alcalde ó por la autoridad administrativa en donde esta dirija inmediatamente la cobranza.

Art. 68. El día 6 de cada mes el cobrador presentará al alcalde una relación de los contribuyentes que no hubieren satisfecho sus cuotas.

El alcalde pondrá en la misma relación la providencia de conminación con el recargo de cuatro maravedís por cada real de los

que constituyan el total del débito, cualesquiera que sean los conceptos de que este proceda, siempre que su cobranza esté á cargo del cobrador.

Art. 69. La conminacion se hará á cada contribuyente por medio de papeleta firmada por el alcalde, en la cual se espresará la cantidad del débito y recargo; y causará todo su efecto entregada que sea al contribuyente mismo ó á cualquiera individuo de su familia ó servicio que no sea menor de edad.

Cuando el ejecutor no encuentre individuo alguno de la familia ó servicio del contribuyente, volverá segunda vez en el mismo día á la hora en que ordinariamente aquella se halle en casa, y si tampoco encontrare persona alguna hábil, tomará por testigos del hecho á dos vecinos, y se considerará como entregada la papeleta.

Art. 70. Fecido el término señalado en las papeletas de conminacion, se formará inmediatamente por el cobrador nueva relacion de los contribuyentes que no hubieren satisfecho sus descubiertos, y presentada al alcalde, este providenciará dentro de las veinticuatro horas el apremio de ejecucion con venta de bienes muebles.

En el mismo día, ó á mas tardar en el siguiente, el ejecutor notificará la providencia á cada contribuyente; y si en el término de veinticuatro horas no presentare el recibo que acredite el pago íntegro del débito ó recargo, se llevará á efecto la ejecucion.

Art. 71. Si despues de notificada la providencia de la ejecucion se observare que el deudor sustrae u oculta los efectos sobre que aquella deba recaer, el ejecutor procederá inmediatamente al embargo y al depósito de efectos, á no ser que en el acto el contribuyente presente persona abonada que se constituya responsable de los efectos embargados.

Art. 72. Serán esceptuados del embargo y venta para el pago de contribuciones:

1.º Los ganados destinados á la labor y acarreo de los frutos de la tierra que el deudor cultive, y los carros, arados y demas

instrumentos y aperos propios de la labranza.

2.º Los instrumentos, herramientas ó útiles que los artesanos necesiten para sus trabajos personales.

3.º La cama compuesta de las piezas ordinarias del deudor y su consorte; y la de los hijos que vivan en su compañía y bajo su potestad.

4.º Los uniformes, armas y equipos militares correspondientes al grado y estado de activo servicio ó de retiro del ejército ó Armada.

Art. 73. El ejecutor hará el inventario y embargo de efectos delante de dos testigos, y en el acto requerirá al deudor para que nombre un depositario que se encargue de la custodia y conservacion de aquellos. Si el deudor no nombra depositario ó el nombrado no ofrece garantía suficiente, el ejecutor nombrará otro que desde luego se encargue de los efectos embargados.

Cuando sean varios los contribuyentes ejecutados, el alcalde nombrará, á propuesta del ejecutor, un depositario que se encargue de los efectos de todos.

Art. 74. Todo contribuyente establecido en el mismo pueblo, si no se hallase físicamente imposibilitado, está obligado á aceptar el encargo de depositario de los efectos embargados, cuando fuere nombrado por el alcalde; pero tendrá derecho al abono de los gastos que el depósito le cause.

Art. 75. Cuando no pueda verificarse el embargo, porque el deudor se niegue á abrir las puertas de su casa, ó de cualquier otro modo oponga resistencia, el alcalde prestará al ejecutor los auxilios necesarios para que continúen sin interrupcion los procedimientos.

Art. 76. La tasacion de los efectos se hará inmediatamente por un perito nombrado por el ejecutor y otro que nombrará el deudor, nombrando un tercero el alcalde en el caso de discordia entre aquellos.

Art. 77. La venta se hará en pública subasta dentro de los tres días siguientes al del embargo en el sitio y hora que el alcalde habrá señalado con anticipacion por

APREMIO.

299

medio de anuncio público ó pregon, y notificando antes la providencia al deudor. El alcalde ó persona que le represente presidirá el acto de la subasta.

Art. 78. Será postura admisible la que cubra las dos terceras partes de la tasacion; y si aquella no se presentase en el espacio de dos horas despues de abierto el remate, será admitida la que cubra el importe del débito y costas del apremio, sea cualquiera el valor de la tasacion. En el caso de no verificarse la venta, el alcalde podrá disponer que el todo ó parte de los efectos se trasladen á otro pueblo en donde aquella sea mas espedita.

Art. 79. El depositario entregará el producto de la venta al cobrador, y este le aplicará á cubrir el débito de la contribucion, y de lo que sobrare se satisfarán las costas del apremio.

Art. 80. Cuando el valor de los efectos hallados al deudor no alcanzase á cubrir el débito, se estenderá el embargo á los frutos ó rentas que le pertenezcan, encargándose el depositario de su recoleccion ó cobranza.

Art. 81. A las disposiciones anteriores estarán sujetos los administradores, arrendatarios ó colonos, cuando esté á su cargo el pago de la cuota señalada, sin admitirseles escusa alguna, ni aun la de haber satisfecho con anticipacion el precio del arriendo.

Art. 82. Los procedimientos del ejecutor se considerarán terminados con la venta de los efectos, aun cuando quede pendiente la recoleccion de frutos ó cobranza de rentas á que se haya estendido el embargo. Las diligencias actuadas serán entregadas al alcalde, cubriéndose provisionalmente por el fondo supletorio el déficit que resulte.

Art. 83. Cada tres meses el ayuntamiento, asociado de un número igual de mayores contribuyentes, examinará las diligencias actuadas en apremios que no hayan cubierto los débitos porque fueron espeditos, y decidirá si han de considerarse definitivamente estos débitos como partidas fallidas, ó ha de procederse á la venta de los bienes inmuebles de los deudores. En este

último caso la venta se anunciará desde luego con plazo de quince dias, no solo en el mismo pueblo en que se hallen las fincas, sino tambien en los inmediatos y en la cabeza del partido.

Los trámites para estas ventas serán los mismos que para los de efectos muebles, dando á este remate toda la solemnidad que las leyes señalan á los de su clase.

Art. 84. El cobrador tendrá el derecho de intervenir en los actos de los apremios y de reclamar ante el alcalde contra cualquier ilegalidad ó abuso, recurriendo al subdelegado del partido cuando aquel no atendiere su reclamacion.

Art. 85. No se exigirán á los contribuyentes colectivamente otros derechos ó costas por este apremio que los siguientes:

Para el ejecutor:

Hasta 500 rs. inclusive de dé-

bito.	8 rs. diarios.
De 501 á 1,000 inclusive.	12
De 1,001 á 3,000.	16
De 3,001 á 5,000.	20
De 5,001 arriba.	24

Para el auxiliar del ejecutor, cuyas funciones desempeñará el alguacil que tenga nombrado el ayuntamiento, ó el que para estos casos nombrare el alcalde:

Hasta 1,000 inclusive de

débito.	4 rs.	} Por cada dia que ocupe.
De 1,001 á 3,000.	5	
De 3,001 arriba.	6	

Para los peritos y tasadores el jornal que se halle establecido ó sea costumbre en cada pueblo abonar á los maestros de las respectivas clases que se ocupen, con tal que no esceda en ningun caso de 20 reales diarios, y de que solo se les satisfaga el tiempo que estuviesen empleados; pero nunca podrá ser menos de medio dia.

Para la voz pública por cada subasta 3 reales de vellon.

Por un pliego de papel del sello cuarto mayor para el despacho y estension de este 4 reales vellon. Y el importe del papel del mismo sello mayor que se invierta en cada expediente, aun cuando estos se actuen en papel de oficio; pues en este caso ha de

hacerse el reintegro equivalente á aquel.

Las traslaciones de los bienes muebles de un punto á otro serán siempre á costa de los deudores.

Art. 86. Desde el día en que cada contribuyente acredite haber satisfecho su descubierto, cesará para con él el pago de dietas y costas, y el apremio continuará para con los demas en los términos referidos, cualquiera que sea la suma en que disminuya el importe total de la cantidad que sirvió de base para el señalamiento de las dietas.

Art. 87. En las capitales de provincia y cabezas de partido, en que la cobranza esté esclusivamente á cargo de la administración, las papeletas de conminación serán firmadas por el administrador después de acordado el apremio por el intendente ó subdelegado á quien corresponderá disponer los de todos los grados.

Para la venta de los bienes inmuebles se consultará no obstante al ayuntamiento, el cual contestará precisamente en el término de ocho días, procediéndose en otro caso como si hubiera contestado.

CAPITULO OCTAVO.

Medidas coactivas contra los cobradores.

Art. 88. Los cobradores, sean nombrados por los ayuntamientos ó por la administración, serán apremiados al pago del importe de las cuotas mensuales de cuya cobranza esten encargados, si no verifican su entrega en la tesorería de la provincia ó depositaria del partido antes del día 15 del mes mismo á que la cobranza corresponda.

Se fijarán periodos mas cortos de entrega á los cobradores que reunan sumas considerables de fondos; pero ni unos ni otros serán apremiados al pago de las cuotas que no hayan podido hacer efectivas segun los trámites establecidos, siempre que presenten la correspondiente justificación.

Art. 89. En cada partido administrativo habrá nombrado por el intendente un ejecutor de apremios que será el encargado de ejecutar, bajo la dirección de la administración, todos los que hayan de dirigirse

contra los cobradores, alcaldes ó ayuntamientos del mismo partido, remunerándole con los salarios ó dietas que por cada apremio se les señalaran.

Art. 90. El apremio contra los cobradores será decretado por el intendente de la provincia ó subdelegado del partido, espidiéndose despacho en que se espresarán el importe del descubierto y las dietas que deberá el ejecutor, graduadas por la cantidad del descubierto, en la forma siguiente:

Quando el descubierto no esceda de 6,000 reales 12 maravedis diarios.

De 6,001 á 10,000. . . . 15

De 10,001 á 15,000. . . . 20

De 15,001 á 20,000. . . . 25

De 20,001 arriba. . . . 30 } *máximum de dietas.*

En el número de días en que el ejecutor devenga salario, se contarán los de viaje de ida y vuelta á razón de dos, cuando la distancia del partido al pueblo de la residencia del cobrador no esceda de seis leguas; cuatro cuando la distancia sea mayor y no esceda de doce leguas, y seis desde este número para arriba.

Art. 91. El importe de las dietas del ejecutor ingresará con el del débito en la tesorería ó depositaria, y de ella le recibirá aquel después de aprobados por el intendente ó subdelegado los procedimientos de apremio.

Art. 92. El ejecutor en el mismo día, ó á mas tardar en el inmediato ó siguiente al de su llegada al pueblo de la residencia del cobrador, presentará el despacho al alcalde, por quien será cumplimentado en el acto.

Si el alcalde rehusare ó dilatare el cumplimiento del despacho, el ejecutor le requerirá para que lo espresé en él bajo su firma, y si á esto se negare lo hará constar por diligencia y se retirará, dando inmediatamente cuenta del hecho al intendente ó subdelegado.

Si el intendente ó subdelegado hallare infundada la resistencia del alcalde, le suspenderá del ejercicio de sus funciones, y dirigirá el apremio contra él y contra el cobrador juntamente.

APREMIO.

301

Art. 93. Cumplimentado por el alcalde el despacho, el ejecutor le notificará inmediatamente al cobrador, y acto continuo procederá al depósito del dinero, libros y demás documentos pertenecientes á la cobranza.

El depósito se hará bajo doble inventario en poder de la persona que señale el alcalde bajo su responsabilidad.

El inventario será firmado por el cobrador, depositario y ejecutor, recogiendo cada uno de estos dos últimos un ejemplar de aquel documento.

Art. 94. Como de los procedimientos que se sigan puede resultar libre de responsabilidad el cobrador, y culpables el alcalde ó ayuntamiento, estos en union ó separadamente podrán nombrar una persona que acompañe al ejecutor en todas las diligencias con facultad de reclamar contra cualquiera ilegalidad, inexactitud ó error.

Art. 95. Formalizado el depósito, el ejecutor procederá á la liquidacion de la cobranza, reclamando del alcalde, si lo creyese necesario, la presentacion de los contribuyentes con los recibos que el cobrador les hayan espedido en el periodo á que la liquidacion se refiera.

Si de esta operacion, que deberá ejecutarse en el término mas breve y sin interrupcion, resulta algun desfaldo en los fondos recaudados, el ejecutor procederá inmediatamente al embargo y depósito de los bienes muebles del cobrador, dando conocimiento al alcalde para que, reuniendo al ayuntamiento, nombre esta persona que se encargue de continuar la cobranza.

Tambien tendrá lugar el embargo de los bienes muebles del cobrador cuando el descubierto proceda de morosidad suya en la cobranza ó peticion de apremios.

Art. 96. La venta de los bienes muebles embargados se hará en pública subasta bajo las mismas formalidades prescritas respecto de los contribuyentes; y si no se hallare comprador en el mismo pueblo, el intendente ó subdelegado podrá disponer que se trasladen á otro punto, en el cual podrán venderse por la cantidad del descubierto, ó por otra menor, previa retasa.

Art. 97. A la venta de los bienes inmuebles que consituyan la fianza del cobrador, se procederá cuando la de los muebles no haya sido suficiente para satisfacer el descubierto y costas, disponiéndola en este caso el intendente con la conveniente publicidad en la cabeza del partido.

Art. 98. En el caso de resultar que el descubierto procede de no haber sido el cobrador oportuna y eficazmente auxiliado por el alcalde, el ejecutor lo manifestará á este, señalando los casos y requiriéndole á contestar en el término de veinticuatro horas. Igual diligencia practicará cuando resulte entorpecida la cobranza por el ayuntamiento, el cual deberá ser reunido por el alcalde dentro del mismo término de veinticuatro horas, para que en otro igual conteste al requerimiento del ejecutor.

Sea que contesten ó no en los plazos señalados, el alcalde, ó el ayuntamiento en su caso, el ejecutor á su vencimiento remitirá todo lo actuado al intendente ó subdelegado, para que declare la persona ó personas responsables del descubierto, y contra quien ó quienes ha de continuarse ó dirigirse el apremio. Esta declaracion no se diferirá por mas tiempo que el de tres dias, contados desde el en que el intendente ó subdelegado reciban las diligencias.

Art. 99. No será admitida al cobrador reclamacion alguna despues que haya sido declarado responsable del descubierto, mientras no presente recibo que acredite su total pago el de las costas del apremio.

Art. 100. Cuando los cobradores tengan dada su fianza en dinero, será aplicada desde luego en el todo ó en parte á cubrir su débito, con solo el mandato del intendente ó subdelegado, en vista de la certificacion que presentará el administrador de la contribucion.

CAPITULO NOVENO.

Medidas coactivas contra los ayuntamientos y alcaldes.

Art. 101. El apremio contra los ayuntamientos tendrá lugar:

1.º Cuando por su culpa no se haya ejecutado en tiempo oportuno el repartimiento, y por consiguiente no haya podido el cobrador dar principio á la cobranza en los plazos señalados.

2.º Cuando sus disposiciones hayan entorpecido directa ó indirectamente la cobranza.

3.º Cuando en los casos de responsabilidad esclusiva del cobrador no alcanzare el producto de venta de los bienes muebles de este y los inmuebles de su fianza á cubrir su débito ó descubierto.

Los repartidores serán también mancomunadamente apremiados con el ayuntamiento cuando hayan diferido sus operaciones mas allá del tiempo que para concluir las les está señalado y esta sea la causa del entorpecimiento de la cobranza.

Art. 102. El apremio será dirigido exclusivamente contra el alcalde:

1.º Cuando resulte que no convocó en tiempo oportuno al ayuntamiento para que este se ocupase de las operaciones del repartimiento que le están encomendadas.

2.º Cuando haya negado ó dilatado las providencias ó auxilios pedidos por el cobrador ó por el ejecutor de apremios para ejercer sus respectivas funciones.

3.º Cuando en las notas ó estados de cobranza autorizados con su firma se hayan omitido cantidades cobradas.

4.º Y finalmente, cuando con sus disposiciones haya entorpecido directa ó indirectamente la cobranza ó encubierto algun default del cobrador.

Art. 103. Los apremios dirigidos contra los ayuntamientos ó alcaldes tendrán el carácter de ejecutivos, y ninguna demanda ni reclamación será admitida durante su curso mientras no se acredite con recibo del tesorero de la provincia ó depositario del partido el pago total del débito ó su consignación en poder del mismo tesorero ó depositario.

Art. 104. En el despacho que para estos apremios ha de expedirse, se espresará la persona ó personas contra quien ó quienes se dirige, y la causa en que se funda la pro-

videncia, sin perjuicio de los demás requisitos ordinarios.

Art. 105. El ejecutor dentro de las veinticuatro horas desde su llegada al pueblo, ó del recibo del despacho si ya estuviese en él, le presentará al alcalde, por quien será convocado el ayuntamiento dentro de otras veinticuatro horas con citación del ejecutor. Este concurrirá y notificará la providencia de apremio al ayuntamiento, señalándole el plazo de cuatro dias para verificar el pago en la tesorería ó depositaria.

En el acto mismo el ejecutor señalará de entre los individuos responsables uno ó dos que hayan de serlo inmediatamente del pago y contra quien se dirigirán los procedimientos, sin perjuicio de su derecho á ser indemnizado por los demas.

Art. 106. Si al vencimiento de los cuatro dias el ayuntamiento no presentase el recibo que acredite el pago, el ejecutor procederá al embargo de los bienes muebles del individuo ó individuos designados, extendiéndole sucesivamente á los demas responsables, cuando los efectos embargados no sean suficientes á cubrir el débito y costas.

Art. 107. La venta de efectos tendrá lugar en la forma prescrita para la de los embargados á los cobradores; trasladándolos á la cabeza de partido ó á otro pueblo, previa orden del intendente ó subdelegado, cuando no se haya presentado cobrador en el pueblo mismo de los deudores.

Art. 108. El apremio se suspenderá luego que se haya verificado la venta de los bienes muebles, aunque su producto no alcance á cubrir el débito y costas. Retirado en este caso el ejecutor, presentará todo lo actuado al intendente ó subdelegado, por quien será inmediatamente conminado el ayuntamiento con la venta de los bienes inmuebles si en el plazo de quince dias no ha satisfecho todo su descubierto.

Art. 109. La ejecución y venta de los bienes inmuebles se llevará á efecto si continuase el descubierto del último plazo señalado, espidiéndose con este fin nuevo despacho.

APREMIO.

503

La venta se ejecutará en pública subasta en el pueblo mismo, y á falta de comprador en el de la cabeza de partido; y si aun así no se verificase aquella, precediendo la retasa, se pondrán los bienes en administración por cuenta de la Hacienda pública hasta la resolución de la dirección general del ramo, á quien se dará cuenta con remisión del expediente.

La dirección general con presencia de las circunstancias de cada caso, dispondrá que se adjudiquen las fincas á la Hacienda pública por las dos terceras partes de su última tasación, ó que se reparta el débito entre todos los contribuyentes del pueblo.

Art. 110. En el caso de dirigirse el apremio contra el alcalde, quedará este desde luego suspenso en el ejercicio de sus funciones, y no será repuesto en ellas mientras no haya satisfecho el descubierto de que se haya declarado responsable.

Art. 111. El intendente ó subdelegado someterán al juzgado respectivo el conocimiento de los delitos que bajo cualquiera forma se cometieren en los pueblos para resistir ó embarazar la cobranza de contribuciones ó la ejecución de apremios, siguiéndose las demandas por la administración de la Hacienda pública del mismo modo que en los litigios en que esta sea interesada, sin que por esta causa se suspendan los procedimientos gubernativos.

REAL DECRETO DE 23 DE JULIO DE 1850.

Art. 1.º La facultad de espedir los apremios contra primeros contribuyentes de que trata el artículo 87 del real decreto de 23 de mayo de 1845 compete á los administradores en las capitales de provincia y en los pueblos cabeza de partido administrativo, con aprobacion simultánea ó prévia de los gobernadores, en cuyo nombre los espedirán, y en todos los demas pueblos á los alcaldes presidentes de los ayuntamientos, ya se haga la cobranza por cuenta de estos, ya de la Hacienda; entendiéndose que esta facultad se ha de ejercer en los términos y bajo las reglas que contienen los artículos

66 del propio real decreto, y 39 y 40 de la instrucción de cobradores de 5 de setiembre de 1845.

Art. 2.º En la papeleta de que habla el artículo 61 del real decreto de 23 de mayo de 1845 se espresará la cuota anual de contribucion y cantidades adicionales con que cada individuo se halle inscrito en la lista cobratoria sacada del repartimiento, y los plazos en que respectivamente deberá ejecutar su pago.

La papeleta se estenderá por los recaudadores con referencia á las mismas listas y con el V.º B.º de los administradores en las capitales de provincia y en los pueblos cabeza de partido administrativo, y del alcalde en los restantes, y se repartirá en todos á domicilio por los agentes del recaudador. A los contribuyentes forasteros que no tengan colono ni encargado en el pueblo se les remitirán por conducto de los alcaldes de los pueblos en que residan. Las papeletas que no puedan ser repartidas se devolverán á la administración ó al alcalde en su caso para que conste la razon por qué no han sido entregadas á los respectivos interesados.

Al principiarse y concluir la distribución de papeletas se anunciará en los parages públicos y en los boletines oficiales, para que el contribuyente que no reciba la que le sea respectiva pueda reclamarla de la autoridad correspondiente.

Art. 3.º Antes del vencimiento del plazo señalado para la cobranza de las cuotas de cada uno de los cuatro trimestres del año, los recaudadores harán insertar los oportunos anuncios en los boletines oficiales de la capital de provincia, y fijarlos en los parages públicos y de costumbre en los demas pueblos, invitando á los contribuyentes á que dentro del plazo marcado por su instrucción verifiquen el pago de sus respectivas cuotas en los puntos que los mismos recaudadores designarán de acuerdo con las respectivas autoridades, escepto en las capitales de provincia en que la cobranza se hará á domicilio, segun está mandado, evitando de este modo que el primer aviso que reci-

ban los contribuyentes sea el apremio de primer grado.

Art. 4.º Los apremios de primero y segundo grado se comprenderán en lo sucesivo en un solo despacho, que deberá expedirse el día 6 del segundo mes de cada trimestre.

El apremio de primer grado se concretará á imponer á cada contribuyente moroso el recargo de 4 maravedis en real de los que constituyan su total débito, lo cual se participará por el ejecutor al interesado al tiempo de entregarle la papeleta de que trata el artículo 69 del espresado real decreto, en los términos y bajo las formalidades que el mismo dispone, estendiendo de ello la oportuna diligencia para los efectos subsiguientes.

El de segundo grado, ó sea el de ejecución con venta de bienes muebles, tendrá lugar al cuarto día de entregada la papeleta del primero, si el contribuyente no satisface su débito con arreglo á los trámites establecidos en las disposiciones del citado capítulo 7.º, sin perjuicio de continuar despues, si fuese necesario, el del tercer grado para ejecutar los inmuebles ó raíces, en caso de acordarlo así el ayuntamiento, conforme á la facultad que le concede el artículo 83 del propio real decreto.

Art. 5.º Deja de ser colectiva la obligación de los primeros contribuyentes al pago de las dietas y costas de los apremios de segundo y tercer grado, y en su lugar se establece la individual como en el del primer grado, en esta forma:

Se exigirá á cada contribuyente en el apremio de segundo grado, además del recargo de 4 mrs. en real sobre débitos:

Desde 1 á 1,000 rs. el..... 10 por 100

De 1,001 á 3,000 el..... 6 por 100

De 3,001 á 5,000 el..... 4 por 100

Y de 5,001 en adelante el. 2 por 100

En el apremio de tercer grado se exigirá sobre los recargos correspondientes al primero y segundo:

Desde 1 á 1,000 rs. el..... 5 por 100

De 1,001 á 3,000 el..... 3 por 100

De 3,001 á 5,000 el..... 2 por 100

Y de 5,001 en adelante el... 1 por 100

Art. 6.º Los recargos que se imponen por cada uno de los tres referidos apremios se devengan y son exigibles desde el momento, y no antes, en que el ejecutor los notifique á los respectivos interesados, según el orden gradual en que deben ejercerse.

Art. 7.º Los espresados recargos pertenecen exclusivamente á los ejecutores, obligados, como lo quedan, á llevar adelante y terminar los tres apremios; pero no se les entregarán, ingresando y permaneciendo entre tanto en poder de los recaudadores, hasta que se halle realizado el pago del débito y concluido el procedimiento, dando para ello la administración, luego que examine y apruebe los expedientes, la oportuna orden al recaudador.

Art. 8.º Será obligación del ejecutor satisfacer las dietas que se devenguen por los auxiliares y peritos de la comisión, así como los derechos del papel del despacho, y cualesquiera otros gastos que en ella se ocasionen, bajo el concepto de que los contribuyentes no deben pagar por los apremios otra cantidad que la de los recargos espresados.

Art. 9.º El intendente de Madrid y los administradores de provincia y de partido no expedirán en lo sucesivo otros apremios de primero, segundo y tercer grado contra primeros contribuyentes que los que se hallen dentro de los casos marcados en este real decreto, y los que se consideren indispensables para realizar los descubiertos procedentes de contratos celebrados por los deudores con la administración de la Hacienda pública, ó de ramos ó impuestos cuya cobranza directa se halle á cargo de la misma administración, pues en los demás esta facultad es de la competencia y obligación de los alcaldes de los pueblos como queda dispuesto.

Art. 10. No se hará novedad en el sistema establecido por las disposiciones del capítulo 8.º de mi citado real decreto de 23 de mayo de 1845 para el apremio de ejecución contra los recaudadores, que son responsables directos á la Hacienda del importe de

APREMIO.

503

las contribuciones cuya cobranza les está encomendada, entendiéndose comprendidos en este caso los ayuntamientos que así mismo la verifican con arreglo á la declaración que contienen los artículos 10 y 11 de mi. real disposicion de 3 de setiembre de 1847.

Art. 11. Las dietas y costas que se devenguen en los apremios contra los ayuntamientos y recaudadores, como responsables de la cobranza de los impuestos en los casos á que se refiere el artículo anterior, se señalarán y exigirán con sujecion á lo dispuesto en el capítulo 8.º del espresado real decreto, sin que en ningun caso, ni bajo pretexto alguno, se hagan recaer sobre los primeros contribuyentes.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

- SEC. I. RESEÑA HISTÓRICA.
 SEC. II. DE LOS APREMIOS Y SUS ESPECIES.
 §. 1.º *Apremios contra los contribuyentes morosos.*
 §. 2.º *Apremios contra los cobradores.*
 §. 3.º *Apremios contra los ayuntamientos y los alcaldes.*
 §. 4.º *Apremios especiales.*
 SEC. III. CONSIDERACIONES GENERALES.

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

La historia de los medios de coaccion empleados por la autoridad pública en nuestro país para hacer efectiva la cobranza de contribuciones sigue naturalmente las fases y vicisitudes de nuestra administracion económica, y es por lo tanto oscura en los primeros tiempos de la monarquía; mas conocida luego, y señaladamente desde los reyes católicos, y reducida siempre á límites estrechos por la naturaleza misma del asunto. Como en la recaudacion de los tributos se ejerce por la administracion pública una

accion civil, civiles son y han sido comunmente los medios empleados para compeler al contribuyente moroso; pero habiéndose dado á su ejercicio no pocas veces cierto aspecto correccional, han recorrido la escala de embargo y venta de bienes del deudor, costas, multas, dietas y arresto por apremio personal. En este punto la historia no presenta mas variantes que las de mayor ó menor severidad desplegada segun las épocas, por las leyes, por los reglamentos ó por los agentes de la recaudacion, y es un hecho notable que desde que empezó á uniformarse con alguna regularidad el ejercicio de la accion recaudadora, el espíritu constante de las disposiciones de la autoridad suprema ha sido una tendencia manifiesta á reprimir los abusos de los ejecutores de la cobranza. Tan antigua, tan grave y perniciosa aparece la inclinacion de estos agentes al doble abuso de vejear á los contribuyentes y defraudar al Erario público, en cuya representacion gestionan, que, salvas algunas épocas de inusitado rigor, se observa siempre en las instrucciones rentísticas, antiguas y modernas cierto espíritu tutelar á favor del primer contribuyente, empeño manifiesto de poner límites razonables á los medios de apremio contra él, y constante severidad contra los escesos y los descubiertos de cobradores, arrendadores y funcionarios á quienes se dá el nombre de segundos contribuyentes. Por lo demas en el fondo el apremio fiscal se diferencia poco del apremio civil: es un juicio ejecutivo abreviado y mas ó menos solemne, mas ó menos sumario, mas ó menos recargado de medios de coaccion. Siempre se ha considerado como accion y facultad peculiar de la administracion económica del Estado; pero segun el espíritu dominante de las diversas épocas en nuestra organizacion política y civil, ha tenido un carácter mas decididamente judicial ó mas exclusivamente administrativo. Así, por ejemplo, las leyes del cuaderno de alcabalas no autorizaban otros ejecutores que los jueces letrados, no reconocian otras comisiones de apremio que las que llamaban audiencias de ejecucion, compuestas de juez, escribano y alguacil, y

no entendían que los negocios de cobranza de tributos fuesen otra cosa que un verdadero juicio entre partes; al paso que en instrucciones posteriores es frecuente encomendar á intendentes y administradores el nombramiento de comisionados de apremio y ejecutores, revistiendo para la coacción á estos agentes de carácter y derechos puramente administrativos. Para confirmación de estas nociones generales que, en pro de la claridad hemos anticipado, recorramos, aunque ligeramente, las principales épocas de nuestra historia.

Durante la dominación romana recaudaban los tributos los exactores curiales nombrados por los tribunales de cada partido y dependientes del cuestor de la provincia, y sin duda los medios de coacción eran el embargo y venta de bienes con costas y multas según se comprueba hasta por el carácter judicial de los recaudadores, aun sin contar con la índole misma y el objeto del procedimiento. Ya entonces existieron abusos y vejaciones que parecen inseparables de la recaudación; y sobre la opresión causada por las violencias de los pro-cónsules y pretores que gobernaron la España, y que en su calidad de conquistadores procuraban de ordinario enriquecerse y contentar á Roma con el envío de gruesas cantidades, vino también á agravar la suerte de los contribuyentes ibéricos la plaga de los arrendadores de tributos, contra cuya codicia y exacciones se levantaron no pocas veces los odios populares. La historia general de Roma nos muestra el grado de odiosidad á que llegaron por sus excesos los publicanos, y la particular de España en la época contemporánea, atestigüa de los agravios causados por los arrendadores, con las sublevaciones populares que concitó á menudo su codicia, y que alguna vez, como bajo el gobierno del pretor Lucio Canuleyo (1), solo pudieron aplacarse por la promesa de que no habría en lo sucesivo arrendadores de tributos. Resulta, pues, ser un hecho constante que en toda la duración del dominio de los ro-

manos, la tiranía y rapacidad de los gobernadores por una parte, y por otra la codiciosa arteria de los arrendadores, apenas dejaron lugar al ordenado juego de la acción recaudadora en sus límites legales, y que las mas veces la moderada ejecución de los apremios ordinarios hubo de ser reemplazada por las exacciones violentas, las multas y confiscaciones y las amenazas y vejaciones personales.

Con la ruina del imperio romano cambió de tal manera la situación de los pueblos que le constituían, y se alteró tan profundamente su estado social, que no hay hipérbole en decir que desapareció de todo punto la sociedad antigua, y sobre sus escombros se levantó otra nueva ruda y primitiva, cual podían formarla los salvajes destructores de Roma. Aquellos pueblos bárbaros traían de sus bosques instintos y costumbres radicalmente diversos de los hábitos sociales de la civilización antigua; y al establecerse como conquistadores en las naciones del Occidente, formaron sociedades nuevas, y tan originales, que solo en raros puntos dejaron percibir algún vestigio del pueblo conquistado. Entre los fenómenos de aquellas sociedades singulares, era muy notable el de no existir en ellas verdadero erario público, porque la organización feudal le hacía en cierto modo innecesario y casi irrealizable. No habiendo otra necesidad propiamente nacional que la de atender á los gastos de la guerra, el feudalismo la satisfacía cumplidamente por aquel encadenamiento bien conocido de obligaciones del vasallo para con el señor, y del señor para con el rey. Las otras necesidades públicas del orden social se cubrían aisladamente en cada señorío, por los medios que arbitraba el señor y que pendían de su carácter personal y de los hábitos, según las ideas entonces recibidas sobre la índole del dominio de la tierra. La propiedad territorial, tal cual la concebía el feudalismo, era la base principal de los recursos pecuniarios; y repartida entre los señores y los reyes les servía de título para exigir de les siervos y colonos cuanto les era neces-

(1) Mariana, tomo II, página 100.

APREMIO.

307

rio. Ella constituyó en los principios el tesoro exclusivo de los reyes, y si andando el tiempo hubieron de recurrir á prestaciones de otra especie, exigidas á la generalidad de sus súbditos, estas tardaron mucho en adquirir el carácter de verdaderos impuestos públicos, y conservaron por largo tiempo la índole y el sello peculiar de derechos feudales. No es propio de este artículo el entrar en largas investigaciones sobre los tributos que se recaudaron en España durante la edad media, mayormente cuando la materia de apremios solo tiene relacion con los directos, y no se roza con la cobranza de los impuestos indirectos, que tan numerosos fueron en aquella época. Prescindiendo, pues, de estos, debemos advertir que durante la monarquía visigoda, que fue la menos feudal de cuantas fundaron los bárbaros del Norte, no hay vestigios seguros de la clase de tributos establecida, aunque no faltan comprobantes de que existió en aquel periodo un orden tributario regularizado, y acaso semejante al de los antiguos romanos; pero en cuanto á los primeros siglos de la reconquista, se conserva memoria de la *marzadga*, *martiniega*, *yanlares*, *fonsadera*, *pecha*, *moneda forera*, *conducho* y otros muchos que se pagaban á los reyes en reconocimiento de vasallage y para sostener los gastos de su dignidad y las atenciones de la guerra. Participaban en gran manera estos tributos del carácter feudal, si bien merecian el título de contribuciones públicas por obligar á la generalidad de los naturales, salvos los exentos, y por estar destinados al servicio del rey, que personificaba entonces el Estado. Ellos y los *servicios ó pedidos* constituyeron hasta el siglo XIII las contribuciones, cuya recaudacion podia exigir apremio; y respecto de los medios empleados para verificarla, solo se sabe que la jurisdiccion para cobrar y administrar los tributos pertenecia al mayordomo mayor del rey, y que la coaccion usada contra los morosos, consistia, como siempre, en el embargo y venta de sus bienes. La ley de Partida que formuló las cédulas ó cartas reales que habian de espedirse á los recaudadores de tributos

para que pudieran legitimamente repartirlos, nos ha dejado en este como en tantos otros puntos, un dato curiosísimo, que en vano se buscaria en otra parte, para conocer lo que eran los apremios de aquella lejana época. «Que á los cogedores, dice, de *marzadga*, *moneda*, *martiniega*, *fonsadera* y otras cogechas, manda el rey, se les ayude y cumpla lo mandado, y que se les recuda con el pecho ó con los maravedises repartidos; que á los que no lo hicieren, *los prendan y los afinquen*, y al que peños le amparen *haya la pena que el rey tobiere por derecho*; y si no pagare sobre la prenda que la *ventan*». Hé aqui espresado el sistema de apremio de aquellos tiempos que se reducía sencillamente á *prender y afincar*, esto es, embargar bienes muebles y raíces del deudor, y á vender lo embargado para hacerse cobro, si despues del embargo no pagaba. Añade la ley que al que peños le ampararen, ó lo que es lo mismo, el que tenga dada fianza, haya la pena que el rey tobiere por derecho; y esto debia sin duda referirse á los arrendadores ó personas que por ajuste ú otro título tuviesen responsabilidad colectiva de entregar el importe de los tributos de un pueblo ó territorio, y que son los que despues se han llamado segundos contribuyentes, pues solo de ellos se concibe que peños les ampararen ó sea que tuviesen de antemano prestada fianza. A estos, en caso de morosidad, se les apremiaba con penas arbitrarias, que segun la naturaleza de las cosas, y aun las costumbres de la época, serian multas ó penas pecuniarias, independientemente del reintegro verificado á costa de la prenda ó hipoteca que se vendia.

Este sistema de apremio hubo de durar hasta que generalizada la alcabala, repetidos los pedidos ordinarios y extraordinarios y planteado un orden de tributos mas extenso y complicado principió á considerarse este ramo de administracion como uno de los mas importantes de la gobernacion del Estado, y se crearon los contadores mayores y dependencias especiales para el manejo de las rentas de la Corona. Entonces empezó á tomar cuerpo el pernicioso méto-

do de los arriendos, y entonces los apremios de recaudacion fueron mas numerosos y vejatorios, se duplicaron con los exigidos por los arrendadores contra el contribuyente y con los espedidos contra los arrendadores y cobradores por la administración directa y superior del Estado, y requirieron ya el envío de ejecutores y comisiones de ejecución, dando lugar á abusos y vejaciones, y complicando y embrollando de tal manera la recaudacion, que ya desde fines del siglo XIV llegaron á ser objeto de medidas severas, de leyes y reglamentos generales, dignos de atención por mas de un concepto.

Lo primero que se encuentra con carácter de disposicion general es una medida de rigor contra los arrendadores de rentas y pechos dictada por D. Juan I y confirmada por D. Enrique II en 1390 (1), por la que se ordena que cuando se les halle en descubierto se tomen todos sus bienes y los de sus fiadores, que se pongan en almoneda pública y se adjudiquen sin tasacion al que diere por ellos el valor del descubierto ó algo mas, y solo en caso de faltar quien ofrezca lo suficiente á cubrir el débito se tasen y vendan por lo que valieren. Por aquí se ve hasta qué punto llegaba ya en aquella época la severidad, y aun pudiera decirse la prevencion contra los arrendadores, pues solo así se concibe la dureza de adjudicar todos sus bienes y los de sus fiadores sin aprecio, y cualquiera que fuese su valor al que entregase el importe del descubierto á favor de la Hacienda. Ya que se conocian y toleraban las vejaciones que estos especuladores causaban al contribuyente, no se queria por lo menos consentir que ni por un momento retuviesen en su poder ó usurpasen lo que le habian exigido, en nombre del Estado ó bien lo que en equivalencia habian ellos ofrecido.

Concedióse á los pueblos en el reinado de D. Juan II, año de 1455 (2), que los cogedores de rentas y pechos se pusiesen por los concejos, si bien con la condicion de adjudicar este cargo por licitacion al que lo

aceptase por menos precio y se constituyese responsable del importe de la recaudacion; mas sin duda esta concesion fue ineficaz para librar á los contribuyentes del abuso que de los apremios hacian, no ya solo los arrendadores, sino tambien los cobradores mismos, porque así los reyes católicos como sus sucesores D. Carlos y doña Juana en 1498 y 1525 (3) recomendaron muy expresamente á los contadores mayores que no enviaran ejecutores para cobranza de alcabala y demas tributos á petición de arrendadores ó recaudadores sino en el caso en que segun las leyes se hubieran de nombrar jueces, y que aun entonces solo nombrasen al corregidor ó juez residente mas cercano, señalándole un salario razonable. Tambien se preceptuó en la misma ley que las ejecuciones se proveyesen con la menor vejacion que ser pudiera, que los jueces y ejecutores pusieran mucho cuidado y diligencia en despachar estos negocios sumariamente y con el favor posible, y que si así no lo hacian ú obraban con negligencia, se enviasen á su costa otras personas que hiciesen á las partes cumplida justicia. Escuchaban aquellos monarcas frecuentes y sentidas quejas sobre los escesos y corruptelas que la dureza de los recaudadores por una parte, y la codicia por otra, de los ejecutores y curiales habian introducido en el ramo de apremios, y su régia solicitud procuraba evitar á los súbditos tan indebidas vejaciones, poniendo coto á los abusos observados. No eran sin embargo suficientes á remediar el mal estas medidas, puesto que en las ordenanzas de la Coruña, en el cuaderno de alcabalas y en todas las instrucciones de los reinados posteriores hasta nuestros dias, se observa el mismo constante afán de poner límite á los medios coactivos de la cobranza de tributos y de garantizar al contribuyente contra el rigor y el abuso de los apremios. Ya se exigia que las comisiones de jueces ejecutores fueran examinadas por el Consejo: ya se prescribia que solo durasen estas comisiones el tiempo inescusable, que no pudiera

(1) Ley 18, tit. 9, Nov. Recop.

(2) Ley 7, tit. 32, lib. 6 Nov. Recop.

(3) Ley 9, tit. 3, lib. 9, Nov. Recop.

tenerlas un mismo juez por mas de dos años, que solo personas de letras pudieran desempeñarlas, y que á todos se les tomase residencia de su cargo: ya se mandaba que los labradores y personas *que poco pueden* no fuesen molestados por arrendadores, fieles y cogedores con pleitos injustos ni demandados, sino de quince en quince dias en su residencia, ó de treinta en treinta ante el juez de otro lugar, que se hubieran de refundir en una sola demanda los créditos de un mismo arrendador por diferentes rentas ó los de varios arrendadores por una misma, y que ningun labrador pudiera ser demandado mas de una vez durante las épocas de recoleccion: ya se disponia que los pleitos y causas sobre cobranza de rentas se librasen breve y sumariamente, sin figura de juicio, sabida solamente la verdad y sin recibirse otro escrito que el memorial llanamente hecho sin consejo de abogado; y ya en fin, se ponia tasa á los derechos y dietas de los ejecutores, estableciendo que los alcaldes, merinos, alguaciles, ballesteros y demas oficiales solo llevasen 30 mrs. al millar salvo en las ciudades, villas y lugares donde hubiese costumbre de pagar menos, y que solo en lugares de señorio, órden ó behetría ó contra arrendadores que se fuesen á ellos por no pagar, pudieran exigirse ademas cuatro maravedis por cada legua para el alguacil merino ó juez, y tambien la costa de la gente que llevasen si fuese necesaria por ser los lugares rebeldes (1).

Hé aquí compendiado cuanto en materia de apremios rigió hasta el fin de la dinastía austriaca. En el reinado del último monarca de ella D. Carlos II se creó la superintendencia general, y se modificó la administracion de las rentas públicas que desde tiempos de Felipe II habia venido á cargo del consejo de Hacienda, como sucesor de las antiguas contadurías mayores. Entre las novedades que tan sin fruto se ensayaron en aquel reinado, quizá mas desventurado todavía en administracion económica que en la política, hállase una bastante ra-

dical que se ha perpetuado hasta nuestros dias, y que ya entonces parecia haberse concebido de antemano. Tal es el pensamiento de encomendar á las justicias ó ayuntamientos de los pueblos la recaudacion de tributos, bajo la condicion de recibir un tanto de recompensa y de quedar responsables al pago del importe de la cobranza y de sus gastos. La ley recopilada de 1687 (1) estableció que la cobranza de las rentas que se administraban por el consejo de Hacienda y sala de millones corra á cargo de las justicias, llevando estas un 6 por 100 por premio de recaudacion en vez del 5 por 100 que antes llevaban, y quedando de su cargo el pago de costas de ejecutores y audiencias en caso de morosidad, y no por cuenta de pueblos y vecinos. Esta ley prueba que habian ya cesado los antiguos cogedores y recaudadores directos de la administracion; pero que continuaban y no habian de cesar los ejecutores y audiencias de apremio contra los morosos, sustituyendo solo su accion directa contra el contribuyente por la accion exclusiva contra los nuevos cobradores, que para responder de todo recibian premio. Concluiremos, pues, el periodo histórico que vamos recorriendo con una observacion. Si tan antiguo y constante aparece el empeño de las leyes y reglamentos en dirigir casi exclusivamente contra los segundos contribuyentes sus medios de coaccion y correccion; esto no debe causar estraneza al considerar cuan pocas veces se entendia directamente la administracion pública con el particular pagador de los impuestos. De estos la mayor parte fueron indirectos, y en ellos claro es que no cabia mas apremio que el que se dirigia contra el recaudador, porque la forma de su pago no permite morosidad de parte del contribuyente, mas aun con respecto á toda clase de tributos, la índole peculiar de nuestra administracion económica hizo que casi siempre se interpusieran entre el contribuyente y el Estado personas responsables de la recaudacion, ya en concepto de arrendadores, ya como diputacion de los reinos ó como comision de

(1) Leyes 9 y 10, tit. 5 y 1, 5 y 13, tit. 7, lib. 2. Novísima Recopilacion.

(1) Ley 12. tit. 92, lib. 6. Nov. Recop.

millones, ya como justicias de los pueblos encabezados, ó ya como ayuntamientos ó cobradores recompensados para verificar de su cuenta y riesgo la cobranza.

Llegamos ya al periodo histórico de nuestro país, en que comenzó á regularizarse y reformarse con mas inteligencia la administracion de Hacienda, y en que se echaron los cimientos de lo que esta habia de ser hasta nuestros días. Los reinados de Felipe V y de Fernando VI ofrecen vasto campo de meditacion á los observadores en todo lo relativo á reformas económicas y á esfuerzos hechos para dar unidad, eficacia y regularidad á la accion administrativa, y ciertamente que si se exceptúa el sistema de tributos en que se continuaron nuestras viciosas tradiciones, hay mucho que aplaudir en lo que adelantaron sobre administracion los ministros de aquella época, y mas que todos el célebre marqués de Ensenada. No parece sin embargo que el ramo de los apremios mejorase en la misma proporcion, puesto que por las instrucciones de aquel tiempo vemos el mismo espíritu que en reinados anteriores de contener los abusos y de dar garantías al contribuyente. Pudo consistir esto hasta cierto grado en la continuacion de los arriendos de rentas, que no se logró suprimir por completo hasta 1750; pero provenia tambien principalmente de la invencible tendencia de los recaudadores y ejecutores á abusar de su mision y cometer excesos. En vano se habia creado la superintendencia general y sus agentes subalternos en cada provincia con encargo especial de velar por el remedio de los abusos en materia de apremios, pues que para suplir la negligencia de estos funcionarios se mandaba en 1705 (1) que todos los tribunales, ministros y justicias del reino, bajo pena de destitucion é inhabilitacion, celasen, corrigiesen y enmendasen los excesos y daños que se cometieran por los recaudadores y que no se remediarian por los superintendentes de rentas en punto á exigir sumas

excesivas y á proceder por apremios rigurosos.

Para generalizar y uniformar el remedio de estos abusos se publicó la instruccion de 5 de mayo de 1716 (1), cuyas disposiciones principales se reducian á determinar que se acumulasen en un solo despacho de ejecucion todos los débitos de un pueblo por cualquier concepto: á señalar mil maravedís al juez, setecientos al escribano, y cuatrocientos al alguacil de las audiencias de ejecucion, á titulo de dietas ó salarios: á prohibir el despacho de audiencias contra pueblos, cuyos débitos no escudiesen de un cuento de mrs., reuniendo en un mismo despacho los de pueblos contiguos: á prescribir que las diligencias de ejecucion se revisasen por los gefes superiores y se castigase todo abuso ó exceso cometido en ellas, restituyendo á los deudores lo que se les hubiere exigido indebidamente: á mandar que se apremiase á los arrendadores si las audiencias por ellos solicitadas no presentaban en tiempo á revision sus diligencias; y á prevenir en fin, que se diera al Consejo cada seis meses noticia exacta de todas las audiencias y ejecuciones despachadas así como de los abusos en ellas corregidos. Pero la regla permanente, la ley fija, la ordenanza observada y apenas alterada durante un siglo fue la instruccion general de 13 de marzo de 1723 (2) en cuanto se referia á la materia de apremios por sus artículos del cinco al ocho inclusive. Como quiera que esta instruccion abrazaba los principales puntos de organizacion y administracion general en materias de Hacienda, sufrió modificaciones mas ó menos profundas en otros ramos; pero en punto á los apremios, todavia en 1824 se referia á ella como vigente la de 18 de octubre que entonces se publicó para sustituirla. Sus principales reglas muestran lo que se habia adelantado en tan interesante materia y manifiestan un espíritu de proteccion hácia los pueblos y las clases contribuyentes tal vez

(1) Ley 12, tit. 22, lib. 6, Nov. Recop.

(1) Ley 14, tit. 23, lib. 6, Nov. Recop.

(2) Ley 15, tit. 23, lib. 6, Nov. Recop.

APREMIO.

311

exagerado, pues suponiendo, y no sin fundamento, que el mejor medio de evitar las vejaciones del apremio es no dejar lugar á la morosidad activando la recaudacion, se exigió rigurosamente de los ayuntamientos esta actividad, y se llegó hasta el extremo de disponer el arresto sucesivo de sus individuos por quincenas en la cabeza del partido siempre que se observase retraso en la cobranza, haciéndoles por último responsables del importe de la recaudacion y mandando espedir exclusivamente contra ellos los despachos y audiencias de ejecucion. Por laudable que parezca á primera vista la tendencia de estas medidas, llevadas hasta tal extremo, habia el riesgo de que produjesen opresion en vez de alivio para el contribuyente, porque claro es que los alcaldes y regidores responsables con tan dura condicion de la cobranza, habian de emplear la misma ó mayor dureza para cobrar sin dilacion ni excusa los tributos y redimir así sus vejaciones personales, y quizá habian tambien de pugnar por exigir cantidades indebidas para tener con que hacer frente á las costas y gastos de las ejecuciones que les amenazaban. Por lo demas las medidas fundamentales y en general acertadas de aquella célebre ordenanza consistian en recomendar á las justicias de los pueblos, así como á las audiencias y ejecutores, que obrasen con toda equidad para cobrar los débitos reales y no embargasen ni vendiesen á vecino alguno la capa, manto, mantilla, cama ni sarten: en disponer que los labradores no pudiesen ser ejecutados en sus bueyes, mulas ú otras bestias de arar, ni en los aperos de labor, ni en sus sembrados y barbechos en ningún tiempo del año, salvo si no tuvieran otros bienes, y aun en este caso se les habia de reservar un par de bueyes, mulas ú otras bestias de arar con los correspondientes aperos y granos necesarios para sembrar y para su preciso sustento, y ademas cien cabezas de las que tuviesen de ganado lanar: en ordenar que para evitar á los pueblos los excesos y violencias de las ejecuciones, las justicias y regidores recaudasen y entregasen en arcas reales lo recau-

dado sin dilacion, y que cumplido un tercio sin haberlo hecho, los superintendentes y subdelegados dispusieron que no pagando dentro de tercero dia se presentase preso en la cárcel de la cabeza del partido uno de los alcaldes ó regidores encargados de la cobranza, que le tuvieran allí hasta quince dias, pasados los cuales sin haber pagado, mandasen presentar preso al otro alcalde ó regidor soltando al primero, y si pasados ambos términos no hubiesen hecho el pago, despachasen ejecutores ó audiencias á costa de dichos alcaldes ó regidores y nunca contra vecinos contribuyentes; en prohibir que durante los meses de junio, julio y agosto se despachasen audiencias ni ejecutores para la cobranza de rentas reales sin escepcion: y en prescribir por último que solo pudieran librar estos despachos en el resto del año los superintendentes y subdelegados, y nunca los administradores, debiendo comprender siempre en uno solo los débitos por todas rentas y contribuciones.

Desde entonces hasta 1824 solo confirmaciones de aquella instruccion se encuentran en las escasas ordenanzas análogas de los reinados posteriores. D. Fernando VI por la de intendentes de 1749 (1) solo dispuso encomendar á estos nuevos funcionarios la autoridad esclusiva en todo lo relativo á la cobranza de rentas y contribuciones; pero les prescribia al mismo tiempo la rigida observancia de las medidas sobre apremios dictadas por la instruccion de 1723. En el reinado de don Carlos III nada consta mandado en contrario sentido de la misma instruccion que durante todo él se halló vigente. Del tiempo de don Carlos IV solo se conoce la disposicion legal de 1802 (2), por la cual se declara peculiar de los alcaldes ordinarios y regidores con exclusion de los corregidores y alcaldes mayores todo lo relativo á derechos y obligaciones en la cobranza de contribuciones y rentas públicas; pero siempre al tenor de lo establecido por la misma instruccion citada de 1723; y finalmente en el primer periodo del reinado

(1) L. 16, tit. 32, lib. 6, Nov. Recop.

(2) Ley 21, tit. 32, lib. 6, Nov. Recop.

de don Fernando VII, la instrucción general de rentas de 16 de abril de 1816 solo habló sobre apremios en sus artículos 26 del capítulo V, y 100 al 102 inclusive del VIII; mas sus preceptos de suyo poco importantes, se refieren visiblemente y parece que suponen existente el sistema de apremios que venia siguiendo desde el segundo cuarto del siglo precedente.

En 18 de octubre de 1824 se publicó una instrucción especial sobre apremios, que al parecer tenia por objeto introducir en el sistema de la de 1723 las reformas y modificaciones que habia hecho necesarias la mudanza de los tiempos; pero en realidad no se hizo otra cosa que rebuscar nuevos medios de rigor para hacer efectiva la cobranza de contribuciones, conservando en el fondo las mismas prescripciones anteriores. Bajo el nombre de apremio de comision y ejecucion se establecieron los ejecutores y audiencias de otros tiempos, aunque con señalamiento de nuevas dietas proporcionadas al estado económico de la época, y por cierto nada moderadas, pues consistian en 12 á 30 reales diarios para los comisionados de apremio, y en 60, 36 y 16 para las audiencias de ejecucion. La grande novedad que en esta instrucción se hacia consistió en la invencion de los apremios militares, pensamiento erróneo y hasta repugnante á que hubo de renunciarse cuatro años despues. El apremio militar, tal cual en dicha instrucción se establecia, repugnaba á los fines sociales de la fuerza armada, haciéndola degenerar de auxiliar de la autoridad en agente curial de los apremios. La fuerza armada costeada y mantenida por el Estado, está sin duda destinada, entre otros objetos, á prestar mano fuerte á la autoridad encargada de recaudar los tributos, mas por la naturaleza misma de las cosas, solo debe impartirse semejante auxilio en caso de resistencia violenta ó rebelion, y aun entonces todo lo que parece justo y decoroso exigir del deudor rebelde, independientemente del castigo que merezca segun el Código penal, es el gasto extraordinario que en el movimiento de la tropa hubiere ocasionado

su resistencia ó sea la costa de la gente que contra lugares rebeldes llevase el ejecutor, como decia una ordenanza ya citada del siglo XVI. A aquellos tiempos fue preciso retroceder en 1824 para introducir los apremios militares, y todavia se desfiguró y exageró la imitacion aplicando este medio de fuerza á los casos ordinarios en que no hay resistencia armada, y en que basta por tanto la coaccion civil, y señalando á la tropa, en vez del prest extraordinario que podia necesitar, gruesas dietas á costa del deudor, que escitasen la codicia del soldado y dieran cierto aspecto de especulacion y lucro á los austeros servicios de su instituto. Debió sin duda esta invencion hacer sentir muy pronto sus naturales y perniciosos efectos de viciar al soldado y oprimir á los pueblos, puesto que ya se declaró abolida en la instrucción general de recaudacion de 6 de julio de 1828, dictada bajo el mismo reinado y ministerio en que se habia espedido la anterior.

Por los capítulos 4.º y 5.º de esta instrucción se determinaron las medidas coactivas que los ayuntamientos podian emplear contra los contribuyentes morosos, las cuales no pecaban de rigorosas en extremo, consistiendo en recargos, multas y ejecuciones aplicadas con oportunidad para no dejar lugar á notables atrasos; y con respecto á los ayuntamientos mismos cuando fueren deudores, se confirmaron los apremios establecidos ya por la instrucción anterior, con la sola escepcion del militar que quedó desde entonces suprimido. En cuanto á lo demas, por estas instrucciones se respetaron y rehabilitaron las épocas anuales de moratoria y los privilegios de labradores y gente desvalida que ya de antiguo venian concedidos como un tributo de justicia, debido á la importancia social de la clase agrícola en nuestro pais y á la consideracion que en todas partes merecen los contribuyentes pobres y laboriosos.

Terminamos aquí esta reseña histórica, porque las últimas disposiciones esplicadas han estado rigiendo hasta la reforma general de 1843, que constituye el actual siste-

APREMIO.

315

ma, y porque las graves alteraciones económicas que en las diversas épocas constitucionales se intentaron, apenas tuvieron tiempo de ensayarse y dejaron escasa huella en la administración respecto de la cobranza de tributos, no habiéndose de nuevo planteado en la época actual hasta después de once años transcurridos desde que comenzó la revolución política. Tan fuerte ha sido la rémora que á la reforma harto indicada ya, del sistema tributario, opusieron la guerra civil y los trastornos; y tanta es la diferencia que media entre la dificultad de cambiar la faz política de un país y la de variar la naturaleza de sus tributos.

SECCION II.

DE LOS APREMIOS Y SUS ESPECIES SEGUN EL SISTEMA ACTUAL.

La reforma tributaria de 1843 trajo consigo la de la administración de Hacienda, así en la parte orgánica como en la reglamentaria, y habiéndose acomodado á ella entre otros puntos el relativo á la recaudación y medios coactivos de realizarla, daremos una idea sucinta de su actual estado, tal como le ordenó la instrucción general de 23 de mayo de aquel año, con las aclaraciones y modificaciones que después se han hecho.

Ante todas cosas debemos advertir que el método de cobranza que vamos á explicar aunque dictado mas especialmente para la contribución de bienes inmuebles, cultivo y ganadería se aplica también á la de subsidio industrial y de comercio y las demás directas segun precepto espreso de sus instrucciones respectivas. La recaudación se halla en estado de transición desde un método á otro. El pensamiento dominante en la última reforma ha sido relevar á los ayuntamientos del gravoso cuidado de la cobranza, y encomendar esta de nuevo á agentes directos de la administración, los cuales tienen cierto carácter misto de especuladores y funcionarios administrativos. Para formar completa idea de este sistema debe leerse la prolija

TOMO III.

instrucción provisional de 5 de setiembre de 1843 sobre recaudadores. No la insertamos ni la juzgamos aquí por ser asunto propio del artículo ~~RECAUDACION~~. Bástanos indicar que aunque parece imitado el pensamiento de la administración francesa, no es nuevo en la de nuestro país como se ha visto en la precedente reseña histórica, y que eran tantos y tan trascendentales los inconvenientes de la cobranza por los ayuntamientos, que por muchos que sean los de la recaudación directa, sería de desear que esta se generalizase al menos para ensayar en grande escala sus resultados así morales como económicos. Como quiera en el día se conocen tres clases de recaudadores, á saber: los generales que son los que tienen á su cargo la cobranza en una ó mas provincias, ó en uno ó mas distritos que comprendan diferentes pueblos: los especiales que se nombran para solo las capitales de provincia ó para las cabezas de partido; y los particulares que recaudan en cada uno de los demas pueblos. Los que pertenecen á las dos primeras clases son los recaudadores directos nombrados respectivamente por el gobierno y por la administración central y provincial: los de la tercera son los cobradores elegidos por los ayuntamientos donde todavía corre á su cargo la recaudación. Todos ellos reciben un precio proporcionado ya convencional ó ya fijado por las instrucciones, pero que nunca puede esceder de la parte correspondiente á gastos de cobranza en el 4 por 100 y los dos maravedís en real que por las contribuciones de inmuebles y de subsidio se exigen de recargo para costear el reparto y la cobranza. Son también responsables del importe de la recaudación para con los funcionarios administrativos en cada localidad, y tienen obligación y derecho de exigir de cada contribuyente la cuota que se hubiese repartido por plazos breves y anticipados, los cuales se fijaron primero en periodos mensuales, y después se ampliaron á trimestres por virtud de real orden de 23 de mayo de 1846. Las demás disposiciones notables en punto de recaudación consisten en que deja de ser exigible

al contribuyente toda cuota cuyo pago no se haya reclamado dentro de dos años sin perjuicio de la responsabilidad para con el Tesoro de la persona encargada de la cobranza: en que los cobradores están obligados á entregar á cada contribuyente una papeleta espresiva de la cuota y demas sumas que se le hayan repartido: á pedir oportunamente los apremios contra los morosos, y á vigilar sobre la exactitud de su ejecucion, quedando ellos responsables con sus fianzas de los atrasos á que diese lugar su negligencia: en que los alcaldes bajo la dependencia de los subdelegados de Hacienda y de los intendentes ó gobernadores intervienen en la cobranza con su autoridad, la vigilan y pueden suspender y reemplazar provisionalmente bajo su responsabilidad á los cobradores en caso de omision ó esceso; y finalmente en que deben considerarse gubernativos todos los procedimientos de la cobranza sin exceptuar los que llevan consigo medidas coactivas.

§. 1.º *Apremios contra contribuyentes morosos.*

Pero viniendo ya á estas, las que hoy están autorizadas esclusivamente contra los contribuyentes morosos son: 1.º, la conminacion al pago con recargo sobre el débito y con señalamiento de tres dias para verificarle: 2.º, el apremio con ejecucion y venta de bienes muebles: 3.º, el apremio con ejecucion y venta de bienes inmuebles. La simple enunciacion de estas medidas que solo pueden aplicarse gradualmente sin echar mano de una hasta haber apurado los recursos de la anterior, explica lo bastante su índole y su ejecucion sin que nos detengamos á detallar su aplicacion, tal cual puede verse formulada en la instruccion ya inserta. Haremos sin embargo notar que segun esta la conminacion, lleva consigo un recargo de cuatro maravedis por real de los que constituyan el débito, y debe hacerse por medio de papeleta firmada del alcalde y entregada al contribuyente ó persona de su familia ó su servicio: que fenecido el término de la conminacion sin

haber pagado, el alcalde á peticion del cobrador, providencia el apremio de embargo y venta de bienes muebles: que requerido con este el contribuyente y no satisfaciendo el débito y recargo dentro de 24 horas, se lleva á efecto la ejecucion procediendo al embargo, del cual solo están exceptuados los ganados de labor y de acarreo de frutos de la tierra que el deudor cultive, los carros, arados y demas instrumentos y aperos de labranza, la cama del deudor y su consorte y la de los hijos que vivan en su compañía y bajo su potestad, y los uniformes, armas y equipos militares de los individuos de esta clase activos ó retirados: que depositados y tasados por peritos de nombramiento comun los efectos embargados, se procede á su venta dentro de los tres dias siguientes al del embargo: que esta se verifica en pública subasta, siendo postura admisible la que cubra las dos terceras partes de la tasacion, y si á las dos horas de abierto el remate no se presentase postura de esta clase ó superior, es admitida la que cubra el importe del débito y costas del apremio sea cualquiera el valor de la tasa: que si no se consigue realizar la venta, el alcalde puede disponer que el todo ó parte de los efectos embargados se trasladen á otro pueblo donde sea mas espedita: que en caso necesario puede estenderse el embargo á los frutos ó rentas pendientes cuya recoleccion ó cobranza quede á cargo del depositario, terminando con la venta de los antes embargados los procedimientos del ejecutor: que cada tres meses el ayuntamiento asociado de un número igual de mayores contribuyentes examina las diligencias de apremio actuadas contra contribuyentes que aun despues de ellas no hayan cubierto sus débitos, y decide si han de considerarse estos definitivamente como partidas fallidas ó si ha de procederse á la venta de los bienes inmuebles de los deudores, la cual en este caso se anuncia desde luego por término de quince dias no solo en el pueblo donde radican las fincas, sino tambien en los inmediatos y en la cabeza del partido: que los trámites para estas

APREMIO.

513

ventas son los mismos que para las de efectos muebles, dando al remate sin embargo toda la solemnidad que las leyes señalan á los de su clase: que el cobrador tiene derecho de intervenir en los apremios y reclamar ante el alcalde contra cualquiera ilegalidad ó abuso, recurriendo al subdelegado del partido cuando aquel no atendiere su reclamacion, y finalmente que donde la cobranza está exclusivamente á cargo de la administracion las papeletas de conminacion se firman por el administrador, despues de acordado el apremio por el intendente ó subdelegado á quien corresponde decretarle en todos sus grados, debiendo sin embargo consultarse al ayuntamiento para acordar la venta de bienes inmuebles.

Por lo demas los apremios estan á cargo esclusivo de ejecutores debiendo haber uno fijo en cada pueblo nombrado por el alcalde ó por el intendente segun que la recaudacion esté en manos del ayuntamiento ó corra por cuenta de la administracion, y solo en las grandes poblaciones puede aumentarse el número de ejecutores hasta el de cobradores que en ellas exista. Estos agentes no gozan otra retribucion que las dietas señaladas por instruccion, cuyo abono es de cargo colectivo y proporcional entre todos los deudores comprendidos en los apremios; nunca perciben por sí cantidad alguna del contribuyente, debiéndose entregar en su caso el importe de las dietas al cobrador para que este las abone al ejecutor luego que sus procedimientos de apremio hayan sido terminados con la aprobacion del alcalde ó de la autoridad administrativa segun los casos, y tienen obligacion de llevar un libro de apremios espresivo de su número, su duracion, su coste y su resultado, formando relaciones, que visadas por la autoridad local sirvan para formar en las intendencias estados trimestrales de que se ha de remitir un ejemplar al ministerio de Hacienda. Con respecto á dietas y costas, la instruccion previene, que por razon de apremios solo puedan exigirse á los contribuyentes colectivamente en los que contra ellos se dirigian las siguientes: para el eje-

cutor por dietas, desde 8 hasta 24 reales diarios en una escala ascendente por grados de 4 rs. de aumento, segun la entidad proporcional de los débitos en otra escala que corre desde 500 hasta pasados 5,000 rs. por grados, primero de 1,000 y despues de 2,000 rs. de subida. Para el alguacil ó auxiliar del ejecutor que tenga nombrado el ayuntamiento ó que nombre el alcalde de 4 á 6 rs. diarios en escala de un real de aumento por cada grado de débito desde 1,000 á 3,000 rs., y de 3,000 arriba. Para los peritos ó tasadores el jornal que sea de costumbre en cada pueblo sin que pueda exceder nunca de 20 rs. diarios ni abonarse por mas dias que los empleados ni por menos de medio dia. Para la voz pública 3 rs. por cada subasta. Para estension del despacho de ejecucion 4 rs. por un pliego de papel del sello cuarto mayor y ademas el importe del papel del mismo sello que se invierta en cada expediente, haciéndose el reintegro equivalente si se actuase en papel de oficio; y finalmente, lo que puedan importar las traslaciones de bienes muebles de un punto á otro que se dispusieren y que siempre se han de verificar á costa de los deudores. La economia y ventaja presumible de este arancel consiste en que sea colectiva la responsabilidad de los deudores apremiados al pago de dietas y costas, y para asegurar este beneficio se cuida en la instruccion de establecer que los apremios solo se puedan expedir á la vez por periodos fijos, por grados y colectivamente contra los morosos, siendo el espíritu de todas estas medidas que no haya en cuanto sea posible mas que un solo expediente de apremio por cada periodo de atraso de todos los contribuyentes morosos de un mismo pueblo.

Tal es el sistema actual de apremios contra contribuyentes que estableció la instruccion de 1843, y que no ha recibido hasta ahora alteraciones de importancia, si se exceptúan las contenidas en el real decreto de 23 de julio de 1830; porque la circular de 3 de setiembre de 1847, si bien interesante en punto á los apremios, se limitó á simples

explicaciones, y en lo principal se ha reproducido por el reciente decreto. Las disposiciones de este son notables y de no poca trascendencia, habiéndose propuesto en él la administración suprema, enmendar los defectos y salvar los inconvenientes observados en el método vigente. El primer punto á que se refiere es el de la autoridad á quien compete la expedición de los apremios. El gran número de ellos que correspondía expedir á los intendentes ó bien á los administradores, con autorización de los gobernadores de provincia, embarazaba el servicio, retrasaba la acción administrativa de la cobranza, desautorizaba á los alcaldes, y daba á los ejecutores cierta independencia de sus jefes, que aunque transitoria, era peligrosa, así para los contribuyentes como para el Tesoro público. Se ha ordenado por tanto, que la facultad de expedir los apremios contra primeros contribuyentes compete á los administradores con aprobación previa ó simultánea de los gobernadores, solo en las capitales de provincia y en las cabezas de partido, y que en todos los demás pueblos toque á los alcaldes, ya se haga la cobranza por cuenta de los ayuntamientos, ó ya por la de la Hacienda, con lo cual resultará que siempre la autoridad que despacha los apremios sea la misma que está encargada y se halla al alcance de vigilar de cerca á los ejecutores durante todo el curso de las diligencias de apremio.

El segundo objeto de reforma ha sido la entrega á los contribuyentes, así de las papeletas de reparto, como de las de conminación. La puntualidad en esta entrega es tan esencial, cuanto que sin ella no existe para el contribuyente posibilidad de pagar una cuota que no conoce, ni responsabilidad de una multa con que no se le conmina en tiempo determinado. Y sin embargo son muchas y muy fundadas las quejas contra la indolencia ó malicia de los cobradores y ejecutores en esta parte, y muy frecuentes los casos de consistir en el apremio el primer aviso que reciben los contribuyentes, lo cual como se deja conocer ofende al sentimiento de equidad; agria el ánimo de los deudores,

y compromete la dignidad de la administración en materia de suyo tan ocasionada á la impopularidad. Para evitar este mal en lo posible, además de reencargar y explicar lo ya dispuesto por los artículos 61 y 69 de la instrucción de 1843, se previene que la papeleta de cuota con toda la expresión y formalidades establecidas, se reparta á domicilio por los agentes del recaudador, devolviéndose á la administración, ó al alcalde en su caso, las que no puedan ser repartidas para que conste la razón de no haberlo sido: que al principiar y concluir esta repartición de papeletas se anuncie en los sitios públicos y en los boletines oficiales para que el contribuyente que no haya recibido la suya pueda reclamarla de la autoridad correspondiente: que antes del vencimiento del plazo señalado para el pago de la cuota de cada trimestre se hagan insertar por los recaudadores en el Boletín oficial y fijar en los parages públicos invitaciones á los contribuyentes para que dentro de los plazos de instrucción acudan á pagar en los puntos designados excepto en las capitales de provincia donde se hará á domicilio la cobranza: y que la papeleta de recargo ó sea el apremio de primer grado se entregue al interesado con las formalidades ya prevenidas enterándole de su contesto y extendiendo de ello la oportuna diligencia. También se ha dispuesto que los dos apremios de primero y segundo grado se hayan de comprender en un solo despacho, el cual deberá expedirse el día 6 del segundo mes de cada trimestre, no pudiendo hacerse uso del segundo sino al cuarto día de entregada la papeleta del primero sin perjuicio de recurrir al de tercer grado si fuere indispensable cuando el ayuntamiento lo acordase según lo establecido. Pero el punto en que se ha hecho una grande innovación es el relativo á dietas y costas de los apremios, habiéndose convertido de colectiva en individual la responsabilidad á su pago, y reemplazado por un nuevo recargo proporcional la escala gradual de dietas diarias y las costas. Observábase que la responsabilidad colectiva no correspondía á los fines que se

APREMIO.

317

propuso la instruccion: que en vez de alivio causaba aumento de vejacion á los contribuyentes por lo mucho que se prolongan los procedimientos: que esta prolongacion nacia muchas veces de dilaciones estudiadas por la codicia de los cobradores y no pocas tambien de obstáculos creados por circunstancias especiales ó malicia de uno ó mas deudores, cuya resistencia gravaba á los demas: que el sistema de dietas ordinarias fomentaba el interés de los ejecutores en proceder con lentitud, y pecaba ademas por su desproporcion, no alcanzando unas veces á recompensar justamente á los ejecutores, y causando otras un gravámen sucesivo que llegaba hasta recargar las cuotas de menor cuantía con un 70 á un 300 por 100 al paso que se notaba un alivio desproporcionado en las de mas importancia, acaso por estar mal calculada la escala gradual, y tambien por efecto inevitable de la mancomunidad. Y como al mismo tiempo se ha experimentado que el recargo individual proporcionado á la cuota y establecido para el primer grado de apremio daba los resultados mas ventajosos presentando los caracteres de sencillo; equitativo, eficaz y exento de inconvenientes como medio de coaccion, se ha sustituido á las dietas diarias, generalizándole, haciéndole aplicable á los apremios de segundo y tercer grado, estableciendo para cada uno de estos distinta escala de recargo proporcional, y refundiendo en ella todos los gastos y costas del apremio cuyo pago queda de cuenta de los ejecutores. En cuanto á las nuevas escalas tienen la circunstancia tan especial como fundada de ser descendentes bajando el tanto por ciento del recargo á medida que sube la cantidad del débito, y siendo corto el número de los grados, con el justo fin de que nunca pueda esceder de sumas moderadas el costo del apremio. Así la establecida para el apremio de segundo grado consiste en el 10 por 100 sobre débitos de hasta mil reales, el 6 desde mil á tres mil, el 4 desde tres mil á cinco mil; y el 2 desde cinco mil en adelante. La correspondiente al de tercer grado se reduce á una escala menor en la mi-

tad del valor de los recargos que solo llegan al 3, 3, 2 y 1 por 100 en proporcion del mismo importe gradual de débitos. De este modo se ha creido ocurrir al remedio de los inconvenientes observados, creando estímulo para el pago, quitando todo motivo interesado en la lentitud de los procedimientos, asegurando la igualdad proporcional en el gravámen impuesto á los deudores, y procurando á los ejecutores una recompensa moderada sin exceso de vejacion para el contribuyente. El tiempo demostrará si es ó no acertada esta reforma, que nosotros creemos desde ahora poder calificar de fundada y razonable.

§. 2.º *Apremios contra los cobradores.*

Refiérese lo hasta aquí dicho á los atrasos de los contribuyentes, respecto de los cuales importa mucho suavizar y hacer en lo posible llevaderos los medios de coaccion. En cuanto á los cobradores y ayuntamientos, su responsabilidad es de otro género, y aun considerada solo bajo el aspecto civil é independientemente de la criminalidad que pueda envolver, exige accion mas fuerte y vigorosa de parte de la autoridad administrativa. Así en cuanto á los cobradores de cualquiera origen, la instruccion de 1845 procura ante todas cosas que no puedan parar en su poder sumas cuantiosas, obligándoles á poner en las arcas del Estado los fondos que recauden por periodos fijos y siempre mas ó menos breves: les exige fianzas proporcionadas: les hace responsables de cualquier atraso de los contribuyentes que no justifiquen haber sido inevitable, ó que proceda de omision suya; y no admite contra ellos la conminacion con recargo, limitando el apremio á la ejecucion en sus dos grados de embargo y venta de bienes, primero muebles, y despues raices, y aplicando al pago en primer lugar los valores de la fianza, si esta fuese en dinero, ó en último cuando consista en bienes inmuebles. Para esta clase de apremios debe haber en cada cabeza de partido administrativo un ejecutor especial nombrado por el intendente y que pro-

ceda bajo la dependencia directa de la administración, y las dietas señaladas á estos ejecutores se fijan en una escala de 12, 15, 20, 25, y 30 rs. diarios, segun que el descubierto llegue ó exceda á las sumas de 6,000, 10,000, 15,000 y 20,000 rs., entendiéndose invertidos en el apremio los dias de viage del ejecutor, desde su residencia á la del deudor, si bien poniendo límite á las jornadas que exija la distancia. Con respecto á la forma del procedimiento, estos apremios estan sujetos á las reglas comunes establecidas para los anteriores; pero tienen ademas otras especiales que requiere la condicion escepcional de los deudores. Como se hallan estos encargados de la recaudacion de caudales públicos, cuando se espide apremio contra ellos porque faltaron al puntual pago de alguno de los plazos señalados, es preciso empezar por ocuparles los fondos, libros y papeles de la recaudacion que obren en su poder, ya para evitar que cometan nuevos abusos ú ocultaciones, y ya principalmente para investigar y comprobar el verdadero descubierto en que se encuentran y las causas de que proviene. Al efecto se ordena en la instruccion que, pedido al alcalde el cumplimiento del despacho, el cual no podrá este dilatar ni rehusar sino bajo la responsabilidad de quedar mancomunado con el deudor, despues de suspenso, si no fuese fundada la resistencia, el ejecutor proceda á constituir en depósito bajo inventario y en poder de la persona que el alcalde designe, el dinero, libros y documentos pertenecientes á la cobranza: que en seguida se formalice de esta una liquidacion exigiendo, en caso necesario, de los contribuyentes la presentacion de recibos, y que por ella se fije el verdadero descubierto del cobrador, determinando si su procedencia es de desfalco ú omision por parte suya ó si nació de falta del alcalde en prestarle auxilio ó de entorpecimientos puestos á la cobranza por el ayuntamiento: que en los dos primeros casos se proceda desde luego y previa suspension y reemplazo temporal del cobrador á la ejecucion en sus bienes y fianzas por el órden establecido, y

que en los dos últimos, esto es, cuando resultare culpa del alcalde ó del ayuntamiento, se exija de los interesados contestacion al cargo y se remita todo lo actuado al intendente para que declare dentro de tercero dia, quiénes sean la persona ó personas responsables contra las cuales haya de continuarse el apremio. En este punto el ya citado decreto de 23 de julio de 1830 no ha hecho sino confirmar el método de apremio establecido contra recaudadores por la instruccion de 1843, añadiendo tan solo la declaracion de que se entiendan por tales los ayuntamientos á quienes esté encomendada la cobranza de tributos.

§. 3.º *Apremios contra los ayuntamientos y los alcaldes.*

Por lo que respecta á ayuntamientos y alcaldes existe naturalmente otro órden de apremios. Contra aquellos solo pueden estos tener lugar cuando por su culpa no se haya ejecutado en tiempo oportuno el repartimiento ni podido por tanto el cobrador dar principio á la cobranza en los plazos marcados, cuando sus disposiciones hayan entorpecido esta directa ó indirectamente, y cuando los bienes muebles é inmuebles del cobrador, inclusa su fianza, no alcancen á cubrir el descubierto de que sea responsable. Contra los alcaldes el apremio procede cuando no hayan convocado á tiempo al ayuntamiento para las operaciones de repartimiento, cuando hubieren negado ó dilatado las diligencias ó auxilios pedidos por el cobrador ó por el ejecutor de apremios, cuando en las notas ó estados de cobranza autorizadas con su firma se hayan omitido cantidades cobradas, y cuando con sus disposiciones hayan entorpecido de cualquier modo la recaudacion ó encubierto algun desfalco. Tampoco estos apremios admiten otros grados que los de embargo y venta de bienes muebles y raices, ni tienen distinta forma que los demas; pero en el procedimiento requieren alguna especialidad. Su carácter es tambien ejecutivo, sin que durante su curso se admita demanda ó recla-

APREMIO.

319

macion mientras no se acredite el pago ó consignacion del débito en tesorería. El requerimiento de pago se hace en él á las personas que el despacho designa como responsables, con otorgamiento del plazo de cuatro dias para realizarle. La responsabilidad de los deudores es mancomunada y el ejecutor puede elegir entre ellos la persona ó personas contra quienes dirija el procedimiento, sin perjuicio de su derecho de resarcimiento á costa de las demas. La ejecucion empieza y se limita en el primer periodo por la venta de bienes muebles, terminada la cual, el ejecutor se retira aunque no resulte cubierto todo el débito á favor de la Hacienda. Para proceder al último grado de venta de bienes inmuebles, debe proceder conminacion con plazo de quince dias, y nuevo acuerdo y despacho del intendente despues de transcurridos. Si no puede realizarse la venta de estos bienes, apurados que sean los trámites del apremio, se dá cuenta á la direccion para que, atendidas las circunstancias de cada caso decida si se han de adjudicar las fincas á la Hacienda por las dos terceras partes de la retasa, ó si se ha de repartir el débito entre los contribuyentes del pueblo. Y por último, el apremio dirigido contra un alcalde lleva consigo la suspension en el ejercicio de sus funciones hasta la completa satisfaccion del descubierto, y la jurisdiccion sobre conocimiento de los delitos que bajo cualquier forma se cometan en los pueblos para resistir ó embarazar la cobranza de contribuciones ó la ejecucion de apremios, se pone exclusivamente á cargo de los juzgados de Hacienda.

§. 4.º *Apremios especiales.*

Hay ademas en materias de Hacienda otros apremios, cuya especialidad los distingue de los comunes hasta aquí espuestos y cuya índole requiere una mencion particular. Daremos, pues, de ellos breve idea para complemento de la doctrina peculiar de este artículo.

La cobranza de arbitros de amortizacion

y de rentas de fincas del Estado es una accion tambien administrativa, guarda la posible analogia con la recaudacion general de los impuestos y tributos ordinarios, y en caso de morosidad por parte de los deudores se hace efectiva por medio del apremio gubernativo. En cuanto á los arbitrios, incorporados ya á las demas rentas los pocos que hoy subsisten, siguen la condicion comun y se exigen por los mismos medios coactivos autorizados para todas ellas; y por lo que respecta á los débitos por arriendos, censos ú otro título cualquiera sobre fincas del Estado, desde la instruccion de 9 de mayo de 1835 hasta el dia todos los reglamentos, órdenes y disposiciones vigentes los equiparan á los de cualquier otra renta pública, y autorizan para su cobranza el apremio gubernativo ó la ejecucion en virtud de certificacion del débito dada por la contadaria respectiva, segun ya se prescribió por los artículos 2.º y 6.º de aquella instruccion.

Otro apremio especial es el establecido para la cobranza de alcances ó desfalcos de los empleados que manejan fondos. Los procedimientos para el reintegro de la Hacienda en estos casos estan declarados administrativos, debiéndose seguir por la via de apremio mientras se dirijan contra empleados ó fiadores, y no pudiendo pasar á judiciales, sino en las incidencias de tercera provocadas por personas estrañas á toda responsabilidad para con la Hacienda. Así lo determina en su artículo 11 la ley de 20 de febrero de 1831, la cual en los siguientes 12 y 13 establece el órden con que han de aplicarse al reintegro los bienes de las personas responsables, y declara los únicos casos en que los acreedores particulares contra los mismos bienes han de tener prelación sobre el crédito de la Hacienda. La autoridad á quien compete el ejercicio de estos apremios cuando los alcances han sido descubiertos antes de la rendicion de cuentas, es el gefe inmediato del alcanzado con aprobacion del superior económico de la provincia, segun previene el artículo 14 de la misma ley, que reserva sin embargo al

dendor, previa consignacion del descubierto el derecho de reclamar ante el tribunal de cuentas contra las providencias de dichos gefes. Mas cuando los alcances se descubren y declaran por virtud del exámen de las cuentas, la jurisdiccion para apremiar á su pago á todos los responsables es privativa del tribunal mayor de Cuentas y sus delegados, asi en el órden gubernativo como en el judicial, segun lo declarado en los artículos 3, 17 y 90 de la ordenanza de dicho tribunal de 10 de noviembre de 1828.

Corresponde por último al mismo tribunal el ejercicio de otro apremio especialísimo establecido para compeler á la presentacion de cuentas en los plazos marcados por las instrucciones á todos los empleados obligados á rendirlas, y á cuantas personas hayan tenido á su cargo algun manejo de los fondos públicos. Este apremio procede contra todo el que retarde ó rehuse la presentacion de cuentas, es por su naturaleza gubernativo, y consiste en los medios coactivos que determina la citada ordenanza de 1828 por sus artículos desde el 93 hasta el 97 inclusive. Estos medios son por órden sucesivo el requerimiento con fijacion de plazo, la conminacion con multa de 300 reales y suspension de empleo y sueldo; el cumplimiento de esta amenaza, realizando la multa y la suspension, los apercibimientos de doble multa, de privacion absoluta de empleo, de inhabilitacion para volver á ser empleado y de arresto personal, la aplicacion de las penas anunciadas en este apercibimiento y la formacion de la cuenta por persona nombrada de oficio.

Tales son los principales apremios autorizados para proteger la actividad y eficacia de la administracion económica contra toda clase de deudores. Todavía los hay para hacer efectiva la cobranza de débitos de contratistas; pero estos no necesitan esplicacion particular, porque solo son aplicables cuando se han estipulado en el contrato, y porque entonces deben ajustarse á la forma ordinaria. Lo único que conviene tener presente es que jamas debe omitirse esta estipulacion en los contratos que sobre

rentas ó servicios públicos haya de celebrar la administracion.

SECCION III.

CONSIDERACIONES GENERALES.

Si las contribuciones son una necesidad vital de los Estados que no podrian existir sin Tesoro público, la accion de recaudarlas compete á la administracion activa del poder supremo, y es por su naturaleza ejecutiva é indeclinable. Las necesidades del servicio público son constantes, periódicas y esenciales para el órden social: la ley provee á su satisfaccion, entre otros medios, por el de los impuestos y títulos, cuya recaudacion autoriza; y supuesta la justa distribucion, que siempre se presume de derecho, no puede resistirse, negarse ni dilatarsé por los contribuyentes el pago de las cuotas que se les hayan repartido. Tal es el fundamento con que en todos los tiempos y en todos los paises se ha considerado la autoridad pública con derecho á exigir el pago de tributos ejecutivamente. La accion de la comunidad contra el individuo para que contribuya al sostenimiento del mecanismo social con alguna parte de su fortuna es incontestable, y escrita en las leyes fundamentales ó consignada en las costumbres y en la tradicion, forma un principio inconcuso y una regla invariable en el órden de las sociedades humanas. Pero como todos los derechos de la autoridad pública, reconoce por límite la necesidad social, y exige en su ejercicio precauciones, templanza y circunspeccion. Los principales inconvenientes de las contribuciones tienen su correctivo en el estudio económico de la riqueza imponible, en la moderacion de los cupos, y sobre todo en la justicia ó igualdad proporcional de la distribucion. Todavía, sin embargo, quedan males gravísimos que precaver en todo lo relativo á medios de cobranza. La recaudacion de los tributos aun supuesta su conveniencia, su moderacion y su igualdad, puede ocasionar vejaciones incalculables al contribuyente y pérdida

APREMIO.

521

sensibles al Erario público, si no se medita mucho y se procede con imparcialidad en el establecimiento de los métodos y en la adopción de los principios. El principal de ellos consiste en procurar que la recaudación sea segura y rápida con la menor vejación posible del contribuyente, y evitar que los agentes de ella abusen, ya en daño del Tesoro por fraudes y desfalcos, ó ya en perjuicio de los particulares con exacciones indebidas. Es, pues, indispensable al ordenar este ramo de la administración, apartarse á la vez de extremos encontrados, y no proceder por ciego espíritu fiscal ni dejarse arrastrar por la flaqueza de ganar una efímera popularidad. La cobranza de los tributos es un servicio público tan respetable y necesario como otro cualquiera de los que mas se acatan, y es preciso que se parta del supuesto de que es inescusable y de que los agentes á quienes se encomienda desempeñan funciones tan honrosas como importantes. La impopularidad que de ordinario persigue á estos agentes no está tanto en la naturaleza de las cosas, cuanto en el descrédito en que incurren por sus propios vicios y por los del sistema establecido para nombrarlos, autorizarlos, vigilarlos y reprimirlos. También debe contarse con que es un lamentable error sacrificarlo todo al interés exclusivo de la cobranza. En este punto hay consideraciones que no se desatienden impunemente. Si se deja por omisión al contribuyente retrasarse, y si después se le arruina á fuerza de rigores para exigirle los atrasos, no solo se resiente la equidad, si no que se ataca la riqueza general y llega á cercenarse la materia imponible: si cuando se hace preciso emplear la coacción sobrepujan las costas de la cobranza al valor de la deuda, el contribuyente se imposibilita para seguir pagando, y los agentes de la administración reportan un lucro injusto y excesivo sin provecho ninguno del Erario: y finalmente, si el ojo vigilante del poder supremo no está incesantemente fijo sobre la conducta de estos agentes, y su mano poderosa levantada siempre para reprimir abusos y proteger al oprimido, la recaudación compromete el crédito

del mejor sistema de tributos y la administración no corresponde á los altos fines sociales de la ley tributaria. Infírese de aquí que independientemente de la naturaleza conveniente de las contribuciones, de la justicia, de su repartimiento y aun de los buenos métodos de recaudación, para hallar el acierto en punto á las medidas coactivas que deben emplearse en la cobranza es preciso el concurso por lo menos de tres indispensables condiciones, á saber: actividad en la recaudación ordinaria, moderación en la naturaleza y costas de los apremios, vigilancia y severidad para con los agentes de la cobranza. La actividad de la recaudación es un medio preventivo tan útil al Erario como eficaz para evitar al contribuyente las vejaciones del apremio. Cuando el débito es corto y proporcionado á los medios del deudor, su exacción en periodos fijos es fácil y espedita sin que pueda arruinarle por coactiva que se haga; mas si se le abandona á su morosidad, el débito se aumenta y envejece, y los recursos de su pago menguan, y la cobranza se dificulta y se agravan las vejaciones del apremio. Y todavía tiene la lentitud en la cobranza otro inconveniente grave de que hay en nuestro país frecuentes y deplorables ejemplos, cual es la necesidad en que al fin viene á encontrarse la autoridad pública de hacer condonación de los atrasos envejecidos. El perdón de los débitos atrasados por contribuciones parece una medida tutelar, y lo es hasta cierto punto en circunstancias dadas, naciendo las mas veces de la necesidad ó de la imposibilidad absoluta de la cobranza, y fundándose no pocas en un sentimiento de humanidad y de conveniencia por no consumir la ruina de los deudores, los cuales de ordinario vienen á ser sucesores inocentes del responsable primitivo. Envuelven sin embargo siempre tales concesiones un principio de injusticia y de desigualdad que exige se economicen, ó cuando menos se procure evitar á toda costa que se hagan necesarias. Su resultado inevitable es que se favorece la condición del deudor moroso con desventaja manifiesta del que fue puntual, y con grave compro-

miso de la moralidad legal, que se crean estímulos á la morosidad y á las malas artes empleadas en dilatar el pago, y que se agrava doblemente la condicion de los buenos pagadores por la necesidad de suplir con nuevas imposiciones el déficit que ocasiona la condonacion. Es por lo tanto favorable mas que al Tesoro á los contribuyentes mismos el no dejarles atrasarse en el pago de los tributos por medio de una constante actividad en el ejercicio de la accion recaudadora. Por este medio ha llegado á conseguirse en Francia, y estaba ya logrado de antemano en Inglaterra, suavizar el rigor de los apremios y hacer escasos y de rara aplicacion los procedimientos coactivos mas sensibles. En cuanto á la moderacion de estos procedimientos su evidente necesidad y su justicia se sienten mas que se demuestran. Por su naturaleza nunca debe el apremio degenerar de su propio carácter que es esencialmente civil y administrativo. Para los fraudes ó la resistencia violenta que constituyan delito, el Código penal ó las leyes especiales prestan el correctivo necesario: para vencer la indolencia ó la omision del pago basta la coaccion civil ejercida por la autoridad administrativa contra los bienes del deudor. Y en esta coaccion es justo imponerle tambien las costas del procedimiento ó los recargos que á ellas correspondan y que sirvan al propio tiempo de medio represivo de la morosidad; pero aquí es donde importa sobre todo la prudencia, y ademas el estudio desapasionado de las circunstancias del pais, del tributo, de la situacion económica y del estado habitual de las clases contribuyentes para hallar la medida de lo justo en la determinacion de los recargos. El sistema de dietas diarias asignadas á los ejecutores se ha resentido siempre de error en el principio de que nacía. Buscábase en él un fuerte estimulante para interesar á los deudores en abreviar el pago y no se calculaba que se creaba al mismo tiempo un interés opuesto de parte de los ejecutores, que tantos recursos tienen para prolongar la duracion de los procedimientos. Sucedia, pues, que al fijarse la escala

de las dietas no se trataba ya de hallar la proporcion equitativa del gravámen inherente á los apremios, sino de dotar mas ó menos pingüemente á los ejecutores con el doble fin de reanimar su celo y de estrechar para el pago á los contribuyentes. Esto, como se ve, es repugnante y violento, y se halla fuera del principio de que debe partirse, que no es otro que el de proveer á los gastos naturales y necesarios de la ejecucion á costa de los deudores en pena y como remedio del mal ocasionado por su morosidad. Perjudicar hasta un punto ruinoso á los contribuyentes por crear una injusta grangeria en favor de los agentes de la cobranza es un contraprincipio y un lamentable extravío del espíritu fiscal. Por lo demas la vigilancia ejercida sobre estos agentes es el primer elemento de una bien entendida recaudacion. Sin hablar ahora de los cobradores de cuya exactitud y moralidad tanto importa asegurarse, y concretándonos á los ejecutores, cuya mision se enlaza mas estrechamente con la materia de apremios, importa sobremanera que sean elegidos con acierto, que se les quite todo interes en dilatar el curso ó descuidar el éxito de las ejecuciones, que se hallen á cubierto de toda sospecha no percibiendo directamente del deudor ni aun sus propios derechos, que no les sea posible escudarse en vejaciones contra el apremiado, que se vigile constantemente su comportamiento por la autoridad inmediata y se revisen y censuren sus actuaciones por la superior, castigando instantáneamente todo abuso, y finalmente, que no por esto se les vilipendie ni se les despoje del decoro y prestigio indispensables á todo agente de la autoridad encargado de ejercer funciones coactivas. En este punto ha habido entre nosotros grande abandono con notable perjuicio de las costumbres públicas. En vano las instrucciones prescribian requisitos mas ó menos estudiados para la eleccion de comisionados de apremio y ejecutores, porque entregada á subalternos ó á gefes de provincia esta facultad, y establecido el principio de nombrar una persona distinta para la ejecucion de cada despacho de apremio,

APREMIO.

325

la importancia del cargo se rebajaba por la calidad de las personas elegidas, y á su vez esta depresion imposibilitaba una eleccion mejor, viniendo á parar las comisiones de esta especie en patrimonio de clases extrañas por su condicion social á toda representacion de autoridad. Debemos confiar en que este mal encuentre gran remedio en la reforma de haber hecho permanente para cada localidad el cargo de ejecutor, porque así al menos no han de ser tan frecuentes los errores en la eleccion de las personas, y sobre todo, porque así se acostumbra el pueblo contribuyente á ver en ellas unos funcionarios habituales y necesarios de la administracion en vez de instrumentos accidentales de opresion cual debian sin duda hasta aquí representárseles. Por lo que respecta á la forma de su nombramiento, solo hay que recordar que los procedimientos de apremio son por su naturaleza administrativos y que por tanto á las autoridades de este orden compete la eleccion. Si pudo en otros tiempos suponerse que el apremio fiscal era un acto necesariamente judicial y del resorte exclusivo de los tribunales, ni se desconoció nunca la intervencion que en él tocaba á la administracion, ni podria hoy sostenerse tal principio. En la actual division de los poderes públicos segun la índole de las constituciones modernas, la administracion general tiene dentro de su esfera todos los medios de autoridad indispensables para hacer efectivos los servicios públicos con arreglo á las leyes; y la cobranza de tributos es uno importantísimo entre estos servicios, y la coaccion para llevarla á cabo, es uno de aquellos medios de autoridad que debe por sí misma ejercitar sin necesidad de impartir extraño auxilio. Por eso y porque solo se trata de actos en que no hay contienda la cobranza de tributos con el ejercicio de la accion coactiva que ella exige, se encomienda en los pueblos modernos esclusivamente á agentes de la administracion.

Tales son las doctrinas elementales mas bien que desenvueltas indicadas acerca de la materia de este artículo. Por ellas puede

inferirse el juicio que formamos del sistema que hoy rige sobre apremios en nuestra legislacion rentística. Tenémosle en general por acertado y por acomodado en lo esencial á los buenos principios; mas sin entrar en el exámen y censura de sus defectos sobre puntos de detalle, observamos alguna otra medida que convendria reformar. No puede defenderse entre otras como justa la que, segun la instruccion de 1843, autoriza para adjudicar al que solo ofrezca el valor del débito y las costas los bienes puestos en subasta, qualquiera que sea su cuantia, si á las dos horas de abierto el remate no se hiciere postura que cubra las dos terceras partes de la tasa. Esto podrá ser eficaz; pero es durisimo y puede dar lugar á abusos deplorables y á usurpaciones amañadas. Decretado en el siglo XVI contra los arrendadores nos parecia esceso de rigor ó prevenccion: sancionado hoy contra toda clase de deudores por contribuciones, nos parece una exageracion fiscal, impropia de nuestros tiempos. No se advirtió tal vez al adoptarla, que á su sombra y sin provecho alguno del Erario, puede arrebatarse á un deudor toda su fortuna por un pequeño débito si hay confabulacion en unos é indiferencia en otros de los concurrentes y actuarios en la subasta; porque para complemento de extravio ni aun se pone límite alguno á los embargos. Antes pues de llegar á tanto extremo seria preferible agotar los esfuerzos para la venta por su justo precio, adjudicar los bienes á la Hacienda, cargar el valor del débito sobre el fondo supletorio ó declararle en último recurso por partida fallida. Tampoco puede dejarse de censurar como escesivas las multas con que se castigan algunas omisiones. Hay en las instrucciones vigentes ciertos medios que con el carácter de correccionales hacen el efecto de coactivos en alto grado. Impónese á los contribuyentes por bienes inmuebles la obligacion de presentar anualmente relaciones juradas y detalladas de los predios, censos y ganados que posean; y á los que no cumplan este deber en un breve plazo se les pena con la multa de una cuarta par-

te de la renta de sus fincas ó de las utilidades de su grangería. Otro tanto sucede en la contribucion industrial, en la cual se obliga á los matriculados para su pago á proveerse de un certificado de hallarse inscritos en la matrícula, y los que omiten ó descuidan este requisito incurrir en una multa del cuádruplo de la cuota que les corresponda, multa que por el nuevo decreto de 1.º de julio de este año de 1850 se ha suavizado algun tanto reduciéndola á escala desde el duplo al cuádruplo. De todos modos nos parece que hay exceso de rigor en la cuantía de estas multas, y que señaladamente la del cuarto de renta ó utilidades es exageradamente gravosa y desproporcionada. Por último nada tenemos por demas en punto á precauciones para asegurarse de que son entregadas con efecto á los contribuyentes las papeletas de cuota y de recargo. Esto es importantísimo por el aspecto de arbitrariedad é injusticia que tiene naturalmente cualquier descuido en materia tan delicada; y si bien por el reciente decreto de 23 de julio de 1850 se han dictado sobre ella medidas eficaces, todavía nos parece el asunto susceptible de otras mas seguras, entre las cuales debería descollar la de hacer responsables en el pago á los cobradores que por indolencia ó negligencia faltaren á la puntual entrega de las papeletas.

APREMIO A PROCESADOS.

Eran los medios coactivos de que se valian los jueces para compeler y estrechar á los procesados á que se confesaran autores ó cómplices de algun delito. Estas medidas eran el tormento, la mas general y usada, los grillos, el peal, las esposas, la prensa aplicada á los pulgares y algunos otros dirigidos á hacer sufrir dolores mas ó menos fuertes y agudos hasta arrancar la confesion que se deseaba. Así se conseguia una declaracion, fruto las mas veces del apremio y del tormento, que lejos de llevar la conviccion profunda de la verdad al ánimo del juez debia llenarle de dudas y de angustiosa incertidumbre.

No hay necesidad de advertir, atendidos la índole y el objeto de estos apremios, que

el uso y la autoridad de ellos han debido estar sometidos á la influencia de la civilizacion y de los tiempos. Así en el año de 1803 hizo el Consejo de Castilla una gran reforma en este punto, y en el de 1812 al publicarse la Constitucion política de la monarquía, cuyo espíritu fundamental es bien conocido, sus autores no pudieron pasar indiferentes y desapercibidos sobre unas prácticas tan contrarias á las costumbres de la época y á los sentimientos de humanidad que predominaban en ella. En el art. 383 quedó establecido que no se usaria nunca del tormento ni de los apremios, y era tal la fuerza de la conviccion publica en esta parte, era tan íntimo y profundo el sentimiento que aconsejaba dejar enteramente espedita la voluntad de los reos para que sus declaraciones fuesen de todo punto libres, que en el año de 1814, época de restauracion de lo antiguo y de abolicion de todo lo que debia su existencia al anterior periodo constitucional, fue respetada, sin embargo, la disposicion que hemos transcrito. El rey mandó en 25 de julio de dicho año, que quedase abolido para siempre en el orden legal el uso de los apremios y de todo género de tormentos para las declaraciones de los reos y de los testigos, á los cuales se habia hecho estensivo el uso de tan repugnantes medidas.

No creemos que las prácticas judiciales vinieran á contrariar despues de esta época las sanas prescripciones del real decreto citado, ni á exigir ningun recuerdo ó una nueva disposicion sobre su observancia; y sin embargo, en el reglamento provisional para la administracion de justicia, se creyó oportuno y conveniente determinar, como se hizo en el artículo 8.º, que tanto á los procesados como á los testigos no se les deberían hacer nunca por los jueces si no preguntas directas y de ningun modo capciosas ni sugestivas; siendo estos estrechamente responsables, si para hacerlos declarar á su gusto empleasen alguna coaccion fisica ó moral, ó alguna promesa, dádiva, empeño ó impropio artificio: medios que equivalen indudablemente á los apremios de

APREMIO.

325

que vamos hablando, si no en su índole al menos en sus resultados.

No eran, sin embargo, las preguntas capciosas ó sugestivas y la coaccion física ó moral los únicos medios de apremio que ponían en su uso los jueces para arrancar á los procesados la confesion de un delito. Para conseguir este reprobado objeto, podían también mortificarlos con hierros y conataduras; podían hacerles experimentar otras vejaciones análogas ó parecidas que no fuesen necesarias para su seguridad; podían tenerlos en incomunicacion indebida ó podían prolongar ese estado, triste y aflictivo de suyo, por mas tiempo que el que fuese realmente preciso para las investigaciones del sumario: todo esto lo previó el mismo reglamento y quedó prohibido en el artículo 7 de una manera espresa y terminante.

Aún podían llevarse mas adelante los medios de influir de un modo pernicioso en el ánimo de los reos, y de apremiarlos á la confesion de los delitos. Podía abusarse del estado lamentable de nuestras prisiones colocando á los reos de manera que experimentasen dolorosos tratamientos antes de prestar sus declaraciones, y como este era un punto en que convenia cerrar todos los senderos á la arbitrariedad, el artículo 297 de la Constitucion de 1812, que como comprendido en el capítulo 3 del título 5 está en observancia, ordenó que las cárceles se dispondrían de manera que sirviesen para asegurar y no para molestar á los presos..... y que nunca podría tenerse á estos en calabozos subterráneos ni mal sanos.

Ultimamente; en el reglamento se llevó tan adelante ese espíritu de la moderna legislacion; que en el artículo 9 se ordenó que los jueces no hicieran á los reos otros cargos que los que resultasen del sumario y tales cuales resultaran; que no hicieran tampoco otras reconvenciones, sino las que racionalmente se dedujeran de las respuestas del confesante; y que el juez se abstuviera de agravar unas y otras con calificaciones arbitrarias.

Sin duda alguna por estos medios podían los jueces ejercer igual coaccion en el ánimo

de los procesados induciéndolos á confesarse culpables de delitos que no hubiesen cometido y el espíritu dominante en todas las referidas disposiciones fue que los procesados hubieran de tener completa libertad en la emision de sus declaraciones sin que fuera posible jamás restringirla, violentarla ni coartarla.

Pero la proscripcion de los apremios y de otros medios equivalentes capaces de producir el mismo resultado no lleva consigo la exclusion de algunas medidas que en ciertos casos y cuando el juez tiene la conviccion moral de la culpabilidad de los reos, puede adoptar para que las investigaciones de la justicia no sean ilusorias é ineficaces. Hay una gran diferencia entre el apremio ó cualquier otro medio de coaccion física y moral que, influyendo directamente sobre el ánimo de los reos, les obliga con mas ó menos imperio y decision á confesar ó dejar de confesar un delito, y esas otras medidas á que hemos aludido, combinadas por el talento y la prudencia, las cuales sin obrar sobre la voluntad disponen las cosas de manera que el reo en medio de la libertad mas completa se resuelve á confesar tal vez lo que le perjudica. Los primeros están y deben quedar con razon proscriptos: los segundos no. En la lucha que representa siempre la instruccion de un proceso criminal, trabada entre el juez y el reo, lucha en que se agitan armas desiguales porque el reo cuenta con todos los recursos de su malicia, de la prevision, de la amistad y aun de la compasion misma, hay necesidad de dejar algun arbitrio á la accion del primero para que su autoridad y el imperio de la ley no vengan á ser el juguete de la posicion ventajosa en que se coloca el procesado. No se confundan, pues, los resortes provechosos que puede emplear el juez sin influir de una manera decisiva en el ánimo de aquellos con los medios coactivos que les obligan á declarar á gusto y satisfaccion de la persona encargada de arrancarles una declaracion contra su voluntad.

Pero puede suceder que el procesado se niegue á prestar su declaracion ó confesion

y que obstinado en un profundo y pertinaz silencio desprecie las amonestaciones del juez y rehuse contestar á sus preguntas: en este caso ¿tendrá facultad para apremiarle á que lo ejecute, no con el fin de influir en su voluntad, sino con el de que responda en el sentido mas conveniente á la verdad y á sus intereses? Aun cuando algunos escritores han opinado por la afirmativa nosotros creemos que el tenor literal de las terminantes disposiciones que dejamos citadas no permite el uso de los apremios ni aun en este caso y para un fin que puede ser tan útil. La del decreto de 1814 prohíbe en términos absolutos el uso de los apremios y de cualquier otro género de tormento para las declaraciones y confesiones de los reos; y no sería exácto que no se habian empleado esos medios coercitivos en la declaracion ó confesion de un procesado cuando inaugurado el acto y dentro de él se emplearan siquiera fuese con el fin de poner término al silencio del mismo reo. El artículo de la Constitucion de 1812 está concebido en términos mas absolutos y terminantes todavia; porque disponiendo que no se usara nunca del tormento ni de los apremios escluye por necesaria consecuencia aun el caso de que vamos hablando. Por otra parte los procesados no pueden hablar sino para inculparse ó para negar su delincuencia: si han de hablar para negar su delincuencia inútil es apelar á los medios de rigor y de severidad que constituyen el apremio á fin de obtener semejante resultado; y si la confiesan despues de haber ensayado semejantes medios, la confesion ha de resentirse de la coaccion que ha podido producirla, y no es regular que inspire en el ánimo del juez la confianza necesaria para imponerle la pena correspondiente. Lo que en semejante caso deberá hacer el juez, es recomendar al reo el deber que la ley y la conveniencia pública le imponen de decir francamente la verdad para que la justicia pueda llenar los santos fines de su institucion; podrá hacerle presentes las consecuencias de su silencio que á ningun objeto útil conducirá cuando la culpabilidad aparezca justificada en el

proceso; podrá advertirle que un silencio tan calculado autoriza al juez para tenerle, sino por confeso del delito que se le imputa, al menos como vehementemente sospechoso; podrá, en fin, hacer valer todos los recursos que su celo y su prudencia le sugieran, y si despues de todo aun el reo persistiese en su obstinacion deberá declarar terminado el acto, ora sea declaracion, ora confesion, y continuar el procedimiento como si hubiese contestado llanamente á las preguntas.

Pero si el juez faltase á los deberes mencionados en este artículo, si usare de apremios para arrancar la declaracion del procesado ó hiciese valer otro género de coaccion física ó moral capaz de influir con mayor ó menor preponderancia en su ánimo, ¿qué pena deberá imponérsele?

La satisfaccion á esta pregunta no es posible determinarla de un modo absoluto, porque la apreciacion de la culpa y consiguientemente de la responsabilidad del juez nace de las circunstancias especiales de cada uno de los casos que pueden darse. El juez que para conseguir su objeto afligiese al reo con alguno de los tormentos indicados al principio, ó que le pusiera en un calabozo incómodo é insalubre, ó que le hiciera sufrir cualquier otro padecimiento de esta naturaleza seria mucho mas culpable que si emplease solamente la persuacion ó el engaño.

El juez que se valiera de unos u otros medios para hacer declarar al reo un delito que no hubiese cometido y por ello sufriese la pena correspondiente, seria asi mismo mas culpable que si los hubiera empleado para inducirle á confesar un delito que realmente hubiera perpetrado. Importa, pues, distinguir en esta materia las diferentes ó principales combinaciones que pueden verificarse, para que en los casos dados se determine la culpabilidad del infractor de una manera tan clara y precisa como corresponde al interes de la justicia.

El juez, como hemos dicho antes, puede emplear los apremios físicos ó morales para obligar al reo á declarar un delito que realmente ha cometido. En este caso sin duda ha hecho un bien á la causa pública, porque

APREMIO.

527

ha evitado la impunidad de un delito que esteriliza los saludables efectos de las penas; pero los medios empleados para ello son ilegales, impropios de la autoridad, son un abuso flagrante del poder, y esa violación no debe quedar tampoco impune. El juez puede emplear los mismos medios para obligar al reo á declarar un delito que no ha cometido; en este caso la culpa es mayor porque la responsabilidad á que puede quedar sujeto el reo es en el fondo injusta; al abuso de autoridad, puede agregarse aquí el padecimiento de una pena indebida. En cualquiera de los dos casos espresados puede suceder que se imponga al reo el castigo correspondiente á su delito ó que no se imponga, la responsabilidad del juez en uno y otro no debe ser tampoco la misma. El juez emplea los apremios para obligar al procesado á que se confiese reo de un delito y á que denuncie como cómplices á determinadas personas; ó los emplea para inclinar y obligar al procesado á que niegue su delincuencia y la complicidad de personas que realmente tuvieron parte en la perpetración del delito. En suma, el abuso de autoridad en que puede incurrir el juez que emplea el apremio para arrancar de los labios de un procesado una declaración que repugna á su voluntad, puede presentarse combinado de diferentes circunstancias que es necesario apreciar debidamente para la graduación de la pena con que debe ser castigado. Esta pena se halla determinada en el artículo 300 del Código penal. El empleado público, dice, que desempeñando un acto del servicio cometiere cualquiera vejación injusta contra las personas, ó usare de apremios ilegítimos ó innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con las penas de suspensión y multa de 10 á 100 duros. La doble pena que aquí se impone no puede ser mas oportuna. La suspensión se impone en todos los casos, porque en todos hay abuso de autoridad: y será mas ó menos dura dentro de la escala de un mes á dos años que puede recorrer conforme al artículo 26 del mismo Código, según la diver-

sidad de las circunstancias que pueden concurrir en cada uno de ellos. La pena pecuniaria se impone también para castigar el perjuicio causado á aquel sobre quien se ha ejercido la coacción, ó á otra persona que haya venido á ser víctima de ella; y según sea este perjuicio mayor ó menor, ó según lo reclame la diferente gravedad de las circunstancias, así será mayor ó menor la multa desde los 10 á los 100 duros que prescribe el artículo citado.

APREMIO POR SUSTITUCION DE PENA. En la administración de justicia relativa á los negocios criminales se llama apremio á la prisión correccional que se impone á los sentenciados que no tuviesen bienes suficientes para satisfacer alguna de las responsabilidades pecuniarias que puede comprender la sentencia. La prisión en este caso se sufre por vía de apremio y como sustitución de la pena pecuniaria que no puede hacer efectiva el procesado. V. ARRESTO. PRISION.

APREMIO A TESTIGOS. Es el que se dá contra el testigo que designado por un litigante ó llamado por el juez para deponer en algun negocio que se ventila ante su autoridad se niega á comparecer; ó contra el que habiendo comparecido se niega á declarar lo que sabe y le consta, dando lugar en uno y otro caso á que se adopte contra él alguna medida de rigor ó apremio.

Como decimos en el artículo correspondiente no todos los testigos tienen la obligación de presentarse ante los jueces para rendir su testimonio, ni todos pueden ser compelidos á verificarlo verbalmente. Hay personas exentas de aquella obligación y hay otras que al menos en cierta especie de negocios tienen la prerrogativa de testificar por escrito. En consecuencia no todos los testigos pueden ser tampoco objeto del apremio judicial de que nos ocupamos en este artículo ni contra todos ellos sin distinción pueden adoptarse las medidas coercitivas en que consiste semejante apremio.

El apremio á los testigos es y ha sido considerado siempre como una medida indispensable para la defensa de los derechos in-

dividuales y para la comprobación de los delitos en que tanto se interesa la buena administración de justicia. Ni la decisión de las contiendas de aquella especie ni el castigo de estos delitos pueden depender de la repugnancia caprichosa ó calculada que opongan los testigos á declarar lo que les consta en uno y otro caso. La autoridad debe tener la facultad de hacer comparecer ante ella al testigo renitente y de adoptar para ello los medios que mejor conduzcan á este fin.

Esta es la doctrina adoptada desde muy antiguo por la legislación española. El Fuero Real la consignó espresamente (1), disponiendo que la parte hubiera de presentar los testigos ante el juez *al plazo que le puso el alcalde* «é fualgo» ir ante si maguer que no «quieran por quanto les fallare sino por los cuerpos...» El código de las Partidas (2) impuso la misma obligación de comparecer ante el juez para rendir el testimonio. «E si alguno, añadió, fuese rebelde que non quisiese venir á decir su testimonio púdele el juez apremiar faziéndolo prender hasta que venga.» Por último, en la Novísima Recopilación adoptándose lo dispuesto por la ley del Fuero Real se dispuso «que el alcalde fuese tenido de compeler y apremiar los testigos de que la parte se entien de aprovechar para que vengan ante él á decir sus dichos sobre cualquier pleito civil ó criminal al plazo que él les pusiere.»

Los medios de apremio que el juez puede adoptar con semejante objeto eran según la ley del Fuero Real la prisión y el embargo de bienes y ambos á dos los reconoció y adoptó la práctica de los tribunales como lo asegura Gregorio Lopez en la glosa segunda de la ley citada diciendo: «*Cogi anim potest pignoris captis, et multa indicta... livero neque hoc sufficeret, carcerari potest, et aliis remediis cogi.*» Hoy día el apremio consiste en el mandamiento que dicta el juez para que comparezca el testigo ó testigos renitentes en su audiencia el día señalado bajo apercibimiento de tal ó cual multa, con la que desde luego les conmina si el testigo ó tes-

tigos notificados legalmente no comparecieron, manda el juez que la multa se haga efectiva y les conmina con otra mayor; si tampoco cumpliesen este proveído se lleva á efecto desde luego y se señala día para la nueva comparecencia conminándole con formación de causa por la desobediencia, y si tampoco lo verificase á pesar de estos reiterados acuerdos se forma é instruye el proceso.

En los negocios criminales puede dictar el juez de oficio, y dicta en efecto el mandamiento oportuno para que tenga lugar la comparecencia de los testigos; en los civiles la parte interesada en que se reciban las declaraciones de ellos presenta escrito diciendo, que teniendo que valerse de tal ó tales testigos que se resisten á comparecer para rendir su testimonio, se les haga saber que comparezcan bajo apercibimiento de apremio: acordado así, si el testigo ó testigos no lo verificasen, la misma parte va deduciendo de nuevo las oportunas solicitudes al tenor de lo que se ha espuesto en el párrafo anterior.

Pero ¿podrá el juez adoptar alguna medida coactiva para obligar al testigo que ha comparecido ante su autoridad á que deponga lo que sepa y le conste acerca del particular por que es interrogado? ¿O deberá respetar su silencio si se obstinase en no declarar, como hemos dicho que debe hacerlo respecto de los procesados? Creemos, y aun juzgamos que en ello no puede haber duda, que la posición del testigo con relación al punto que examinamos es muy diferente de la de los procesados. El procesado, como ya hemos advertido, no puede hablar sino para inculparse ó para negar su culpa, y su responsabilidad nace de las pruebas del delito que se han ido acumulando en el proceso. El testigo tiene un deber sagrado, que le imponen el interés y la conveniencia de la sociedad, de manifestar todo lo que sabe y todo cuanto le conste respecto del mismo delito y de sus perpetradores, y sin faltar á este deber tan importante y sin defraudar á la sociedad misma de los beneficios que encuentra en su cumplimiento no podría encerrarse en un

(1) Ley 22, tit. 9, lib. 2.

(2) Ley 26, tit. 16, part. 3.

APREMIO.

529

silencio tan opuesto á los grandes fines de la administracion de justicia. Si los testigos no pudieran ser obligados á declarar lo que saben y les consta, natural es que todos se dejasen llevar de las consideraciones que generalmente retraen á los hombres de revelar la verdad en los juicios; así los tribunales, careciendo de pruebas y de la eficaz cooperacion que encuentran en los testigos, se verian por lo comun en la necesidad de absolver á los delinquentes y la mayor parte de los delitos quedarian impunes. Por otra parte, si la ley obliga á los testigos á comparecer ante el juez para rendir su testimonio, esa obligacion lleva implícita la de decir todo lo que sabe y le consta sobre el hecho interrogado: el testigo que se niega á ello falta á una obligacion altamente recomendable, menosprecia la autoridad del juez que le pregunta y comete un desacato que rebaja el prestigio de ella. No hay duda, pues, que el juez ante quien un testigo se rebela y se obstina en no manifestar hechos que pueden conducir á que se cumpla el propósito de la justicia, puede adoptar contra él por via de correccion todas las medidas que estime conducentes, hasta el punto de formarle la correspondiente causa por la inobediencia y desacato y de imponerle las penas á que por este concepto se haya hecho acreedor.

APREMIO (VIA DE). Es una especialidad muy notable en el sistema de nuestros procedimientos judiciales el que sirve de asunto al presente artículo, llamado tambien *via de apremio y pago*. Nadie desconoce el juicio especial y privilegiado que desde muy antiguo establecieron las leyes españolas á favor de los acreedores, á fin de que pudiesen conseguir con la conveniente brevedad el pago de sus créditos; institucion utilísima y una de las mejor combinadas que comprende nuestra legislacion y que aventaja notablemente á los procedimientos análogos establecidos en otros paises. Pues bien: dentro de este procedimiento ejecutivo, si podemos espresarnos así, y participando completamente de su naturaleza, existe y se conoce otro procedimiento

mas privilegiado todavia puesto que no se concede á toda clase de acreedores; mas rápido en su curso porque se suprimen en él muchos trámites del ejecutivo y son mas breves los que se observan; y mas eficaz en sus resultados puesto que no dá tanta entrada á los medios maliciosos de los deudores: este procedimiento es el que se llama de *apremio ó via de apremio y pago*. Es por consiguiente la via de apremio un medio judicial introducido en favor de cierta clase de acreedores para conseguir el pago de sus créditos de una manera mas breve y sumaria aun que la via ejecutiva. Este procedimiento tiene mucha analogía con el que establece la actual legislacion francesa conocido por *saisie-execution*, que es el acto procesal por el que los acreedores hacen embargar los bienes muebles pertenecientes á sus deudores para proceder á su venta y con el producto pagar el importe de los créditos; pero indudablemente la via de apremio lleva grandes ventajas al procedimiento indicado en la sencillez de su marcha y en la eficacia de sus resultados.

La via de apremio tiene lugar en los negocios comunes y ordinarios; le tiene tambien y mas frecuentemente en los tribunales de comercio donde la necesidad de proceder brevísima y sumariamente contra cierta clase de deudores exige una via rápida y especialísima, y le tiene, por último, en los negocios de la Hacienda pública para perseguir á los deudores morosos y compelerlos al pago de sus respectivos adeudos. Del procedimiento de apremio en el último caso hemos hablado ya en el artículo **APREMIO EN MATERIA DE HACIENDA**; del mismo en los dos primeros hablamos en el presente dividiendo para mayor claridad la materia del modo siguiente:

PARTE DOCTRINAL.**SUMARIO.**

SECCION UNICA. DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO EN LOS NEGOCIOS ORDINARIOS Y MERCANTILES.

- §. 1.º *Casos en que tiene lugar la vía de apremio.*
 §. 2.º *Condiciones necesarias para que tenga lugar la vía de apremio.*
 §. 3.º *Trámites que se siguen en los procedimientos de apremio.*

SECCION UNICA.

DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO EN LOS NEGOCIOS ORDINARIOS Y MERCANTILES.

Siendo la vía de apremio un procedimiento especial y mas rápido que el juicio ejecutivo, es consiguiente que haya de tener lugar no en todos los casos en que este procede, sino en aquellos solamente en los cuales motivos muy atendibles y singulares hacen indispensable la rápida sustanciación que en él se observa. La calidad del crédito, la necesidad de atender con urgencia al reintegro de un acreedor privilegiado y la utilidad pública que se interesa muchas veces en que este reintegro se verifique con prontitud y sin entorpecimientos, son las consideraciones que autorizan la especialidad del procedimiento que examinamos. Exige además condiciones indispensables para que pueda ejercitarse, y tiene por último ciertos y determinados trámites de cuya observancia no puede prescindirse. De todos estos extremos vamos á ocuparnos en los párrafos siguientes.

§. 1.º *Casos en que tiene lugar la vía de apremio.*

Procede la vía de apremio, como ya hemos indicado, en los negocios ordinarios y en los mercantiles. En los primeros tiene poco uso hallándose reducida á aquellos casos en que por la escasa cuantía del crédito ó por su índole privilegiada se ha creído conveniente. En los segundos es mas general y frecuente el ejercicio de ella.

En los negocios ordinarios procede la vía de apremio: 1.º Para la ejecución de las sen-

tencias que se dictan en los juicios de menor cuantía, en cuyos casos previene el artículo 24 de la ley de 10 de enero de 1837 que procederá el juez encargado de llevar á efecto la sentencia de plano, y sin permitir gastos y dilaciones que puedan escusarse: 2.º Para la ejecución de las providencias que se dictan en los juicios verbales, en los cuales tratándose de pequeñas cantidades, se adopta esta tramitación sencilla y breve, á fin de que sin dispendios ni dilaciones se reintegre el acreedor de su crédito: 3.º Y últimamente, tiene lugar cuando se trata de exigir las costas en que ha sido condenado un litigante; cuando se reclaman honorarios por cierta clase de funcionarios del orden judicial, como abogados, procuradores, etc.; y cuando estos últimos piden judicialmente que las partes á quienes representan les habiliten de los correspondientes fondos hasta la suma que fija el juez ó tribunal, ó que parece regular y bastante. En los dos primeros casos la corta importancia del crédito que se reclama, y en el último su naturaleza privilegiada, autorizan con razón el uso de este procedimiento.

En los negocios mercantiles, que son por lo general las transacciones privadas en que mas se interesa la utilidad pública, hay necesidad de que las personas que en ellos intervienen puedan valerse de medios pronto y eficaces para exigir el cumplimiento de aquella clase de obligaciones, que sin la seguridad de él no se emprenderían nunca. Por lo mismo tiene lugar la vía de apremio:

1.º Contra los consignatarios á quienes sean entregadas las mercaderías que les vienesen consignadas ó contra cualquier otra persona que las hubiese recibido con título legítimo por los fletes en los trasportes marítimos, y los portes en las conducciones terrestres, con tal que no haya trascurrido un mes desde el día de la entrega (1). La utilidad misma del comercio, la conveniencia de facilitar los trasportes y conducciones de efectos para aumentar el cambio de

(1) Art. 360 de la ley de enjuiciamiento.

APREMIO.

331

ellos, y por consiguiente el tráfico, inspiró la acertada idea de asegurar el pago de los fletes y de los portes por todos los medios que pueden hacer frente á la malicia de los deudores: uno de esos medios se creyó, y con razon, que podría ser la aplicacion de la via de apremio para el cobro de ellos, cuando no ha trascurrido un mes desde el día de la entrega.

2.º Procede tambien contra los aseguradores en los seguros marítimos, por el importe de las pérdidas ó daños que hubiesen sobrevenido á las cosas aseguradas en los riesgos que corriesen á su cargo, y por la misma razon contra los asegurados por los premios de los seguros marítimos (1). Consideraciones muy obvias persuaden la conveniencia de dar á los aseguradores y asegurados entre sí el derecho de reintegrarse por un medio espedito y pronto de las sumas que respectivamente puedan adeudarse. El interes del comercio exige que los contratos de seguros marítimos se multipliquen para evitar las eventualidades á que está espuesta la fortuna de los comerciantes; y claro es que semejante objeto no se cumpliría sino hubiese la seguridad de realizar con tanta facilidad las acciones y los derechos que produce el contrato entre los interesados.

3.º Procede asimismo contra los cargadores y capitanes de las naves, por las vituallas suministradas para el aprovisionamiento de estas y los consignatarios de las mismas cuando se haya hecho de su orden este suministro (2). La consideracion espuesta en el párrafo anterior ha hecho que las leyes, interesadas en fomentar el comercio marítimo, hayan procurado facilitarle por todos los medios posibles y remover cuantos obstáculos pudieran entorpecerle. El medio mas eficaz en este caso es dar al especulador que se encarga de aprestar los viveres necesarios para que los cargadores y capitanes de las naves puedan realizar sus viages, el derecho y el recurso de cobrar

con prontitud las sumas invertidas en este objeto.

4.º Procede del mismo modo la via de apremio contra los mismos cargadores, por el pago de los salarios vencidos de la tripulacion de la nave, ajustados por mesadas ó viages, y contra los capitanes de los propios buques, cuando aquellos no se hallaren en el lugar á donde deba hacerse el pago (1). La calidad de estos salarios combinada con el importante objeto de fomentar el comercio marítimo, exige tambien que el derecho preferente que compete á los marineros y demas dependientes que se emplean en las conducciones de aquella clase, pueda hacerse efectivo por un medio brevisimo, como es el procedimiento de que vamos hablando.

5.º Ultimamente, procede la via de esta clase contra los que hayan contratado con intervencion de corredor, por los corretages devengados en la negociacion (2). Estos créditos gozan de la consideracion de alimenticios, y no hay cosa mas razonable y justa que el corredor que ha empleado su tiempo, su trabajo y tal vez su habilidad en proporcionar un negocio acaso muy lucrativo á los interesados, tenga ese medio de reintegrarse fácil y prontamente de los derechos que le corresponden. En todos estos casos milita la misma razon y se parte del mismo principio: el interes del comercio y la indole privilegiada del crédito reclaman el uso de este medio judicial.

Hay otros todavía en los cuales la naturaleza de los antecedentes en que se fundan los derechos que se tratan de ejecutar autoriza el mismo procedimiento. Cuando se pide la ejecucion de las sentencias de los tribunales de comercio, ó de las arbitrales que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada y de los laudos de los amigables compondores que hayan sido consentidos por las partes ó no se hubiesen reclamado dentro del término de la ley, deberá procederse tambien por la via de apremio intentándose esta en los tres meses siguientes al

(1) Art. 330.

(2) Art. 330. pár. 4.

(1) Art. 330, párrafo 5.

(2) Art. 330, párrafo 6.

dia en que hubiere adquirido dicha sentencia ó tenido fuerza ejecutiva. Pasado este plazo tendrá solamente lugar el procedimiento ejecutivo (1).

§. 2.º *Condiciones necesarias para que tenga lugar la via de apremio.*

Por lo mismo que el curso de este juicio es tan rápido como hemos anunciado, y que se observan en él trámites tan breves, hay necesidad de que concurren ciertas condiciones para que pueda ejercitarse la accion privilegiada que dá lugar á la via de apremio. Todas estas condiciones se reducen por un concepto general á la justificacion previa y concluyente de la certeza y legitimidad del crédito que se reclama, y sin que se observe y cumpla puntualmente esta condicion no es posible ni seria conveniente proceder contra los bienes del deudor, el cual podria ser molestado de otro modo indebidamente. La razon se comprende á primera vista y nace de la especialidad misma del juicio, porque como en él se dá muy limitada audiencia al deudor, como son tan raras las escepciones que se le admiten, como son tan breves y reducidos los trámites y tan escasos por consiguiente los medios de defensa que puede utilizar, si no se exigiera que la accion viniese desde luego preparada con el documento ó recado justificativo que no deje la menor duda acerca de la legitimidad y certeza del crédito, muchas veces seria perseguido indebidamente el deudor, y no pocas se espondria el juez á tener que dejar sin efecto ó ilusorias las actuaciones, no sin haber causado perjuicios y dispendios de consideracion á los interesados. Por esta razon, en la via de apremio, así como sucede en el juicio ejecutivo, de cuya índole participa tanto la primera, no puede prescindirse de que se cumpla y llene ante todas cosas la justificacion del crédito, preparada con la presentacion del documento que sea conducente á este objeto.

En los negocios ordinarios, cuando la via

de apremio se entabla para llevar á efecto la sentencia dictada en juicio de menor cuantía, el acreedor debe presentar la certification que libra el escribano de cámara, luego que fenece el pleito en la audiencia, de la sentencia ó sentencias que hubieren recaído y de la tasacion de costas, si la hubiere. Si el pleito terminó en primera instancia bastará referirse á la sentencia dictada por el inferior, y solicitar en los mismos autos, luego que esté ejecutoriada, que se proceda á exigir del deudor por la via de apremio y pago la cantidad en que hubiera sido condenado.

Si el procedimiento se entabla para hacer efectiva una providencia dictada en juicio verbal, bastará referirse á ella puesto que consta en el mismo juzgado que ha de instruirle.

Y por último, si se entabla para exigir costas, honorarios ó fondos con arreglo á lo que hemos indicado anteriormente, deberá presentarse, ó bien la certification del tribunal superior, en la cual se comprenda la tasacion de costas aprobada por el mismo, ó bien carta orden ó certification del propio tribunal, en la cual mande proceder á la exaccion de cierta cantidad destinada á los objetos indicados. Si el negocio del cual se derivase la reclamacion estuviera pendiente en un juzgado inferior, bastará referirse á la tasacion aprobada, ó pedir que el juez proceda por la via de apremio y pago á exigir los honorarios ó fondos que el procurador solicita.

En los negocios mercantiles, cuando la via de apremio se promueve contra los consignatarios ú otras personas para hacer efectivos los fletes en los trasportes marítimos y los portes en las conducciones terrestres, debe presentar el acreedor el conocimiento ó la carta de porte original, firmada del cargador, y el recibo de las mercaderías contenidas en este documento (1). Este conocimiento debe estar arreglado á las disposiciones del artículo 799 del Código de comercio y contener, por consiguiente, todas las circuns-

(1) Art. 352.

(2) Art. 351, párrafo 2.

APREMIO.

333

tancias que en él se espresan. La carta de porte deberá estar también conforme con lo que dispone el artículo 204 del mismo Código; y tanto este documento como el anterior, no producirán el efecto que se ha indicado en juicio si carecen de alguno de estos requisitos.

Si se promueve la vía de apremio contra los aseguradores ó asegurados por el importe de las pérdidas ó daños sobrevenidos ó por los premios de los seguros marítimos, deberá presentarse irremisiblemente la escritura pública, póliza ó contrata privada, segun la forma en que se hubiere celebrado el seguro (1). Sabido es que este contrato puede celebrarse mediante escritura pública ó por contrata privada; pero de cualquier modo que se celebre, el documento debe contener para que produzca sus efectos en juicio todas las circunstancias que se determinan en el artículo 841 del Código.

Una duda puede nacer de los términos en que está redactado el párrafo tercero del artículo 331 que acabamos de citar, comparados con los del artículo 882 del Código. El párrafo tercero del artículo 331, como hemos visto, no exige para que tenga lugar la vía de apremio otra circunstancia mas que la presentación de la escritura pública ó privada en que se haga constar el seguro, y el artículo 882 dispone testualmente, que toda reclamación procedente del contrato de seguro debe ir acompañada de los documentos que justifiquen:

El viage de la nave;

El embarque de los efectos asegurados;

El contrato del seguro;

La pérdida de las cosas aseguradas.

Siendo, pues, la reclamación que se hace en el procedimiento de apremio por el concepto de que vamos hablando consecuencia del contrato del seguro, parece que con arreglo al artículo 882 deberán presentarse, además de la escritura pública ó privada, los documentos de que este último artículo hace mencion. Nosotros así lo creemos: primero, porque si la reclamación del asegu-

rador ó del asegurado, fundada únicamente en el documento del seguro, se presentaría desnuda, aun en la vía ordinaria; puesto que no basta el mero hecho de haber celebrado el contrato para que desde luego puedan ejercitarse los derechos que nacen del seguro, mucho mas desnuda se presentaría en un procedimiento tan especial y privilegiado como el presente. Segundo, porque si es de esencia en la vía de apremio, como hemos dicho, la justificación previa y concluyente del crédito, no puede reputarse tal la mera escritura pública ó privada del contrato, sin que se acredite también la condición precisa, indispensable y esencial que debe verificarse para que tenga lugar la indemnización en favor del asegurado, á saber: la pérdida de los objetos asegurados. Y tercero, porque habiéndose dispuesto en el Código de comercio que ninguna reclamación procedente del contrato de seguro será admisible sin que se acompañen los documentos ya mencionados, debe entenderse la disposición de la ley de enjuiciamiento subordinada á la del Código, y que cuando la primera exigió la presentación de la escritura pública ó de la póliza ó contrata privada, fue sin perjuicio de acompañar también los demas documentos determinados ya de antemano en el Código.

Cuando la vía de apremio se entabla por el cobro de los suministros hechos para el apróvisionamiento de la nave, deberán presentarse las facturas valoradas de los efectos suministrados, aprobadas por el cargador, capitán ó consignatario de cuya orden las haya entregado el acreedor (1).

Cuando el mismo procedimiento se dirija al cobro de los salarios de la tripulación, habrán de presentarse necesariamente las copias de las contratas estendidas en el libro de cuenta y razon de la nave, conforme al artículo 699 del Código, de las cuales el capitán debe facilitar copia á cada interesado con la nota de los alcances que le resulten. En el caso de que el capitán rehuse dar este documento, podrán los intere-

(1) Art. 33, párrafo 3.

(1) Art. 331, párrafo 4.

sados exigir que lo exhiba, y se le obligará á ello, verificado lo cual, se extraerá testimonio á su presencia de lo que resulte de sus asientos, con respecto al crédito reclamado, equivaliendo este á la certificación que el capitán hubiere debido dar (1).

Cuando el procedimiento de apremio se entabla para hacer efectivos los corretajes devengados en una negociacion, se exhibirán las facturas de los contratos ó negociaciones de que procedan firmadas del deudor, ó las pólizas de que deben conservar un ejemplar, y en defecto de uno y otro documento exhibirán las copias de los asientos, hechas en el registro, en conformidad de los artículos 91, 92, 93, 94 y 63 del Código de comercio (2).

En el caso de que vamos hablando la reclamacion no podrá hacerse sin que el deudor reconozca la firma de la factura ó contrata que justifique la negociacion, y si solo se hubiese presentado nota del asiento del corredor deberá comprobarse previamente la exactitud de esta por la confesion judicial del mismo deudor ó por sus libros de comercio (3).

Cuando el procedimiento de apremio haya de fundarse en título que no sea escritura pública ó póliza intervenida por corredor, sino contrata privada ú otro documento que sin previo reconocimiento de los deudores no tenga fuerza ejecutiva, es condicion indispensable que preceda este al auto de apremio (4).

Del mismo modo si el crédito sobre que se pide el apremio no resultase líquido del título que se presente, es condicion indispensable que se haga la liquidacion por acuerdo comun de las partes, por sentencia judicial ó por árbitros, hasta cuyo caso no tendrá lugar aquella medida (5).

§. 5.º *Trámites que se siguen en el procedimiento de apremio.*

Se ha dicho al principio que la esencia

y el carácter distintivo de la via de apremio consiste en la brevedad de los trámites que en ella se observan. Esa es la circunstancia que la separa del juicio ejecutivo y constituye las ventajas de esta manera de proceder. Importa, pues, conocer con exactitud los trámites que deben seguirse para que el resultado corresponda fielmente al objeto de su institucion.

En los negocios ordinarios empieza el procedimiento por la presentacion de un escrito, al cual acompaña el documento que justifica el crédito ó la exaccion que se trata de hacer al tenor de lo espuesto en el párrafo primero, solicitando que en su virtud se requiera al deudor ú obligado para que pague ó haga efectiva la cantidad en el acto, y no verificándolo se le embarguen bienes suficientes, procediéndose á su venta por la via de apremio.

Cuando se procede para llevar á efecto alguna sentencia dictada en juicio de menor cuantía, dispone el artículo 24 de la ley ya citada de 10 de enero de 1837, que se haga saber al deudor que pague en el término de dos dias; pero en los demas casos no es costumbre conceder al mismo deudor ú obligado término ninguno, sino que desde luego se acuerda que pague en el acto, y no verificándolo que se proceda al embargo y venta de bienes por la via indicada.

Requerido el deudor y no pagando dentro de los dos dias en el caso á que se ha hecho referencia ó en el acto en los demas, se verifica el embargo de sus bienes, los cuales se depositan en persona abonada; inmediatamente se procede á la venta, la cual se ejecuta dentro de tres dias siendo muebles, y dentro de nueve siendo raices. Aunque los primeros debian pregonarse para la almoneda dentro de los mismos tres dias, en la práctica no se observa esta circunstancia; las raices se pregonan dentro de los nueve y de tres en tres; verificada la venta se hace por el actuario liquidacion de lo que el acreedor debe percibir por el principal y costas, y entregada esta suma al mismo, se pone á disposicion del deudor el sobrante, si le hubiese.

(1) Art. 331, párrafo 5.
(2) Art. 331, párrafo 6.
(3) Art. 235.
(4) Art. 294.
(5) Art. 331.

APREMIO.

333

En los negocios mercantiles empieza el procedimiento por un escrito igual en todo á una demanda ejecutiva acompañando el título justificativo del crédito, y solicitando que se requiera al deudor al pago de la deuda, y no verificándolo que se proceda al embargo de sus bienes (1).

El tribunal teniendo presentes las consideraciones que antes se han espuesto, examinará detenidamente el fundamento de esta solicitud, y hallando que procede de derecho despachará mandamiento cometido á los alguaciles para que con asistencia de escribano requieran al deudor al pago de la deuda, y no haciéndolo en el acto procedan al embargo de sus bienes (2).

Requerido y verificado el embargo por falta de pago se citará al deudor para la venta de los bienes embargados, si dentro de tercero dia no propusiere escepcion legítima contra el apremio (3). En este procedimiento no tienen cabida todas las excepciones que se admiten en los juicios ejecutivos; si así fuera se desvirtuaría su carácter privilegiado. Admitense solamente aquellas que probadas harían esencialmente injusto el pago de la cantidad reclamada: tales son:

Falsedad del título.

Falta de personalidad en el portador.

Pago.

Transaccion ó compromiso.

El deudor debe proponer por escrito aquella que le competa y probarla en los tres dias prefijados en la citacion (4). Si el deudor presentase su oposicion la unirá el escribano á los autos con los documentos que la acompañaren (5).

No son tampoco admisibles para este objeto todas las pruebas que reconoce el derecho en los casos comunes y ordinarios. La prueba de la escepcion deducida ha de practicarse con documentos ó por confesion judicial del acreedor, y no por ningun otro medio de los que tienen lugar en los demas

juicios (1). Si el deudor pidiera la confesion judicial del acreedor sobre los hechos en que funde la escepcion, el tribunal si fuere dia de audiencia ó el prior en su defecto deferirá á la declaracion y se recibirá en seguida por uno de los cónsules (2).

No presentándose oposicion por el deudor dentro del término de la citacion, pondrá nota el escribano que lo acredite y despues ya no se le recibirá escrito alguno (3).

En la primera audiencia se dará cuenta de los autos, y segun sus méritos y lo que las partes ó sus defensores aleguen al tiempo de la vista, el tribunal mandará proceder á la venta de los bienes ejecutados, si el deudor no hubiere hecho oposicion á la demanda, ó no hubiere probado su escepcion, y en el caso de haberlo hecho bien y cumplidamente revocará el auto de apremio condenando en las costas al actor (4). Si en el mismo acto de la vista cualquiera de las partes tuviese por conveniente presentar algun documento que conduzca á su defensa, deberá admitirsele, y el escribano hará relacion de lo que de él resulte, y el tribunal lo tendrá presente para dar su fallo.

Por último, la indole misma del procedimiento hace que de la decision del tribunal dictada en él no se dé recurso de apelacion, quedando únicamente á las partes el derecho de promover el juicio ordinario. Por esta consideracion en el caso de que la sentencia haya sido favorable al acreedor, estará obligado antes de hacersele pago de su crédito á asegurar, si el deudor lo exigiese, con fianza idónea las resultas del indicado juicio (5).

APRENDIZ. APRENDIZAGE.

Estas dos voces corresponden principalmente á la policia y disciplina de las artes y oficios. Con la primera se designa la persona que aprende alguno de dichos oficios bajo la direccion de un maestro: con la segunda se espresa el hecho material de aprender, ó el tiempo que en ello se emplea,

(1) Art. 356.

(2) Art. 356.

(3) Art. 357.

(4) Art. 358.

(5) Art. 360, párrafo 1.

(1) Art. 359.

(2) Art. 360, párrafo 4.

(3) Art. 360, párrafo 5.

(4) Art. 361, párrafo 1.

(5) Art. 363.

ó bien el estado, ocupacion ó carácter del que aprende. Por analogía suele también aplicarse á toda persona que se halla en los primeros tiempos de la enseñanza en las demás cosas que son objeto de ella, y á los esfuerzos vacilantes é imperfectos que hace el hombre al empezar el ejercicio de cualquiera profesion ó carrera, ó al ensayar una costumbre, una serie de actos, en la ilimitada escala de las ocupaciones humanas.

Con relacion á las artes, el aprendizaje ha perdido toda su importancia en los últimos tiempos, á diferencia de lo que sucedía en otros anteriores. En estos, por consecuencia del predominio que tuvieron ciertas ideas económicas equivocadas, aunque conformes con la manera de ser de las sociedades, sucedió que las instituciones, ordenanzas y reglamentos de los gremios ó asociaciones industriales, regulaban la época del aprendizaje, tiempo fijo de su duracion, condiciones que determinaban las obligaciones y derechos respectivos de los aprendices y maestros, con otra porcion de circunstancias y requisitos, mas ó menos homogéneos, mas ó menos regulares, con proporcion á los diversos oficios ó industrias que eran objeto de la instruccion del aprendiz y de la enseñanza del maestro. Por último, se estableció y consideró como forzoso el aprendizaje, y se pusieron trabas infinitas al ejercicio de las industrias y oficios; no pudiendo ejercerse profesion ni arte ninguno sin haber pasado por la época del aprendizaje, larga muchas veces y pesada, y sin haberse sujetado á la prueba de su aprovechamiento y suficiencia. Aunque no son muchos los antecedentes que nos suministra sobre este punto la legislacion antigua, los hay, y no pocos, relativos á épocas posteriores, cuando en España empezó á tomar y recibió la industria el extraordinario incremento de que se conservan memorias y tradiciones ciertas. Pueden consultarse las ordenanzas generales y especiales de artes y oficios, de que recogió abundante copia nuestro laborioso escritor Larruga, y en ellas se verán comprobadas las severas prescripcio-

nes de que acabamos de hacer mencion y que estuvieron muy en xoga entre nosotros.

Los principios económicos sobre que se basó en Europa el ejercicio de la industria, en sus diversos ramos, fueron uniformes en cuanto á establecer las trabas y obligaciones antes indicadas. Pero otras ideas mas racionales y provechosas y mas acomodadas á la libertad de la industria y al mayor desarrollo de las facultades físicas é intelectuales de los discípulos y aprendices, cambiaron la faz de la legislacion, habiéndose dictado en este sentido varias disposiciones que demuestran aquel cambio, y que contribuyeron no poco, á sacar á la industria de la servidumbre y monopolio que sobre ella se ejerciera. Sabido es que en Inglaterra, un estatuto de la reina Isabel, mandaba que ningun género de industria pudiera ejercerse, si no despues de haber justificado siete años de aprendizaje: que este estatuto fue reformado, y que aquel término se dejó enteramente á la libertad y conveniencia mútua de las partes contratantes. En Francia la duracion del aprendizaje era mas ó menos larga, segun la especie de profesion: este tiempo estaba determinado rigorosamente por los estatutos de las corporaciones y comunidades de mercaderes y artesanos; pero despues el aprendizaje se dejó al mútuo y voluntario convenio entre los padres del aprendiz y el maestro en cuyo taller le colocaba, cuyas condiciones se fijaban en una escritura simple y sin autorizacion de notario público, requisito que se exigia antiguamente. La ley de Germinal del año XI dispuso, que los contratos de aprendizaje consentidos entre personas mayores de edad á nombre de los menores, sin el concurso de aquellos bajo cuya autoridad se hallan, no pueden invalidarse, á parte de la indemnizacion respectiva, sino en los casos siguientes: 1.º Por falta de cumplimiento de cualquiera de las dos partes. 2.º Por malos tratamientos del maestro al aprendiz. 3.º Por mala conducta del aprendiz. 4.º Por haberse obligado el aprendiz á prestar antes de obtener retribucion pecuniaria un tiempo de trabajo, cuyo valor se juzgase excesivo

APRENDIZ.

337

y superior al precio ordinario del aprendizaje. En la misma ley se dictan otras prevenciones que parten de la misma convicción, y suponen la rectitud de ideas que ya se tenían sobre esta materia.

En España se verificó, según ya hemos indicado, el mismo cambio. Puede consultarse todo el tit. 23 del lib. 8 de la Novísima Recopilación, donde se ven los comprobantes. La ley 9 de dicho título y libro contiene una disposición en extremo benéfica, reducida á quitar las trabas que la ilegitimidad oponía á la admisión de aprendices, por los estatutos y constituciones de las hermandades y otros cuerpos erigidos con autoridad pública, y á declarar, «que para el ejercicio de cualquiera arte ú oficio no ha de servir de impedimento la ilegitimidad que previenen las leyes.... las cuales derogó... como también cualesquiera sentencias, estatutos, usos, costumbres y cuanto sea contrario á ellas.» La ley 13 id. id. previene, que las viudas de los artesanos puedan conservar sus tiendas y talleres aunque casen con segundos maridos que no sean del oficio del primero. La ley 15, id. id. dispone la libre enseñanza y trabajo de las mugeres y niñas en todas las labores propias de su sexo, sin embargo de las ordenanzas de los gremios; y la 15 concede á las mugeres facultad general para trabajar en todas las labores compatibles con el decoro de su sexo. La declaración mas notable en este punto es sin duda la contenida en la real orden de 26 de mayo de 1790, con motivo de haber solicitado un tornero que se le permitiese trabajar en su oficio sin obligación de examinarse en él, como pretendían los torneros; habiendo resuelto S. M. que su sala de alcaldes mantuviese á este artista en el libre ejercicio de su profesión mediante su conocida habilidad y ventaja que resulta al reino en su establecimiento, sin embargo de la oposición de los veedores del gremio, y que lo mismo se ejecutase con cualesquiera artesanos de profesión conocida ó no en el reino, *cerciorándose de su idoneidad, y removiendo oposiciones gremiales.* Mas terminante es todavía la cir-

cular de 1.º de marzo de 1798, en que directamente se previno que debiesen ser admitidos á la prueba ó examen de un oficio todos los que lo pretendiesen, sin que les sirviese de obstáculo la falta de los requisitos del aprendizaje, oficialía, domicilio, ni otro alguno prescrito en las respectivas ordenanzas.

Las Cortes generales y extraordinarias por decreto de 8 de junio de 1813, restablecido por las constituyentes en 2 de diciembre de 1836, dispusieron, entre otras cosas relativas á la libertad de la industria, que se pudiese ejercer libremente cualquier industria ú oficio útil sin necesidad de examen, título ó incorporacion á los gremios respectivos.—En el real decreto de 20 de enero de 1834, sobre asociaciones gremiales, son dignas de notarse á nuestro propósito las palabras de la base cuarta, que dicen: «Las ordenanzas particulares de los gremios deben determinar la policía de los aprendizajes, y fijar las reglas que hagan compatible la instruccion y los progresos del aprendiz con los derechos del maestro y con las garantías del orden público, que este debe dar á la autoridad local sobre la conducta de los empleados de sus talleres; bien entendido, que el individuo á quien circunstancias particulares hayan obligado á hacer fuera del reino ó privadamente en su casa el aprendizaje de un oficio, no perderá por eso la facultad de presentarse á examen de oficial ó maestro, ni de ejercer su profesion con sujecion á estas reglas.»

Esta breve reseña de los antecedentes y estado actual de la legislación, nos conducen á dos consecuencias.—1.º No hay obligación de sujetarse á aprendizaje forzado, para ejercer ningún arte ú oficio.—2.º El aprendizaje voluntario estará sujeto únicamente á las condiciones bajo las que se establezca entre los padres ó tutores de los aprendices y los maestros.

De aquí se infiere que serán aplicables á estos convenios las reglas generales del derecho civil, por las que se examinan y juzgan todos lo que emanan de la voluntad libre de los hombres.

Hay sin embargo algunas especiales, nacidas de la naturaleza del aprendizaje y del carácter y autoridad del magisterio, que dicen relacion al mejor y mas exacto cumplimiento de las obligaciones que de dichos contratos resultan y que proveen al servicio de la sociedad, al orden y subordinacion de los aprendices y al cuidado, tolerancia y discrecion de los maestros, cuyas reglas con las cuestiones, así de naturaleza civil como penal, que de ellas nacieren, se examinan mas oportunamente en el artículo **MAESTROS. V.**

APRESAMIENTO. V. PRESA.**APROBACION. APROBAR.**

Esta última voz tiene muchas acepciones; pero las principales en el lenguaje del derecho son: primera, ratificar, haber por bueno ó por firme lo que otro ha hecho en nuestro nombre ó en nuestro provecho, sin previo encargo ó mandato, ó bien escediéndose de él. En este caso lo que es el mandato anterior á los hechos, es el consentimiento, ó la aprobacion posterior para todos los efectos del derecho. Algunas veces esta aprobacion ó consentimiento de que nos ha de resultar obligacion es tácita ó interpretativa. Así se ha formulado el principio de derecho de que, *todos se entienden que consienten lo que es hecho en su favor ó cede en su provecho*. Así el menor, que llegando á la mayor edad, no reclama por via de restitution en el cuadrienio legal contra lo que se ha hecho en su nombre durante la menor edad, se entiende que lo aprueba ó ratifica: de aquí asimismo la obligacion en el caso de la *negotiorum gestio*. Todas las reglas de derecho en este punto estan fundadas en el principio filosófico de que *sin voluntad, ni podemos merecer, ni desmerecer, ni por tanto reputarnos obligados*. Esta es la clave para decidir en todas las vias, en lo moral, en lo civil, en lo criminal y administrativo, si bien es indispensable tener presentes los muchos modos racionales de interpretar nuestra voluntad, y que esta puede ser tácita, ó espresa, anterior, simultánea y posterior al hecho.

La teoría asentada es siempre cierta en

el orden moral: lo es también bajo el punto de vista de producir obligacion en el foro esterno, en el civil y administrativo; pero no lo es en el criminal. El señor Lardizabal en su discurso sobre las penas se propone esta cuestion, á saber: si diciendo uno haber ejecutado un delito en nuestro nombre, y aprobándolo nosotros, quedaremos obligados, y la resuelve negativamente por la fundadísima razon de que no hemos sido causa física ni moral del hecho.

Sobre la fuerza que tiene en el derecho la aprobacion, ó *ratihabicion*, dice así la regla 10 del tit. 34, part. 7. *E aun dijeron (los sabios) que quien ha por firme la cosa que es fecha en su nome, que vale tanto, como si la oviera mandado facer de primero.*

Por lo dicho anteriormente se ve bien que esta regla, aunque tan absoluta, no puede tener aplicacion en lo criminal, pues si el decirse cometido un crimen en nuestro nombre procediese, no de haberlo supuesto así espontáneamente el perpetrador, sino de insinuaciones ó consejos de nuestra parte, entonces ya seríamos responsables en otro concepto, mas no por *aprobacion*. Ni esta relevaaria tampoco al perpetrador de su responsabilidad, como sucede en el orden civil.

Ultimamente, la regla vulgar *el que calla, otorga*, supone por lo menos un principio de aprobacion tácita, ó constituye una presuncion, ó consentimiento en el hecho negativo de no contradecir lo que á ciencia ó presencia nuestra se dice relativamente á nuestra persona ó hechos propios. La ley sin embargo dispone lo siguiente en la regla 23 del título y Partida antes citados. *E aun dijeron que el que calla non se entiende que siempre otorga, lo cual dicen, maguer non responda; mas esto es verdad que non niega lo que oye*. Desde luego se ve que segun la ley misma, si non se entiende que siempre otorga el que calla, se entiende que otorga alguna vez. Lo lógico es, que en todo caso si el silencio no arguye ciertamente aprobacion ó conformidad, constituirá por lo menos, como hemos indicado, una presuncion mas ó menos fuerte, segun la naturaleza y circunstan-

cias del hecho, pues que así como es una verdad elevada á principio de derecho que siempre se entiende que consentimos lo que es en nuestro provecho; de la misma manera es lógico suponer que nunca consentimos ni autorizamos con el silencio, ni dejamos de rechazar, pudiendo, lo que es en nuestro daño, de donde puede deducirse el convencimiento de la verdad, ó un grave inconveniente en rechazarla. El examen y circunstancias del hecho y juicio crítico sobre este inconveniente, determinará el fundamento y grado de fuerza de la presunción que haya de deducirse de nuestro silencio.

La segunda acepción notable de la palabra aprobación, es en la administración, y en el derecho, la de declarar que en una persona, ó en un hecho concurren, en el primer caso la aptitud, y en ambos los requisitos y circunstancias exigidas ó prescritas por las leyes, órdenes y reglamentos, por la convención, por la moral ó por pactos ó costumbre para algún fin. Así se aprueban en un examen ó oposición los ejercicios de los examinandos: así la conducta de una autoridad ó funcionario: un proyecto de ley sometido al poder legislativo, una contrata pública, un remate, etc. De lo dicho se infiere, que para la aprobación en el sentido en que vamos hablando, se necesita siempre autoridad pública, y como esta debe estar formulada para todos los casos á que ha de aplicarse, por eso también el desenvolvimiento del principio ha de verse en los artículos respectivos.

En lo eclesiástico se llama también *aprobación* la autorización ó licencias que el prelado diocesano dá á los sacerdotes presbíteros para confesar y predicar. No hay duda que todo presbítero recibe en la ordenación la facultad de *atar y desatar*: ellos también, pues, ya desde entonces son *enviados*, reciben la potestad de la divina palabra, ó sea de la enseñanza y predicación. Pero constituida la Iglesia, como una sociedad perfecta, el orden y disciplina de la misma exige, que el ejercicio de las facultades respectivas esté regularizado y sea dirigido del

modo mas conveniente á los fines de la misma, pues que en el hecho de ser sociedad, requiere régimen: en el hecho de admitir las jerarquías, prescribe la disciplina y subordinación: y si el obispo es el pastor de la grey, si es la providencia de la diócesis, preciso es que nada suceda en ella sin su consentimiento y dirección, conforme á los sagrados cánones y á las leyes.

Aunque esto sea una verdad absoluta, las excepciones han turbado, y aun reducido á controversia muchas veces la regla general, y muy especialmente desde la institución de las órdenes regulares, por los muchos privilegios con que los romanos pontífices creyeron conveniente favorecer su propagación.

Como siempre el abuso llevado al extremo hace inexcusable su remedio, el Concilio de Trento creyó digno de su atención el que reclamaban las diarias controversias sobre aprobación para confesar y predicar, y así en el capítulo XV de la sesión 25, ordenó lo siguiente: «Aunque los sacerdotes reciben en la ordenación la facultad de absolver los pecados, dispone, no obstante, el Santo Concilio, que *ningun* sacerdote, *aun regular*, pueda oír las confesiones de los seculares, como tampoco de los sacerdotes, ni creerse capaz de poderlo hacer si no tiene un beneficio con título y cura de almas, ó si no lo juzgan idóneo los obispos, que se cerciorarán de ello por medio de un examen, si no tiene la *aprobación* de los mismos, que debe concederse siempre gratuitamente, no obstante todos los privilegios y costumbres en contrario, aun la inmemorial.» Hay además diferentes disposiciones canónicas sobre *aprobación* para predicar y confesar; pero esta importante materia ha de verse en los artículos correspondientes, como **CONFESION, PREDICACION, REGULARES, ETC.**

APROBANTES (CAPITANES). V. CAPITANES APROBANTES.

APROPIARSE. Trasladar á nuestro poder lo que no nos pertenece. Si el título del apropiamiento fuese lícito, como la ocupación, adquirimos el dominio; si ilícito, como el hurto, la usurpación y otros análogos, somos injustos detentadores.

Conforme á la etimología de la palabra, *apropiado* es lo mismo que poseído, ó que tiene dueño conocido. Apropiado se dice también en oposición á *baldío*, para indicar la diferencia que hay entre aquellos fundos que pertenecen á los propios de los pueblos, y aquellos cuyo supremo dominio corresponde al Estado; pero que abandonados de hecho por este, están en el disfrute común, ni más ni menos que si realmente no tuviesen dueño especial.

APROVECHAMIENTOS. Añadiendo á esta voz el adjetivo *comunes*, se refiere al disfrute que pertenece en común á muchas personas ó á varios pueblos, de los bienes que están destinados á este fin por las leyes, las costumbres, ó algunos títulos especiales en que se funda el derecho de los que le gozan. Sabido es que en España hay muchas fincas de diverso origen y dominio, que por sus circunstancias particulares, ó quizás más bien por el número de las personas que tienen derecho á ellas, no pueden fácilmente partirse, ni utilizarse; y que sobre todo, tratándose de pastos, se aumentaría esta dificultad, y la haría en muchos casos imposible. Por esta causa, los bienes llamados comunes, los realengos, baldíos y otros cuyo dominio no corresponde á los pueblos; pero cuyo goce les está reservado, como también algunos de los llamados de propios, que no se arriendan, ni pueden disfrutarse con separación é independencia; se disfrutan en común por los vecinos de las poblaciones donde radican, llamándose *comunes* los aprovechamientos que de ellos sacan: con la diferencia, de que se denomina así al aprovechamiento que utilizan los vecinos de un mismo pueblo; y aprovechamiento *mancomunado*, cuando este se hace entre vecinos de pueblos distintos, que por esta causa se dice tienen entre sí mancomunidad. Las leyes y disposiciones dictadas sobre el ramo de aprovechamientos y sobre mancomunidad de pastos son numerosas; pero no nos hacemos cargo de ellas, al presente porque tienen su colocación natural en tratados más extensos, como son los que explican la naturaleza, diferencia y calificación

de los *comunes*, y el que particularmente habla de los *pastos* con todas sus incidencias. V.

APTITUD. Lo mismo que *capacidad* para una cosa. La aptitud puede ser física, intelectual y legal, según los casos. En el orden físico y en el moral la aptitud se aprecia por el sentido común, por la razón universal: en lo legal y oficial se determina por las leyes y reales disposiciones que desde luego fijan taxativamente los requisitos y circunstancias que constituyen ó hacen suponer la aptitud, disposición ó capacidad para un fin dado, ó establecen los comprobantes de ella. Así la circunstancia de cumplir 25 años: la de sufrir un examen con aprobación, que puede ser debida sin embargo á la justicia ó á la indulgencia: el haber ejercido la abogacía cierto número de años, dan, ó hacen suponer, la aptitud necesaria para ciertos fines legales ó sociales, sobre lo cual debe estarse á lo dispuesto en cada caso particular.

APUESTA. Las palabras latinas *sponsione certare* dan la idea más exacta de la apuesta. Para que exista es necesario que haya certamen, contienda, disputa entre dos ó más personas sobre un objeto ó suceso futuro é incierto; que se fije la cosa que habrá de entregar ó la prenda que habrá de perder el que fuere vencido en ella; y que preceda una estipulación en que ambos objetos se concierten y convengan de común acuerdo entre los contendientes: *stipulatione pignoreve deposito contendere, ut qui ex certamine superior discodat, pecuniam in stipulatum deductum pignoreve depositam ferat.*

Esta materia tiene mucha analogía con lo que sobre juegos y azares es justamente objeto del derecho y asunto de las medidas y disposiciones de buen gobierno; hay sin embargo en ella algunas especialidades que nos obligan á tratarla con separación.

Aunque la eventualidad y la contingencia del suceso dan á la estipulación de que hablamos, el carácter de azarosa ó aleatoria; y aunque siempre se contrata sobre un acontecimiento incierto, que lo mismo puede realizarse que no realizarse y verificarse

APUESTA.

341

en un sentido, ó en otro diferente; sin embargo, las leyes no han colocado la apuesta en idéntico lugar, ni la han calificado del mismo modo que los resultados, también eventuales, que provienen de los juegos de suerte y azar de que en otra parte nos ocupamos.

Es muy antiguo el uso de las apuestas, ó traviesas, como las denomina la ley recopilada, no siendo de estrañar, atendida la naturaleza del hombre, este conato casi general en todos los pueblos y en todas las clases, de mostrarse los hombres como convencidos y seguros de un suceso contingente en que se interesa no tanto su orgullo y su confianza en las previsiones propias, como su deseo de garantizar sus palabras y aseveraciones con el riesgo en que pone la prenda, ó la cantidad comprometida. Según dice un escritor, hay en esta manera de disputar los hombres y en el riesgo en que ponen sus intereses y á veces prendas muy queridas, cierto alarde de amor propio, mezclado con el misterio del porvenir y con la tendencia á la adivinación, casi innata en el hombre, singularmente cuando se refiere á sucesos que no son comunes y ordinarios. Así es que el trance mas difícil en la alternativa de las apuestas suele tener casi siempre mayor y mas empeñado número de partidarios.

Entre los romanos estuvieron en uso las apuestas. Basta consultar para esto la ley 3 del Digesto de *aleatoribus*, y la ley penúltima del Código de *alea lusu*; en esta se espone la antigüedad y universalidad de esta clase de convenciones. Macrobio y Séneca citan ejemplos de apuestas ó de prendas depositadas, como garantía del suceso futuro; y la ley 19, párrafo 7 del Digesto de *præscript. verb.*, habla de los anillos que se depositaban en señal de seguridad ó de buen éxito en una promesa, *sponsionis causa*, hecha y admitida con motivo de cualquiera apuesta, al paso que Plinio confirma esta misma noticia en el libro 33, capítulo 1, *docer*, diciendo, que en las apuestas ó promesas, *in sponsionibus*, se echaba mano de los anillos, como prendas de los certámenes y

disputas entre los que aspiraban y apostaban por resultados diferentes ó contrarios. Los litigantes también solían antiguamente comprometer cierta suma de dinero, que ganaba el que salía vencedor en el pleito: *cujus rei causa vice mutua stipulationes interponi solebant*; sobre cuya costumbre son innumerables los ejemplos que cita Budeo, y puede verse igualmente lo que se lee en Ciceron, lib. 7, *ad divesas epistola*, cap. 21.

La legislación inglesa y las costumbres de este pueblo singular, dan también cabida á las apuestas, que son frecuentes é innumerables sobre todos, ó la mayor parte de los sucesos en que hay duda, contienda ó eventualidad. Por esta causa se concede y admite acción sobre ellas, por regla general, cualesquiera que sean los objetos á que se refieran. Hay sin embargo algunas excepciones y modificaciones á esta regla común, que conviene tener presentes. Por ejemplo, según el act. 3 de Jorge IV, C. 83, todos los que juegan ó *apuestan* en una plaza pública ó cualquiera otro lugar descubierto, con una mesa ó un instrumento de juego, á un juego ó pretendido juego de azar, pueden ser tratados como vagamundos: en lo que se observa que no es la apuesta como tal, sino la publicidad, el abandono de sus deberes, la desaplicación, lo que principalmente persigue la ley. Dejando aparte y para su oportuno lugar todas las disposiciones relativas á los juegos, que en parte alcanzan á las apuestas, no podemos omitir algunas particularidades concernientes á estas. Por lo general las carreras de caballos, riñas de gallos, el pugilato, etc., suelen prestar en Inglaterra ocasiones frecuentes de numerosas apuestas. Pero por el act. 13, de Jorge II, cap. 19, se dispuso, que el vaso de plata ó el objeto que debe ser el premio de la carrera, no fuese de valor inferior á 50 libras esterlinas, bajo la pena de una multa de 200 libras, pagaderas por el propietario de cada caballo que entre en la liza, y 10 libras esterlinas pagaderas por los que hacen el anuncio del vaso. Pero aunque las carreras de esta clase sean legales, sin embargo,

entran en la categoría de juegos, según el act. 9, de la reina Ana, cap. 14; y por consiguiente, las apuestas superiores á 10 libras esterlinas son ilegales. Una carrera á pie entre dos ó mas concurrentes, una carrera de igual clase hecha por uno solo en un cierto espacio de tiempo, y las apuestas hechas sobre ellas, son consideradas y juzgadas por la legislación de juegos. Una apuesta de menos de 10 libras esterlinas, hecha sobre una carrera de caballos ilegal, no puede ser repetida y recobrada por acción jurídica. Aunque los propietarios puedan hacer correr los caballos por un compromiso de 50 libras y mas, en los lugares destinados á las carreras, sin embargo, se halla en observancia, que cuando emprenden estas carreras sobre los caminos reales, la apuesta sea ilegal ó irrealizable.

De estos y otros hechos, que como excepciones pueden citarse, se infiere y es doctrina corriente entre los juristas y en los tribunales de Inglaterra, que las prendas, ó apuestas son contratos legales, realizables por una acción judicial, con tal de que aquellas no hayan sido hechas sobre juegos ilegales, ó que no sean capaces de perturbar la tranquilidad pública, alentar la inmoralidad ó comprometer los intereses, el carácter y los sentimientos de las personas que son ajenas ó estrañas á las apuestas; ó que estas no sean contrarias al orden público y natural. Según el act. 7 de Jorge II, cap. 8, las apuestas que digan relación al precio actual ó venidero de los fondos públicos, son ilegales y nulas; pero las compras á plazo de *fondos estrangeros* no entran en la prohibición del estatuto, y no son ilegales conforme á la ley comun.

Un individuo que habia dado cien libras esterlinas, á condicion de recobrar trescientas si la paz no se habia concluido con la Francia en cierto espacio de tiempo, intentó en seguida la acción para reembolsar dichas trescientas libras; pero se decretó que la apuesta era nula, porque se vió ser contraria al orden público, aunque se le permitió reembolsar las cien libras entregadas. Una apuesta hecha entre dos electores sobre

el éxito de los candidatos respectivos para el Parlamento es ilegal, porque tiende á corromper la libertad de las votaciones.

En Francia la legislación está calcada sobre otros principios. No considera la sociedad, ni reconoce en los individuos acción para repetir ó reclamar el cumplimiento de una estipulación de esta clase: lo que prueba que no reconoce ninguna obligación civil, ni ningun derecho relativo, procedente de las apuestas, sean de la clase que quieran. El artículo 1963 del Código civil, es terminante. «*La ley, dice, no concede ninguna acción por una deuda del juego, ó para el pago de una apuesta (Pari).*»

Sin embargo, no es lo mismo negar esta acción, ó mas bien no concederla, que negar las apuestas, ó dar derecho para recobrar lo que en consecuencia de ellas se hubiese pagado. Esto es esencialmente diferente y está espresamente prohibido por el artículo 1967 del mismo Código, en que se ordena, que «*en ningun caso, el que hubiese perdido podrá repetir lo que voluntariamente hubiese pagado, á menos que no hubiese habido de parte del ganancioso, dolo, supercheria ó estafa.*»

En España, aunque la legislación no se ha ocupado espresamente de la apuesta, han estado en general permitidas y se han considerado como contratos legítimos y obligatorios. Por lo mismo que no hay ley en nuestros códigos primitivos que haya consignado esta disposición, los comentadores de nuestro derecho han puesto particular cuidado y empeño en esponer lo que sobre este punto creyeron mas conforme con la doctrina y con las fuentes de nuestro derecho. Por manera, que opinaron, y esta fue la regla de los tribunales, al tenor de lo dispuesto en la legislación romana, en la que, como ya hemos visto mas arriba, la apuesta producía obligación y derechos civiles reclamables por la vía judicial, como cualquiera otro contrato lícito. Muchas son las citas que podríamos hacer de escritores respetables que trataron espresamente de la materia; pero recordaremos particularmente los siguientes: Antonio Gomez, en el

APUNTAMIENTO.

343

tomo 2, Var., cap. 14, núm. 4; Covarrubias in Reg. peccat. 2 p. párrafo 4. núm. 2: Acevedo in lib. 12, núm. 15, tit. 7, lib. 8, Reg; y la Curia filípica, lib. 3, cap. 15, núm. 1.

Sin embargo, ya en tiempo del señor don Felipe II se tomó en consideracion el esceso con que se jugaba y apostaba en los juegos de pelota y otros permitidos, y se prohibieron espresamente las *traviesas* en dichos juegos, y el que se pagasen *preseas* ó *prendas*, so pena que por la primera vez, así en lo que *perdiere* como en lo que *ganare* y *atravesare*, caya é incurra en pena de lo que mas *jugare* de la dicha cuantía, y lo que *atravesare* con otro tanto (1).

La célebre pragmática sobre juegos de embite, suerte y azar, del Sr. D. Carlos III, que es la ley 15, tit. 23, lib. 12, Novis. Recop., hizo tambien mencion de la apuesta en su sesta disposicion en que se dice lo siguiente: *y prohibo conforme á la misma ley* (es la anteriormente citada) *que haya traviesas ó apuestas aunque sea en estos juegos permitidos....*

De estas dos disposiciones, acordes en el fondo, se infiere, que si bien en los demas negocios y asuntos de duda y certámen legítimo, la apuesta es permitida y produce obligaciones recíprocas, no sucede lo mismo cuando estas se hacen en el juego y con ocasion de los lances de azar que ofrecen, por mas que esos juegos sean permitidos. La razon de esta diferencia se concibe fácilmente. A la vista y con motivo del juego, aparte de la oscuridad y ceguedad de la suerte, hay mayor incentivo y mas provocacion á comprometer la fortuna y los intereses, dando ocasion al inmoderado deseo de ganancia y por consiguiente á la inmoralidad que por todos los medios deben evitar las leyes y todas las disposiciones de gobierno.

APUNTAMIENTO. Es el extracto ordenado y espositivo de un proceso tanto en lo civil como en lo criminal: llámase tambien simplemente extracto, y aun con mas generalidad *memorial ajustado*, si bien esta

denominacion no conviene en rigor á los apuntamientos sino cuando han sido concertados por el relator con asistencia de los letrados.

La formacion de los apuntamientos en los procesos que penden ante los tribunales superiores está encargada á los relatores; en los juzgados de primera instancia á los escribanos actuarios; en los de comercio á los letrados consultores; en aquellos tribunales en los cuales uno de sus ministros desempeña el cargo de ponente, se atribuye á él la formacion del extracto, y finalmente, en el Consejo Real está encomendada al ausiliar respectivo, el cual en las vistas públicas hace las veces de relator.

Por el artículo 633 de los aranceles judiciales modificados con arreglo al real decreto de 22 de mayo de 1846, se dispuso que para evitar los gastos de dobles apuntamientos, inmediatamente que se remita á un tribunal superior ó al Supremo algun pleito ó causa criminal en apelacion ó consulta del repartimiento pasará el proceso al relator para la formacion del apuntamiento ó memorial ajustado, el cual correrá unido al pleito ó causa para que los defensores saquen las copias ó notas que tengan por conveniente, y que formado el apuntamiento siga el asunto su legal sustanciacion. Este método ahorra mucho trabajo á los abogados para el estudio de los procesos y les releva de la necesidad de hacer el extracto de ellos puesto que segun la antigua práctica no hacian los relatores el apuntamiento hasta hallarse los autos conclusos para definitiva con lo cual los abogados no podian consultarlos al tiempo de la defensa. No por eso, sin embargo, los abogados deben dejar de hacer un minucioso análisis de los autos, así para examinar y cotejar el apuntamiento del relator y solicitar en su consecuencia la ampliacion ó correccion de algun hecho interesante, como para discernir los mejores materiales que deban emplear en la defensa, y disponer la copia íntegra ó por extracto de los documentos, pruebas ó antecedentes que mas conduzcan á su designio.

En las causas criminales se ha creído con-

(1) Ley 8, tit. 22, lib. 12, Novísima Recopilacion.

veniente establecer una nueva garantía en favor de los procesados con relacion á los apuntamientos de ellas, y á este efecto ha dispuesto el artículo 41 de la ley provisional, reformada para la aplicacion del Código penal, que el magistrado ponente haya de cotejar el apuntamiento del relator con el proceso poniendo en el primero su nota de conformidad.

Este nuevo método de que vamos hablando no es general ni se practica en todos los tribunales; pero tanta y tan reconocida es su utilidad que aun en aquellos donde no se manda desde luego la formacion de los apuntamientos, como sucede en el Supremo de Guerra y Marina y algun otro, si la parte apelante solicita que ante todas cosas pasen los autos al relator para el fin indicado y que evacuado se le entreguen, el tribunal lo acuerda sin dificultad y así lo hemos practicado diferentes veces.

Pero tanto en estos como en todos los demas tribunales los apuntamientos deben entenderse en el papel correspondiente; á este efecto deberán observarse las dos reglas siguientes: Primera, los apuntamientos ó memoriales ajustados en negocios entre partes pudientes se escribirán en papel comun, escepto el primer pliego y el último, que deberán serlo en el del sello tercero. Segunda, en las causas de oficio y en los pleitos de pobres, cuando se formen apuntamientos ó memoriales ajustados, se extenderán en papel blanco, escepto el primer pliego y el último que serán de oficio ó de pobres sin perjuicio de hacer el reintegro de los pliegos primero y último en la clase del sello tercero si hubiere condenacion de costas (1).

La importancia que tienen los apuntamientos para los jueces, abogados, consultores, escribanos y hoy dia para los magistrados y funcionarios del Consejo Real arriba mencionados nos empeña á reunir en este artículo las reglas principales que pueden seguirse para su formacion en toda clase de asuntos judiciales, creyendo que este trabajo será del agrado de nuestros lectores

por la inmensa utilidad que ha de proporcionarles en el desempeño de sus respectivas profesiones. Para conciliar el orden que nos proponemos siempre, dividiremos el artículo en las cuatro secciones siguientes:

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

- | | | |
|------|------|--|
| SEC. | I. | REGLAS GENERALES PARA TODA CLASE DE APUNTAMIENTOS. |
| SEC. | II. | REGLAS PARA FORMAR LOS APUNTAMIENTOS EN NEGOCIOS CIVILES. |
| SEC. | III. | REGLAS PARA FORMAR LOS APUNTAMIENTOS EN NEGOCIOS CRIMINALES. |
| SEC. | IV. | REGLAS PARA FORMAR LOS APUNTAMIENTOS EN PLEITOS SOBRE AGRAVIOS DE CUENTAS, FILIACION Y OTROS SEMEJANTES. |

SECCION I.

REGLAS GENERALES PARA TODA CLASE DE APUNTAMIENTOS.

Para preparar la formacion del apuntamiento debe leerse ante todas cosas el proceso sin omitir aun aquellas partes de que no se suele hacer mencion en las relaciones, como son los escritos de réplica y dúplica y alegatos de bien probado; pues ademas de convenir alguna vez dar idea, mas ó menos circunstanciada de su contenido, sirven para apreciar en su verdadero valor las razones de la demanda y contestacion, y determinar la importancia de cada uno de los artículos que constituyen la prueba de los interesados.

Leido el proceso de primera intencion, se recorre despues y examina mas detenidamente formando de él una especie de esqueleto, llamado minutario ó guion, que sirve de mucho para facilitar la formacion del extracto. A este efecto se van entresacando uno por uno los documentos y demas partes de que se ha de componer el apunta-

(1) Real orden de 19 de enero de 1846.

APUNTAMIENTO.

543

miento anotando en una lista los folios en que se encuentren, la especie de documento que sea, una ligerísima reseña de su contenido y el lugar á que corresponda en la division del apuntamiento. Si en la tramitacion del juicio hubiese dilaciones que merezcan alguna atencion, se notarán en esa misma lista todas las particularidades de este género que se adviertan, y sino despues de señalar el folio que ocupa la demanda, se hará lo mismo con la contestacion. Despues de ella se anotará en el guion el auto de prueba, su fecha y folio, dias por que fue recibido el pleito á ella, sus prórogas, folio de cualquier peticion relativa á las probanzas y diligencias que en su virtud se hayan practicado. Si hubiese prueba de testigos se formará una lista particular de ellos, anotando sus nombres, edad, estado, folios en que se encuentren sus declaraciones por el orden numérico de primero, segundo y tercero con que hubiesen declarado y dia en que hayan sido examinados, añadiendo si les comprenden ó no las generales de la ley. Examinadas despues las preguntas del interrogatorio, se indica el folio en que se halla cada una, anotando en su referencia los testigos que hubieran declarado al tenor de cada una. Finalmente, si no hubiera otra novedad en la sustanciacion, se indica el folio de la sentencia, el de la notificacion y el del escrito por el cual se hubiera interpuesto la alzada con el del auto en virtud del cual se admitió, y las diligencias posteriores correspondientes á este objeto. Por este orden se prepara la formacion del apuntamiento, presentando á un golpe de vista y en un brevísimo cuadro el resultado mas importante del proceso que se ha de extractar. Veamos ahora las reglas que deben seguirse despues de preparado este trabajo en la formacion de los apuntamientos en negocios civiles.

SECCION II.

REGLAS PARA FORMAR LOS APUNTAMIENTOS EN NEGOCIOS CIVILES.

El apuntamiento que se forma para los procesos de esta clase se divide por lo común

en cinco partes, que son las mismas que con ligeras modificaciones pueden adoptarse y se adoptan generalmente en los negocios criminales. Dichas partes ó secciones son el *estado del pleito*, los *supuestos y antecedentes*, el *pleito*, *pruebas y actuaciones posteriores*.

El *estado* se hace preceder de un encabezamiento, en el cual se espresan las personas entre quienes se ha controvertido el pleito y la materia sobre que versa. Estendido aquel sigue el *estado*, cuya parte del apuntamiento tiene por objeto indicar el estado que tiene el pleito mismo en el momento de formar el extracto. Espresase en él muy ligeramente el curso que ha seguido, hasta que concluso legitimamente se dictó por el juez ó jueces que hayan intervenido la sentencia, que se trascribe á la letra. Despues se refiere si se apeló ó no, espresando en el primer caso si el recurso se interpuso dentro del término legal, y que á virtud de la apelacion admitida por el juez se remitieron los autos á la superioridad. Si el apuntamiento se forma cuando la segunda instancia se halla ya concluida, se espresarán tambien en el estado las pretensiones deducidas por los interesados y la sustanciacion que hubiera tenido el negocio con posterioridad hasta su conclusion, y si se formase en la tercera instancia, se referirán la sentencia dictada en la segunda, las pretensiones producidas en la tercera y la tramitacion que en ella hubiese tenido el negocio.

La seccion titulada *supuestos ó antecedentes* tiene por objeto referir los hechos ó contratos que han dado lugar y ocasion al litigio y los documentos que se hubieran acompañado con la demanda y contestacion. Algunos suelen dividir en dos este periodo del apuntamiento, comprendiendo en uno los antecedentes y en el otro los supuestos, cuyo método no solo nos parece útil en algunos casos, sino hasta indispensable para facilitar la claridad del extracto. Porque no todo contrato ó hecho anterior al pleito es necesariamente un supuesto de él ni debe referirse como tal, siquiera sea un antecedente.

te que ha ocurrido en la historia de los hechos preliminares de la contienda. Supuestos del pleito son todos aquellos hechos que tienen una relacion directa con el mismo y que han sido causa de su provocacion; por ejemplo, el testamento es un supuesto en el litigio suscitado entre dos ó mas personas sobre la sucesion; y la escritura, por la que se celebró un contrato, es un supuesto del pleito suscitado á consecuencia de él. Todos los demas hechos que no tuviesen semejante relacion con la cuestion promovida, las diligencias judiciales que antes de ella se hubieran practicado; las actuaciones de un litigio que se hubiera seguido entre los mismos interesados y tuviesen cierta analogía con la propia cuestion son antecedentes de ella, de los cuales puede darse en la seccion de este nombre la idea mas ó menos lata que parezca suficiente. Tanto en una como en otra, si se adopta la division indicada, debe procurarse con gran cuidado que los hechos, contratos, actuaciones y demas se refieran por orden cronológico, á fin de que en la relacion se encuentre la historia ordenada y sucesiva del negocio sobre que versa el pleito, extractando lo mas sustancial é importante de los documentos y transcribiendo literalmente aquellas cláusulas que sirven directamente para decidir el litigio, como es por ejemplo la de fundacion en la sucesion de un mayorazgo. Tambien se anotarán los vicios materiales que se encuentren en los mismos documentos y las informalidades que pudieran contener en su otorgamiento. En este mismo periodo se espresará si los documentos ó antecedentes fueron compulsados ó cotejados en su respectivo caso, espresándose en cualquiera de ellos el resultado de las diligencias practicadas al efecto.

En la seccion llamada *pleito* se empieza por referir el dia en que se presentó la demanda, indicando los documentos, relacionados ya en la seccion anterior, que á ella se acompañaron, y el resultado del juicio de conciliacion, cuya certificacion se dirá tambien si fue ó no presentada. La súplica de la demanda debe ponerse por punto general

en el apuntamiento sin alterar los términos del escrito, para que conste con la debida exactitud la accion producida y el objeto verdadero y la estension de la misma demanda. A continuacion se referirán las diligencias practicadas á virtud de ella, espresándose si fue ó no emplazado el demandado; se fijará del mismo modo el dia en que se hubiese presentado el escrito de contestacion, indicando los documentos que con él se hubiesen aducido y la pretension formulada literalmente. Por último, si en los posteriores escritos y actuaciones no ocurriesen novedades atendibles, bastará decir que evacuados los demas traslados, las partes insistieron al presentar sus escritos de réplica y dúplica en sus anteriores pretensiones.

Si el demandado formó artículo de incontestacion, se referirá brevemente su objeto y su resultado, á no ser que este influyera de alguna manera en la cuestion, en cuyo caso se dará mas amplitud á esta parte de la relacion.

Si alguno de los litigantes hubiera formado antes ó despues de contestada la demanda, un artículo indiferente para la resolucion del pleito, no deberá hacerse mas que una ligerisima indicacion de él; por ejemplo, si se hubiese deducido escepcion de incompetencia, debe decirse en el extracto que conferido traslado á Pedro, de la demanda, formó artículo de inhibicion, alegando que no debia ser demandado sino en el pueblo de su domicilio, y habiéndose el juez declarado competente por su auto de tal fecha contestó aquel la demanda.

Esta seccion del apuntamiento contiene algunas veces otra, que se titula *punto del dia*. Usase de ella cuando el estado del pleito es decidir un artículo ó cuestion incidental. En este caso se refieren en la seccion *pleito* ligeramente los antecedentes y actuaciones que preceden á aquel punto de la sustanciacion en que se originó la cuestion incidental. Al llegar á él se encabeza la seccion *punto del dia* y se refiere ya con la debida estension y puntualidad lo actuado relativamente al particular de la cuestion.

APUNTAMIENTO.

347

Si el punto incidental que forma la cuestion del día versase sobre haberse admitido ó denegado una apelacion, como el objeto preferente del apuntamiento en semejante hipótesis es referir lo que resulte acerca de este punto, las demas actuaciones del pleito principal deberán referirse brevemente y como antecedentes.

Las pruebas tienen reservado su lugar, como hemos dicho, con el mismo nombre de *prueba* en el apuntamiento de los pleitos. En este periodo se hará mencion del auto por el cual prévia citacion de las partes se hubiese recibido el pleito á ella y de las prórogas que se hubieren concedido, á instancia de una ú otra parte, del término probatorio. Se hará tambien relacion de si se pidió ó no restitution del mismo, indicando ligeramente la sustanciacion del artículo ó incidente que para ello hubiese tenido lugar. En la misma forma si se hubiera obtenido suspension de la dilacion probatoria, se hará indicacion de ello, así como de todas las particularidades dignas de atencion que hubieran ocurrido en este punto, cuidando muy particularmente de observar y de espresar si las probanzas se practicaron ó no dentro del término legal.

En el extracto de las pruebas se procederá con orden y esmerado método reuniendo todas las que prueben un mismo hecho, esponiendo con separacion las documentales de las testificales, y siguiendo en la exposicion de las primeras el orden cronológico ó racional que parezca mas adecuado al intento. Cuando hubiese en el litigio partes coadyuvantes se reunirán sus probanzas con las del coadyuvado, adoptando en la exposicion el orden que permita su analogía.

Si se hubiera practicado prueba de testigos, se dirá que se presentó interrogatorio compuesto de tantas preguntas útiles, por cuyo tenor fueron examinados con citacion contraria ó sin ella los testigos, cuya edad se espresará indicando la del mas joven y la del mas viejo. En algunos pleitos conviene determinar la edad de cada uno como circunstancia muy importante para

apreciar debidamente el mérito legal de su testimonio. Si ninguno de los testigos tuviese tacha que inhabilite este testimonio se espresará así; pero si á alguno ó algunos les comprendiesen las generales de la ley ó parte de ellas, se indicarán las que sean y en qué términos, diciendo «presento tantos testigos de tal á tal edad y sin tacha, excepto tal y tal que manifestaron ser parientes en tal grado.»

Espuesto así el cuadro general de los testigos se transcribirá, la segunda pregunta del interrogatorio ó sea la primera útil, y si todos la contestasen sin hacer explicaciones notables ó modificaciones sobre ella se dirá que todos la contestan por la razon que espresen. Si unos la contestan y otros la ignoran, se dirá: «Los testigos A, B, C y D la ignoran, los demas la contestan. Si algunos la contestan en términos absolutos y otros dan explicaciones notables sobre los hechos, se dirá: «Todos los testigos la contestan añadiendo E, F, G y H, etc. Si algunos testigos contestan la pregunta sin dar razon ninguna de ciencia, no se omitirá esta circunstancia. En suma, en la exposicion de las declaraciones de los testigos, se procurará formar grupos ó secciones segun lo permitan la uniformidad ó analogía que guarden estas entre si. Concluida la segunda pregunta se extraerán del mismo modo las demas contenidas en el interrogatorio.

Cuando hubiere repreguntas se acomodarán siempre que sea posible á las preguntas de su referencia, uniendo la contestacion de ellas á las que hubieren dado los testigos al contestar estas últimas.

Concluye el apuntamiento con la seccion denominada *Actuaciones posteriores*, en la cual se hace relacion de haberse verificado la publicacion de probanzas y de las actuaciones posteriores á este trámite. Si despues de la publicacion se hubieran propuesto tachas á los testigos y admitidas se hubiese abierto otra vez el pleito á prueba para la justificacion de ellas se procederá á extraer lo que resulte en la misma forma que se ha indicado para las pruebas principales. Si no hubo prueba de tachas ó despues de extraerla-

da si la hubo, se dirá que entregados los autos á las partes, presentaron sus respectivos alegatos insistiendo en sus anteriores pretensiones, y que conclusos, previo señalamiento de día para la vista, si se hubiere celebrado, y con citación de ellas se dictó el auto ó sentencia referidos al principio.

Si después de la publicación de las pruebas y antes de la conclusión se hubieren aducido algunos documentos, se hará relación de ellos, expresando si se observaron ó no las formalidades que deben acompañar á la presentación; y si en el mismo estado una de las partes hubiera pedido posiciones, se hará también mérito de ellas por su orden numérico, transcribiendo el artículo y esponiendo correlativamente la contestación.

Por último, el autor del apuntamiento certificará de haberse observado en la sustanciación del pleito las leyes que arreglan el procedimiento ó expresará los defectos y las infracciones de ellas que se hubieren cometido.

También hará mención precisamente de si en la sustanciación se han observado ó no los trámites sobre términos conforme á las leyes y disposiciones vigentes al tenor de la real orden de 5 de setiembre de 1850.

Si la índole especial del pleito exigiere que se suprima alguna de las secciones en que deben dividirse por punto general los apuntamientos en negocios civiles, se verificará así á juicio de la persona encargada de formarlos.

SECCION III.

REGLAS PARA FORMAR LOS APUNTAMIENTOS EN CAUSAS CRIMINALES.

El apuntamiento en los procesos criminales tiene por regla general el mismo método que los procesos civiles, sin mas alteraciones que las exigidas por la especial sustanciación del procedimiento en esta materia. Hay de consiguiente en el apuntamiento las partes siguientes: *estado*, *presupuesto*, *causa*, *prueba* y *sentencia*.

En el *estado* se siguen las mismas reglas

que hemos indicado al hablar de los apuntamientos en los procesos civiles.

La sección llamada *presupuesto* corresponde á la que en los procesos civiles se llama *antecedentes*, y tiene por objeto hacer una manifestación sucinta de la sustanciación que ha seguido la causa desde su principio.

Se debe decir el lugar, el día y el motivo sobre que se empezó la causa y si se entabló de oficio, por denuncia ó en virtud de acusación de parte, extractando el auto de oficio ó la querrela del agraviado y todas las actuaciones respectivas á la justificación del cuerpo del delito. Se pasa después á esponer las diligencias que se hubiesen practicado con la persona del reo ó sus bienes, y si después de recibírsele su indagatoria se ofreció ó no la causa al acusador ó á la persona interesada en la represión del delito y que oído el acusador y practicadas las diligencias que después se referirán se recibió confesión al reo, dando cuenta en la sección siguiente de lo demás actuado en el sumario.

Dada así una idea general de la causa en el *presupuesto* se pasa á esponer en otra sección llamada *causa* lo que resulte del sumario así en daño como en favor del reo. En el caso de haber muchos cargos debe procederse con separación de unos y otros haciendo el extracto de todo lo que resulte en el sumario relativamente á cada uno de los cargos. A este efecto se empieza enumerando el cargo, diciendo, por ejemplo, cargo primero: se refiere en seguida el hecho como resulte de la querrela, denuncia, capitulación, etc., ó del sumario mismo; se enumeran los antecedentes y pruebas justificativas del cargo existente en el sumario, se determinan las citas y demás datos referentes á él y se hace por último relación de las pruebas relativas al mismo cargo. En seguida se pasa á extractar el segundo por el mismo orden y así sucesivamente todos los demás.

Cuando unos testigos citen á otros, conduce á la claridad que se haga mérito de lo que dice el citado á continuación de lo manifestado por el citante. Si la justificación

APUNTAMIENTO.

349

del cargo ó delito constare por documentos, se hará espresion del documento y de su demostracion, ó por confesion del reo, ó por colejo pericial, ó por declaracion de testigos que lo hubieran visto escribir. Si algun testigo se hubiese retractado de su primera declaracion, en todo ó en parte, ó hubiera dado esplicaciones sobre ella, se anotarán á continuacion la variacion ó variaciones que hubiese hecho en las posteriores declaraciones, inclusa la ratificacion del plenario. Despues de espresar las justificaciones que se hubiesen hecho, bien de oficio ó á instancia de parte, se extraerá la indagatoria del acusado y lo que resulte en cuanto á las citas que hubiere hecho; y finalmente, se referirá el resultado de la confesion del mismo.

Si en la causa no hubiere mas que un solo cargo, se procede á manifestar que entregada la causa al acusador, alegó tales razones y pidió tal pena, y ademas, por otrosies propusolos particulares de prueba que se pasan á referir; dándose igual cuenta de la contestacion ó escrito de defensa presentado por el reo, y que á su virtud se recibió la causa á prueba, á calidad de todos cargos por término de tantos dias, que prorogado á otros tantos mas, se practicaron en juicio público con las respectivas citaciones las siguientes pruebas, que se extraerán del modo que hemos referido en los procedimientos civiles.

Tambien se hará relacion en esta parte del apuntamiento de los artículos que tengan algun interes en la decision de la causa, como el de la libertad que hubiese solicitado el reo y resultado de este incidente.

Si son varios los cargos, se procede en cada uno de ellos del modo que ya hemos insinuado, y concluida su relacion, se hace de lo demas de la causa en el orden ya referido. Pero si ademas de ser varios los cargos fuesen tambien diferentes los réos con diversos grados de culpabilidad, seria lo mas oportuno para la debida claridad y acierto; no solo extraer la causa por cargos, sino tambien por reos.

En la parte del apuntamiento en materia

criminal llamada *prueba*, se hace espresion de las diligencias efectuadas en el plenario, advirtiendo que recibidas las causas á prueba, á calidad de todos cargos, que es probar y haber probado, y concluido para sentencia segun la ley de 11 de setiembre de 1820, restablecida por real decreto de 30 de agosto de 1836, se debe hacer relacion en esta parte, no solo de las declaraciones de los testigos si las hubiere, sino tambien de las tachas contra ellos alegadas y pruebas dadas en su justificacion. Sin embargo, la práctica tiene autorizado, que despues de las pruebas se entreguen los autos á las partes por via de instruccion, que suele ser por término de tres dias, para que los letrados puedan informar si gustan en el dia de la vista. Finalmente, concluye el apuntamiento refiriendo que en oportuno estado se dictó la sentencia mencionada al principio, que se practicaron las diligencias para su notificacion, citacion y emplazamiento al reo para ante el tribunal superior, y que se le enteró de que nombrara en él procurador y abogado que hicieran su defensa en dicha segunda instancia.

Si el procedimiento se instruyese á virtud de la ley de 17 de abril de 1821 relativa á los delitos especiales que comprende, el extracto no variará en lo sustancial de las reglas que hemos indicado, sino en los términos y trámites mas breves de la sustanciacion.

Concluido el apuntamiento hará su autor las mismas advertencias indicadas en la seccion anterior respecto á la observancia de las leyes del procedimiento y de los trámites sobre términos.

SECCION IV.

REGLAS PARA FORMAR EL APUNTAMIENTO EN LOS
PLEITOS SOBRE AGRAVIOS DE CUENTAS, FILIA-
CION Y OTROS SEMEJANTES.

Si en los pleitos de que va á tratarse se siguiera el orden trazado hasta aquí para la formacion de los apuntamientos comunes, imposible seria que los abogados ni los jue-

ces pudieran ver con la claridad apetecible y conveniente el resultado de los procesos y formar el concepto debido para comprenderlos y fallarlos con acierto. Por esta razón, la práctica constante de los tribunales ha adoptado un modo especial para los apuntamientos de aquellos asuntos y de él vamos á dar una ligera idea en la presente seccion.

Tanto en los pleitos de cuentas como en los de filiacion, etc., se empieza por el *estado* determinando en él las nociones y los hechos que antes hemos manifestado.

Sigue al *estado* la seccion de *antecedentes*, y en ella se refieren todos los que han dado lugar á la cuestion y los documentos, escrituras, justificaciones y demas datos que afectando á la cuestion en general no recaen determinadamente sobre ninguno de los agravios en particular.

A seguida de los *antecedentes* se refiere el *pleito* y en él tiene lugar y cabida cuanto hemos espuesto en las secciones anteriores.

Si hay pruebas que afectando al pleito en su generalidad no se circunscriban á ninguno de los agravios en particular, se referirá tambien en la seccion correspondiente de *pruebas*, dejando las que se hayan practicado con el objeto de justificar ó rebatir los agravios en particular para cuando se trate de ellos.

Dado á conocer el pleito en su generalidad, y extractado lo que tiene relacion con ella, se pasan á individualizar los agravios por el orden mismo con que los ha espuesto el demandante, á no ser que exista algun motivo particular para alterarle, deducido de la importancia de aquellos ó de la relacion y subordinacion que guarden entre sí.

Indicado el agravio primero se hace mérito de lo que arrojan los supuestos respecto de él, se refiere despues la demanda tambien en lo que le concierne, se relaciona lo que ha contestado el demandado, y se esponen últimamente las pruebas particulares de una y otra parte, tanto testimoniales como documentales. Así se continúan extractando los demas agravios sin omitir ninguno de los datos relativos á ellos.

Concluida esta parte del apuntamiento se hace mérito de la sentencia y se sigue ya el extracto como queda dicho para los demas negocios civiles.

Si el pleito es de filiacion se sigue el mismo método, sin otra diferencia que lo que se ha referido respecto de cada uno de los agravios en particular, se entiende y aplica á cada uno de los grados de filiacion, acerca de los cuales se ha suscitado impugnacion y disputa. Así se empieza por los grados mas antiguos y se dice: « casilla n.º tal », se refiere despues la impugnacion hecha por la parte interesada en ella, la contestacion y por último las pruebas practicadas para impugnar ó justificar la filiacion de la persona contenida en dicha casilla.

ARA. ARAS. *Quasi area*: era el plano ó plataforma, mas ó menos estensa, y mas ó menos elevada sobre que se ejecutaban ú ofrecian los sacrificios. Despues se ha llamado así á la lápida consagrada, que se coloca sobre la mesa del altar, y sin la cual no puede celebrarse el sacrificio de la misa. Por respeto á la consagracion del ara, y á fin de evitar actos de profanacion, debe estar guarnecida con una cubierta fija de lienzo. No puede consagrarla sino el obispo. Rota por la mitad, en términos que en ninguno de los pedazos puedan colocarse cómodamente y con seguridad el cáliz y la hostia, no debe usarse la parte del altar: en el lenguaje figurado se toma por el altar mismo: y en el rigor canónico ella es realmente el altar, pues la armadura de este es accesoria, por lo que puede variarse, segun hemos dicho, y debe verse en el artículo **ALTAR**.

ARANCEL. Reglamento, tabla ó tarifa en que se consignan la retribucion ó derechos que han de pagarse por introduccion de efectos de comercio, prestacion de un servicio determinado, consecucion ó uso de titulos, honores ó condecoraciones, aprovechamiento de beneficios, etc.

De lo dicho se infiere que los aranceles deben ser muchos y diversos. Unos se prestan mas naturalmente á ser esplicados al

ARANCEL.

351

propio tiempo que lo que constituye su objeto, como los de pontazgos y portazgos, los de derechos de estola y pie de altar y otros semejantes. Otros por el contrario, vienen con mas propiedad bajo la enunciativa genérica de *arancel*, como por ejemplo, los judiciales. De esta última clase trataremos aquí con alguna mas detencion, refiriéndonos en cuanto á los primeros á los artículos respectivos, ó palabra capital que espresa el objeto de los mismos.

Diremos en general que la formacion de todo arancel tiene tres objetos fundamentales: ocurrir á las demasías de la arbitrariedad sin regla á que atenerse: determinar con claridad y precision el servicio ó derecho, y evitar el abuso en su exaccion y pago.

Sobre este punto no puede verse sin rubor el celo infructuoso de nuestros legisladores, reencargando sin cesar, y por tanto tiempo sin resultado completo, el cumplimiento de las leyes y reales disposiciones sobre la materia, en todas las cuales nos será preciso hacer alguna mencion.

Util y conveniente seria sin duda insertar á la letra los diversos aranceles judiciales que tendremos que mencionar; pero su número y estension nos retraen de este propósito, siempre atentos á evitar la difusion de esta obra, limitándonos por lo tanto á consignar las reglas y disposiciones fundamentales de dichos aranceles, indicando el tratado ó coleccion legal en que podrán consultarse testualmente.

ARANCELES DE ADUANAS. Llámense así las tarifas de los derechos que deben satisfacer en las aduanas los géneros de lícito comercio á su introduccion ó esportacion. En el artículo **ADUANAS** tratamos latamente esta materia, indicando el diverso fin que cada Estado se proponia conseguir al establecer las prohibiciones, ó al fijar derechos de entrada y de salida mas ó menos considerables. Despues de escrito aquel artículo se han publicado los aranceles de nuestras aduanas, por los cuales se admiten al comercio una porcion de artículos antes prohibidos, y otros muchos se ujetan á derechos mas módicos. El resul-

tado que ha producido esta tímida reforma en los ocho primeros meses de este año de 1850 es, como debia esperarse, satisfactorio. Sin que se haya resentido la industria nacional se ha aumentado el comercio, y este aumento ha producido al Tesoro 26.759,646 rs. 3 mrs. sobre lo recaudado en los ocho primeros del año pasado de 1849, segun resulta de los datos publicados en el *Boletín oficial* del ministerio de Hacienda.

La naturaleza de esta obra no permite la insercion íntegra de los aranceles; mas para que se conozcan en su generalidad y puedan juzgarse en su espíritu y tendencia, basta en nuestro concepto la ley que fija sus bases principales, y las disposiciones que les acompañan.

LEY DE 17 DE JULIO DE 1849.

Artículo 1.º El gobierno reformará los actuales aranceles de importacion en el reino de los géneros, frutos y efectos estrangeros y de nuestras provincias de Ultramar con arreglo á las adjuntas bases señaladas con el número primero.

Art. 2.º Quedan admitidas á comercio las manufacturas de algodón espresadas en el arancel que acompaña con el número segundo, los cuales adeudarán á su entrada los derechos señalados en el mismo.

El gobierno designará las aduanas por donde únicamente hayan de verificarse las introducciones de dichas manufacturas.

NUMERO PRIMERO.

Bases para la reforma de los aranceles de importacion de los géneros, frutos y efectos estrangeros, y de nuestras provincias de Ultramar.

BASE PRIMERA.

Las máquinas é instrumentos que se introduzcan con destino á las industrias agricolas, minera y fabril, pagarán de 1 á 14 por 100 sobre su valor.

Las materias primeras que no se produzcan abundantemente en España, y que sir-

van para el trabajo de la industria nacional, sea cualquiera la forma ó el aumento de valor que adquieran, pagarán de 1 á 14 por 100 sobre su valor.

La madera de arboladura de buques, quedará comprendida en este artículo.

Las materias primeras similares á las que se produzcan abundantemente en España, los agentes de producción que se hallen en el mismo caso; como el carbon de piedra y el coke, y los artículos de manufacturas estrangeras que puedan hacer concurrencia á otros iguales de actual fabricacion nacional, pagarán de 25 á 30 por 100.

Los artículos estrangeros que el consumo exige y la industria nacional no proporciona, pagarán hasta 15 por 100. Solo en caso muy escepcional podrá aumentarse este máximo hasta 20 por 100.*

Se alzarán convenientemente los derechos establecidos en el día á los géneros coloniales que sean productos de países estrangeros.

Los de posesiones españolas pagarán lo siguiente:

La azúcar de Cuba y Puerto-Rico pagarán 8 reales en arroba.

La de Asia pagará 2 rs. en arroba.

Café de Cuba y Puerto-Rico 8 rs. en arroba.

Al azúcar de refino y medio refino elaborada en la Península que se esporte para el extranjero se bonificará con 8 rs. por arroba de azúcar refinada.

Los demas efectos producentes de las posesiones españolas de Asia adeudarán por regla general solo una quinta parte de los derechos señalados á los similares estrangeros.

El derecho diferencial de bandera será de 20 por 100. Esta proporcion será mayor en los artículos que contribuyen eficazmente á sostener nuestra navegacion.

Continuará prohibida en el reino la entrada de los artículos siguientes:

Armas de guerra, proyectiles y municiones, inclusa toda clase de pólvora.

Azogue.

Cartas hidrográficas publicadas por el depósito de marina y reproducidas en el extranjero. Mapas y planos de autores espa-

ñoles cuyo derecho de propiedad no hubiera caducado.

Cinábrio.

Embarcaciones de madera que midan menos de 400 toneladas de 20 quintales cada una.

Granos, harinas, galleta, pan y pasta para la sopa, siempre que no esté permitida su entrada por la ley de cereales.

Libros é impresiones en castellano de autores españoles, á no ser que se introduzcan por los mismos autores que tengan el derecho en propiedad.

Misales, breviarios, diurnos y demas libros litúrgicos. No se entenderán incluidos en la prohibicion los diccionarios y vocabularios que no perjudicaren los derechos de propiedad disfrutados por autores españoles con arreglo á la legislación vigente.

Insignias, divisas y prendas militares.

Pinturas y figuras, y cualesquiera otros objetos que ofendan á la moral ó ridiculicen la religion católica.

Sal comun.

Tabaco.

Calzado y

Ropas hechas, esceptuándose las que traigan los viajeros para su uso particular.

Preparaciones farmacéuticas que estuviesen prohibidas por los reglamentos sanitarios.

BASE SEGUNDA.

Satisfarán derechos módicos á su esportacion del reino únicamente los artículos siguientes:

Alcohol ó galena no argentífera.

Cobre negro en estado de primera fundicion.

Litargirio de menos de una onza de plata por quintal.

Plomo en galápagos.

Seda en capullo.

Maderas para construccion de buques, quedando el gobierno autorizado para adoptar todas las disposiciones necesarias, á fin de que no sufra perjuicio la construccion de la marina de guerra y mercante, ni los intereses de los propietarios de montes.

ARANCEL.

335

Continuará prohibida la estraccion del reino de los siguientes productos:

Corcho en tablas, panas ó panes de la provincia de Gerona.

Litárgico que contenga una onza ó más de plata por quintal.

Galena argentífera.

Plomo que contenga 24 adarmes ó mas de plata por quintal.

Trapos de algodón, cáñamo y lino y los efectos usados de estas materias.

BASE TERCERA.

Los géneros extranjeros y de nuestras provincias de Ultramar, despues de haber pagado los derechos de introduccion con arreglo al arancel, quedan nacionalizados y sujetos al pago de los mismos derechos de estraccion, consumo, arbitrios ú otros que con cualquier denominacion se cobren á sus similares del reino.

BASE CUARTA.

Se establecerán aduanas y depósitos en los puntos de las costas y fronteras que el gobierno estime mas conveniente para satisfacer las necesidades de la agricultura, de la industria y del comercio, conciliándolas con los intereses del Tesoro público, y señalando á cada una la habilitacion que le corresponda. Los empleados que han de servirlos y sus sueldos y gastos se someterán á la aprobacion de las Cortes en la ley de presupuestos.

BASE QUINTA.

Se podrán establecer alguno ó algunos depósitos generales donde se admita toda clase de productos, géneros y efectos.

BASE SESTA.

No se concederá escepcion ni rebaja de derechos á favor de industria, establecimiento público, sociedad ni persona, de cualquiera clase que sean.

TOMO III.

BASE SETIMA.

En la instruccion de aduanas que formará el gobierno se establecerán la documentacion, reglas y formalidades para el despacho de los buques y mercancías, asi como los recargos ó penas en que se incurra por infraccion ó falta.

Las incidencias que ocurran sobre puntos de instruccion se resolverán gubernativamente sin causar costas ni perjuicios á los interesados.

NUMERO SEGUNDO.

ALGODON HILADO.

	Unidad.	Valor.	Tipo.
Del número 60 al 80..	Libra.	10	40
Del 80 en adelante....	Id.	13	35

ALGODON TORCIDO.

Algodon torcido á dos cabos para coser y bordar, desde el número 60 en adelante.	Id.	15	40
Idem de tres cabos desde el número 60.....	Id.	20	40

TEJIDOS DE ALGODON.

Primera clase.

Crudos ó blaneos de 26 hilos en adelante contados en el urdimbre en cuarto de pulgada española...	Id.	16	35
Idem id. id. id. teñidos	Id.	18	35
Idem listados, labrados al telar ó estampados.....	Id.	24	35

Segunda clase.

Muselinas y batistas de Escocia, lisas, blancas, listadas y es-

354

ARANCEL.

tampadas de 15 á 25 hilos contados en el urdimbre en cuarto de pulgada española	Id.	40	35
Idem id. de 25 hilos en adelante.	Id.	60	35

Tercera clase.

Muselinas caladas y labradas al telar hasta 15 hilos contados en el urdimbre en cuarto de pulgada española.	Id.	28	35
De 15 á 25.....	Id.	38	35
De 26 en adelante.	Id.	50	35

Cuarta clase.

Muselinas bordadas á mano hasta 15 hilos contados en el urdimbre en cuarto de pulgada española....	Id.	60	35
Idem id. de 16 á 25...	Id.	100	35
Idem id. de 25 en adelante.	Id.	160	35

Quinta clase.

Tejidos claros como linones, organdis, muselinas, chaconadas, clarines, etc., lisos ó labrados, blancos hasta 15 hilos contados en el urdimbre en cuarto de pulgada española....	Id.	50	35
Idem id. de 16 á 25...	Id.	70	35
Tejidos claros de 26 en adelante.....	Id.	80	35
Los mismos bordados pagarán como las muselinas bordadas.			

Sesta clase.

Acolchados y piqué blancos y de colores

de todas clases.....	Id.	50	35
Dichos bordados.....	Id.	100	35

Sétima clase.

Panas lisas y labradas.	Id.	20	40
Veludillos.	Id.	32	40

Octava clase.

Gasa lisa.	Id.	60	35
Idem labrada.....	Id.	80	35

Novena clase.

Tules lisos estampados, calados y labrados ó floreados al telar en piezas, cortes, pañuelos, esclavinas, tiras, cuellos ó cualquiera otra forma.	Id.	100	35
Dichos bordados á mano.	Id.	Avalúo	35

Décima clase.

Encajes, entredoses y puntilla, lisos y labrados al telar, bordados, etc.,.....	Id.	125	35
Dichos bordados á mano.....	Id.	250	35

Undécima clase.

Percalinas, lustrines cristalinas y demas telas que se usan para la fabricacion de flores artificiales de 20 hilos arriba...	Id.	70	35
Dichas cortadas y preparadas en hojas, semillas y otras formas para hacer flores.....	Id.	140	35

Duodécima clase.

Pañuelos blancos, pintados ó estampados de 20 hilos en ade-

ARANCEL.

355

lante. Id. 30 35
Idem blancos bordados Id. Avalúo 35

Los derechos establecidos en este arancel se cobrarán á los tegidos comprendidos en sus respectivas clases, ya vengan en piezas, cortes, tiras, cuellos, esclavinas ó cualquiera otra forma.

Las telas dobles destinadas generalmente para pantalones, chaquetas y demas ropas de hombre ó para otros usos, lisas asargadas, rayadas á cuadros, ó con otras labores, de solo algodón, quedan prohibidas..

Los tegidos de seda, lana, hilo y cáñamo que contengan mezcla de algodón en mas cantidad de la tercera parte, continuarán prohibidos si no cuentan 20 hilos en cuarto de pulgada española. Los que lleguen ó excedan de este número se admitirán pagando en su respectiva clase lo siguiente:

Tegidos lisos asargados á cuadros, ó con otras labores, con mezcla de seda ó de lana, ó con ambas materias, destinadas generalmente para chalecos, llamados casimires, pelos de cabra ó de otro modo.

Si visiblemente domina la seda ó la lana pagarán el derecho señalado á las telas de estas materias respectivamente.

Si dominase el algodón conteniendo visiblemente una parte mínima de seda ó de lana, vara cuadrada 14 rs. 35 por 100.

Tegidos lisos, asargados, rayados y labrados, con mezcla de hilo ó de cáñamo, destinados generalmente para pantalones y otras prendas de verano, llamados driles, cuties ó de otro modo, libra 16 reales, 35 por 100.

Dichos con mezcla de lana, llamados casimires, patencures, etc., vara cuadrada 35 reales 35 por 100.

Tegidos sencillos, lisos ó asargados, pintados, llamados muselinas de lana ó de otro modo.

Si dominase la lana pagarán como los tegidos de esta materia, y si el algodón, vara cuadrada 8 rs., 35 por 100.

Si se presentase algun tegido de nueva invencion que no pueda aplicarse por analogia á las partidas precedentes, pagará sobre su avalúo 40 por 100.

REAL DECRETO DE 5 DE OCTUBRE DE 1849.

Artículo 1.º Se aprueban los aranceles de aduanas que acompañan á este real decreto, reformados con arreglo á las bases adjuntas á la ley de 17 de julio último, y en los cuales se comprende el de las manufacturas de algodón establecido por el artículo 2.º de la misma ley.

Art. 2.º Por ahora, y sin perjuicio de lo que en lo sucesivo pueda determinarse, las citadas manufacturas de algodón se admitirán en la Península é islas Baleares por las aduanas marítimas siguientes: San Sebastian, Bilbao, Santander, Coruña, Cádiz, Málaga, Almería, Cartagena, Alicante, Valencia, Barcelona, Palma de Mallorca y Mahon.

Art. 3.º Continuarán los depósitos de aduanas ó de géneros de lícito comercio en los puntos en que actualmente existen, exceptuando los que por su poca importancia no produzcan lo necesario para cubrir sus gastos.

El derecho de depósito será el mismo que en el dia se satisface.

Art. 4.º Conforme á lo dispuesto en la quinta de las bases aprobadas por la referida ley, se establecen en los puertos de la Coruña, Cádiz y Mahon depósitos generales de toda clase de productos, géneros y efectos.

Art. 5.º Para que las disposiciones de los aranceles comiencen á regir en todas las aduanas, se fijan los plazos siguientes, contados desde el dia de la publicacion de este real decreto en la *Gaceta* de Madrid.

Quince dias para el arancel de exportacion.

Un mes para el de importacion de los géneros de algodón, cualquiera que sea el punto de que procedan.

Dos meses para el arancel general aplicado á las producciones de Europa y Africa.

Tres meses para las procedencias de las posesiones españolas de América ó de cualquiera otro punto de la América estrangera situado al Este del cabo de Hornos, y cinco para las procedencias de los situados al Oeste del mismo cabo.

Ocho meses para las procedencias de Asia é islas Filipinas.

Cumplido el plazo señalado á cada procedencia, no se admitirán reclamaciones dirigidas á eximirse de la observancia de los aranceles, cualquiera que sea el motivo en que se funden.

REGLAS PARA LA OBSERVANCIA DEL ARANCEL.

1.ª Los artículos de nueva invención se despacharán imponiéndoles los derechos señalados á sus similares ó análogos por la primera vez, remitiendo muestras de ellos á la dirección general de aduanas, para que el gobierno de S. M. acuerde los derechos que deban satisfacer por regla general. Si no tuviesen analogía ó semejanza con ningún artículo del arancel, satisfarán por la primera vez el 15 por 100 sobre avalúo en bandera nacional y 18 por 100 en extranjera.

2.ª Todos los artículos que se presenten en cortas cantidades y de pequeño valor, no comprendidos espresamente en el arancel, satisfarán el 15 por 100 sobre avalúo en bandera nacional, y 18 por 100 en extranjera, dando cuenta en cada caso á la superioridad.

3.ª Para el despacho de los géneros por avalúo deberán presentar los interesados á los administradores de aduanas las facturas originales de precios. Si los empleados no se conformasen con ellos, y creyesen deber señalar otros, y los interesados no pusiesen dificultad, se pasará por los precios en que mutuamente se convenga. Si los interesados no prestasen su conformidad, se instruirá el oportuno expediente, que se remitirá á la superioridad, acompañado de muestras del género, si fuese dable; pudiendo la Hacienda adquirir la propiedad de los efectos, abonando á sus dueños el importe de la factura presentada, y un 10 por 100 mas, según está dispuesto en el día para algunos artículos.

4.ª Los artículos que sean producto y procedan de las posesiones españolas de Asia, y que no tengan como tales señalados en el arancel los derechos que hayan de satisfacer,

solo adeudarán la quinta parte de los establecidos á sus similares extranjeros, si viniesen en bandera española. En caso contrario, se exigirán los derechos impuestos á la bandera extranjera procedente del extranjero.

DISPOSICIONES DE LA LEY DE 17 DE JULIO ULTIMO Y OTRAS PARA SU CUMPLIMIENTO.

1.ª Al azúcar de refino y medio refino elaborada en la Península, que se esporte para el extranjero, se bonificará con 8 rs. por arroba de azúcar refinada.

2.ª Los géneros extranjeros y de las posesiones españolas de Ultramar después de haber pagado los derechos de introducción, con arreglo al arancel, quedan nacionalizados y sujetos al pago de los mismos derechos de extracción, consumo, arbitrios u otros que con cualquiera denominación se cobren á sus similares del reino.

3.ª No se concederá escepcion ni rebaja de derechos á favor de industria, establecimiento público, sociedad ni persona de cualquiera clase que sea.

4.ª Las incidencias que ocurran en las operaciones de aduanas sobre puntos comprendidos en la instrucción, para el buen régimen de las mismas y exacción de los derechos de arancel, se resolverán en todos los casos gubernativamente, sin causar costas ni perjuicios á los interesados.

5.ª Los cónsules españoles en el extranjero expedirán desde luego á los capitanes y patrones de buques certificados ó registros de todos los artículos admitidos á comercio por el precedente arancel, en los términos que dispone la instrucción de aduanas.

6.ª Los géneros, frutos ó efectos que lleguen á los puertos del reino, antes del vencimiento del plazo respectivo á cada procedencia, y cuyos dueños ó consignatarios quieran adeuclarlos con arreglo al nuevo arancel, quedarán en depósito, sujetos á todas las formalidades y requisitos que se hallan establecidos para tales casos.

7.ª Los intendentes de las posesiones

ARANCEL.

357

españolas de América dispondrán que por las aduanas de las mismas no se espidan registros en cuanto al tabaco en rama y demás efectos de prohibida entrada en la Península é islas Baleares, sino para los puntos donde existan depósitos generales.

8.º Los géneros coloniales y toda clase de mercaderías de producción extranjera que procedan de los depósitos de la Habana y Puerto-Rico en buques españoles, satisfarán á su introducción en la Península é islas Baleares el derecho que esté señalado en el arancel á la bandera nacional, y además la mitad del recargo impuesto á la extranjera, cualquiera que sea el pabellón en que los efectos se hayan conducido á dichos depósitos; pero si viniesen en bandera extranjera, adeudarán el derecho señalado á la misma procediendo del punto productor.

9.º No se hará alteración en lo dispuesto en el artículo 11 de la ley de 9 de julio de 1841 acerca de la exacción de 6 por 100 de arbitrios sobre el importe de los derechos de arancel.

Respecto á los aranceles de aduanas, Filipinas, etc., vigentes en nuestras posesiones de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas, hemos dicho ya lo bastante en el artículo **ADUANAS**. Véase.

ARANCELES JUDICIALES.

Son los que determinan los derechos que pueden percibir los jueces, promotores, escribanos y demás curiales y personas que intervienen en los juicios.

Como hemos indicado ya, han sido infinitas las tentativas para reglar, y aun podríamos decir mejor, para sujetar esta parte del servicio público, peligrosa siempre y difícil por no poder dejar de ser cuestión de interés pecuniario de cualquier modo que se arregle y se trate. Infinitas, decimos, han sido las tentativas, ya formando aranceles particulares, ya generales, mandando reducir á regla hasta los servicios mas inapreciables, como es preciso decir respecto del arancel de eclesiásticos, ó sean de derechos de estola y pie de altar.

Como no basta la existencia del arancel, si no se aseguraba su aplicación, facilitando

á cualquiera el conocimiento del abuso, y la facilidad en su caso de denunciarlo, las leyes desde los tiempos mas antiguos, y muy esplicitamente los reyes católicos en 1480 ordenaron terminantemente su publicidad. «Mandamos, dijeron (1), que los nuestros alcaldes de corte y chancillerías, corregidores, jueces de residencia, alcaldes ordinarios y otros cualesquiera jueces de las ciudades, villas y lugares de los nuestros reinos y señoríos, cada uno en su jurisdicción, fagan una tabla que tengan puesta en la pared del juzgado, en la cual estén puestos y declarados por escrito los derechos que han de llevar así el juez, como el escribano y alguaciles y merinos, y los otros oficiales, conforme á los aranceles reales: y que la tabla esté puesta donde se vea públicamente, para que no se lleve ni pague mas de lo allí contenido.»

Veinte años despues, en 1500, los mismos reyes católicos mandaban (2) que luego que un asistente, gobernador ó corregidor tomasen posesión de su destino, se informasen si habia arancel, por el que ellos y todos los oficiales públicos, incluso los alcaldes, debían cobrar sus derechos: que si no lo hubiese, procediesen á formarlo en unión de los diputados que nombrase el ayuntamiento, y verificado en el término de sesenta dias, lo remitiesen á la aprobación del Consejo: que aprobado por este, se fijase y tuviese siempre de manifiesto: que el que, esto no obstante, se escudiese en el percibo de sus derechos, lo pagase con las setenas: que nadie, ni en ningún caso, llevase derechos dobles, salvo segun se llevasen en el pueblo: y por último que dichos gobernadores, corregidores y alcaldes no llevasen parte de los derechos que correspondía cobrar á sus escribanos, ni hiciesen partido con ellos.

Esta disposición revela desde luego tres abusos: la inobservancia de lo mandado en 1480: que los gobernadores y jueces hacían indigno tráfico con los curiales, ó les defraudaban en sus justos derechos: que al-

(1) Ley 1, tit. 33, lib. 11, Nov. Rec.

(2) Ley 2, tit. 33, lib. 11, Nov. Rec.

guna vez los cobraban dobles. No era la citada ley el medio de corregir este último abuso, pues autorizaba á percibir los que se acostumbraron en el pueblo, pudiendo muy bien darse por seguro que en todos la costumbre era realmente el abuso. Aun en nuestros días se observaba la costumbre de llevar la curia derechos dobles en los litigios de grandes, títulos y corporaciones, lo cual recientemente, como indicaremos en su lugar, ha sido abolido.

Los mismos reyes católicos, renovando una ley de don Juan II, volvieron á encargar la formación de aranceles y la observancia de ellos, si bien con la agravación de que el que abusase, sobre pagar el cuatro tanto, perdiese el oficio (1). Cerca de tres siglos después, en 1788, todavía seguía encargándose el cumplimiento de lo mandado sobre aranceles y su observancia en el percibo de derechos, como puede verse entre otras disposiciones en el capítulo 18 de la célebre instrucción de corregidores de dicho año, lo que aun no debía bastar, pues hemos visto reiteradas tales determinaciones, siempre con iguales resultados.

Trascurridos todavía muchos años mas en esa lucha estéril, sin perjuicio de procurar el remedio de los abusos con el justo castigo, no pocas veces impuesto á los culpables, pensó hallársele en la formación y perfección de nuevos aranceles, fijos, generales y no dependientes de la voluntad de asistentes, ni corregidores, ni de las costumbres ó corruptelas locales, con cuyo motivo, prescindiendo ya de otros pormenores históricos, vendremos á lo vigente y á lo que inmediatamente le ha precedido.

Sobre el proyecto de arancel general que llegó á imprimirse y publicarse en agosto de 1822, en 1853 se nombró una comisión para que formulase un arancel general y uniforme, mandándose entre tanto, por real orden de 29 de diciembre de 1853, que cesase el abuso de duplicar ó triplicar los derechos, porque dos ó mas personas se com-

prendiesen en un poder, ó por ser la parte corporación, grande de España, ó prelado eclesiástico. Las Cortes de 1837, por decreto de 3 de noviembre, autorizaron al gobierno para poner en ejecución con ligeras alteraciones, el trabajo de la mencionada comisión, y apareció el nuevo arancel, que publicado por real orden de 29 de noviembre del propio año, debía empezar á regir en la Península é islas adyacentes desde 1.º de febrero de 1858, y así se verificó.

Las reclamaciones de la curia hicieron pensar bien pronto en otra reforma. Autorizóse al gobierno para verifícala por ley de 25 de abril de 1845, y en breve se publicó por real decreto de 2 de mayo del propio año.

No por eso cesaron las reclamaciones, y como siempre encontradas: el litigante pretendiendo que los aranceles son altos, y hacen cara la administración de justicia, hasta el punto de ser preciso alguna vez abandonarla; la curia por la inversa, sosteniendo que sus tareas y servicios no estan, como es justo, remuneradas; y el gobierno, árbitro entre unos y otros, sin casi hallar la solución á la dificultad. Por eso en la 14 de las disposiciones generales del nuevo arancel, se encargaba á los jueces y tribunales, elevasen en un breve término á S. M., las dudas y dificultades que ocurriesen en la práctica y las observaciones y reformas á que diesen lugar.

Por consecuencia de todo, y en virtud de la autorización que tenia el gobierno, por real decreto de 2 de mayo de 1845, fue publicado el nuevo arancel general que debía empezar á regir desde 1.º de junio siguiente, con derogación del de 29 de noviembre de 1857.

Tampoco estos nuevos aranceles debían ser definitivos. Ellos mismos hacían necesaria la novedad, ordenando muy prudentemente y con loables miras de gobierno, en su artículo 629, que los tribunales procurasen averiguar con la posible certeza, cuanto venían á percibir en cada año los subalternos del orden judicial por virtud del nuevo arancel, elevándolo á conocimiento del go-

(1) Ley 2. tit. y lib. citados, Novis. Recop.

ARANCEL.

539

bierno con las observaciones oportunas, y todavía por real orden de 9 de setiembre del propio año, se reencargó el cumplimiento de esta disposición, añadiendo que también se remitiesen las quejas y esposiciones á que el nuevo arreglo diese lugar. Los tribunales cumplieron con su encargo, y remitido todo al Consejo Real, conformándose S. M. con las modificaciones propuestas por el mismo, reducidas en general á la reduccion de derechos de jueces, relatores y escribanos de cámara, y asimismo en los negocios de poca entidad. en uso de la autorizacion de la citada ley de 23 de abril de 1843, y por real decreto de 22 de mayo de 1846, apareció el novísimo y vigente arancel general, que debia empezar, y empezó á regir en 1.º de agosto de dicho año. Este arancel colectivo ó general, comprende los aranceles particulares de las clases y negocios siguientes:

Tribunal Supremo de Justicia con todos sus subalternos.

Audiencias territoriales id.

Juzgados de primera instancia id.

Tribunales eclesiásticos id.

Tribunales de comercio id.

Promotores fiscales.

Alcaldes constitucionales.

Abogados.

Fieles de fechos.

Secretarios de Ayuntamiento.

Contadores y partidores.

Contadores de hipotecas.

Revisores de letra antigua.

Arquitectos.

Agrimensores.

Médicos, cirujanos y profesores de farmacia.

Tasadores de joyas y otros efectos.

Artesanos y menestrales.

Omitiendo los pormenores de cantidad por la razon indicada en el principio de este artículo, no podemos hacer otro tanto con las cuestiones de principio y disposiciones generales, de aplicacion que son como la ley de aranceles. Estas disposiciones son las siguientes:

Art. 28. Queda suprimido el artículo

258, y en su lugar se establece la regla siguiente: «No se devengarán por el juez derechos de reconocimiento ó vista mas que una sola vez, y únicamente en los casos espresados en los artículos 236 y 237, sin que nunca se lleven estos derechos, cuando para dictar una providencia no es preciso reconocer los autos.»

Art. 30. El artículo 351 se redactará del modo siguiente: «Los promotores fiscales no podrán percibir derechos en los negocios *criminales* sino en el caso de haber condenacion de costas, y los cobrarán de la parte contra quien esta hubiese recaído.»

Art. 31. Despues del artículo 323, se hará la siguiente prevencion: «En el caso de que habiéndose de buscar mas de un instrumento, esten todos ó varios de ellos en el protocolo de un mismo año, y se hayan pedido á un tiempo por un interesado, los derechos de busca y guarda de que tratan los artículos anteriores, no se devengarán por cada uno de dichos instrumentos, sino los que corresponden á uno solo por todos ellos. Mas si la busca se hubiese pedido en distintas ocasiones, se devengarán en cada una de ellas los derechos espresados, aunque los instrumentos esten en el protocolo de un mismo año.»

Art. 36. Al artículo 631 se añadirá lo siguiente:

«En los (*negocios*) de mayor cuantia que no pasen de 3,000 rs., no devengarán los mismos (cuantos tienen opcion á cobrar derechos) mas que las dos terceras partes de los derechos asignados á cada actuacion ó diligencia en estos aranceles.»

Art. 612. Los derechos señalados á toda clase de subalternos ó personas indicadas en este arancel se entienden siempre con exclusion del papel sellado, que pagarán separadamente los interesados.

Art. 613. En ningun caso, ni por la calidad de las personas, ni por la de los negocios, se exigirán derechos dobles, ni para su exaccion se atenderá nunca al número de las personas que litigan, sino al de las partes. Los derechos se percibirán siempre distribuidos entre todas estas.

Para graduar el número de partes se previene, que en todos los asuntos, así civiles como criminales, los que reclamen en un mismo escrito sosteniendo iguales derechos, aunque sean dos ó mas litigantes, serán considerados como una parte sola.

Art. 614. No devengan derechos mas actos que los que directa y claramente se espresan en estos aranceles; y si algun interesado creyese dignos de inclusion algunos de los omitidos, lo espondrá al gobierno por el conducto ordinario.

Art. 615. No se reputarán omitidos para la exaccion de los derechos los actos y diligencias comunes á varios juicios que no se hallen espresados en cada uno de estos, siendo suficiente que se designen en alguno: en su virtud, si en los pleitos ordinarios ocurriesen algunas diligencias no designadas en ellos, pero espresadas en algun otro juicio, se cobrarán los derechos que en este se designen; y lo propio se hará cuando en cualquier otro juicio ocurriesen diligencias espresadas solamente en los ordinarios.

Art. 616. Si los jueces, escribanos, procuradores y alguaciles hubiesen de salir fuera de la poblacion de la residencia ordinaria del juzgado ó en comision fuera de los límites del partido, cobrarán las dietas que respectivamente van señaladas á cada uno en este arancel, siendo siempre de cuenta en las partes los gastos de ida y vuelta del viage, pero no los de manutencion, debiéndose anotar las horas de ocupacion, que nunca podrán esceder de seis en cada dia natural, aunque sean mas las que ocupen y se manden habilitar; y cobrando dietas, no percibirán derechos escepto en los casos en que literal y espresamente se establezca lo contrario.

Art. 617. El relator ó escribano de cámara, juez de primera instancia ó escribano de número que fuesen recusados, percibirán los derechos que devenguen en la forma que se espresa en el arancel, y los acompañados los cobrarán de la parte que recusó á aquellos desde que se admitió la recusacion.

Art. 618. Los escribanos reales ó nota-

rios de reinos, por los instrumentos que las leyes les permiten autorizar, y por la práctica de las diligencias que se les encarguen, llevarán una cuarta parte menos de lo que se asigna á los escribanos numerarios de los juzgados.

Art. 619. En los casos en que los derechos se regulen por pliegos como en las reales provisiones, compulsas y copias simples, se entiende que han de tener veinte renglones por llana en la parte del sello, y veinticuatro en las otras y siete partes cada renglon.

Art. 620. Para acreditar la duracion de los actos y diligencias cuyos derechos se gradúan por horas, firmarán las partes la nota, si asistiesen al acto, y si no asistiesen, se observarán las reglas siguientes: 1.ª La duracion de las vistas de pleitos se acreditará en los tribunales supremo y superiores por nota que estenderá y firmará el relator, y en los juzgados por nota del escribano actuuario: 2.ª La de las diligencias de cotejos, inventarios, embargos y otras de igual naturaleza, por nota del relator ó diligencia del escribano actuuario dando fé. 3.ª Los tasadores de joyas y demas personas que practican en sus respectivas casas los trabajos propios de sus profesiones, la espresarán al final de la certificacion que deben dar, ó en la ratificacion que presten bajo juramento en forma.

Art. 621. Los jueces y los escribanos numerarios y demas subalternos percibirán una tercera parte mas de los derechos asignados en este arancel, siempre que siendo de dia se traslade la audiencia fuera de la poblacion en que resida y dentro de su término. Si la diligencia se practicase de noche dentro de la poblacion, cobrarán una mitad mas de los derechos señalados, y si se practicase estramuros de la poblacion, siendo de noche, doble cantidad de la que respectivamente se señala. Esta regla no se estiende respecto de los juicios verbales.

Art. 622. Los jueces y todos los subalternos pondrán al pie de la firma, bajo la multa de ciento á doscientos reales, los derechos que devenguen, tanto en los nego-

ARANCEL.

361

cios civiles como en los criminales, y aunque no los hayan de llevar, espresándolos en letra y no en guarismos. Lo mismo verificarán las demas personas que devenguen derechos y honorarios en los juicios, y sin esta circunstancia no tendrán accion á ellos, debiendo dar unos y otros recibo á las partes que lo exijan, sin llevar por esto derechos. Si por efecto de la designacion se quejase algun interesado, ó se conociese que hay esceso en los derechos, el infractor devolverá dicho esceso, y ademas pagará por la primera vez una multa equivalente al cuádruplo del mismo; á la segunda doble cantidad, y si reincidiese se procederá contra él á la formacion de causa. Ni los escribanos de cámara, ni los de los tribunales inferiores admitirán ningun escrito de abogado que no tenga al pié los honorarios correspondientes, en letra y sin abreviatura, y si lo admitiesen, incurrirán en la multa de doscientos reales.

Art. 623. Cuando se reclamase sobre tasacion de costas, el magistrado mas moderno de la sala examinará la operacion, y serán de cuenta del tasador los derechos que se causen en estas diligencias si aquella estuviere defectuosa. Lo mismo se entiende respecto á los juzgados de primera instancia, debiendo el juez practicar en este caso la revision y ser responsable el escribano que hubiese hecho la tasacion.

Art. 624. Cuando alguno de los litigantes sea defendido por pobre, no satisfará derechos algunos, ni su parte se cargará á ninguno de los colitigantes. Si hubiese condenacion de costas, los subalternos percibirán los derechos correspondientes al pobre de la parte á quien se hubiesen impuesto. En las causas criminales, si hubiese mancomunidad en la condenacion de costas, solo se exigirán las de oficio, y no las devengadas en la defensa del pobre, escepto cuando este sea el querellante ó actor, y nunca hasta hallarse ejecutoriada la sentencia.

Art. 625. Si ganase el pleito el que estuviese mandado ayudar y defender por pobre, no habiendo condenacion de costas,

solamente quedará responsable al pago de estas la tercera parte de la cantidad que percibirá.

Art. 626. Para la declaración de pobreza no atenderán los tribunales y juzgados solo á la renta ó sueldo que la parte que la solicite disfrutase, sino á las demas circunstancias que influyan para reputarla en clase de verdadero pobre, ya por la corta cantidad de su renta, sueldo, salario ó productos de su industria; ya tambien por la poblacion, familia, casa que habite y demas circunstancias de este género; y en ningun caso se decidirá este artículo sin audiencia del ministerio fiscal.

Art. 627. Los abogados, procuradores, escribanos y cuantas personas intervienen en los juicios ó presenten escritos ante los tribunales, pondrán al pié de la súplica, en letra y no en guarismos la fecha del dia, mes y año en que lo ejecuten ó en que despachen el escrito, sin cuyo requisito no se les dará curso.

Art. 628. El que presida el tribunal dispondrá que se tenga donde crea mas conveniente un ejemplar del arancel general, firmado por el mismo y por el secretario del tribunal pleno, y por el secretario del juzgado en este: y cada uno de los subalternos fijará ademas en su despacho un ejemplar de su respectivo arancel, autorizado de la misma manera. El que contraviniere á esta disposicion pagará cien reales de multa de irremisible exaccion.

Art. 630. Interin se establece el arancel correspondiente para los alcaides de las cárceles, y para los pregoneros por lo tocante á las publicaciones que hacen en los remates, continuarán en observancia los que rigen en el dia, ó la práctica que hubiese en la percepcion de los derechos.

Art. 631. En los negocios de menor cuantía, los jueces, los curiales y cuantos tienen opcion á cobrar derechos, no podrán percibir mas que la mitad de los designados por cada actuacion ó diligencia en estos aranceles. La diligencia de prueba se considerará como la vista pública de los autos, y los derechos que se devenguen, se gra-

duarán por horas, percibiéndose también la mitad de los designados á aquella. En los de mayor cuantía que no pasen de 3,000 reales, no devengarán los mismos mas que las dos terceras partes de los derechos asignados á cada actuacion ó diligencia en estos aranceles.

Art. 632. En las poblaciones donde los procuradores ejercieron su oficio á la vez en el tribunal superior y en el tribunal ó juzgado de primera instancia, percibirán sus derechos con arreglo al arancel del tribunal ó juzgado que entienda en el negocio por el cual los devenguen.

Art. 633. Para evitar los gastos de dobles apuntamientos, inmediatamente que se remita á un tribunal superior ó al Supremo algun pleito ó causa criminal en apelacion ó consulta, del repartimiento pasará el proceso al relator para la formacion del apuntamiento ó memorial ajustado, el cual correrá unido al pleito ó causa para que los defensores saquen las copias ó notas que tengan por conveniente; y formado el apuntamiento seguirá el asunto su legal sustanciacion.

Art. 634. Como se deduce de los artículos desde el 493 al 527 y del epigrafe que les precede, los escribanos reales ó notarios de reynos estan comprendidos en estos aranceles, y deben ajustarse á ellos con sujecion á lo prevenido en el artículo 618.

Habiéndose suscitado cierta duda sobre exaccion de derecho en los juicios verbales y de conciliacion, por real órden de 22 de noviembre de 1849, se resolvió con acuerdo del tribunal supremo de Justicia, que no obstante lo dispuesto en circular de 7 de julio del propio año, en la cual se fundaba la duda, á causa de haber modificado el arancel general: y que mientras otra cosa no se disponga deben estimarse exigiendo 2 reales para atender á los gastos en los juicios de conciliacion, y 4 por cada certificacion para el escribiente conforme á lo prevenido en los artículos 321 y 322 del arancel general: y últimamente, que los porteros de las alcaldías se consideren correspondidos en el artículo 543 de dichos aranceles, con la diferencia de haber de cobrar solo

2 reales, mitad de lo que aquel señala.

Publicado el Código Penal, y establecidos en su consecuencia los juicios sobre faltas, fue necesario regular los derechos, y mas bien ocurrir á los enormes abusos que bien pronto se notaron; y al reformar la ley provisional para la ejecucion del Código Penal en 1830, que es la vigente en el dia, y puede leerse en la edicion reformada de dicho Código, crónica oficial, se dice en seis de sus reglas.

«10. Cuando el acusado fuere absuelto, lo será sin artes ni género alguno de derechos.

17. Tampoco podrán imponersele, si en el acta del juicio, reconociendo la falta, se sometiere á la pena señalada por el Código.

18. En la primera instancia de los juicios verbales, no excederán las costas en ningun caso de lo que importe la cuenta, parte de la multa que se impusiere al acusado.

19. Si en la instancia de apelacion se modificase la pena, atenuándola, no se hará aumento alguno en la cantidad de las costas: si se confirmase la sentencia ó agravase la pena, podrá aumentarse hasta el equivalente de la tercera parte de la multa impuesta.

20. Los jueces de primera instancia, los alcaldes y sus tenientes, no devengan derechos en los juicios sobre faltas. Los escribanos de las alcaldías cuidarán de distribuir en la debida proporcion entre los demas funcionarios que los devengan, la cantidad imponente por consideracion de estos, y de remitir al juzgado de apelacion la parte que le corresponda.

21. Las diligencias que se practiquen para determinar si el hecho punible es falta ó delito, se reputarán encaminados á fijar la competencia, y por tanto los costes y gastos se entenderán de oficio.»

Hasta aquí en el presente artículo se ha hablado solo de los aranceles judiciales del fuero comun; pero no se crea que ha sido ni es menor el abuso y la necesidad de reformas en los demas fueros: Por lo que ha-

ARANCEL.

365

te al militar, llama la atención de todo el mundo, que en 1843 la curia de los tribunales de dicho fuero, aceptó el arancel general del propio año sin necesidad de que le fuese comunicado; no habiéndolo hecho del de 1846, por decir no lo ha sido por el ministerio de la Guerra. Hay de por medio la circunstancia de que aquel es mas subido en derechos que este, lo que es bien digno de la consideración del gobierno; ya que en los espresados tribunales tampoco se han admitido, ni aplican las disposiciones dictadas para simplificar el procedimiento en el fuero comua, y hacer por ese doble medio menos dilatorios y costosos los litigios. V. **COSTAS, DERECHOS, TARIFA.**

ARANCELES DE ULTRAMAR. Dónde quiera que se hable de aranceles hallaremos la misma pugna entre la ley y el abuso; el mismo esfuerzo casi siempre desgraciado del legislador. Las leyes de Indias relativas á todo género de aranceles, ya judiciales, ya de otras clases, son, como las de la Península, un testimonio honroso del celo de nuestros monarcas.

Limitándonos á lo judicial la ley 13, título 10, lib. 2, ordenaba que el escribano del consejo de Indias se atuviese al arancel de Castilla: la 22, tit. 22, 42 y 43, título 23 y 6, tit. 30, lib. 2; y la 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 del tit. 8, lib. 8, determinan lo relativo á los derechos de relatores, escribanos y demas subalternos de los tribunales; así como la 3 y 6, tit. 5, lib. 8 lo concerniente á los de escribanos de registros, dominando siempre la idea de regularidad y publicidad.

Pero en aquellas apartadas regiones se dió en ello, como en todo, una amplitud inmensa á las atribuciones de las autoridades superiores, y por las leyes 178 y 179, tit. 13, lib. 2, se encarga á los acuerdos la formación de aranceles, cuyas vicisitudes por lo tanto serian difíciles; y mas que eso, embarazosas de seguir, bastando saber que la formación ó rectificación de un arancel era materia de autos acordados, haciendo estos jurisprudencia con fuerza de ley, como en otras materias, así como

también sucedió en la Península; y creyóse mas urgente el remedio en los tribunales de Hacienda. Eran diversos los aranceles de las dependencias de este ramo y venian rigiendo por lo que hace á la junta superior contenciosa los formados á su principio por el primer asesor general don Diego Miguel de Moya. Pero en carta acordada del consejo de Indias de 19 de noviembre de 1828 se previno al superintendente general remitiese copia original de todos los aranceles judiciales de los respectivos juzgados y dependencias de Hacienda, con espresion los que estuviesen ó no vigentes. Instruyóse expediente, y en 27 de junio de 1830 se elevó á la aprobación superior un proyecto de arancel general. Sin resolver acerca de él se dió la real orden de 28 de junio de 1833, mandando que en punto á ejecuciones, contadurías de hipotecas y algun otro ramo no se hiciese novedad hasta nueva resolución sobre el proyecto de aranceles generales, siendo de notar que en 17 de enero del propio año el Consejo Real de España y de las Indias habia mandado se formase arancel general sobre contadurías de hipotecas para la isla de Cuba, el cual rigiese desde luego sin perjuicio de aprobación superior. El resultado de todo fue mayor confusión que la que se trataba de evitar, sin que bastasen, ni basten á impedir la algunas resoluciones judiciales, á las que, y á la costumbre, hay en general que atenerse, efecto indudablemente de que las novedades y sucesivos trastornos y transformaciones de corporaciones y autoridades ocurridas en la Península desde 1833 hasta la supresión de los consejos de Indias y de Hacienda, impidiesen las resoluciones generales y uniformes que estaban preparándose.

ARANCELES JUDICIALES DEL FUERO COMUN. No sucedió así en el orden judicial del fuero comun, menos alterado por las reformas. Por reales órdenes de 3 de noviembre de 1833, y 21 de febrero de 1836 se ordenó á la audiencia de Puerto-Príncipe, única entonces en la isla, formase un arancel general para

todos los tribunales comunes, eclesiásticos y privilegiados en toda la isla, y apareció el de 8 de marzo de 1838. Eleváronse inmediatamente quejas y reclamaciones hasta del fiscal de S. M., y por auto acordado de 14 de julio del propio año, se mandó suspender la ejecución del nuevo arancel hasta que otra cosa se resolviese, y que entre tanto se continuasen exigiendo los derechos por las reglas anteriores.

Creóse entre tanto la audiencia territorial de la Habana, y en el título espedido á su primer regente se le autorizaba á formar un arancel provisional, acomodado á lo que se hubiese practicado por otras audiencias pretoriales de Ultramar, con las novedades ademas que el mismo creyese indispensables. En virtud de esta autorizacion, el citado regente don Fermin Gil de Linares publicó el nuevo arancel, que el capitán general aprobó, interin se formalizaba el arancel general definitivo.

Dictáronse entre tanto algunas disposiciones parciales, como el auto acordado de la audiencia pretorial de 28 de setiembre de 1843, determinando los derechos de los escribanos que hacen relacion de autos apelados, y al fin en 24 de setiembre de 1848 se publicó el nuevo arancel general para la audiencia de la Habana y su distrito, por medio de la real orden siguiente:

«Excmo. señor.—La reina (Q. D. G.), oído el parecer del tribunal Supremo de Justicia, se ha dignado aprobar para esa audiencia pretorial y los tribunales y juzgados de su distrito el arancel de derechos que de real orden remito á V. E. adjunto, para que desde luego se ponga en práctica *con la rebaja de una quinta parte* en la ciudad de Matanzas, y con la de *una cuarta* en los demas puntos del territorio de la misma audiencia. Ademas de esto, teniendo presente S. M. que la ley 178, lib. 2, tit. 15 de la recopilacion de Indias previenen terminantemente que los derechos no escedan del *cinco tanto* de los que en estos reinos se puedan llevar, ha dispuesto tambien que ese real acuerdo, antes de la publicacion del arancel, reduzca cada una de sus partidas, de suerte que

no escedan del quintuplo de la señalada respectivamente para la Península en su arancel, que igualmente es adjunto, cuyo esceso, como V. E. observará, es muy notable en los derechos de exámen y juramento que devengan el secretario de acuerdo y los alguaciles y porteros; en los de escribanos de cámara, y particularmente en los artículos 2.º y 3.º; en los de canceller, aun despues de la reduccion que han sufrido; en los de tasador repartidor; en los de procuradores, cuyo artículo 6.º deberia suprimirse, porque el trabajo que por él se intenta remunerar no debe estar remunerado, ni lo está en los aranceles de la Península, debiendo hacer lo mismo, porque tampoco aquí se valúa con el aumento que se dá por derechos de agencia en proporcion de la cantidad litigada, y en otras partidas, cuya diferencia, aunque de menor importancia, no deja de ser contraria á la ley citada. Sin embargo de todo, es la voluntad de S. M., que si esa audiencia pretorial hallase que estas reducciones ofrecian inconvenientes, no las lleve adelante, sino que se limite á poner llanamente en práctica el referido arancel, tal como queda prevenido en la cabeza de esta real orden con la mayor brevedad posible, elevando á conocimiento de S. M. los fundamentos de dichos inconvenientes, con un estado de los productos que haya tenido en el último quinquenio el oficio que debiera sufrir la reduccion de alguno de sus emolumentos, con arreglo á la ley, cuya observancia se ha recomendado. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 24 de setiembre de 1848. —Arrazola.—Señor gobernador capitán general presidente de las audiencias de Cuba.»

Este arancel puede verse en el tomo 43 de la *Coleccion legislativa de España*; pero segun se deduce de la real orden anterior, no es el solo al que hay que atenerse, pues que en Matanzas ha de aplicarse con la rebaja de la quinta parte; en los demas juzgados con la de la cuarta, y en todas sirve de principio que los derechos no escedan del *cinco tanto* que en la Península, segun las leyes de Indias. Para este efecto se acom-

ARANCEL.

365

pañó con el nuevo arancel el general de la Península, y por consecuencia de todo, el acuerdo de la audiencia pretorial publicó el de 30 de junio de 1849, que refrendado por el secretario de la misma se imprimió y publicó en aquella capital.

Conforme á nuestro propósito no le insertaremos; pero sí las importantes notas y disposiciones generales que contiene, algunas de las cuales han sido añadidas por la audiencia; pero que, segun las leyes y jurisprudencia de aquellos dominios, tienen fuerza de obligar, como autos acordados. Las citadas notas y disposiciones generales son las siguientes:

NOTAS.

1.ª Si los que se examinan para abogados, escribanos y procuradores quedasen reprobados, llevará el secretario la mitad de los derechos respectivos.

2.ª Antes de entrar á exámen los contenidos en la anterior, y al tiempo de presentar los documentos, depositarán el importe de los derechos que se devengan, inclusa la media anata; y siendo reprobados se les devolverán fielmente, menos los devengados en este caso.

3.ª El abogado que habiéndolo sido de una parte, continuase su defensa en la audiencia, solo llevará en la segunda instancia la mitad de los derechos de vista de los autos del inferior: y nada en la tercera por razon de la vista de aquellos, aunque sí se le abonará la de los folios del cuaderno de audiencia que no hubiese examinado antes.

4.ª Habiéndose observado alguna vez, que un abogado que llevó la defensa de una parte en la primera ó segunda instancia y que se presentó en esta ó en la tercera á informar en estrados, ha hecho firmar por otro los escritos de estas últimas instancias con el objeto poco delicado de cargar nuevas vistas, se advierte, que ademas de ser corregido este esceso por el señor semanero, si por desgracia se repitiese, con la reduccion de tan indebidos derechos, se tomará razon en la sala del nombre del letrado, para que le sirva de nota en su carrera.

5.ª Cuando el abogado que lleva la defensa en segunda instancia, no pueda ó no quiera presentarse en estrados y lo haga otro en su lugar, solo se abonará á este en tasacion los derechos que le correspondan por su asistencia é informe verbal en estrados.

6.ª Los derechos de reconocimiento y apuntamiento general del relator, los del reconocimiento del agente fiscal y del escribano de cámara, se reducirán á una cuarta parte en las competencias, si estas fueren promovidas á instancia de parte, considerándose de oficio en otro caso.

7.ª Cuando las partes varien de letrado y haya condena especial de costas, solo está obligada la parte responsable á su pago á satisfacer la vista de un abogado de su contrario, á no ser que resulte necesaria la variacion de letrado, por muerte, imposibilidad absoluta ú otro motivo independiente de la voluntad de los interesados.

8.ª No se abonarán honorarios á los escritos de los abogados que no los tengan señalados al márgen.

9.ª Aunque no figuren como derechos en la tasacion, por no considerarse costas de la actuacion, las copias de escritos ú otros lugares de autos que alguna parte exigiese al procurador, se abonará por cada pliego.

10. En los actos porque se abona á los procuradores asistencias, no las devengarán ni otro derecho alguno, si los interesados ó sus apoderados principales concurren á dichos actos.

11. No teniendo necesidad por lo general estos funcionarios de ver los alegatos de las partes, ni muchos otros lugares de los autos para formalizar cuentas, divisiones y particiones, se entiendela espresada asignacion por foja únicamente de las que tengan necesidad de ver, con la obligacion de marcarlas en la nota en que se asignen sus derechos; y si el juez observase algun esceso, lo corregirá bajo su responsabilidad.

12. Si los testadores nombrasen parte la exenta y particion de sus bienes, personas distintas de los contadores judiciales, se entenderá tal encargo como de confianza, y no

tendrán derecho alguno los designados á exigir de las partes que contra su voluntad les retribuyan este servicio.

13. De cargo del dueño administrador, ó encargado de la finca vigilada, será proporcionar al veedor de valde una habitación inmediata á los secaderos ó lugares donde se elabore ó almacene el fruto, facilitándole además alimento por su dinero.

14. Solo se registrarán y tomará razon de las escrituras é instrumentos en que haya hipoteca expresa, especial y señalada de bienes raíces y tenidos por tales. Tampoco se hipotecarán los bienes muebles, semovientes, sueldos ó salarios, en general esclavos, ó cualquiera otra cosa de esta especie, sino en el caso de que constituyan parte de alguna finca raíz, en cuyo caso se hipotecarán con ella y no de otra manera, pena al escribano anotador que practique lo contrario, de veinte y cinco pesos de multa por la primera vez, cincuenta por la segunda y por la tercera privación perpétua de oficio.

15. Los derechos asignados por este arancel á los jueces de todas clases, asesores, abogados, escribanos, procuradores, curadores, contadores judiciales, anotadores de hipotecas, intérpretes públicos, alguaciles mayores, veedores dentro de las poblaciones, redactores de papeles públicos, comisarios de barrio, comisionados, tasadores de costas, albeítas, carpinteros, armeros, pregoneros y ministros ejecutores, se entenderán con la rebaja de una quinta parte en la ciudad de Matanzas, y con la de una cuarta parte en los demás puntos del territorio.

16. Las asistencias de que tratan los artículos de jueces, asesores, abogados, procuradores, intérpretes y escribanos del arancel de los juzgados en los juicios escritos, deben graduarse á razon de una hora de ocupación en cada una de ellas.

Disposiciones generales.

1.º Los derechos señalados á cada clase de subalternos ó personas indicadas, se entienden con exclusion del papel sellado,

que pagarán separadamente los interesados.

2.º En ningun caso se exigirán derechos dobles, ni para su exacción se atenderá nunca al número de las personas que litigan, sino al número de partes, entendiéndose por una sola todas las que litigan unidas bajo un contesto.

3.º En los casos no comprendidos en los aranceles, no se cobrarán derechos, porque no tengan analogía con otros actos espresados, debiendo acudir en este caso los interesados al tribunal.

4.º No siendo fácil tasar los honorarios de los escritos de abogados, como producción del talento y de la instrucción, continuará la práctica hasta aquí observada en todos los tribunales de dejarlo á su discreción; pero se recomienda al pundonor y delicadeza de tan nobles profesores, el que lo ejecuten con la debida moderación, y siempre que les llevasen, los anotarán al pié de sus escritos en letra de su puño: y si alguna parte se quejase del abogado por exceso en los honorarios el tribunal oyendo al letrado interesado y á dos abogados de conocida experiencia y probidad, regulará lo que juzgase prudencialmente deberse satisfacer segun la calidad del trabajo de que se trata.

5.º Lo mismo se ejecutará con respecto á las quejas de los profesores de medicina, cirugía y farmacia, y á cualquiera artista que como perito hubiere intervenido en el proceso.

6.º Siempre que los derechos se regulen por pliegos ó por hojas, se entenderá que cada cara ha de tener veinte y cuatro renglones y veinte por el lado del sello, y siete partes el renglon.

7.º Para acreditar la duración de los autos y diligencias cuyos derechos se gradúan por horas, se observarán las reglas siguientes. 1.º La duración de vista de pleitos en los tribunales superiores se acreditará por nota que estenderá y firmará el relator, y en los juzgados por nota del escribano actuuario. 2.º Las diligencias de cotejo, inventarios, embargos y otras de igual naturaleza, por nota del relator, ó diligencia del escribano, dando fé. 3.º Los

ARANCEL.

367

tasadores de joyas y demas personas que practican en sus respectivas casas los trabajos propios de su profesion, los espresarán al final de la certificacion que deben dar, ó en la ratificacion que bajo juramento en forma han de prestar ante el señor ministro semanero.

8.º Cuando los ministros subalternos tuviesen que practicar algunos actos y diligencias de noche por urgencia conocida ó mandato de la autoridad, lo que deberá espresarse en él, llevarán el doble de lo señalado por iguales actos ó diligencias de día.

9.º Cuando alguno de los litigantes sea defendido por pobre, no satisfará derechos algunos, ni su parte se cargará á los demas colitigantes. Si hubiese condenacion de costas, los subalternos percibirán los derechos correspondientes al pobre, de la parte á quien se le hubiese impuesto. Si en las causas criminales hubiese condenacion en mancomunidad, no se entenderá esta con respecto á los devengados por los reos pobres en sus defensas, ni tampoco en las pruebas que contra ellos especialmente propusiese el señor fiscal y que no agraven á los reos solventes.

10.º Si ganase el pleito el que estuviese mandado ayudar y defender por pobre, no habiendo condenacion de costas, solamente quedará responsable al pago de costas la cuarta parte de la cantidad que perciba, ó que se le hubiere adjudicado en la sentencia.

11.º Las costas de los apremios, que nunca bajo ningun título podrán darse mas que uno segun está mandado, se cargarán siempre por regla general á la parte que hubiese dado lugar á él, no devolviendo los autos inmediatamente que haya espirado el término de la ley, ó que se le haya concedido.

12.º Las costas que se causaren en diligencias no necesarias, escritos viciosamente repetidos ó prolongados, actos multiplicados, procedimientos aglomerados fuera de lo que permiten las leyes y ordenanzas, y las prácticas sanas y racionales de los

tribunales, y que sean de los que se hayan introducido por perniciosos abusos que estrechamente se mandan desarraigar, se cargarán siempre que el tribunal lo califique así sobre la parte que los hubiese causado mancomunadamente con sus defensas, y debiendo entenderse este artículo no solo en la segunda y tercera instancia, en que la alta justificacion y rectitud de la audiencia no los permitirá, sino en los procedimientos de la primera, y sin perjuicio de las demas penas que imponga el tribunal á los causantes de este torpe descuido.

13.º Los relatores, tanto de la audiencia como de cualquier otro tribunal, en los apuntamientos que formen de los autos, harán tambien especial mencion de todos los defectos y vicios de sustanciacion y de todas las actuaciones y escritos innecesarios que en dichos autos notasen, y en el caso de que no hubiesen notado ninguno, lo espresarán así sin perjuicio de lo que despues en vista de los mismos autos el tribunal resolviera.

14.º No se devengarán derechos de vista mas que en los autos de recepcion del pleito á prueba; despachar ó denegar la ejecucion, decision de artículo, acumulacion, aprobacion de cuentas, particiones ó liquidaciones.

15.º Al darse las sentencias definitivas solo se llevarán derechos de reconocimiento y vista por cada hoja de lo que se hubiere aumentado si fuese preciso reconocer para darlas.

16.º No se devengarán por un mismo juez ó asesor derechos de reconocimiento á vista mas que una vez, y únicamente en los casos espresados, sin que nunca se lleven derechos cuando para dictar una providencia no es preciso reconocer los autos.

17.º A los tasadores mayor de lonja y de lincas y á los agrimensores, se abonarán los derechos acostumbrados.

18.º Como el medio real es la moneda menor efectiva, no será abonable en las partidas de las liquidaciones de costas el quebrado que no llegue á 25 céntimos de real: el que llega á 25 y no pasa de 75, se

rá abonable con medio real, y desde 73 hasta el complemento, se abonará un real.»

En cuanto á Puerto-Príncipe, en el mismo día 24 de setiembre de 1849, se comunicó y publicó en la *Gaceta oficial*, la real orden siguiente:

«Excmo. señor.—De real orden remito á V. E. adjuntos un ejemplar de los aranceles judiciales de la Península, y una copia de los reformados por el tribunal Supremo de Justicia para el territorio de la audiencia pretorial, á fin de que en su vista proceda la audiencia chancillería de Puerto-Príncipe á revisar los suyos y ponerlos en práctica, teniendo presente la ley 178, lib. 2, tit. 15 de la Recopilación de Indias, que previene no escedan los derechos del cinco tanto de lo que se lleva en la Península, y sirviéndole de base los señalados para la audiencia pretorial con la rebaja de una quinta parte para las ciudades de Cuba y Puerto-Príncipe, y con la de una cuarta parte para los demás pueblos del territorio de la audiencia, cuidando á la vez de reducir las partidas excesivas que contiene el arancel de la pretorial en los términos que á esta se ordena por real orden de esta fecha, cuya copia es también adjunta. Pero si como en ella se dice á la de la Habana, hallase la de Puerto-Príncipe algun inconveniente para esta reducción, es la voluntad de la reina que esa audiencia chancillería ponga en práctica el arancel que forme bajo el tipo del de la Habana, y solo con la rebaja de la cuarta y quinta parte prevenida, esponiendo á S. M., á la mayor brevedad posible, los fundamentos de los inconvenientes para la reducción indicada, con un estado de los productos que haya tenido en el último quinquenio el oficio que debiera sufrir la disminución de sus emolumentos con arreglo á la ley de Indias mencionada. Dios, etc. Madrid. 24 de setiembre de 1848.—Arrazola.—Señor gobernador presidente de las audiencias de Cuba.»

Aunque sabemos que se medita la reforma general de aranceles en las demás islas, no ha tenido lugar todavía, debiendo estarse en esta parte á las costumbres autori-

zadas, que lo serán, si á lo menos lo fuesen por la aprobación tácita de los acuerdos, facultados por las leyes de Indias para arreglar los aranceles.

Dos reglas generales debemos establecer, y son: 1.ª Que ordenándose por las leyes de Indias y repetidas reales disposiciones que los derechos de arancel de Ultramar no escedan nunca del cinco tanto de los de la Península, y publicados en esta los aranceles generales, en ellos se tiene en todo caso deficiente, ó de duda, el arancel que ha de aplicarse en aquellos países, con la mencionada modificación: y 2.ª Que dados los aranceles de la Península y lo propio los de Ultramar en concepto de generales, á ellos han de atenerse todos los juzgados y tribunales que dependen de las audiencias de aquellos dominios, aunque solo para las segundas instancias, pues que espresivamente se previene en las citadas reales órdenes de 24 de setiembre de 1848 que los aranceles á que se refieren son para las audiencias y tribunales y juzgados de su distrito.

ARANCEL DIPLOMATICO.

V. HABILITACION DE DIPLOMATICOS.

ARANCEL DE CRUZADA EN ULTRAMAR. V. BULA.

ARANCELES CONSULARES. V. CONSULADO.

ARANCEL DE DIEZMOS Y PRIMICIAS EN ULTRAMAR.

V. DIEZMOS.

ARANCEL DE DERECHOS DE ESTOLA Y PIE DE ALTAR. V. ENTIERROS, DERECHOS DE ESTOLA, etc.

ARANCEL O TARIFA DE GRACIAS AL SACAR. V. este artículo.

ARANCEL O TARIFA DE MEDICOS Y CIRUJANOS EN ULTRAMAR. V. MEDICOS.

ARANCEL DE TITULOS Y GRANDEZAS. V. su artículo y el de GRACIAS AL SACAR.

ARANCELES DE TITULOS Y LICENCIAS EN ULTRAMAR. V. TITULOS Y LICENCIAS.

ARBITRO.

309

**ARANCEL DE PORTAZGOS
Y PONTAZGOS. V. PORTAZGOS.**

Por regla general todo arancel ó tarifa de derechos de que no se haya hecho espresa mencion en el presente artículo, se ha de buscar en el especial del asunto á objeto á que se contrae.

ARBITRADOR, ARBITRAJE, ARBITRAMIENTO, ARBITRO. Todas estas palabras proceden de las voces latinas *arbiter*, *arbitrium*, *arbitratus*. Llámase árbitro ó arbitrador á la persona elegida de comun acuerdo de las partes, ó por una de ellas para que resuelva con arreglo al compromiso la cuestion ó cuestiones sometidas á su decision; y arbitraje ó arbitramento la jurisdiccion que corresponde á los árbitros ó arbitradores para conocer de ellas y terminirlas, y tambien el mismo juicio arbitral.

Esta forma de juzgar está reconocida, no solamente por las leyes civiles y canónicas, sino tambien por las comerciales, llegando estas hasta el estremo de someter necesariamente la decision de ciertas cuestiones á esta especie de tribunales.

Siguiendo el método que nos hemos propuesto en esta obra, trataremos en este artículo toda la materia concerniente al juicio arbitral, no solo en los negocios comunes, sino tambien en los especiales, dando á conocer primero la regla general, y despues las escepciones.

PARTE LEGISLATIVA.**SUMARIO:**

Leyes del Fuero Juzgo.
Leyes de las Partidas.
Leyes de la Novísima Recopilacion.
Disposiciones posteriores.
Código de comercio.
Ley de enjuiciamiento.
Código penal.
Disposiciones canónicas.
Legislación estranjera.

TOMO III.

LEYES DEL FUERO JUZGO.**LEY 13, TIT. 1, LIB. 2.**

Ninguno debe juzgar el pleito, sino á quien es mandado por el príncipe, ó quien es escogido por juez por voluntad de las partes con testimonios de dos hombres buenos ó tres.

LEY 16, ID. ID.

El juez de voluntad de las partes puede, como los otros jueces, mandar y constreñir por sí ó por sayon.

LEY 25, ID. ID.

Los jueces que juzgan de voluntad de las partes, pues que le es dado juzgar y reciben el poder para ello, deben haber nombre de juez, así como el pro ó daño que debe haber el juez, con arreglo á la ley.

LEYES DE LAS PARTIDAS.**LEY 48, TIT. 6, PART. 1.**

Los clérigos pueden ser elegidos por las partes para que libren sus pleitos segun su albedrio.

LEY 2, TIT. 4, PART. 3.

Los jueces de albedrio no pueden ser puestos, sino por avenencia de ambas partes.

LEY 5, ID. ID.

Si el juez puesto con placer de ambas partes fuese mayor de catorce años, será válida su sentencia, y no podrá desatarse porque dijeren que era de menor edad.

LEY 23, TIT. 4, PART. 3.

Arbitros en latin tanto quiere decir en romance, como jueces avenidores que son escogidos y puestos por las partes para librar su contienda. Estos son de dos clases: la una, cuando son puestos por las partes

para que oigan y sentencien sus pleitos, y estos son como jueces ordinarios y deben hacer lo que ellos. La otra clase es de los *arbitradores*, cuando son escogidos como amigos para avenir y sentenciar sus pleitos de cualquier manera que sea, aun sin las fórmulas que los ordinarios. Si sentenciasen maliciosamente ó con engaño, deben reformar sus providencias segun albedrío de algunos hombres buenos escogidos de entre los jueces ordinarios del lugar, y pueden juzgar una contienda ó muchas del modo que los interesados les prescriban. Deben estos prometer guardar y obedecer el mandato y juicios que los avenidores diesen bajo cierta pena, y no pactándose, no estan tenidas las partes á obedecer la sentencia, á menos que callasen y no la contradijesen en los diez dias de como fue dada. Todo esto debe hacerse por escrito; y ante escribano público para evitar despues dudas.

LEY 24, ID. ID.

No pueden ser objeto de avenencia los pleitos en que recaiga sentencia de muerte, pérdida de miembro y destierro; ni tampoco los de servidumbre ó libertad, y los que versen sobre cosas pertenecientes al bien comun de algun lugar ó reino, á menos que por todos ó la mayor parte del pueblo, se nombre un procurador, facultándolo para que las pusiese en mano de avenidores. Tampoco podrán ponerse en ámbitos los pleitos de matrimonio, ni el en que un avenidor fuese parte, porque ninguno debe ser juez de su mismo pleito. Cuando uno recibiese injuria ó deshonra de otro, bien puede ponerlo por avenidor de este pleito, y valdrá la sentencia que diere, siempre que sea moderada, porque si no, no está obligado á cumplirla. Los jueces ordinarios no pueden ser ámbitos de derecho, mas sí arbitradores ó amiables componedores.

LEY 25, ID. ID.

Solo pueden poner sus pleitos en manos de avenidores aquellos que pueden presen-

tarse en juicio. El menor de veinte y cinco años, que se comprometiese en ámbitos sin licencia de su guardador, aunque dé fiadores de que estará á lo que aquellos juzguen, no incurre en pena alguna sino se conforma con la sentencia; pero los fiadores estan obligados á pagar la pena en este caso, teniendo el menor mas de catorce años. Mas si fuere mayor de esta edad, y no tuviese guardador, conviene que esté por aquello que mandaron los avenidores, é incurrirá en la pena á que se obligó, á menos que probare que le engañaron ó perjudicaron.

LEY 26, ID. ID.

Deben los avenidores cuidar de decidir los pleitos de una manera que resulte paz entre ambas partes, y atender á si el pleito es de aquellos en que pueda haber avenencia. Asimismo que se señale una pena en que incurra el que no cumpla con lo que manden y cuantas veces lo manden. Si uno se obliga bajo pena, y otro entrega alguna cosa para en el caso de no querer cumplir, la perderá si no lo hace. Cuidarán tambien los avenidores de decidir los pleitos de la manera que las partes se lo otorgaren. Nombrando á los avenidores con la condicion de decidir por lo que dijere otro que señalasen las partes, no deben admitir la avenencia, á menos que sea para el caso de estar discordes y en calidad de tercero, en cuyo caso pueden nombrarlo tambien los avenidores, y no queriéndolo hacer puede el juez ordinario apremiarlos á ello á petición de las partes, ó de alguna de ellas.

LEY 27, ID. ID.

Los jueces avenidores deben decidir el pleito dentro del término señalado, porque si pasa, no podrán despues hacerlo á menos que las partes les concedieran poder para ello pasado el dia señalado por mediar algun obstáculo, en cuyo caso, si ambas partes contradicen la próroga, ó alguna de ellas, no podrán los avenidores prorrogarlo, á pesar de la facultad que se les concedió, mas si solo

ARBITRO.

571

la contradice una parte, incurre esta en la pena pactada. Por el contrario, si ambas partes quisieren prolongar el plazo, y los avenidores por motivo justo no quisieren, no están obligados á hacerlo. Si no se les señaló plazo, ni día cierto, deberán decidir lo mas pronto posible dentro del término de tres años, contados desde el día de su aceptación. Señalándoseles el lugar en que han de juzgar, deben hacerlo en él, y no señalándose, seguirán el pleito en el lugar ó villa en que se verificó el compromiso, debiendo emplazar allí á las partes, á no ser que estas les hubiesen dispensado de esta formalidad.

LEY 28. ID. ID.

Muerto un avenidor no pueden los otros decidir el pleito, á no ser que se les hubiese facultado para ello; asimismo, muerta una parte tampoco pueden hacerlo, á menos que se hubiese convenido lo contrario, pero emplazando antes á los herederos del difunto. Lo dicho relativamente al caso de muerte deberá tambien observarse cuando alguno de los avenidores, antes de decidir el pleito, entra en orden de religion, se hace siervo, ó es desterrado para siempre, ó cuando se pierde ó muere la cosa objeto de la avenencia, ó cuando la parte demandante renunciase á su derecho.

LEY 29. ID. ID.

Los jueces de avenencia, así como libremente y de su grado reciben los pleitos y contiendas que se les encomiendan, así una vez recibidos están obligados á decidirlos aunque no quieran. Si por no querer juzgar, pudiendo, se quejase alguna parte al juez ordinario, debe este enviar por ellos y señalarles un plazo para sentenciar; y si todavía no quisieren hacerlo, débelos despues apremiar, teniéndolos encerrados en una casa hasta que libren el pleito. Si el número de avenidores fuere par y cada mitad diese un juicio diferente, el juez ordinario debe apremiar tanto á las partes como

á los avenidores á que tomen un hombre bueno é imparcial, mandándoles que de común acuerdo libren aquel pleito; mas no habiendo acuerdo, valga lo que juzgue la mayoría.

LEY 30. ID. ID.

Hay varios casos en que los avenidores pueden, si quieren, escusarse de sentenciar los pleitos puestos en sus manos; esto sucede, cuando los litigantes despues de haberles concedido el poder de sentenciar en su pleito, empezasen aquel mismo ante el juez ordinario, ó lo sometiesen á otros avenidores. Si despues de haber puesto el pleito en manos de estos, una de las partes lo principiase ante el juez ordinario contra la voluntad de la otra, incurrirá en la pena que estuviese establecida, y los avenidores no deben despues ser apremiados á sentenciarlo. Tampoco lo serán, cuando alguna de las partes los injuriase, ó cuando estos tuviesen que ir en romería, en servicio del rey ó su consejo, por enfermedad ú otros obstáculos de igual naturaleza.

LEY 31. ID. ID.

Cuando alguno de los avenidores se descubriese por enemigo de alguna de las partes, despues de habérsele nombrado, puede esta requerirlo ante hombres buenos para que no siga adelante en aquel pleito; si no lo quisiere dejar, se lo manifestará al juez ordinario, y este despues de averiguarlo, debe prohibirle que siga conociendo: si fuese tan porfiado que á pesar de esto siguiese, no es válida la sentencia que diere y la parte que no la obedezca, no cae en pena; lo mismo se entiende si fue por regalos ó por precio.

LEY 32. ID. ID.

La reunion de todos los avenidores es precisa para dar sentencia, á menos que las partes les hayan facultado para que sentencien aunque no estén todos reunidos, y en

ambos casos lo que resolvieren de comun acuerdo, y á falta de él, lo que decida la mayor parte, aquello debe valer. Deben dar la sentencia en día no prohibido; á menos que fuese por alguna de las razones que pueden hacerlo los ordinarios, ó que se le hubiese autorizado á ello por las partes, y limitarla precisamente al pleito, encomendado y no á otro alguno, estendiéndola en aquel á las rentas ó frutos de la cosa, y si se les hubiese encargado la decision de varios pleitos, deben sobre cada uno dar una sentencia, á menos que las partes les hubiesen prevenido otra cosa.

LEY 33, ID. ID.

La parte que no quiere cumplir los mandatos de los avenidores dentro del plazo que estos le fijasen, debe pagar á la otra la pena que establecieron, cuando pusieron el pleito en sus manos, sin poderse excusar de ningún modo; si al dictar la sentencia no fijasen plazo, entonces deben las partes cumplirla dentro de cuatro meses, y transcurridos, incurrir en la pena; mas si al demandar esta, pasados los cuatro meses, la parte á quien la demandan cumple luego el mandato de los avenidores, no está obligada á pagarla.

LEY 34, ID. ID.

Las partes quedarán excusadas de pagar la pena, cuando no pudiesen cumplir lo sentenciado por enfermedad grave, por tener que ir en servicio del rey ó su concejo, ó por cualesquiera otros obstáculos que justamente excusan; pero vencidos estos, si no lo cumplieren, incurrirán en la pena, á menos que fuere la sentencia contra ley, naturaleza, buenas costumbres, ó se hubiese dado por pruebas falsas, engaño, dinero ó sobre cosas muy distintas de las que se litigasen, pues probada alguna razon de estas, no valdrá la sentencia.

LEY 35, ID. ID.

Del juicio de los avenidores no puede apelarse, pero la parte que no se conforma

re con él, pague la pena estipulada, y después no sea obligada á obedecerlo. Si no se estipuló pena, tampoco la parte que no se conforme con la sentencia, será obligada á obedecer, si así lo espresa inmediatamente. Pero si las partes, de palabra, ó por escrito ó por silencio de diez días, consintiesen el juicio, valga; y el juez ordinario del lugar lo haga cumplir á instancia de alguna de ellas.

LEY 4, TIT. 17, ID.

Los clérigos y religiosos pueden ser jueces de avenencia.

LEY 106, TIT. 18, ID.

La carta de avenencia llamada compromiso, debe hacerse en esta forma: sepan cuantos esta carta vieren, como F. de una parte y N. de la otra, acordaron y eligieron á M. por avenidor, y por árbitro y por arbitrador y amigo comunal sobre tal contienda ó pleito que era entre ellos (se espresará); los cuales se prometieron reciprocamente cumplir y obedecer todo cuanto el árbitro juzgare ó mandare en dicho pleito, á cuyo efecto le otorgaron libre y cumplido poder, para que pueda juzgar y mandar una ó mas veces por escrito ó sin él, en día feriado ó no feriado, estando ó no las partes delante, guardando ó no el orden del derecho, en cualquier lugar y tiempo, y para que pueda prender las partes y hacer cumplir sus providencias ó sentencia, como tambien para que pueda declarar é interpretar las palabras de esta, si fueren oscuras ó dudosas, y prometieron obedecer y tener por firma cuanto en virtud de esta carta hiciere bajo la pena de T., la cual pagarán cuantas veces desobedecieren lo que el avenidor juzgare ó mandare, debiendo sin embargo quedar siempre firme y valdero lo aquí convenido y el juicio del avenidor, páguese ó no la pena. A lo cual se obligaron, etc.

Si las partes quisieren celebrar el compromiso con otras condiciones, el escribano debe estenderlo en la manera que aquellas se arriescan.

ARBITRO.

373

LEY 107, ID. ID.

La sentencia debe redactarse de esta manera: Yo fulano de tal, elegido, ó árbitro ó avenidor, según resulta de la escritura hecha ante tal escribano público, después de oída la demanda y la respuesta, y haber recibido el juramento á las partes, vistos los testigos, las cartas y razones de una y otra, después de tener presente el consejo de hombres sabios, mando que fulano pague ó haga tal cosa, y esto sea guardado bajo la pena puesta en la escritura de compromiso.

LEYES 13 Y 17, TIT. 23, ID.

Veáanse en el artículo **APELACION**.

LEY 8, TIT. 10, PART. 4.

Arbitros son llamados en latin, omes en quien se avienen algunos para meter en su mano algun pleito, que lo libre según su arbitrio, poniendo pena á las partes. E defiende la Santa Iglesia que en mano de tales omes sea metido pleito de departimiento de matrimonio, quier sean clérigos ó legos, sin aunque fuesen obispos.

LEY 3, TIT. 10, PART. 3.

Pactándose entre socios, que cada uno tuviere en la sociedad en las ganancias ó en las pérdidas la parte que señalase la persona que nombrasen, deben estar al arbitrio de este, si hiciere las partes guisadas y derechas, mas si las hiciere desaguasadas sin mostrar razon derecha, entonces no valdria su albedrio, y debe enderezarse por albedrio de hombres buenos.

LEY 36, TIT. 3, ID.

No está el vendedor obligado á hacer sana la cosa vendida, cuando el comprador sin su sabiduría y sin su mandato la pone en manos de avenidores, y estos diesen sentencia contra él.

LEY 3, TIT. 6, PART. 7.

La sentencia arbitral que condena á algu-

no en virtud de engaño hecho á su consocio, al huérfano puesto bajo su guarda, á su poderdante, ó al deponente, no es infamatoria.

LEY 7, ID. ID.

Los infamados no pueden ser nombrados jueces de avenencia.

LEYES DE LA NOVISIMA RECOMPILACION.

LEY 3, TIT. 1, LIB. 11,

(Ley 44, tit. 32 del ordenamiento de Alcaiz).

El juez que fuere puesto por voluntad de las partes, si es menor de diez y ocho años y mayor de catorce, y esto lo supieren aquellas, puede válidamente dictar sentencia.

LEY 7, TIT. 1, LIB. 10.

(Pragmática de 23 de octubre de 1489).

En los compromisos puedan las partes hacer juramento.

LEY 3, TIT. 11, LIB. 3.

(Ordenanzas de Medina en 1489).

Los oidores y alcaldes de las audiencias no sean árbitros de causas que puedan venir á ellas, ni tomen ni acepten arbitramento después de comenzado el pleito ante ellos, salvo si el negocio se comprometiese en todos los oidores del tribunal, ó con licencia del rey, so pena de ser echados de la audiencia por treinta dias, y de perder el sueldo de dos meses.

LEY. 4, TIT. 35, LIB. 11.

(Pragmática de 9 de junio de 1500, capítulo 9.)

Los asistentes, gobernadores ó corregidores y sus oficiales no reciban compromisos de ningunos pleitos que ante ellos estuviesen pendientes, ni de los que ellos pudieran conocer, so pena que tornen lo que llevarán con otro tanto.

LEY 4, TIT. 17, ID.

(Capítulo 45 de las ordenanzas de Madrid de 1502, dada por los reyes católicos; petición 49, Cortes de Toledo de 1524).

Porque acaesce que las partes, por via de paz y concordia y por evitar costas y pleitos y contiendas antes de entrar en contienda de juicio, y otras veces estando los pleitos pendientes en el consejo, en las audiencias, y ante otros jueces, y algunas veces teniendo la parte sentencia ó sentencias en su favor pasadas en cosa juzgada, sabiéndolo, acuerdan de poner y comprometer los tales pleitos y contiendas en árbitros *juris* para que determinen conforme á derecho, ó de jueces amigos, árbitros arbitradores, y prometen de estar por la sentencia que dieren y de no reclamar de ella so cierta pena; y los jueces árbitros y jueces árbitros arbitradores, usando de la facultad que les fue dada, dentro del término que les fue dado, y sobre aquellas cosas sobre que fue comprometido, dan sentencia, de la cual una de las partes, acaesce, que reclama y pide de ella reduccion á arbitrio de buen varon, ó hacen contra ella ó por otro remedio; así que comienza el pleito de nuevo y se alarga y dilata mas que si prosiguiera por tela de juicio, y las sentencias dadas en juicio ordinario en favor de las partes quedan frustradas y no se ejecutan de que á las partes se ha rescricido y rescricen muchos daños y costas y fatigas: por ende queriendo en ello proveer y proveyendo mandamos, que luego que la tal sentencia fuese dada, de que la parte pidiere ejecucion, se ejecute libremente, paresciendo y presentándose el compromiso y sentencia signada del escribano público, y paresciendo que fue dada dentro del término del compromiso y sobre las cosas sobre que fue comprometido; y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion y dando fianzas legas y abonadas, ante el juez ó jueces, ante quien se pidiere, ó obiere de ejecutar la sentencia, de tornar y restituir lo que hubiere rescricido por virtud de la tal sentencia con los frutos y ren-

tas, segun que fuere condenado, si la tal sentencia fuere revocada; y si la otra parte hubiere reclamado ó reclamare, ó pedido ó pidiere reduccion y arbitrio de buen varon, ó fecho ó ficiere de nulidad ó por otro remedio ó recurso alguno, si la tal sentencia arbitraria fuere confirmada por el presidente y oidores, que de tal sentencia confirmatoria no haya mas suplicacion, nulidad, ni otro remedio alguno; pero si por juez inferior fuere confirmada, que pueda apelar para ante el presidente y oidores, para que sentencien en ello, y si fuere confirmada no haya mas grado, y si fuere revocada por el presidente y oidores; que dé tal sentencia revocatoria se pueda suplicar para ante ellos mismos, quedando en su fuerza la ejecucion hasta que se dé sentencia en re- revista; y que á aquellas fianzas sean habidas por bastantes, cuales á los dichos jueces que han de ejecutar la dicha sentencia pareciere que lo son, y que de lo que á los dichos jueces pareciere y declarare sobre esto de las fianzas, no pueda ser suplicado ni apelado.

LEY 17, TIT. 1, LIB. 5.

(Cédula de doña Isabel de 29 de marzo de 1563).

Los presidentes y oidores de las audiencias, no manden á las partes que comprometan en sus manos los pleitos que trajeren á ellas, sino que en todos los negocios determinen lo que sea justicia; y esto mismo se haga en los pleitos comprometidos y no sentenciados. Pero si alguno fuere tan dudoso é intrincado, que parezca que no puede determinar bien la justicia y que se debe mandar comprometer, se consultará antes con el rey, y se espresará su resolucion.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

CONSTITUCION DE 1812, TIT. 5.

Art. 280. No se podrá privar á ningun español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros.

Art. 281. La sentencia que dieren los

ARBITRO.

375

árbitros, se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiesen reservado el derecho de apelar.

REGLAMENTO PROVISIONAL PARA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE 26 DE SETIEMBRE DE 1835.

Art. 25. Si las partes no se conformaren (con la sentencia dada en juicio de conciliacion) todavía, el juez de paz las exhortará á que por el bien de ellas mismas comprometan su diferencia en árbitros ó mejor en amigables componedores, y lo hará anotar en el libro con expresion de si convienen ó no los interesados.

CODIGO DE COMERCIO.

Art. 286. La escritura de sociedad debe expresar necesariamente.... La sumision á juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, espresándose el modo de nombrarlos.

Art. 323. Toda diferencia entre socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad.

Art. 324. Las partes interesadas los nombrarán en el término que se haya prefijado en la escritura, y en su defecto en el que les señale el tribunal que conozca de las causas mercantiles en aquel territorio. No haciendo el nombramiento dentro del término señalado, sin necesidad de próroga alguna, se hará de oficio por la autoridad judicial en las personas que á su juicio sean peritas é imparciales en el negocio que se dispute.

Art. 325. Los jueces árbitros procederán con arreglo á lo que se prescribe en el artículo 1219 sobre el orden de enjuiciar en las causas de comercio.

Art. 345. Estas reclamaciones (las de agravios por la division del haber social) se decidirán por jueces árbitros que nombrarán las partes en los 8 dias siguientes á su presentacion, y en defecto de hacer este nombramiento, lo hará de oficio el tribunal competente.

Art. 1219. En cuanto al orden de ins-

truccion y sustanciacion en todos los procedimientos é instancias que tienen lugar en las causas de comercio, se estará á lo que prescriba el Código de enjuiciamiento, rigiendo entre tanto una ley provisional que se promulgará sobre esta materia.

LEY DE ENJUICIAMIENTO SOBRE CAUSAS DE COMERCIO.

Art. 232. Toda contienda sobre negocios mercantiles, puede ser comprometida al juicio de árbitros de comercio, haya ó no pleito comenzado sobre ella y en cualquier estado que este tenga hasta su conclusion.

Art. 233. Las personas que celebren el compromiso han de tener capacidad para parecer en juicio sobre asuntos mercantiles.

Art. 234. Los factores y apoderados no pueden comprometer los derechos de sus comitentes, si en el poder no les estuviese conferida espresamente esta facultad.

Art. 235. El compromiso es forzado para dirimir las diferencias entre socios, segun las disposiciones de los artículos 323 y 345 del Código de comercio.

Art. 256. Puede convenirse y celebrarse el compromiso:

En escritura pública.

Por escrito presentado de conformidad en los autos, si hubiere ya pleito comenzado.

Por convenio ante los jueces avenidores.

Por contrata privada ante las partes, que conste por escrito y se firme por estas.

Art. 257. Los que no sepan leer ni escribir, no podrán celebrar compromisos en contratas privadas.

Si lo hicieren en pedimento que á su nombre se presente ante la autoridad judicial, se ratificarán en su contenido, antes de haberse por celebrado el compromiso, y de procederse al juicio.

Art. 258. Los compromisos celebrados por contrata privada deben estenderse y firmarse en igual número de ejemplares cuantas sean las partes contratantes y uno mas para entregar á los árbitros.

Todos los ejemplares serán de un tenor,

espresándose en ellos el número de los que se hayan estendido.

Art. 259. En cualquiera manera de las sobredichas en el art. 236, en que se celebre el compromiso, se ha de hacer espresion de todas las circunstancias siguientes:

1.º Los nombres, apellidos y vecindad de los interesados.

2.º El negocio sobre que versa la contienda que se sujeta al juicio arbitral.

3.º Los nombres, apellidos y vecindad de las personas que se nombran por árbitros, diciéndose si el nombramiento se ha hecho de comun acuerdo, ó si cada interesado ha nombrado el suyo.

4.º El nombramiento de tercero para caso de discordia, ó bien la designacion de la persona á quien se le dé facultad para hacerlo.

5.º El plazo dentro del cual estarán obligados los árbitros á dar sentencia, y en el que deberá el tercero dirimir la discordia si la hubiere.

6.º Si esta ha de causar ejecutoria, ó si les quedan á salvo á los interesados los recursos de derecho, bien pagando alguna multa por via de indemnizacion á la parte vencedora, cuya cuota se fijará, ó bien sin este gravámen.

7.º La multa en que haya de incurrir el que dejare de cumplir con los actos necesarios para que el compromiso tenga efecto.

8.º La fecha del acta.

La espresion de las tres primeras circunstancias es esencial, bajo pena de nulidad del compromiso.

Art. 260. Si no se hubiere nombrado tercero para dirimir la discordia de los árbitros, ni persona que hubiere de hacer el nombramiento, recaerá la facultad de dirimirla en el juez avenidor del partido.

Art. 261. Cuando se hubiere omitido señalar el plazo para dar sentencia, será éste el de cien días, y de treinta el que tendrá el tercero para dirimir la discordia.

Art. 262. Se entienden reservados los remedios de derecho contra las sentencias arbitrales, cuando en el compromiso no se hizo pacto espreso en contrario.

Art. 263. Los compromisos que no tengan fecha se tendrán por celebrados en el día que se haga su presentacion á los árbitros ó á la autoridad judicial.

Art. 264. Los efectos del compromiso no se estienden á mas personas que á las que lo celebraron, aunque haya en el negocio otros interesados.

Art. 265. Los herederos de los que otorgaron ó contrataron el compromiso, quedarán obligados á sus results, aunque sean menores.

Art. 266. El nombramiento de árbitros puede recaer en toda persona varon mayor de veinte y cinco años, sea ó no comerciante, que esté en pleno ejercicio de los derechos civiles, y sepa leer y escribir.

Art. 267. La incapacidad del nombrado para árbitro, conocida de las partes despues de celebrado el compromiso, no anulará el contrato. La parte que lo hubiere nombrado estará obligada á nombrar otro, y en su defecto se nombrará por el tribunal de comercio.

Art. 268. Los árbitros aceptarán ó renunciarán el compromiso dentro de los 8 dias siguientes á habérseles hecho saber el nombramiento, ó que se les hubiere entregado el acta á instancia de cualquiera de las partes. Pasado este término sin haber hecho la renuncia, se tendrá por aceptado.

Art. 269. Tambien se presumirá la aceptacion tácita de los árbitros desde que hagan cualquiera gestion de su encargo.

Art. 270. Si el árbitro que haya rehusado la aceptacion estuviere nombrado por una de las partes, y no por unanimidad entre todas, subsistirá el compromiso, y estará obligada la que le nombró á sustituir en su lugar otra persona, ó de no hacerlo, incurrirá en la multa señalada en el contrato á los que dejaren de prestarse á los actos necesarios para la preparacion ó complemento del juicio arbitral.

Art. 271. Aceptado el encargo tácita ó espresamente, no podrán los árbitros dejar de cumplirlo, y el tribunal les apremiará á ello si no lo hicieren.

Art. 272. El término del compromiso

ARBITROS.

377

convencional ó legal comenzará á correr desde el dia de su aceptacion tácita ó espresa.

Art. 273. De consentimiento unánime de las partes podrá prorogarse el término del compromiso, aun despues que este haya espirado.

Art. 274. No podrán ser revocados los árbitros nombrados sino por convenio de todos los interesados que los nombraron, ó por recusacion que se admita con arreglo á derecho.

Art. 275. La recusacion de los árbitros se ha de apoyar en causa legal sobrevenida despues del compromiso, y no antes.

Art. 276. Son causas legales para la recusacion de los árbitros de comercio las mismas que se prefijan en el artículo 97 de esta ley para recusar á los individuos del tribunal de comercio.

Art. 277. La recusacion se propondrá y probará en el término preciso de ocho dias ante el tribunal de comercio, y su providencia causará ejecutoria.

Los árbitros suspenderán sus gestiones desde que se les presente certificacion de haberse propuesto la recusacion hasta que le conste la resolucion del tribunal.

Entre tanto no correrá el término del compromiso.

Art. 278. Cesarán los efectos del compromiso independientemente de la voluntad de los interesados.

Por la muerte ó recusacion de alguno de los árbitros, si estuvieren nombrados de comun acuerdo de las partes.

Por el trascurso del término convencional ó legal del compromiso.

Art. 279. Los árbitros no procederán á acto alguno de su encargo despues de la revocacion del compromiso, ó de la cesacion de sus efectos por causa legal, bajo pena de nulidad de lo que actuaren, y de responsabilidad á los perjuicios que ocasionen con sus procedimientos.

Art. 280. Tambien podrán los interesados sustituir al árbitro muerto ó separado por la recusacion otro que nombren igualmente de comun acuerdo.

Art. 281. En los casos de muerte ó re-

TOMO III.

cusacion admitida de algun árbitro nombrado por una sola parte, será tambien aplicable la disposicion del art. 270.

Art. 282. Aceptando los árbitros el compromiso, tácita ó espresamente, mandarán hacer saber á los interesados que deduzcan sus respectivas pretensiones, acompañando los documentos en que apoyen su derecho con señalamiento de un término, que se graduará con relacion al plazo del compromiso, sin que pueda en ningun caso exceder de quince dias.

La parte que no lo verifique será habida por contumaz, parándole el perjuicio que haya lugar en la sentencia, y se le declarará desde luego incurso en la pena del compromiso.

Art. 283. De la pretension y documentos que presente una parte se dará comunicacion á la contraria por término de 6 dias precisos, y se le admitirán el escrito y documentos que presente en su impugnacion.

Art. 284. Con vista de las pretensiones de las partes y sin mas escritos recibirán los árbitros el espediente á prueba por el término que estimen arreglado, segun las circunstancias del negocio y el plazo del compromiso.

Art. 285. En el juicio arbitral tendrán lugar todos los medios de prueba que las leyes permiten para los juicios ordinarios, observándose en su práctica las formalidades prescritas en el tit. 4.º de esta ley.

Art. 286. Concluido el término de prueba, examinarán los árbitros las probanzas hechas y si hallasen que alguna de las partes hubiese reservado documentos conducentes para la aclaracion del derecho deducido por cada una, ordenarán de oficio su presentacion, ó procederán á su reconocimiento si por su calidad no se pudiese exigir aquella.

Con el mismo objeto podrán mandar á los litigantes que juren posiciones sobre los hechos no probados que sean concernientes á la cuestion del compromiso.

Art. 287. Hechas las diligencias que previene el artículo anterior si fuesen necesari-

rias, ó solo con las que se hayan practicado en el término de prueba, se tendrá el juicio por concluso, haciéndose así saber á las partes y citándolas para su determinacion final.

Art. 288. La sentencia arbitral ha de ser conforme á derecho, segun lo alegado y probado en autos, y se dará y firmará por todos los árbitros en el lugar donde se ha seguido el juicio, haciéndose saber á las partes antes de espirar el término del compromiso.

Art. 289. Estando los árbitros discordes, hará sentencia la decision del mayor número; y si los votos estuviesen á número igual ó no se reuniesen dos votos conformes que hagan mayoria, estenderá cada árbitro su decision en los mismos autos, y se remitirán estos al tercero en discordia nombrado ó al juez avenidor en su caso para que la dirima.

Art. 290. La decision del tercero ó del juez avenidor que haga mayoria, causará sentencia.

Art. 291. Si el tercero ó el juez avenidor no se conformase con la decision de ninguno de los árbitros é hiciere voto diferente, se remitirán los autos al tribunal de comercio para que dirima la discordia, segun los méritos del proceso, sin nuevas actuaciones.

En el caso que el tribunal no estuviere acorde en su decision, entrarán en computacion los votos singulares de cada uno de sus individuos con los de los jueces árbitros y el tercero, y hará sentencia la decision del mayor número.

Art. 292. Si con arreglo á los pactos del compromiso causare ejecutoria la sentencia arbitral, se procederá á su ejecucion sin admitirse contra ella el recurso de apelacion; pero tendrá lugar el de nulidad, siempre que los árbitros se hayan escedido en lo juzgado de las facultades contenidas en el compromiso.

Art. 293. El recurso de nulidad contra la sentencia arbitral se instruirá y seguirá ante el tribunal de comercio del territorio donde se haya pronunciado, llevándose á efecto aquella, no obstante la interposicion

del recurso, previa fianza de la parte vencedora, que asegure las resultas del nuevo juicio.

Art. 294. Teniendo lugar la apelacion de la sentencia arbitral, se admitirá para ante el tribunal de comercio que corresponda, procediéndose en todo como en las apelaciones de las sentencias de los tribunales de comercio.

Art. 295. Si el compromiso se hubiere hecho pendiente la instancia de apelacion de la sentencia del tribunal de comercio, los jueces árbitros continuarán esta por los trámites de derecho; y su decision, confirmando ó reformando aquella, causará ejecutoria, salvo el recurso de injusticia notoria en los casos que este proceda.

Art. 296. Los comerciantes podrán tambien comprometer la decision de sus contiendas en amigables componedores que decidan sobre ellas sin sujecion á las formas legales, segun su leal saber y entender.

Art. 297. En el nombramiento de los amigables componedores y la forma en que se ha de celebrar el compromiso, regirán las mismas disposiciones prescritas con respecto á los árbitros, á escepcion de las circunstancias 6.ª y 7.ª del art. 259, que no le son aplicables.

En su lugar contendrá necesariamente el compromiso en amigables componedores, bajo pena de nulidad, el pacto de la multa en que habrá de incurrir el interesado que no se conforme á la decision de aquellos.

Art. 298. El procedimiento de los amigables componedores se reducirá á recibir de las partes y examinar los documentos que les entreguen, relativos á sus diferencias, y dar su decision ó laudo, que firmarán entregando una copia autorizada á cada interesado.

Art. 299. Si estuyeren discordes los amigables componedores se reunirá con ellos el tercero nombrado y se estará á lo que resuelva el mayor número de votos.

No habiendo mayoria, quedará sin efecto el compromiso.

Art. 300. Las facultades de los amigables componedores cesarán:

ARBITROS.

579

Por la muerte de cualquiera de ellos.

Por la revocacion voluntaria y unánime de los interesados antes de pronunciarse el laudo.

Por el trascurso del término prefijado para darlo.

Por la discordancia de sus decisiones, cuando no haya tercero nombrado que se les una para hacer mayoría en los votos.

Art. 301. Los amigables componedores no pueden ser recusados.

Art. 302. Enteradas las partes del laudo de los amigables componedores, queda á su arbitrio dejarlo ineficaz, pagando la multa pactada en el compromiso, ó conformarse en su ejecucion.

Art. 303. Si no usaren de esta facultad en el término de tres días, consignando la multa en manos de los mismos amigables componedores ó en las del escribano del tribunal de Comercio, se entenderá sin otra declaracion que consienten el laudo, y este será ejecutivo como la sentencia arbitral ejecutoriada.

Art. 304. Las facultades de los árbitros acabarán con la pronunciacion de la sentencia, y las de los amigables componedores con la del laudo.

De la ejecucion de lo decidido por unos y otros toca conocer y proveer en justicia á los tribunales de comercio ó jueces ordinarios que entiendan en los negocios mercantiles.

Art. 306. En los negocios y obligaciones mercantiles, tienen fuerza ejecutiva...3.º La sentencia arbitral que sea irrevocable con arreglo á los términos del compromiso.

CODIGO PENAL.

TÍT. 8, LIB. 2.

Considerados los árbitros y arbitradores como empleados públicos, según lo dispuesto en el art. 351, son aplicables á ellos muchas de las disposiciones de este título en punto á prevaricacion, cohecho, y fraudes. Para no repetir el texto legal, remitimos al lector á los artículos relativos á estos delitos.

DISPOSICIONES CANONICAS.

DECRETALES, LIB. 1, TIT. 43.

(Cap. 1 del Concilio Africano, año de 401.)

Los jueces árbitros han de ser elegidos en número desigual, y discordando, se está á la sentencia de la mayor parte.

Cap. 2. Alejandro II, año de 1180.

Si la sentencia arbitraria contiene pecado, que no pueda remitirse por las partes, es nula.

Cap. 3, el mismo año, id.

El árbitro en causa patrimonial de clérigo, no puede adjudicar á la Iglesia los réditos de la cosa litigiosa, aunque fuese solamente por la vida del tal clérigo.

Cap. 5. Inocencio III, año 1202.

La Iglesia en perjuicio de sus exenciones no puede comprometerse.

Cap. 4, el mismo, año 1210.

No pueden las mugeres ser elegidas por arbitradoras, á menos que tengan jurisdiccion ordinaria; y teniéndola, podrán serlo, aunque sea sobre cosas temporales de la Iglesia.

Cap. 6, id., año 1202.

El árbitro no tiene mas facultades que las dadas en el compromiso, sin que pueda admitirse reconvenccion alguna.

Cap. 7, el mismo, año 1209.

El que en virtud de sentencia arbitraria debe hacer la eleccion de algun empleo, tomando antes consejo de otros, está obligado á pedir consejo; pero no á seguirlo.

Cap. 8, el mismo, año de 1213.

No puede comprometerse en lego la decision de cosas espirituales.

Cap. 9. el mismo año de 1214.

Si el Papa delegase alguna causa al arzobispo, y con autoridad de este, por los procuradores de las partes se comprometiere en tres árbitros, de los cuales dos son seculares y uno clérigo, vale semejante arbitrio, aunque aquella sea espiritual, y uno de los procuradores, comprometiéndose en los árbitros, escudiese de los límites de su mandato.

Cap. 40, Honorio III, año de 1220.

La potestad del árbitro para decidir la elección litigiosa entre dos, se acaba por muerte de uno, y el otro se tiene por electo sin nueva elección.

Cap. 11, el mismo, dicho año.

El árbitro, después de juzgada la causa, no puede mudar la sentencia sobre las discordias nuevas, aunque hubiese recibido facultad del Papa para transigir el negocio entre las partes.

Cap. 12, Gregorio IX, año de 1230.

No vale el compromiso hecho á dos ó mas árbitros, con condición de que discordando, se elija un tercero por los mismos ó por otros. No vale el compromiso hecho en cierta persona.

Cap. 13, el mismo en dicho año.

Vale el compromiso, para que uno ó mas, ó los que eligieren estos, decidan la causa.

Cap. 14, el mismo.

La potestad del árbitro espira por la muerte de uno de los comprometidos, y no pasa á sus herederos, si no se hubiese expresado en el compromiso.

SEXTO, LIB. 1, TIT. 22.

Cap. 1, Bonifacio VIII.

Si de tres árbitros, dos se conforman en la suma, vale la sentencia de estos; pero discordando todos, la de la suma menor.

Cap. 2, id.

Si de tres árbitros uno no quisiese, ó no pudiese intervenir en examinar y definir el negocio, pueden proceder en él los dos restantes, como si aquel estuviese presente: debiéndose guardar, en cuanto á los jueces, los derechos antiguos.

DECRETO.

Distinct. 90, caus. 11, quest. 1.

El clérigo en negocio contra clérigo, no deje á su obispo, y no acuda á los tribunales seculares; pero si el negocio fuere del mismo obispo, decídase por árbitros elegidos por una y otra parte.

LEGISLACION ESTRANGERA.

En las primitivas leyes de los romanos se consignó espresamente el juicio arbitral en determinados casos.

Con el trascurso del tiempo se fueron estableciendo varias especies de árbitros, que pueden reducirse fácilmente á las dos categorías de árbitros de derecho y arbitradores. Veamos, sin embargo, las diversas suertes de árbitros que algunos autores han creído reconocer en los cuerpos del derecho romano.

1.º El *arbitrator compromissarius*, que las partes elegían y á quien daban, por medio de un acto llamado *compromiso*, la potestad de terminar su diferencia, obligándose, bajo ciertas penas, á obedecer la sentencia justa ó injusta (1). *Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed pena petitionem* (2). Por donde se ve que las partes no estaban obligadas directamente á cumplir la sentencia, sino por el medio indirecto de pagar la pena estipulada, la cual podría importar mas que la suma, objeto de la contestación (3).

2.º El *arbitrator juratus*, elegido tambien

(1) Ley 76. D. pro socio.
(2) Ley 2. D. de receptis.
(3) Ley 3. D. id.

ARBITROS.

381

por las partes sin compromiso; pero con juramento de ejecutar su sentencia (1): este árbitro, así como el precedente, se llamaba también *judex* (2).

3.º El *arbiter ex nudo pacto*, elegido por las partes, sin compromiso, sin estipulación de pena y sin juramento: su sentencia no era válida sino en tanto que las partes le prestaban aquiescencia expresa por medio de su firma, ó bien tácita por el silencio de diez días (3). Por esta especie de arbitraje y por el que le precede había Justiniano modificado la antigua formalidad del compromiso; pero después por una novela (4), restableció el antiguo derecho, y dispuso que las partes no pudieran nombrar árbitros sino por compromiso y con estipulación de pena.

4.º El *arbiter sententia judicium constitutus*, era dado por el juez ordinario, conforme á una sentencia previa; *qui á judice datur procedente sententia* (5). Este árbitro no era un juez propiamente hablando, pues únicamente se empleaba para liquidar una cuenta, hacer una tasación, discutir la solvencia de un fiador, etc., era una especie de perito, un tasador, *æstimator*.

5.º El *arbiter in causis bonæ fidei*, que era dado á las partes por el pretor en las acciones llamadas de buena fé, *bonæ fidei*, ó *arbitrarias*; el árbitro juzgaba *ex æquo et bono*, sin estar sujeto á ninguna fórmula; ordenaba lo que le parecía estar más de acuerdo con el buen sentido, la buena fé y la equidad natural, mientras que en las acciones dichas *stricti juris*, debía pronunciar según la ley y las fórmulas establecidas. La denominación de *judex* ó de *arbiter* se daba indiferentemente á estos últimos, sea que la acción fuese *bonæ fidei* ó *stricti juris* (6). Suscitáronse discusiones acerca de si hablando del árbitro *in causis bonæ fidei* se le debía calificar de *judex* ó de *arbiter*, y Cicerón se burlaba de tales disputas (7).

Sin embargo, la denominación de árbitros era la que comúnmente se daba en este caso.

Séneca marca la distinción de una manera todavía más saliente. «Cuando la causa es buena, dice, se prefiere un juez á un árbitro, porque el primero está sujeto por su forma, y encerrado en los límites que no es lícito franquear, en vez de que la conciencia del segundo es libre y sin trabas; puede añadir ó quitar á su gusto y fundar su sentencia no en lo dispositivo de la ley, ó según las leyes de una justicia rigurosa, sino en los sentimientos de humanidad y compasión (1).

6.º El *arbiter in contractibus adjectus*, era el nombrado en los contratos para dar su dictamen sobre las diferencias que de ellos podían nacer (2); pero este árbitro más bien que un juez, era un apreciador.

7.º Por último, se daba el nombre de árbitro al *judex pedaneus*, ó juez delegado (3).

Toda esta enumeración de jueces y disposiciones se pueden recapitular en la siguiente doctrina. Los árbitros elegidos por las partes, sin intervención del pretor, no podían más que emitir una opinión destituida de fuerza ejecutoria; pero en este caso se estipulaba una pena contra el litigante que no quisiese someterse al dictamen amigable, y por lo menos se podía ejercitar la acción *ex stipulatu* para reclamar la pena. En defecto de semejante estipulación, solo resultaba de la sentencia arbitral la excepción *pacti conventi* acordada por el pretor á los nudos pactos, incapaces de producir una acción.

Este estado del derecho lo modificó Justiniano, estableciendo que, aun cuando no se hubiese estipulado pena, la sentencia arbitral tuviese autoridad de cosa juzgada, si contra ella nada se dijese en los diez días siguientes á su pronunciamiento. Aquel emperador dió así más fuerza á la simple

(1) Leyes 4 y 5, C. de receptis.

(2) Ley 4, id.

(3) Ley 14, D. de judiciis. Ley 5, id. de Receptis.

(4) Novel. 82, cap. 11.

(5) Ley 14, C. de judiciis, D. de receptis. Ley 9, D. Qui satis dare cogant. Ley 8, id.

(6) Ley 34 párrafo 1, D. De aqua et aqua pluvium.

(7) In oratione pro Murena.

(1) Séneca, de beneficiis, lib. 3, c. 7. De Clementia. Ley 2,

C. 7.

(2) D. Leyes 76 á 80, pro socio; 7, de contrah. emp. 78, de Legat.

(3) C. L; 6, de advocatis divers. judic. 22, párr. 1 de appellat. Ley 2 de tempor. appellat.

convencion de los partes, y mas realidad al poder de los árbitros.

Esta legislacion, de que nuestras Partidas son casi un trasunto, ha servido de tipo para las demas en materia de árbitros. La francesa, despues de haber concedido al juicio por árbitros, un favor singular en tiempo de su revolucion, hasta el punto de hacerlo forzoso en muchos asuntos de derecho civil, como manifestaremos en su lugar, organizó esta institucion en sentido mas restrictivo en el código de procedimiento civil, consagrando á ella el titulo único del libro 3. Dispónese en él, entre otras cosas, que todas las personas pueden comprometer en árbitros los derechos de que disponen libremente; á escepcion de las donaciones y legados de alimentos, la habitacion y los vestidos, las separaciones matrimoniales, las cuestiones de estado, y las en que interviene el ministerio público: que no es necesario fijar en el compromiso el término en que han de juzgar los árbitros, pero que en tal caso la mision de estos espira pasados tres meses: que las partes pueden renunciar á la apelacion: que los términos y las formas del procedimiento son los mismos que los establecidos para los tribunales ordinarios, á menos que los interesados hayan convenido otra cosa: que los árbitros no pueden ser revocados sino es por consentimiento unánime de las partes, ni tampoco recusados á no ser por causa sobrenvenida despues del compromiso.

En el código de Comercio se establece ademas el arbitraje forzado para dirimir todas las diferencias ó cuestiones entre socios por razon de la sociedad; sujetándolo á ciertas reglas especiales, y en lo que estas no determinen á las generales consagradas en el código de procedimientos civil.

El arbitraje voluntario tanto en los negocios civiles como en los mercantiles, está en general admitido en todas las legislaciones, y en las que son un trasunto mas ó menos fiel de los códigos franceses, tienen una organizacion idéntica á semejante. No sucede lo mismo respecto al arbitraje forzado. Este punto presenta suma variedad en los códi-

gos de Europa y América. Hay unos que no admiten en ningun caso el arbitraje forzado, como el de Hungría: hay otros que lo establecen únicamente para las diferencias entre socios, por razon de sociedad, como el francés, el de Haiti, etc., ó para las contiendas sobre seguros marítimos, como el de Hamburgo, y hay en fin algunos, que admitiéndolo en ciertos negocios, exigen ademas otras circunstancias que concurren con esta, como el de Wuttemberg, que requiere que las partes no hayan renunciado á él con anterioridad.

En Inglaterra está tambien consignado en las leyes el juicio arbitral por compromiso de las partes, no solo en los negocios comunes, sino en los comerciales, bien se halle sometida la cuestion á los tribunales, bien no se haya intentado la demanda. Los estatutos del noveno y décimo año del reinado de Guillermo III, cap. 15, establecen, que todos los comerciantes ú otras personas cualesquiera que quieran terminar las diferencias, contestaciones ó procesos que podrian intentar á virtud de accion personal ante el *tribunal de equidad*, puedan convenir en que su sumision á la decision de árbitros ó sub-árbitros se justifique por orden de uno de los tribunales, quedando en libertad de insertar su acuerdo en el acta del compromiso. Formalizado así el compromiso y probado por el dicho de un testigo, el tribunal deberá expedir la orden (*shall make a rule*), que hace decisivas la sumision y la sentencia que recaiga; y si dada la orden, rehusa alguna parte obedecer la sentencia arbitral (*award*), será condenada en rebeldía (*as for a contempt of the com*), á menos que se anule por causa de corrupcion ú otro vicio de procedimiento de parte de los árbitros ó sub-árbitros, lo que debe probarse por juramento ante el tribunal.

El *arbiter* (árbitro *juris*), está obligado á proceder y juzgar con arreglo á la ley, aunque puede sin embargo consultar la equidad; el *arbitrator* (amigable componedor), no está obligado á seguir ninguna regla de derecho; puede obrar segun su discrecion y prudencia, y juzgar *justa arbitrium boni viri*.

ARBITROS.

383

Los *umpire*, sub-árbitros ó tercer árbitros, se eligen para decidir la cuestion en caso de divergencia de opiniones (1).

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

- SEC. I. INTRODUCCION HISTORICA.
- SEC. II. DEL ARBITRAGE EN GENERAL, SU NATURALEZA Y ESPECIES.
- SEC. III. DEL ARBITRAGE VOLUNTARIO, Y DE LAS COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE ÉL.
- SEC. IV. DEL ARBITRAGE FORZADO, Y DE LOS CASOS EN QUE TIENE LUGAR.
- SEC. V. DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN Ó NO SOMETER SUS NEGOCIOS AL JUICIO ARBITRAL.
- SEC. VI. DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN Ó NO SER NOMBRADAS ÁRBITROS Ó ARBITRADORES.
- SEC. VII. DEL NÚMERO DE ÁRBITROS Ó ARBITRADORES QUE PUEDEN NOMBRARSE.
- SEC. VIII. DEL COMPROMISO Ó CONSTITUCION DEL ARBITRAGE.
- §. 1.º *Carácter y naturaleza del compromiso.*
- §. 2.º *Formas del compromiso.*
- §. 3.º *Circunstancias que debe contener el compromiso.*
- §. 4.º *Efectos del compromiso.*
- §. 5.º *Fin del compromiso.*
- SEC. IX. DE LAS FACULTADES Y COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS Y ARBITRADORES.
- §. 1.º *Cuestiones sobre que pueden resolver.*
- §. 2.º *Medidas que pueden ordenar.*
- §. 3.º *Reglas segun las cuales deben decidir.*
- §. 4.º *Término dentro del que deben juzgar.*
- §. 5.º *Prorogacion de sus facultades.*

- SEC. X. DEL REEMPLAZO DE LOS ÁRBITROS Y ARBITRADORES.
- §. 1.º *Causas que pueden dar lugar al reemplazo de uno ó mas árbitros ó arbitradores.*
- §. 2.º *Forma de proceder al reemplazo de los árbitros ó arbitradores.*
- SEC. XI. DEL PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO ARBITRAL HASTA LA SENTENCIA.
- SEC. XII. DE LA SENTENCIA ARBITRAL.
- §. 1.º *Tiempo y lugar en que ha de dictarse la sentencia arbitral.*
- §. 2.º *Cosas que debe comprender la sentencia arbitral.*
- §. 3.º *Forma de la sentencia arbitral.*
- SEC. XIII. DEL TERCER ÁRBITRO.
- §. 1.º *Carácter y naturaleza de las funciones del tercer árbitro.*
- §. 2.º *Casos y forma del nombramiento del tercer árbitro.*
- §. 3.º *Cosas sobre que debe juzgar el tercer árbitro y modo de proceder.*
- §. 4.º *Sentencia del tercer árbitro.*
- §. 5.º *Cuando debe conocer el tribunal como juez de discordia y en qué forma.*
- SEC. XIV. DE LA FUERZA Y EFECTOS DE LA SENTENCIA ARBITRAL.
- SEC. XV. DE LA HOMOLOGACION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES Y DE SU EJECUCION.
- SEC. XVI. DE LOS EFECTOS DEL AUTO DE EXEQUATUR Y DEL DE PRESTACION DE FIANZAS.
- SEC. XVII. DE LOS RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS ARBITRALES.
- §. 1.º *Recursos ordinarios.*
- §. 2.º *Recursos extraordinarios.*
- SEC. XVIII. DE LOS HONORARIOS DE LOS ÁRBITROS Y ARBITRADORES.
- SEC. XIX. DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS Y ARBITRADORES.
- §. 1.º *Responsabilidad criminal.*
- §. 2.º *Responsabilidad civil.*

(1) Blackone, tit. 3. lib. 2. cap. 1. Beaaves. T. 1. página 498 á la 506, donde se encuentran las disposiciones mas esenciales sobre los arbitrajes.

SECCION I.

INTRODUCCION HISTORICA.

Así como la convencion es la fuente de los deberes que los hombres se imponen voluntariamente, así tambien los primeros jueces para resolver las contiendas nacidas de las convenciones son sin duda alguna los árbitros, que en último resultado no son otra cosa que el producto de una segunda convencion celebrada para decidir las dudas provenientes de la primera. Así el arbitraje, atendiendo á la necesidad que satisface, debe haber sido una de las primeras instituciones humanas, ó mas bien una de sus primeras prácticas, anterior á toda otra institucion judiciaria.

La organizacion de los tribunales para decidir las contiendas particulares supone un desarrollo progresivo del Estado por bastante tiempo, y la idea que necesariamente debió presentarse al espíritu de las partes en desacuerdo, fue la de remitirse á un tercero, igualmente investido de su confianza, y de abdicar en sus manos su propia voluntad.

Para comprender la probabilidad de esta hipótesis basta detenerse un instante en los hechos mismos que vemos producirse en la sociedad, en la manera con que los hombres que en ella viven tienen costumbre de tratar entre sí y de terminar las diferencias que los dividen. En efecto, ¿qué cosa mas natural que referirse en tales casos al juicio de personas que merecen nuestra estimacion, nuestra confianza, y cuya autoridad inspira ya de suyo una y otra? En la infancia de las sociedades, todas las disputas, cuando las partes no podian ponerse de acuerdo, debieron someterse á la decision de vecinos, de parientes y de amigos comunes; y este sentimiento es tan natural, que si una desavenencia cualquiera se suscita entre dos particulares en presencia de un tercero, este tercero, sea quien quiera, es al instante puesto por mediador, por árbitro; cada uno le dirige la palabra, procura convencerle de su derecho, y creyéndole

imparcial en la materia, invoca su parecer. El antiguo testamento nos suministra algunos ejemplos de este modo de conducirse los hombres en tales circunstancias. Jacob dice á Laban: *Pone hic coram fratribus meis et fratribus tuis, et judicent inter me et te (1).* Si rixati fuerint viri, et percusserit quis mulierem prægnantem.... subjacebit damno.... et arbitrii judicaverint (2).

En la mitología vemos que Paris fue elegido por juez entre Minerva, Juno y Venus, y adjudicó á esta la manzana, origen de funestas discordias.

Establecidos con el tiempo los tribunales de justicia, se ve que á pesar de todo el favor acordado á estos, y que justifica por otra parte la necesidad de su existencia, el arbitraje ha atravesado las edades sin perder nada de su influjo sobre los hombres, celosos en cierto modo de tener una justicia de su eleccion, y de sustraer sus debates de los gastos, de la lentitud y de las disensiones irritantes, y en fin, de lo que se llama estrépito forense.

De este modo una práctica instintiva en el hombre llegó naturalmente á formar parte del derecho positivo de los pueblos, de cuyas instituciones escritas se conserva todavía memoria.

Entre los gentes de la India, quedaba á la libre eleccion de las partes dirigirse á un árbitro, ó recurrir al magistrado. Hé aquí las disposiciones mas notables que la laboriosidad de algunos celosos críticos ha podido entresacar del código de aquella antiquísima nacion: «Si alguno se dirige á un árbitro con objeto de ilustrar la naturaleza de su causa, el árbitro examinará el negocio con detenimiento. Cuando un árbitro entiende en un negocio preguntará primeramente al demandante: ¿qué es lo que pretendes? y el demandante se lo dirá. En seguida preguntará al demandado: ¿qué respondes á esto? y le contestará. El que de este modo ha oído á ambas partes y enterarán-

(1) Genes. 31, v. 36.

(2) Exod. 23, v. 23.

ARBITROS.

383

dose á fondo del negocio, se llama árbitro de discernimiento. Una vez examinada la causa por los árbitros, harán estos por escrito un resumen de lo alegado por una y otra parte: relacionarán las disposiciones de los testigos y el contenido de los documentos, si se han presentado, y en fin, estando presentes todos los árbitros, darán la sentencia. Pero esta no es válida cuando un árbitro ha intervenido en el negocio dominado por el interés ó la enemistad, ó en un tiempo de enfermedad, ó por obstinación, ó por cólera. Todo interesado podrá quejarse ante el magistrado contra la sentencia de los árbitros si la creen injusta, y entonces el magistrado nombrará otros (1).

Si de esta nación, que no sin fundamento es considerada por la mas antigua, pasamos á la vieja Grecia, vemos que Solon dijo en una ley: «Si los ciudadanos quieren elegir un árbitro para terminar las diferencias suscitadas entre ellos sobre sus intereses particulares, tomen el que quisieren de comun acuerdo, y despues estén á su decision, sin poder ya recurrir á otro tribunal (2).

En Atenas se conocian tambien otros árbitros, que elegidos á la suerte tenian un carácter público. Cada tribu suministraba cuarenta y cuatro: debian tener al menos sesenta años de edad, y ser de costumbres y conducta intachables; pero sus juicios quedaban sujetos á apelacion (3). Entre los árbitros sacados á la suerte, y los elegidos por las partes existia esta diferencia, á saber: que los últimos conocian de los contratos, y los primeros de las causas públicas y criminales (4). Unos y otros estaban obligados á prestar juramento antes de ejercer su cargo; se les declaraba infames, si rehusaban juzgar despues de haberlo aceptado, ó si se les probaba haber juzgado por favor ó por interés. Debian pronunciar sus fallos antes de ponerse el sol, ante todo el mundo, en un templo ó lugar público; no podian ha-

cer ejecutar su sentencia, sino despues de ser aprobada por los archóntas; tenian facultad de juzgar en rebeldía á la parte que no compareciese en el dia señalado. Al fin de cada año debian dar cuenta de sus decisiones, bajo la pena de infamia; pero esta formalidad se comprende bien que no podia tener aplicacion, sino á los árbitros sacados á la suerte que gozaban de carácter público.

Existian tambien en Atenas, segun Samuel Petit, otros árbitros que juzgaban *ex aequo et bono*, conciliando las partes, exigiendo de ellas que cada una cediese algo de su respectiva pretension: estaban sujetos á formas rigurosas, y sin duda se ha dicho por ellos «que no hay diferencia entre un árbitro y un altar, porque ambos sirven de asilo al afligido (1).»

En Esparta los árbitros juzgaban en los templos, despues de haber hecho prestar juramento á las partes de someterse á su sentencia y ejecutarla.

En Roma fue el arbitraje una institucion judiciaria desde sus primitivas leyes. Las doce tablas contienen una disposicion semejante á la de Solon. Cuando las partes no podian ponerse de acuerdo, debian intervenir las familias para terminar la diferencia (2). Otra ley del mismo código disponia que, cuando se suscitaren cuestiones entre los colindantes sobre los limites de sus respectivas propiedades, debia el pretor nombrar tres árbitros para decidir las. *Si jurgant ad fines, finibus regundis prætor arbitror tres adjurito*. Y segun otra, debia ser condenado á la pena capital el árbitro que habia recibido dinero, por la sentencia, *Si judex, arbitrove jure datus ob rem dicendam, pecuniam accepit, capital esto* (3).

En las leyes posteriores se reconoció tambien el juicio arbitral, distinguiéndose varias especies de árbitros, y precisándose sus funciones, segun dejamos indicado en la legislacion extranjera.

(1) Cód. de los gentis, p. 114, 115.

(2) Demosth. Leg. attica, p. 341.

(3) Lucian. in abdicato, leg. attica.

(4) Demosth. leg. attica.

(1) Aristot. Rethor. L. 3. C. 11.

(2) Tit. Livio, Lib. 4, n. 12. Ciceron Orat. pro Cæcina n. 6. pro Quinctio, 20, 31, 32 y 39.

(3) Aulo Gelio, lib. 20, c. 1. Terrason, historia de la jurisp. romana, pág. 169 y 176.

La facultad de decidir las diferencias entre particulares se halla también consignada en todos los códigos, ya generales, ya municipales de la monarquía española. Antes de la publicación de las Partidas, en cuyo cuerpo legal se reprodujeron casi literalmente las leyes romanas relativas á esta materia, ya había establecido el Fuero Juzgo que, ninguno juzgare pleito sino fuere por mandato del príncipe, á no ser que fuese cogido por juez de voluntad de las partes, y que el así elegido fuese llamado juez y quedase sujeto á responsabilidad (1). La ley 13 dice así: *Dirimere causas nulli licebit, nisi á principibus potestate concessa, aut ex consensu partium electo iudice, trium testium fuerit electionis pactis, signis, aut suscriptionibus roborata* (2). El arbitraje no fue una institución nueva para los venidos del Norte, aunque la aceptaran tal como se hallaba establecida por el derecho romano en el país conquistado, porque no es otra cosa el Nembda que el doctor Pettingal y Ducange en su glosario definen: *Catum duodecim proborum seu legalium hominum, quos, vel ipsæ partes litigantes, vel ipse iudex eligeat*. Y aun puede aserverarse que semejante institución en aquellos pueblos, tan lejos de ser una imitación servil de los romanos ni efecto de una revolución pasajera, estaba por el contrario encarnada en sus tradiciones inmemoriales y fabulosas (3).

Es también creíble que los antiguos españoles, independientemente de los romanos y godos, usaron del arbitraje para arreglar sus diferencias, lo uno porque el empleo de este medio debió en todos los pueblos preceder naturalmente á la institución de los tribunales, lo otro porque la población y sociabilidad de los españoles datan de tiempos tan desconocidos y fabulosos, que los turdetanos, contemporáneos de Octavio Augusto, contaban en sus libros históricos seis mil años de existencia (4); y no puede concebir-

se que, habiendo tenido un trato tan íntimo y sostenido, primero con los fenicios y después con los cartagineses hasta el año 504 de la fundación de Roma, no hubiesen tomado de estos dos pueblos tan civilizados y comerciantes la institución arbitral.

De todos modos, sea que los primitivos españoles usaran este medio de determinar los pleitos, ó que lo tomaran de los romanos y de los godos juntamente, lo cierto es que nuestra legislación antigua y aun la costumbre consignan de una manera inequívoca aquella institución.

El Fuero viejo de Castilla, monumento legal de muchos usos y costumbres de los castellanos, dice así en su libro III, título 1, l. «Esto es fuero de Castiella: Que si algunos omes an pleito el uno con el otro, e amas las partes son avenidas de lo meter en manos de amigos; después que lo han metido en manos de amigos, e firmado, non pueden sacarlo de sus manos, sino por quatro cosas, e son estas. La primera es; que an si como de comienzo fueron avenidos amas las partes de lo poner en manos de amigos, que an si lo pueden sacar de sus manos, si fueren avenidos, e tornarse al fuero. La segunda razon es; que si los amigos, en cuyas manos fue puesto, morieren todos o la mayor parte, ante que lo ayan librado, todo lo que fuere por librar, que se puede e se debe librar por el fuero. La tercera razon es; que si non se avinieren los amigos en uno, e juzgaren de sendas guisas, ninguno de aquellos juicios non vale, e debe tornar el pleito al fuero. La quarta razon es; que si el pleito es metido en manos de tales omes, como de religiosos, o de otros omes, que an sobre si mayor, a quien ayan de facer obediencia, si su mayor gelo defendier, que en aquel pleito non se traxese, por tal razon como esta sale el pleito dellos, e debe tornar al fuero. E pues el pleito es metido en manos de amigos por voluntad de las partes, si alguno de los amigos finare, ante que el pleito libren, quier el tercero, o quier qualquier dellos, otros non pueden meter otro en suo lugar por mandamiento de fuero, nin por otro

(1) Leyes 43 y 25. Tit. 1, lib. 2, Fuero Juzgo.

(2) Ley 13, tit. id. id.

(3) Jonama de la prueba por jurados.

(4) Estrab. Lib. 3.

ARBITROS.

387

«derecho ninguno, sin voluntad de las partes, salvo si primeramente fue puesto en el pleito, que si alguno menguare, que qualquier de las partes pudiese meter otro en su lugar.» Y en el título 3 de dicho libro añade I. «Esto es fuero de Castiella. Que ninguna avenencia non vala, si non fueren en fadas amas (1) las partes.»

El Fuero de Sepúlveda, compuesto tambien de antiguos usos y costumbres y reducido á escrito por don Alonso VI en 1076, estendido á muchos pueblos de dentro y fuera de Castilla, dice así: «Todos los hombres que se aviniesen y querella huviesen uno de otro y ellos por sí hiciesen alcaldes avenidores de dos hombres buenos ó mas, todo aquello en que convinieren, valga, escepto sobre cosas pertenecientes á Palacio; y si el uno negare que hubo convenio en tomar aquel juicio, pruebénselo con tres vecinos y valga el juicio (2).»

El rey don Pedro II de Aragon confirmó en 1204 los estatutos de Montpellier, en uno de cuyos artículos se da á los juicios arbitrales la misma fuerza que á las ejecutorias de los tribunales supremos: *Confesiones, testificationes, transactiones et omnia coram arbitris actitata, proinde valeant ac si in Curia essent acta* (Histor. de Montpellier).

Lo mismo sustancialmente se dispone en otros muchos fueros municipales.

Y tan usual y frecuente era el juicio arbitral en toda clase de negocios, que la historia nos conserva un sin número de ellos, ya sobre negocios de familia, ya sobre los límites de distintos territorios, ya sobre sucesion á la corona, ya en fin sobre asuntos internacionales.

Citémos en comprobacion de esto algunos ejemplos notables de los muchos que podríamos presentar. El 2 de agosto de 1312 otorgaron en Burgos escritura de compromiso los tutores y curadores de doña Juliana de Velasco y Aragon, hija de don Bernardino Fernandez de Velasco y de doña Juana de Aragon por una parte, y por otra don Alonso Pimentel, como marido de doña

Ana de Velasco, hija del dicho don Bernardino Fernandez de Velasco y de doña Blanca Herrera, por la cual nombraron amigable componedoral rey don Fernando el Católico, regente entonces de Castilla, para que decidiese las contiendas que existian entre ellos sobre la villa de Pedraza de la Sierra y otros bienes, siendo testigos el cardenal Cisneros, el licenciado Luis Zapata y el doctor Lorenzo Galindez de Carbajal y otros dos. El rey don Fernando dictó sentencia arbitral; que fue aclarada á petición de los tutores y curadores de doña Juliana de Velasco.

Ensanchado el territorio conquistado por el conde don Sancho de Castilla, y á la vez tambien el que iba ganando don Sancho de Navarra, casado con doña Mayor, hija del primero, se suscitaban continuamente entre ambos graves disputas sobre los límites de sus respectivos territorios, hasta que convenidos en someter amistosamente sus diferencias en árbitros elegidos de comun acuerdo, y aprobada por ellos su decision, se establecieron por medio de este arbitraje en el año 1016 los linderos entre Castilla y Navarra.

En 1370 Juan Begat, consejero en el departamento de Dijon, fue elegido por el rey de España y la nacion suiza para decidir sus diferencias sobre los límites del Franco Condado.

Ocurridas algunas diferencias entre el rey don Enrique y los prelados, ricos hombres y caballeros del reino, acordaron que don Pedro de Velasco, hijo del conde de Haro y el comendador mayor don Gonzalo de Saavedra, elegidos por el rey, y don Juan Pacheco, marqués de Villena, y don Alvaro de Zúñiga, conde de Plasencia, elegidos por los prelados, ricos hombres y caballeros, se juntasen en la villa de Medina de Pomar para oír á las partes y decidir segun su arbitrio las diferencias que se les propondrian, obligándose todos á estar y pasar por lo que sentenciaren de comun acuerdo, y no habiéndolo, por lo que decidiese Fr. Alonso de Oropesa, de la orden de S. Gerónimo, con la mayor parte de los otros ó con dos de ellos. Al efecto otorgaron la correspondien-

(1) Esto es, comprometidas mutuamente.

(2) Tit. 195.

te escritura de compromiso: los árbitros aceptaron su encargo bajo juramento, y con arreglo á él dictaron su sentencia.

Pero el arbitraje mas notable, el mas célebre acaso, no solo en España, sino aun fuera de ella, ya por la importancia del asunto, ya por las solemnidades del juicio, ya por la gran reputacion y dignidad de los jueces, es el que tuvo lugar en 1412 en la villa de Caspe para designar el sucesor de don Martin, rey de Aragon. Eran muy varias y encontradas las pretensiones, bastante oscuros los derechos, grandes las animosidades de los parciales, mucho el poder y valimiento de los pretendientes, y los tres reinos de Aragon, Cataluña y Valencia, que formaban aquella poderosa monarquía, corrían riesgo de venir á las manos con grave perjuicio de la paz general. Para obviar á este inconveniente, convinieron de comun acuerdo que se nombrasen nueve jueces, tres por cada uno, los cuales se juntasen para oír á las partes y lo que cada una alegase, y que aquello que determinasen por lo menos seis de dichos jueces, hiciese sentencia firme y valedera, con tal que de cada uno de los reinos concurriese un voto. Entre los jueces nombrados por el reino de Valencia se contaban Fr. Vicente Ferrer, del orden de Santo Domingo, varon, como dice el P. Mariana, señalado en santidad y pulpito, y su hermano Fr. Bonifacio Ferrer, cartujano. Resolucion maravillosa y nunca oída, dice el mismo historiador, pretender por juicio de pocos hombres y no de los mas poderosos; dar y quitar un reino tan importante.

Los jueces, luego que aceptaron el cargo, se juntaron y despacharon edictos en que citaban á los pretendientes con apercibimiento si no comparecian en juicio, de tenerlos por escludidos de aquella demanda. Unos comparecieron personalmente, otros enviaron sus procuradores, siéndolo por el infante de Castilla don Fernando, el obispo de Palencia, y por el conde de Urgel, el obispo de Malta. El duque de Anjou no quiso comparecer, y sin embargo recusó cuatro de los jueces como sospechosos y par-

ciales. A todos estos hicieron jurar los árbitros que pasarian y tendrian por bueno lo que sentenciaren.

El juicio se celebró sobre un tablado muy ancho colocado delante la iglesia de Caspe, y tan alto, que de todas partes se pudiesen ver las operaciones de los jueces. A este acto, ya de suyo importante, imprimia un carácter de magestad y respeto la circunstancia de hallarse presentes los embajadores de los principes y los procuradores de los que pretendian. En fin, encargado San Vicente Ferrer de publicar la sentencia, que llevaba por escrito, la pronunció en alta voz, despues de haber dirigido á la concurrencia un discurso lleno de evangélica uncion. Los jueces árbitros declararon pertenecer la corona de Aragon al infante don Fernando de Castilla, cuya decision fue acogida con singulares muestras de entusiasmo (1).

Fijando ahora la consideracion en todos estos monumentos de nuestras leyes pátrias, observamos dos cosas importantes; primero, que el único arbitraje que estas admitian era el voluntario, y segundo, que el carácter de este hasta la introduccion de las Partidas, fue el de *amigable composicion*, siendo de consiguiente extraño á la legislacion propiamente española, no solo el arbitraje juridico, esto es, el que en la sustanciacion y decision del negocio obliga á observar las leyes, sino tambien el arbitraje forzado en ninguna especie de asuntos litigiosos.

Las Partidas introdujeron la division de los árbitros, en árbitros juris y arbitradores ó amigables componedores, y con esta division las disposiciones á ella concernientes, tomadas del cuerpo del derecho romano; pero no establecieron el arbitraje forzado en ningun caso.

El origen de este lo encontramos en una viciosa jurisprudencia establecida por los tribunales de justicia. Movidos estos, bien por la esclencia del juicio arbitral; bien por la dificultad que encontrasen en deci-

(1) Zurita: Anales de Aragon, tomo 3, lib. 11.

ARBITROS.

589

dir en justicia ciertos negocios, bien por descargar su responsabilidad, ó por otros motivos, mandaban frecuentemente que las partes comprometiesen á arbitros los mismos pleitos que ante ellos pendían, obligándoles también á que la elección recayese en individuos del tribunal. Esta facultad que se abrogaron los tribunales, contrariando los derechos de las partes, y atacando á la vez ambas instituciones, causaba perjuicios tan considerables, que obligó al legislador á poner el oportuno remedio. Para no destruir el prestigio de los tribunales y extirpar con toda seguridad el mal del abuso, se comenzó la reforma, prohibiendo en las ordenanzas de Medina de 1489 (1) que los oidores ni los alcaldes fuesen á arbitros de causas que hubieran de ir á las audiencias, y que pudiesen tomar ó aceptar arbitramento despues de comenzado el pleito ante ellos, salvo si el negocio se comprometiese en todos los oidores del tribunal, ó con licencia del rey, so pena de ser echados de las audiencias y de perder el sueldo de dos meses.

Esta disposicion se hizo once años despues estensiva por la pragmática de 1500 (2) á los asistentes, gobernadores y sus oficiales, prohibiéndoles recibir compromisos de pleitos que ante ellos pendiesen, ni del que ellos pudiesen conocer, so pena de que tornasen lo que llevaren con otro tanto.

Pero ni una ni otra medida fueron suficientes á atajar radicalmente el abuso introducido en los juzgados y tribunales, como lo comprueba la necesidad de reiterar mas espresamente aquellas prohibiciones, lo cual tuvo lugar por la cédula de 29 de marzo de 1595 (3). Por ella se mandó que los presidentes y oidores de las audiencias no manden á las partes que comprometan sus pleitos, sino que en todos los negocios determinen lo que sea justicia; y que esto mismo se haga en los pleitos comprometidos y no sentenciados.

Si la ley hubiese terminado aquí, el compromiso obligatorio habria quedado esplicitamente proscrito. Mas era ya necesario, como hemos dicho, prestar cierto homenaje á la costumbre, y por eso continúa la indicada cédula, diciendo: ...«Pero si alguno (pleito) fuere tan dudoso é intrincado, que, al parecer, deba comprometerse, se consultará antes con Nos.»

A pesar de que esta disposicion respeta en principio el arbitraje forzado para ciertos casos indeterminados; con todo eso, se comprende bien que la mente del legislador fue proscribirlo de un modo indirecto, y que este objeto lo consiguió, al menos prácticamente. En efecto, los tribunales, sea por haber conocido que esta era la voluntad presunta del príncipe, ó por los embarazos naturales que ofrecia una consulta al rey para cada caso ocurrente, fueron poco á poco abandonando esta especie de compromiso hasta el punto de haber caído en un completo desuso. Así es, que desde la publicacion de aquella real cédula, los tribunales no han hecho uso de la facultad de imponer á las partes el compromiso, con dicha limitacion, ni han podido hacerlo en ningun caso despues de reformadas su organizacion y atribuciones.

El arbitraje forzado, hablando con toda propiedad, no pertenece á nuestra legislacion, hasta que el código de comercio, copiando lo dispuesto en el código francés, lo ha importado para decidir las diferencias que ocurran entre socios de una sociedad comercial por razon de esta sociedad. Nada habian dispuesto antes las célebres ordenanzas de Bilbao, de modo que ha sido una institucion nueva y estraña de todo punto á los usos de nuestro comercio.

Dedúcese de lo espuesto, que el arbitraje voluntario de amigable composicion es el que han consagrado siempre nuestras leyes, y el que se presenta con carácter nacional; que el arbitraje jurídico es una importacion del derecho romano, y por último que el arbitraje forzado en materia de sociedades mercantiles es hijo de la legislacion francesa.

(1) Ley 5. tit. 11. lib. 5. Nov. Recop.

(2) Ley 4. tit. 35. lib. 1. Novis. Recop.

(3) Ley 17. tit. 1. lib. 5.

SECCION II.

DEL ARBITRAGE EN GENERAL, SU NATURALEZA Y ESPECIES.

Cuando se considera que la ley, al lado de las jurisdicciones permanentes bajo todos sus aspectos de competencia, gerarquía, procedimiento y autoridad, admite un poder judicial transitorio, cuya existencia y organizacion depende de la voluntad de meros particulares, ó de las prescripciones supletorias que ella misma establece á falta de aquella voluntad, claramente se ve que el arbitraje es una jurisdiccion esencialmente escepcional y anómala. La materia del arbitraje, como la de todos los juicios, la constituyen las pretensiones encontradas de las partes; su fin es el de todo juicio, poner término á la contienda por medio de una decision jurídica; los árbitros ó arbitraadores, como los jueces permanentes, tienen la potestad de sentenciar; hé aquí por que el arbitraje es una jurisdiccion; mas como el nombramiento de los árbitros ó arbitraadores es un derecho de las partes, y de su voluntad depende la forma que dehen aquellos seguir en el procedimiento, la duracion de sus funciones y hasta la fuerza obligatoria de su sentencia, por eso es el arbitraje una jurisdiccion escepcional y anómala, mas ó menos anómala, segun depende mas de la voluntad de los individuos que de los preceptos legales su establecimiento y organizacion.

La ley, como veremos despues, ha escluido de la competencia de las jurisdicciones ordinaria y comercial todas las diferencias entre socios de una sociedad mercantil por hechos referentes á la misma sociedad, sometiéndolas al juicio de árbitros; y ademas ha dejado á la libre voluntad de los particulares el que puedan escluir del conocimiento de casi todas sus diferencias á los tribunales establecidos, sometiéndolas á jueces de su eleccion. Tambien ha dejado la ley á voluntad de las partes la eleccion de la forma de proceder y de las reglas de decidir que han de guardar estos jueces, imponiéndoles

el procedimiento jurídico, ó dispensándoles de él para que resuelvan conforme á la equidad segun su leal saber y entender.

Si la competencia del arbitraje viene de la ley, recibe el nombre de *necesario ó forzado*, y si procede de la voluntad de las partes se llama *voluntario*, subdividiéndose en *jurídico* y de *amigable composicion*, segun hayan de guardarse ó no las reglas del derecho en el procedimiento y decision del juicio; pero siempre en todas las especies del arbitraje entran como elementos constitutivos, ya mediatos, ya inmediatos, la ley y la convencion.

Atribuyendo la ley á los árbitros y arbitraadores el carácter de jueces, les autoriza para dictar sentencia y les hace responsables civil y criminalmente de su conducta ilegal ó injusta como tales jueces; mas no por esto les reviste de todas las facultades que concede á los jueces ordinarios, como veremos mas adelante.

Lo mismo en el arbitraje voluntario que en el forzado, la eleccion de los jueces es un derecho de las partes, y como al elegirlos les autorizan estas para decidir y resolver las diferencias que les señalan, bajo ciertas reglas, se ha creido por algunos, que los árbitros y arbitraadores no eran otra cosa que meros mandatarios de los que les nombraban, y el arbitraje un mandato, deduciendo de aquí varias consecuencias contrarias á la índole y naturaleza peculiar de sus funciones. Aunque la eleccion de los jueces sea un derecho de las partes, y estas puedan establecer la forma del procedimiento, y estender ó limitar sus facultades, no debe desconocerse el elemento legal de su jurisdiccion, en cuya virtud son jueces de las partes, y no procuradores ó simples mandatarios de la que les nombra, quienes estan obligados á decidir en justicia ó equidad, la cuestion ó cuestiones sometidas á su decision. Esta independencia judicial de que gozan y las facultades jurisdiccionales que les otorga la ley, no pueden explicarse por las reglas del mero mandato, como tendremos ocasion de observar en las secciones siguientes.

ARBITROS.

591

SECCION III.

DEL ARBITRAGE VOLUNTARIO Y DE LAS COSAS QUE
PUEDEN SER OBJETO DE EL.

El arbitraje voluntario es, segun dejamos indicado en la seccion anterior, el que se constituye por la libre voluntad de las partes, con el fin de que se resuelvan por jueces de su eleccion ciertas diferencias, cuyo conocimiento compete por la ley á un tribunal ó juzgado establecido. Por medio del arbitraje voluntario pueden los particulares sustraer del fuero competente las contiendas y negocios que pueden ser objeto del juicio arbitral.

El arbitraje voluntario puede ser *juridico*, ó de *amigable composicion*, segun que las partes convengan en el compromiso, que los jueces que eligen guarden el procedimiento legal y se atengan á las leyes para dictar su sentencia, ó que procedan sin guardar las formas del juicio y decidan conforme á la equidad, segun su leal saber y entender. Los jueces elegidos para conocer y decidir en juicio arbitral voluntario juridico, se llaman *árbitros de derecho*, y los nombrados para resolver en juicio arbitral de amigable composicion, se denominan *arbitradores*, ó *amigables componedores*.

La bondad del arbitraje voluntario no puede ponerse en duda, porque dada la existencia de las contiendas juridicas, parece que nada mas deben apetecer los litigantes, que someterlas al fallo de jueces de su eleccion bajo la forma de proceder que les designen; y puesto que depende de su voluntad el nombramiento de los jueces y la brevedad del procedimiento, en su mano está el constituir un tribunal ilustrado, incorruptible é imparcial que ponga fin á sus contiendas sin las dilaciones, gastos y perjuicios que lleva consigo el estrépito forense. Pero si es cierta la bondad de esta institucion, ¿en qué consiste, puede preguntarse, que sean tan pocos los negocios que se comprometan por las partes á la decision de jueces ámbrosos ó arbitradores? ¿En qué consiste que prefieran los litigantes la tramitacion

legal con sus dilaciones y gastos, al procedimiento breve del juicio de amigable composicion, y la decision de jueces nombrados por el gobierno, al fallo de jueces por ellos elegidos? Sucede muchas veces que instituciones buenas en sí mismas, dejan de producir sus buenos resultados en la práctica, ya porque el estado de la sociedad en que se establecen no presente todas las condiciones debidas, ya porque las personas que hayan de funcionar en ellas no desempeñen el papel que se les encomienda. Entre las diferentes causas que entre nosotros producen el fenómeno que examinamos, solo señalaremos las que consideramos de mas fuerza. Es la primera, la dificultad que hay en los primeros momentos de la contienda en reprimir el calor y la irritacion de las partes para traerlas á la celebracion del compromiso. Los primeros momentos de las desavenencias son en lo general de lucha irreflexiva, en que toman parte todas las susceptibilidades y en que los resentimientos ó el amor propio son los únicos consejeros. En tal estado tienen poca ó ninguna influencia las inspiraciones de la razon, que aconsejan la paz ó cuando menos las vias judiciales mas amistosas. Por eso es difícil entonces que los interesados se pongan de acuerdo para celebrar el compromiso; sometiendo la decision de sus encontradas pretensiones al juicio de personas de su confianza. Es la segunda causa y sin duda la mas poderosa, la parcialidad de cada juez respecto á la parte que le ha nombrado y la desconfianza que les inspira á todos el tercero que haya de dirimir la discordia. Los litigantes buscan siempre en los árbitros ó arbitradores que nombran, procuradores ó abogados que les defiendan, y no jueces imparciales é independientes que les juzguen, y por eso, si en los nombrados no hay la dignidad que requiere el cargo que se les encomienda, rara vez resulta sentencia conforme en el primer juicio. Cada uno falla en favor de las pretensiones de la parte que le ha nombrado, quedando así en pie las diferencias que antes del pleito tenia divididos á los interesados. Entonces es ne-

cesario recurrir al tercer árbitro que dirima la discordia, viniendo así á resolverse la cuestion por un juez que no inspira á los contendientes toda la confianza que apetecen. Siendo, pues, el resultado previsto de todo arbitraje que venga en definitiva á decidirse la cuestion por un tercero, que en lo general no merece igualmente la confianza de las partes, prefieren estas someter sus diferencias al juez ó tribunal establecido por la ley, exento por lo regular de afecciones personales, conocedor de los negocios, y responsable de sus determinaciones, quien por la necesidad en que está de observar las formas legales y por el correctivo de los recursos á su superior, suponen que ha de obrar imparcialmente y con arreglo á justicia. También aleja muchas veces del arbitraje el temor de que quede ineficaz; ya por los recursos que concede la ley contra la sentencia arbitral, ya por la discordancia del tercer árbitro, ya por las pretensiones judiciales de un tercer interesado en el negocio, á quien no obliga el compromiso, ya por alguna otra de las causas que daremos á conocer en su lugar correspondiente.

Por estas y otras razones menos importantes se explica en nuestro concepto el por qué, gozando los particulares del inapreciable derecho de someter casi todas sus diferencias al juicio de jueces de su eleccion, y de consiguiente á jueces de su confianza, son tan pocos los negocios que se comprometen en árbitros ó arbitradores, cuando estos juicios, y especialmente el de amigable composición, evita á los interesados la mayor parte de los gastos que se les originan en los juicios sustanciados en todas sus instancias ante los jueces ó tribunales establecidos por la ley.

Vengamos ahora á determinar las cosas que pueden ser ó no objeto del arbitraje voluntario.

En general todas las diferencias ó contestaciones entre dos ó mas personas sobre cosas que están en el comercio, y que no interesan inmediatamente al orden público, pueden ser objeto del arbitraje voluntario, bien se haya incoado pleito formal sobre

ellas y se hallen pendientes del fallo de los tribunales, bien no se haya promovido todavía formal litigio; pues pudiendo las partes disponer libremente de sus derechos, tienen la facultad de comprometer en árbitros ó arbitradores todas las pretensiones en materia civil ó comercial que no están espresamente prohibidas por la ley.

Esta es la regla. Vengamos ahora á señalar las escepciones.

La ley de Partidas (1) dice que no pueden ser objeto de avenencia las causas en que pueda recaer sentencia de muerte, pérdida de miembro ó destierro; ni tampoco las de servidumbre ó libertad; ni las que versen sobre cosas pertenecientes al bien comun de algun lugar ó reino, á menos que por todos ó la mayor parte de él se nombre un procurador, facultándolo al efecto; ni las de matrimonio, ni aquellas en que el avenidor sea parte ó tenga interes.

La prohibicion de la ley relativa á las causas criminales debe entenderse de aquellas sobre delito en que pueda recaer pena corporal, y en cuanto á la pena misma, porque la declaracion é imposicion de esta incumbe á la autoridad pública encargada de mantener el orden de la sociedad. Pero bien puede subsistir el compromiso en cuanto á las penas meramente civiles ó de indemnizacion, porque el particular es libre de renunciar á ellas, sin perjudicar por esto ni afectar el interes general de la comunidad á que pertenece.

Del mismo modo puede recaer el compromiso en todas las causas criminales que no dan lugar á procedimiento de oficio, y que solamente puedan formarse á instancia y querrela del ofendido, como las de injurias, calumnias, lesiones no graves, estupro y otras de igual género. En una palabra, todas aquellas á cuya formacion debe preceder el acto de conciliacion ó el juicio de paz.

Tampoco en conformidad á dicha ley están sujetas á decision arbitral las causas sobre el estado de servidumbre y libertad, aunque esta especie de causas no puedan

(1) Ley 24, tit. 4, Part. 3.

ARBITROS.

593

tener lugar en la actualidad por hallarse abolida la esclavitud.

Ni las causas matrimoniales, esto es, las que versan sobre nulidad del matrimonio por algun impedimento dirimente, ni las de divorcio ó separacion entre marido y muger, sea perpétua ó temporalmente. Y la razon es, porque la sociedad conyugal no puede menos de ser objeto constante de la atencion y vigilancia del legislador, cuya conservacion es tambien la conservacion de la familia como tipo de la comunidad social. Esto de una parte, y por otra, la consideracion sacramental del matrimonio, de naturaleza indivisible, no permite dejar á la voluntad de los cónyuges, unidos por la ley y por la religion, la facultad de faltar á las condiciones indispensables del vínculo. Por eso en todas estas causas hay instituidos magistrados, á cuyo cargo somete la ley la defensa del matrimonio en nombre del interes público.

Mas cuando el matrimonio no se ha llevado á efecto, ó cuando no le ha precedido sino una promesa de futuro, llamada esponsales, no hay inconveniente en comprometer en árbitros las diferencias procedentes de este acto; porque en tanto que el matrimonio no se realice, el interes de los comprometidos no sale de la esfera de privado. Los esponsales confieren derechos de los cuales pueden disponer libremente los contrayentes, que es la circunstancia esencial del compromiso.

En la locucion *causas matrimoniales* hay quien comprende tambien para el efecto del arbitraje, las diferencias nacidas de los bienes dotales de la muger. Es muy importante en la práctica la cuestion de saber si los bienes que constituyen la dote de aquella, son ó no pueden ser materia de un arbitraje. Para decidir esta y otras cuestiones de igual naturaleza, es preciso recurrir á la regla, de que aquel puede comprometer que tiene la libre disposicion de sus derechos y la facultad de parecer en juicio para vindicarlos. Ahora bien, ¿puede el marido disponer como quiera de la dote de su consorte? ¿puede por consiguiente enagenarla? Para

responder categóricamente á esta pregunta, forzoso es tener consideracion á la manera ó condicion con que el marido recibió la dote. Si fue en calidad de inestimada, debiendo el marido en todos tiempos responder de las mismas cosas, no puede enagenarlas; mas si fuese estimada con estimacion que causa venta, bien puede disponer de ellas y enagenarlas segun su voluntad. Por consecuencia de esta distincion, se puede concluir que el marido puede celebrar compromiso respecto á los bienes provenientes de la dote estimada con estimacion que causa venta, y que no tiene igual facultad respecto á los bienes de la dote inestimada. V. **NOTE.**

Si la cuestion se coloca en otro terreno, esto es, en la suposicion de un arbitraje en que el marido y la muger son las únicas partes interesadas, la solucion es mas perentoria; porque no pudiendo la muger casada parecer en juicio sino por el órgano del marido, el derecho reputa á ambos como una misma persona, y seria un absurdo confundir en un solo y mismo sugeto los dos conceptos de actor y demandado.

Sin duda con objeto de evitar esta consolidacion de derechos, que tan abiertamente repugnan á la idea de juicio, es por lo que la ley prohíbe poner en manos de árbitros los pleitos en que uno de aquellos tenga el carácter de interesado, y da la razon, porque ninguno debe ser juez y parte en un mismo pleito. Esta ley al establecer una máxima tan conforme á los principios, no guarda desgraciadamente consecuencia, pues á seguida sienta, que cuando uno intiriése injuria ó deshonor á otro, puede ponerse en manos de este. Tan lastimosa contradiccion vendria á ser un absurdo si no fuera por el correctivo de que la sentencia que en tal caso diese el mismo agraviado, no obligaria al ofensor, no siendo aquella moderada, que es tanto como establecer la prohibicion, toda vez que se deja al compromitente la libertad de pasar ó no por lo sentenciado.

Las cosas que no pertenecen al patrimonio del hombre, y que por su naturaleza son ineapaces de pertenecerle, no pueden ser tampoco objeto de arbitraje.

Por último, las cosas pertenecientes al bien común de algun lugar ó reino, dice la ley 24, tit. 4, Part. 3, que tampoco pueden ser objeto de avenencia, á menos que por todos ó la mayor parte del pueblo se nombre un procurador facultándolo para ello. Así que, las cosas pertenecientes á los propios y arbitrios de los pueblos, las comunes, los derechos municipales y provinciales, y con mayoría de razón las cosas y derechos pertenecientes al Estado, no pueden en general ser objeto del juicio arbitral. Podrá suceder que el gobierno crea conveniente en algunos casos autorizar este medio de terminar las diferencias que las comunidades ó corporaciones puestas bajo su tutela, tengan necesidad de sostener, mas cuando se verifique, quedará siempre á salvo á las personas morales el remedio, la restitución *in integrum* sin perjuicio de la responsabilidad en que aquel incurra por la autorización improcedente. Los derechos de la hacienda pública no pueden someterse al juicio de árbitros sino en virtud de una ley (1).

SECCION IV.

DEL ARBITRAGE FORZADO Y CASOS EN QUE TIENE LUGAR.

El arbitrage forzado, segun dejamos dicho en la seccion segunda, es el establecido por la ley, como única jurisdicción competente, para la decision de ciertas diferencias, y precisamente porque solo en esta especie de juicio pueden ventilarse y resolverse, con exclusion de cualquiera otra jurisdicción, se le califica de forzado, ó necesario.

Cuestionábase largamente sobre si es útil ó conveniente que la ley establezca esta especie de arbitrage. Los que impugnan su establecimiento en toda especie de negocios, dicen, que reconocido por la ley el arbitrage voluntario, no debe forzarse á los particulares, únicos apreciadores de su propia conveniencia, á que sometan la decision de sus diferencias á esta jurisdicción escepcional y anómala, pues cuan-

do estos no la aceptan voluntariamente, es prueba segura de que no la consideran útil ni conveniente. El arbitrage forzado, añaden, sacrifica la libertad de los particulares sin provecho para el orden público; priva á las partes de las garantías que les ofrece la forma regular del procedimiento, y pone en descrédito las jurisdicciones permanentes, elevando sobre ellas un tribunal escepcional sin las convenientes garantías; es, dice uno de sus impugnadores, la sátira de la administracion de justicia. Mr. Troplong (1) ataca el arbitrage forzado en su último atrincheramiento, que es en las diferencias entre socios de una sociedad mercantil por cosas concernientes á la misma sociedad, y dice: «que este arbitrage es una manera de juzgar tan defectuosa, tan desprovista de garantías, que ha debido dejarse á las partes en libertad de recurrir á él, ó el repudiarlo, segun los casos. En cuanto á mí, que he sido árbitro algunas veces, declaro por experiencia, que en ninguna contienda de alguna gravedad aconsejaré á nadie que la someta al juicio de árbitros; un tribunal que se cree con derecho á ser mas equitativo que las leyes mas equitativas del mundo, me parece que solo es á propósito para un corto número de cuestiones de hecho y de intereses de poca monta. El movimiento de las sociedades mercantiles produce debates demasiado importantes para que forzosamente se prive de su conocimiento á los tribunales de comercio. Pero no es este el solo inconveniente. Cuando cada asociado tiene derecho de nombrar su árbitro, puede suceder, si la sociedad es numerosa, que el tribunal arbitral se componga de un número tan considerable de jueces, que haya las mayores dificultades para reunir los intereses, clasificar los votos y llegar á un resultado... Para hacer ver ademas cuan vana ha sido la utopia del legislador, que ha creído dar á la paz de las sociedades mercantiles una sancion inviolable, no hay mas que recorrer las colecciones de sentencias (*arrets*); las cuales muestran cuantas dificultades han na-

(1) Art. 8 de la ley de 20 de febrero de 1850.

1 *Commentaire du contrat de société*, t. 6m. 520.

ARBITROS.

595

cido de los artículos 31 y siguientes del Código de comercio.»

El arbitraje forzado tuvo muchos defensores en Francia en tiempo de su revolución, mas hoy día no hay quien lo sostenga fuera del estrecho círculo de las diferencias entre socios por razón de la sociedad. Fúndanse para ello, principalmente en la conveniencia de evitar la publicidad de los debates en estos negocios por su naturaleza reservados, y en que por este medio puede mejor conservarse la paz y la armonía entre los miembros de esta especie de familia, formada por la sociedad, sin las cuales no podría prosperar.

Mas si es tal como se figura la conveniencia del arbitraje en estos casos, debería ser inútil el precepto de la ley, por cuanto el interés mismo de las partes, en cuyo favor se instituye, supliría siempre, y con ventaja, aquel precepto. La conveniencia individual no se manda; se facilita y se protege. Y siendo esta la principal tarea del legislador ¿por qué razón imponer forzosamente á las partes lo que ellas mismas están interesadas en hacer? ¿No bastaría para asegurar este interés el arbitraje voluntario? Pero mirado el punto por todos sus aspectos, también podría suceder que en cierta cuestion dada, una parte no temiera la publicidad del debate, y la otra tuviese fundados motivos para rehusarla; que por la propia razón, un litigante se opusiese al juicio arbitral que su contrario le propusiera, y en tal caso el perjudicado tendría que resignarse forzosamente al capricho ó á la malevolencia del otro, y sufrir, mal de su grado, todos los inconvenientes del estrépito de las audiencias. «Los hombres obran, dice el *Nouveau Denisart*, número 33, estan de tal modo dispuestos á obrar contra sus propios intereses y contra los de sus semejantes, que es preciso algunas veces, cuando su bien particular y el de la sociedad lo exijan, contrariar el derecho comun y la libertad natural respecto á ellos. Por esto han creído los legisladores que habia casos en que no bastaba exhortar, sino que era necesario obligar á las partes contendientes á someter sus diferencias al juicio de árbitros, cuando estas no eran

bastante prudentes para aceptar voluntariamente esta via de paz y de conveniencia.»

Sin embargo de haber dado toda la fuerza y estension de que es susceptible este argumento en favor del arbitraje forzado, no vemos por eso una razón concluyente que sancione su establecimiento, porque al fin, como sientan oportunamente los autores del nuevo código de Ginebra en la esposicion de sus motivos, todos los enunciadados inconvenientes cesan, juzgando los tribunales comunes á puerta cerrada. Así es, que dichos legisladores han autorizado en el artículo 83 de su código las defensas por aquel medio secreto en las causas entre socios, á fin, dicen, de preparar la sustitucion del tribunal de comercio á los árbitros, removiendo de ante mano la objecion sacada de una publicidad que no siempre permiten las operaciones comerciales y los intereses de los socios.

De todos modos, hablando en sentido absoluto, el arbitraje forzado, en el hecho mismo de ser obligatorio, puede convertirse en una verdadera calamidad. En comprobacion de ello remontémonos á la época en que esta especie de arbitraje se estableció formalmente en Francia. En el siglo XVI, reinando Francisco II, se mandó aquel modo de juzgar para las diferencias entre los próximos parientes en materia de divisiones y particiones de herencias, cuentas de tutelas y otras administraciones, restitutiones de dotes y viudedades. Pero el legislador de 1790 fue mas lejos en este punto, y estuvo mucho mas explícito, pues estableció el arbitraje forzado entre marido y muger, padres é hijos, abuelos y nietos, hermanos y hermanas, tíos y sobrinos, ó entre afines en los mismos grados, entre los pupilos y sus tutores, etc., etc.; en fin, se estableció un arbitraje obligatorio á quien se dió el nombre de tribunal de familia. «Mas esta institucion tan encomiada, dice un recomendable escritor de aquella nacion, que nos recordaba la jurisdiccion doméstica, la sencillez y la piedad de los primeros siglos, vino á ser entre nosotros la mas funesta de las novedades. Las defen-

sas gratuitas fueron un aliciente: ser juez y parte á su vez unos respecto á otros, fue un objeto de comercio: los procesos se multiplicaron hasta lo infinito; las trampas y los enredos no tuvieron ya límites; cien cartas-órdenes ó despachos, no bastaban muchas veces para llegar á componer un tribunal de familia y constituirlo en sesion; la guerra judiciaria era general; la Francia entera no fue sino una arena de litigantes; el pueblo mas reducido, la familia menos numerosa tenia sus litigantes, su tribunal de familia en actividad, y la ruina de todos era la consecuencia inevitable; porque siendo por lo regular las tabernas el sitio en que se tenian las sesiones, lo mismo los juéces que los litigantes se habitaban á la relajacion y á la holgazaneria, antes de terminar los litigios, y despues de haberlos decidido se veian nacer los odios, los rencores, las animosidades, las venganzas, y el encarnizamiento de todos contra cada uno, y de cada uno contra todos, de tal suerte, que lo que la teoria habia presentado como un bien, vino á ser en la práctica una calamidad general (1).

Este cuadro, por muy recargado que parezca, no es mas que un fiel relato de lo que pasaba en muchas partes de la Francia, de modo que el gobierno á muy poco tiempo de aquellas funestas esperiencias, se vió en la necesidad de abolir implicitamente los tribunales de familia; á pretexto de que la constitucion del año III no los habia comprendido en el número de las nuevas instituciones judiciales.

La misma suerte cupo á las demas instituciones de árbitros forzados entre personas que no eran parientes en los litigios suscitados sobre bienes patrimoniales y derechos á ellos anejos, sobre particion y division, sobre donaciones y sucesiones y sobre reconocimiento de hijos naturales y su derecho á suceder. El legislador se vió en la precision de poner un pronto término á estas jurisdicciones, declarando que el arbitraje

forzado era contrario á la constitucion.

Estos y otros muchos ejemplares que podríamos citar, demuestran hasta la evidencia, como dejamos insinuado arriba, que el arbitraje legal ó forzado es, hablando en términos generales, una calamidad.

En nuestra antigua legislacion no vemos huellas de una institucion tan fecunda en malos resultados, porque aun cuando los contadores nombrados por las partes para dividir y adjudicar los bienes hereditarios, ó para formar las cuentas de una administracion, pudieran tener algun punto de contacto con el arbitraje de que hablamos, nuestras leyes patrias (1) nunca les han dado este carácter; lo primero, porque no se exige de las partes que los nombren indispensablemente, y lo segundo porque no intervienen en la totalidad del negocio, ni deciden una parte de él, sino con la calidad de someterse á la aprobacion de las partes ó del juez ordinario ante quien pende el negocio.

Así, pues, podemos asegurar que en ninguna época, ni en ningun código ó cuerpo de la legislacion española, se ve establecido el arbitraje forzado; porque, aunque la ley 17, tit. 1, lib. 3, Nov. Rec. prohibe que desde su promulgacion en adelante no manden los presidentes y oidores de las audiencias que las partes comprometan en sus manos los pleitos que *trujeren*, y que si alguno fuese tan dudoso que al parecer deba comprometerse, sea consultando previamente á S. M.; esta ley no establece, como se ha dicho en la parte histórica, el compromiso forzado, sino que proscribte de un modo indirecto, pero eficaz, la costumbre contra ley que se habia introducido en los tribunales respecto á algunos negocios.

El establecimiento del arbitraje forzado puede decirse que se halla autorizado legalmente por primera vez en España desde la publicacion del Código de comercio y de su correspondiente ley de enjuiciamien-

(1) *Nouveau Denisart. V. Arbitrage*, núm. 34.

(1) Ley 3, tit. 4, part. 3; y ley 5, tit. 2, lib. 3, Recop.

ARBITROS.

397

to, aunque contraído á las diferencias entre socios.

Los artículos 323 y 348 del código establecen, que toda diferencia entre socios, así como toda reclamación de agravios por la división del haber social, se decidan por jueces árbitros, y el 233 de la ley de enjuiciamiento ordena, que el compromiso es forzado para dirimir las diferencias entre socios, según las disposiciones de los artículos 323 y 348 del Código de comercio. Antes de entrar en el examen de estos artículos para determinar los diferentes casos comprendidos en ellos, y sujetos por lo tanto al arbitraje forzado, vamos á ocuparnos de una cuestión importante, á saber: si los socios á quienes se obliga á someter sus diferencias ó reclamaciones al juicio arbitral, podrán comprometer estas diferencias ó reclamaciones en amigables componedores, ó si la ley que les impone el arbitraje, les impone también el arbitraje jurídico; ó en otros términos, si el arbitraje forzado puede ser jurídico ó de amigable composición.

Los que sostienen que el arbitraje forzado ha de ser precisamente y en todos los casos jurídico, se apoyan en el tenor literal de los artículos del Código de comercio y ley de enjuiciamiento que dejamos citados. Allí dicen se establece que toda diferencia entre socios se decidirá por jueces árbitros, y como este precepto es absoluto, no pueden los socios eludirlo, sometiendo sus diferencias al juicio de amigables componedores.

Contra el sentido literal de la ley está el sentido racional de la misma y los principios sobre que están basadas todas sus disposiciones. Al establecer la ley el arbitraje forzado, no se ha propuesto mas que sujetar al juicio arbitral aquellas diferencias, privando de su conocimiento á los tribunales de comercio, y cumplido y satisfecho queda su objeto, cuando las partes las comprometen al juicio de amigables componedores. El arbitraje de amigable composición reúne en su favor todas las circunstancias que hacen recomendable el juicio arbitral, y sería un contra-principio reconocer la necesidad imprescindible de arbitraje, y condenar al mismo

tiempo la especie de arbitraje mas útil y beneficiosa á los intereses que se desea favorecer. La ley no dice que los socios no pueden comprometer sus diferencias en amigables componedores, como era necesario que lo dijera, tratándose de establecer una escepcion á la regla común; dice por el contrario, después de haber ordenado lo conveniente respecto al juicio arbitral jurídico, que los comerciantes *podrán también* comprometer la decisión de sus contiendas en amigables componedores que decidan sobre ellas, sin sujeción á las formas legales, según su leal saber y entender (1). De esta regla general no se exceptúa contienda ni diferencia alguna sobre asuntos mercantiles sujetos á la jurisdicción del comercio; las abraza todas, lo mismo las habidas entre socios, que las que nazcan entre comerciantes independientes por cualquier contrato ú acto mercantil. Las primeras palabras del artículo, como que se refiere á lo dicho en los anteriores sobre el arbitraje jurídico, ya voluntario, ya forzado, quitan todo género de duda sobre el punto en cuestión. Antes habia dicho (2) que toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida al juicio de árbitros; y que el compromiso es forzado para dirimir las diferencias entre socios (3). De consiguiente, al decir después que los comerciantes *podrán también* comprometer la decisión de sus contiendas en amigables componedores, claro es que les faculta para que tanto las que pueden ser comprometidas en árbitros, como las que forzosamente han de someter al juicio arbitral, puedan comprometerlas en amigables componedores. En los negocios mercantiles, y entre estos en los de sociedad mas que en ningún otro, se requiere que el procedimiento sea breve y sin estrépito y que se juzgue con arreglo á los principios y máximas de la equidad, verdad sabida y buena fé guardada, lo cual se imposibilitaría en muchos casos prohibiendo á los socios el que pudiesen comprometer la decisión de

(1) Art. 306, ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 323, id. id.

(3) Art. 326, id. id.

sus contiendas en amigables componedores. Si este arbitraje es el mas beneficioso en toda clase de negocios, y el que mejor corresponde á la índole y naturaleza de los mercantiles, y si el derecho de recurrir á él está concedido tanto en el fuero común como en el comercial á todos los que están facultados para someter sus diferencias al juicio arbitral, no es posible concebir razon alguna que justifique la prohibicion de recurrir al arbitraje de amigable composicion en las diferencias entre socios de una sociedad mercantil. A los socios obligados á comprometer sus diferencias al juicio arbitral les es permitido renunciar todos los remedios de derecho contra las sentencias arbitrales (1); ¿cómo podrá sostenerse que no están facultados para renunciar al arbitraje de derecho, sometiéndose al que les es mas favorable de amigable composicion?

De lo dicho resulta que al establecer la ley el arbitraje forzado no ha privado á los socios de una sociedad mercantil del derecho que concede á todo comerciante para poder comprometer la decision de sus contiendas en amigables componedores, como no ha privado á los comerciantes del derecho de recurrir al juicio arbitral cuando ha dispuesto en términos generales y absolutos (2), que la jurisdiccion de los tribunales de comercio es privativa para toda contestacion judicial sobre obligaciones y derechos procedentes de las negociaciones, contratos y operaciones mercantiles.

¿Pero una vez elegido por las partes el arbitraje de amigable composicion, seguirá este la índole y naturaleza del arbitraje forzado, ó tomará el carácter de arbitraje voluntario? Esta cuestion ha sido largo tiempo debatida en Francia, cuya legislacion en esta parte ha copiado nuestro código, siendo hoy uniforme la jurisprudencia que establece que la amigable composicion en las materias sujetas al arbitraje forzado, no hace perder á este su carácter particular.

De lo espuesto se deduce, que el arbitraje

forzado puede ser, como el voluntario, *juri dico* ó de *amigable composicion*.

Si los contendientes tienen la facultad de comprometer sus diferencias en amigables componedores, ¿pondrán tambien renunciar al juicio arbitral, sometiéndose voluntariamente á la jurisdiccion de los tribunales de comercio, ó de los tribunales comunes? El arbitraje forzado está instituido por la ley para que no conozcan de las cuestiones de su competencia ningun tribunal ordinario ni de comercio, por considerar como poco conformes al interes social las condiciones del procedimiento que deben estos guardar en los litigios, y precisamente porque ha querido que el arbitraje sea la única jurisdiccion competente para conocer y resolver las diferencias entre socios, le ha dado el carácter de forzado, lo cual convence de que no les es permitido á estos renunciar directa ni indirectamente al juicio arbitral, acudiendo de comun acuerdo á un tribunal establecido, sea ordinario ó de comercio, ó prorogando su jurisdiccion; de donde se deduce, que tan luego como se suscite ó promueva ante estos tribunales cualquiera contienda de las que la ley somete forzosamente al juicio arbitral, deben abstenerse de conocer de ella, y mandar que las partes procedan á celebrar el correspondiente compromiso con arreglo á la ley.

Pasemos ahora á examinar los casos en que tiene lugar al arbitraje forzado. El artículo 323 del Código de comercio ordena que, «toda diferencia entre socios se decidirá por jueces árbitros, háyase ó no estipulado así en el contrato de sociedad.» El artículo 345 del mismo código, dice: «estas reclamaciones (las de agravios por la division del habersocial) se decidirán por jueces árbitros,» y el artículo 255 de la ley de enjuiciamiento dispone que «el compromiso es forzado para dirimir las diferencias entre socios, segun las disposiciones de los artículos 325 y 345 del Código de comercio.» Estos artículos no establecen, segun se ve, mas que una regla general, como origen y fundamento del arbitraje forzado, á saber: que es de la competencia esclusiva de esta jurisdiccion el co-

(1) Art. 262, ley de Enj.

(2) Art. 1199, Cod. de comercio.

ARBITROS.

599

nocimiento y decision de todas las diferencias que se promuevan entre socios de una sociedad mercantil por razon de esta misma sociedad. De aquí se deduce que para que haya lugar al arbitraje forzado se requieren tres condiciones. 1.ª Que la diferencia que haya de juzgarse sea entre socios. 2.ª Que los socios lo sean de una sociedad ó compañía mercantil; y 3.ª Que la diferencia ó contestacion sea referente á la sociedad mercantil de que son socios. Todas estas condiciones deben concurrir para que haya lugar al arbitraje forzado. Entremos en algunos pormenores sobre cada una de estas tres condiciones.

Primera condicion. Que la contienda ó diferencia sea entre socios.

Los miembros de una misma sociedad en su cualidad de asociados estan obligados á someter sus diferencias al juicio arbitral. Tambien lo estan los herederos y causa-habientes de los socios, en cuyos derechos y obligaciones les sucedan completamente, aunque estos sean de menor edad, en cuyo caso otorga por ellos el compromiso su tutor ó curador.

El lazo de la asociacion es la primera circunstancia que ha de existir para que proceda el arbitraje forzado. Donde no existe, no lo impone la ley, antes bien deja á los interesados en libertad de recurrir al arbitraje voluntario, ó de llevar la cuestion al tribunal competente.

De aquí se sigue, que las contestaciones que se susciten entre dos sociedades de comercio, ó bien entre una sociedad y un comerciante extraño á ella, no estan sujetas al arbitraje forzado, sino que son de la competencia del tribunal de Comercio.

Tambien son de la competencia del tribunal de Comercio las contestaciones que pueda haber entre un comisionado que trabaja por un tanto en los beneficios que reporte la casa y su comitente respecto á la comision, por no ser realmente asociados.

Segunda condicion. Que los socios lo sean de una sociedad ó compañía mercantil.

No basta que la diferencia ó contestacion sea entre personas asociadas, es preciso

ademas que la sociedad habida entre ellas sea mercantil para que haya lugar al arbitraje forzado. Las únicas leyes que establecen este arbitraje son como hemos visto, el Código de comercio en el título que habla de las compañías mercantiles, y la ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio; leyes ambas que no son aplicables á los asuntos comunes. Por esta razon y por no hallarse establecido el arbitraje forzado en las leyes generales, no estan obligados á someter á él sus diferencias los socios de las sociedades civiles, sin que sea tampoco aplicable á ellos por analogía lo dispuesto en aquellas leyes escepcionales. Cual sea sociedad ó compañía mercantil, y cual civil, no es este el lugar de darlo á conocer. Véase el artículo **SOCIEDADES**.

Las sociedades ó compañías mercantiles que el Código de comercio reconoce, son cuatro: la sociedad colectiva, la sociedad anónima, la sociedad en comandita y la sociedad accidental ó cuentas en participacion. Respecto de las tres primeras no puede ocurrir la menor duda sobre que las diferencias ó contestaciones entre sus miembros estan sujetas al arbitraje forzado; mas se ha provocado formal cuestion sobre si son del mismo modo aplicables á la sociedad accidental ó cuentas en participacion las leyes que establecen aquella especie de arbitraje.

Los que sostienen que el arbitraje forzado no es estensivo á las diferencias entre socios de una sociedad accidental ó cuentas en participacion, se fundan en que el código forma una seccion á parte de esta especie de sociedades, dispensándolas de las formalidades que impone á las demas en su constitucion, por considerarlas mas bien como un negocio convenido con el comerciante que lleva el nombre de la negociacion, que no como el establecimiento de una verdadera sociedad. Por eso añaden ha colocado el arbitraje forzado en la seccion respectiva á las otras tres especies de sociedades, y antes de hablar de la sociedad accidental ó cuentas en participacion, lo cual no hubiera hecho, si se hubiera propuesto estender tambien á esta aquella jurisdiccion

especial. En los artículos que consagra á la sociedad accidental, nada se encuentra referente al juicio arbitral, de donde se deduce, que bien se atienda á la naturaleza especial de esta sociedad, impropriamente llamada tal, bien á las otras circunstancias antes indicadas, debe siempre concluirse que los socios de una sociedad accidental ó cuentas en participacion, no estan obligados á comprometer sus diferencias en árbitros ó amigables componedores.

Sin embargo, la opinion contraria es la mas cierta, y la que se sigue por los tribunales. Fúndase en que la sociedad accidental es una verdadera sociedad mercantil, como puede verse en el artículo **SOCIEDADES**, y siéndolo, existen respecto de ella las mismas razones que respecto de las demas para que las diferencias entre sus miembros sean juzgadas por un tribunal arbitral. Por otra parte los artículos del Código de comercio que dejamos copiados, hablan en términos generales, *toda diferencia entre socios*, dice el artículo 525; de consiguiente, allí donde haya sociedad mercantil y diferencias entre sus miembros, allí se impone el arbitraje forzado para juzgarlas y resolverlas. Y que este es el sentido de aquel artículo, se confirma con lo dispuesto en la ley de enjuiciamiento en su artículo 253, en donde se establece otra vez la regla general aplicable á todas las sociedades mercantiles, de que el compromiso es forzado para dirimir las diferencias entre socios. La sociedad accidental ó cuentas en participacion, no cabe duda que puede contraerse sin las solemnidades que deben constituirse y organizarse las otras sociedades; pero esto no se opone á que deba ser una misma la jurisdiccion que deba conocer de las diferencias de los socios en todas ellas. La mayor ó menor solemnidad que en su constitucion deban guardar las sociedades, no es el fundamento del arbitraje forzado, y por eso es inaplicable á la cuestion que nos ocupa cuanto se deduzca de esta diversidad formal.

Tercera condicion. Que la diferencia ó contestacion sea por razon de la sociedad.

No basta que los contendientes sean socios

de una sociedad mercantil para que proceda el arbitraje forzado, es necesario ademas que la contienda verse entre ellos sobre cosas relativas á la misma sociedad mercantil en su cualidad de socios de ella. Las contestaciones que puedan provocarse entre los socios pueden ser muy diversas y hasta de naturaleza distinta, y por eso no estará de mas que demos á conocer las mas frecuentes.

Pueden ocurrir contestaciones sobre la existencia misma de la sociedad mercantil, ya sosteniéndose por una de las partes que la sociedad es civil, ya que no existe sociedad por ser nulo el contrato ó faltarle alguna de las solemnidades esenciales. ¿Cuando se provoquen tales cuestiones que ponen en duda la existencia de la sociedad mercantil, han de someterse al juicio arbitral, ó han de juzgarse por el tribunal de comercio? ó en otros términos, ¿cuál de las dos jurisdicciones es la competente? El arbitraje forzado solo se impone á los socios de una sociedad mercantil, no á los socios de una sociedad civil, ni á personas no asociadas. De consiguiente es preciso, ante todo, que quede bien definida y justificada la cualidad de socios y la naturaleza mercantil de la sociedad cuando se ponen en duda; porque mientras no se reconozcan ó declaren ambas circunstancias, no nace la jurisdiccion arbitral impuesta por la ley solo y esclusivamente á los socios de una sociedad mercantil. De aquí se deduce, que todas las cuestiones que se promuevan sobre la existencia ó no existencia de la sociedad mercantil, así como sobre la cualidad de asociado, son de la competencia del tribunal de Comercio.

Otra cosa debe decirse en los casos en que la cuestion promovida por los socios verse sobre si tal operacion está ó no dentro del círculo de la sociedad, si esta debe ó no considerarse terminada por haber espirado el tiempo ó cumplido su objeto, ó por cualquiera otra razon legítima: todas estas contestaciones caen dentro de la jurisdiccion arbitral, puesto que la ley somete á ella toda diferencia entre socios de una so-

ÁRBITROS.

401

ciudad mercantil por razon de esta misma sociedad, sin limitacion alguna. De consiguiente, todo cuanto se refiere á la declaracion ó determinacion del hecho fundamental de la asociacion mercantil, es de la competencia de los tribunales de comercio; y por el contrario, todo lo relativo á las condiciones de esta asociacion, á su objeto y fin debe someterse al arbitraje forzado. Tan luego como el tribunal de comercio reconoce la existencia de la sociedad mercantil y la cualidad de socios en los contendientes, queda sin jurisdiccion para conocer de las contestaciones sociales, de cualquiera especie que sean.

Hemos dicho antes, que nó basta que la diferencia se promueva entre socios de una sociedad mercantil para que haya lugar al arbitraje forzado, sino que es necesario además que la diferencia sea por razon de la misma sociedad. De aquí se deduce, que las contiendas que se susciten entre un miembro de una sociedad mercantil y sus consocios sobre el pago de un crédito que la sociedad le deba por otro concepto que el de asociado, así como la accion intentada por la sociedad contra uno de los socios para obligarle á cumplir un contrato cualquiera celebrado con él como particular, no son de la competencia del arbitraje forzado, pues en tales negocios no son los contendientes asociados de una sociedad comercial. Lo mismo debe decirse en todos los casos en que falte el lazo de asociacion mercantil.

Por el contrario, debo someterse al arbitraje forzado la demanda dirigida á que se declare que un socio comanditario no ha puesto en la sociedad los fondos que se obligó á poner en ella, ó que lo ha hecho por una compensacion ilusoria: la que se entable para que se condene al socio que ha vendido ó trasferido sus acciones á que pague los dividendos hasta el completo de ellas: la que promueva un liquidador de una sociedad, sea ó no socio, contra los asociados deudores para que satisfagan de las cantidades que en su cualidad de asociados deban á la sociedad: la que se suscite entre

algun ó algunos accionistas de una sociedad anónima con los administradores de ella sobre los dividendos que les exijan, ó la que se provoque por todos los accionistas ó por los actuales administradores contra los antiguos gerentes de la sociedad sobre cuentas, daños y perjuicios, ó cualquiera otro punto relativo á su gestion. En todos estos casos, aunque parezca que una de las personas no tiene el carácter de socio propiamente dicho, tiene, ó la representacion de la sociedad, como sucede con el liquidador y gerente, ó conserva la cualidad de asociado respecto á la obligacion que se le reclama, como acontece respecto del accionista primitivo que ha trasferido sus acciones, pues está por la ley obligado en garantía á satisfacer su importe, si no lo hace el cesionario.

¿Y qué deberá decirse de las demandas que se promuevan con el fin de que se declare disuelta una sociedad mercantil? Para resolver esta cuestion con arreglo á los principios de competencia es necesario hacer una distincion. Si la demanda en disolucion se funda sobre algun hecho propio de algun ó alguno de los asociados contrario á lo establecido en el contrato de sociedad, como si un socio no ha entregado los fondos á que se habia obligado, ó está habitualmente enfermo é imposibilitado para dedicarse á los negocios de la sociedad, segun se habia comprometido, ó imprime á la sociedad una marcha distinta de la convenida, no cabe duda que la demanda en disolucion fundada en una de estas causas, ú otra semejante á ellas, debe someterse al arbitraje forzado, por la sencilla razon de que es una contestacion entre asociados mercantiles por razon de la misma sociedad. Mas si por el contrario la demanda en disolucion se funda sobre la nulidad del contrato, bien porque se haya celebrado sobre cosas prohibidas por la ley, bien sin las formalidades esenciales que esta exige para su validez y eficacia, todas estas son cuestiones que caen fuera del arbitraje forzado, y que competen de derecho á los tribunales de comercio, porque en estos casos y otros de su especie, no se trata real-

mente de resolver una cuestión entre asociados, sino una cuestión de orden público, cual es decidir si se han observado ó se han violado las condiciones legales que autorizan la constitución y existencia de la sociedad.

Declarada la disolución de la sociedad, es consecuencia necesaria que se proceda á su liquidación y á la división del haber social que resulte líquido después de satisfechas todas las deudas de la misma. Suelen con frecuencia suscitarse cuestiones entre los miembros de la sociedad disuelta sobre la manera y forma de hacer la liquidación y los agravios inferidos en la división, y se pregunta si estas cuestiones deben siempre someterse al arbitraje forzado. Aunque la sociedad esté disuelta, no por eso se han roto todos los lazos sociales entre sus miembros; hay una comunidad necesaria mientras no se liquide y divida el haber social, la cual les impone ciertos deberes y les concede ciertos derechos. Sin duda por estas consideraciones ha establecido el Código de comercio en su artículo 343, que las reclamaciones de agravios por la división del haber social se sometan al arbitraje forzado. Mas al mismo tiempo que ha creído en armonía con el espíritu de la sociedad, estender el arbitraje forzado hasta las últimas diferencias que puedan dividir á los socios, ha creído prudente establecer un término dentro del cual deban entablarse las reclamaciones de agravios, y someterse al juicio arbitral, disponiendo que hecha la división se comunique á los socios, quienes en el término de quince días se conformarán con ella, ó espondrán los agravios en que se estimen perjudicados, debiéndose decidir estas reclamaciones por jueces árbitros que nombrarán las partes en los ocho días siguientes á su presentación, y en su defecto y de oficio el tribunal competente (1).

Estas esplicaciones sobre cada una de las circunstancias que deben concurrir en las diferencias entre socios para que haya lugar al arbitraje forzado, y la aplicación de

ellas á los casos mas frecuentes, nos parecen bastantes para que pueda distinguirse en todos los demas que puedan ocurrir cuando son de la competencia de la jurisdicción arbitral y cuando corresponde su conocimiento y decisión á los tribunales de comercio.

SECCION V.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN Ó NO SOMETER SUS NEGOCIOS AL JUICIO ARBITRAL.

En la sección III hemos dado á conocer los negocios que pueden ser objeto del arbitraje voluntario, y en la siguiente los que son de la competencia exclusiva del arbitraje forzado. Deslindada así la materia de uno y otro, vamos ahora á ocuparnos de las personas á quienes la ley concede el derecho de someter sus diferencias al juicio arbitral, ya sea este jurídico ó de amigable composición, porque no basta para que se celebre válidamente un compromiso que el negocio que se compromete pueda ser sometido al juicio arbitral, sino que es necesario tambien que las personas que lo celebran no tengan incapacidad para contraerlo. El legislador no ha podido en efecto investir á toda clase de personas de una facultad tan importante, cual es la de sustituir con jueces de su privativa elección á los que la ley reconoce como capaces de desempeñar cumplidamente tan graves funciones; la de abreviar ó suprimir las formalidades protectoras de la defensa; la de renunciar á la útil garantía de los dos ó mas grados de jurisdicción, y muchas veces á todos los recursos contra las sentencias, y en fin, la de reemplazar los jueces de derecho por jueces de equidad. El ejercicio de esta facultad exige un discernimiento y una libertad de espíritu de que solamente se presumen capaces los que pueden disponer libremente de sus derechos. El legislador ha debido por tanto, ser muy circunspecto en este punto. Pueden comprometer sus negocios en manos de árbitros ó arbitradores todos los que tienen capacidad para contra-

(1) Arts. 344, 345, Código de comercio.

ARBITROS.

403

tar y parecer en juicio; dice la ley 25, título 4, Part. 3. Las personas que celebren el compromiso han de tener capacidad para parecer en juicio sobre asuntos mercantiles, dice también la ley de enjuiciamiento en materia de comercio, art. 253. Estas disposiciones, á pesar de su generalidad, no son mas que la reproducción de este axioma: *qui contrahere nequit, nec compromittere potest*.

En consecuencia vamos de un modo sumario á pasar, digámoslo así, revista á las diversas personas; individualidades ó colecciones de individuos á quienes por consecuencia de su menor edad, ó por impotencia de obrar, por su dependencia ó condenación, insuficiencia de poder ó situación particular, se ha negado la capacidad de comprometer.

Menores de edad. Por menor se entiende en nuestro derecho el que no ha cumplido 25 años. ¿Podrá comprometer este menor sus diferencias en árbitros? La regla general resuelve negativamente la cuestión, porque el menor ni puede contratar ni parecer en juicio; pero la ley establece algunas limitaciones á esta regla que vamos á exponer. O el menor que trata de comprometer, tiene curador ó no. Si teniéndole, y no llegando á 14 años celebra compromiso sin su mandato ni otorgamiento, no queda obligado á estar á la decisión arbitral ni á pagar la pena que hubiese sido impuesta, aun cuando hubiere dado fiadores, ni estos quedarán responsables á ella; pero si el menor era mayor de los 14 años al celebrar el compromiso, y no quisiere estar y pasar por la sentencia, los fiadores, si los hubiese dado, deberán satisfacer la pena estipulada. En la hipótesis de que el menor compromitente carezca de curador, queda obligado como si hubiese cumplido 25 años, á estar y pasar por el juicio arbitral, salvo el recurso de restitución, proveniente de dolo ó perjuicio probados.

Esta doctrina que es en compendio la ley 25, tít. 4, Part. 3, la resume el mas autorizado de los comentadores de aquel cuerpo de derecho, diciendo; que el menor

de 14 años no puede celebrar compromiso, ni obligarse ni obligar á sus fiadores; que el mayor ó menor de dicha edad puede celebrarlo válidamente con autoridad de su tutor ó curador, salvo el recurso de restitución; y en fin, que el mayor de la propia edad puede celebrarlo por sí válidamente, no teniendo curador, sin perjuicio de dicho recurso (1). Esta doctrina está fundada en el derecho romano; *Minores, si in iudicem compromiserunt, et, tutore auctore, stipulati sunt, integrá restitutionem adversus talem obligationem jura desiderant* (2).

Suscítase por algunos la cuestión de si el compromiso de un menor puede tener lugar respecto á los bienes inmuebles, lo cual parece estar en oposición con la disposición de derecho que prohíbe enagenarlos sin previo decreto judicial dado con conocimiento de causa, porque comprometer es una especie de enagenación. Pero este es un argumento que no destruye la doctrina sentada, en razón de que los menores hasta su mayor edad, son incapaces de empeorar de condición, de modo, que si de resultados de sus contratos mejoran ó reciben beneficio, la obligación queda subsistente; y si por el contrario reciben perjuicio, el contrato se invalida, V. **MEJORES**. Por consecuencia, nada importa que celebren compromiso sobre cosas inmuebles, si llegados á la mayor edad, y cuatro años después, pueden todavía ser restituidos por entero del perjuicio recibido. V. **RESTITUCION in integrum**.

Esta doctrina relativa á los menores de edad, recibe algunas escepciones en materia comercial. En primer lugar, si el menor es heredero ó causa habiente de un socio de una sociedad mercantil, queda sujeto como los mayores al arbitraje forzado en las diferencias que puedan ocurrir entre él y sus consocios en razón de la sociedad, y está obligado á celebrar el compromiso por medio de su tutor ó curador. En todos los demas casos, si el menor tiene la calidad de comerciante, puede válidamente com-

(1) Gregorio Lopez, glosa dicha ley.

(2) Ley 24, párrafo 1, 1.º min.

prometer todas sus diferencias sobre asuntos mercantiles al juicio de árbitros ó de amigables componedores. V. **COMERCIANTE**.

Los locos, furiosos, mentecatos y pródigos, á quienes por razon de su estado se les priva de la administracion de sus bienes, y se les nombra un curador, son incapaces para obligarse y para parecer por sí en juicio, y de consiguiente para someter sus negocios al juicio arbitral. Solo en los casos en que procede el arbitraje forzado, podrán sus curadores celebrar el compromiso.

Los concursados, quebrados é intervenidos, carecen tambien de la capacidad de someter al juicio arbitral los negocios que se refieran á los bienes ó derechos de cuya administracion estan privados, porque no pueden sobre ellos contratar ni obligarlos por sí hajo ningun concepto. En los casos de arbitraje forzado, serán los síndicos ó administradores legítimos los que deben celebrar el compromiso.

Las corporaciones y establecimientos públicos que estan bajo la tutela y vigilancia del gobierno, son tambien incapaces para someter sus diferencias al juicio arbitral, ya por sí, ya por medio de sus administradores ó representantes, como no esten competentemente autorizados, pues no pueden estos renunciar á la defensa legal de los bienes y derechos puestas á su cuidado. Cuando la autorizacion proceda del gobierno, en los casos en que este pueda darla, siempre quedará á salvo el beneficio de restitucion *in integrum* que á aquellos compete si son perjudicados, no así cuando la autorizacion venga de la ley.

El gobierno no puede tampoco someter al juicio de árbitros las contiendas que se susciten sobre los derechos de la Hacienda pública, de cualquiera naturaleza que sean, si no está autorizado previamente por una ley (1).

El tutor, el curador, el marido, el administrador judicial, el defensor de una herencia ó de acreedores ausentes, tambien estan incapaces

citados para someter al juicio arbitral voluntario, sea jurídico, ó de amigable composicion las contiendas que se susciten respecto á los bienes ó derechos, cuya administracion y defensa se les tiene encomendadas, puesto que no pueden disponer de ellos como de cosa propia, ni la ley les autoriza para renunciarlas garantías que ofrece á la defensa el procedimiento jurídico en sus diferentes grados de jurisdiccion. Esta regla tiene una escepcion importante, y es, en los casos en que procede el arbitraje forzado, pues en el hecho mismo de imponer la ley esta jurisdiccion, como la única y esclusiva para conocer y decidir ciertas cuestiones, autoriza á estas personas para ejecutar todo lo necesario, á fin de que tenga cumplimiento lo dispuesto por ella, es decir, les autoriza para celebrar el compromiso. Mas como esta autorizacion se limita á lo puramente necesario para dar cumplimiento á la ley, estas personas no estan de ningun modo facultadas para comprometer la contienda en amigables componedores, ni para renunciar los recursos legales. Las garantías de la defensa deben quedar tan completas como las otorgue la ley, y por eso no pueden aquellas personas renunciar al arbitraje jurídico, ni á la apelacion y demas recursos que competen contra la sentencia arbitral, lo cual se funda en los mismos principios que los incapacita para someter todos los demas asuntos al arbitraje voluntario.

La muger casada, no puede, sin autorizacion de su marido ó del juez, celebrar contrato ni cuasi contrato, ni apartarse, ni dar por quito á nadie de él, ni por último, parecer en juicio en calidad de demandante ó demandada (1).

Como consecuencia inmediatamente deducida de estas leyes, es evidente que la muger casada no puede comprometer en manos de árbitros sus negocios sin haber obtenido previamente la autorizacion del marido, ó del juez en su defecto. V. **MUGER CASADA**.

Mas ¿le será permitido á la muger casada

(1) Art. 5, ley de 10 de febrero de 1850.

(1) Leyes 14, 19, y 42, tit. 1, lib. 10, Nov. Rec.

ARBITROS.

405

celebrar compromiso, cuando este recaiga sobre bienes puramente parafernales ó estradotales? De ningún modo respondemos, aunque la muger conserve la administración de estos bienes y sea de su cuenta y riesgo el mejoramiento ó pérdida que experimenten. Y la razón es, porque no puede parecer en juicio sin licencia del marido; y siendo el arbitraje una especie de juicio, es claro que tampoco puede celebrar compromiso sin el indicado requisito.

Es inútil advertir que cuando el matrimonio se disuelve, ó cuando existe una separación legítima entre marido y muger, y en su consecuencia vuelven á poder de esta los bienes, puede disponer de ellos y por consiguiente comprometer en árbitros.

La muger casada que tenga la calidad de comerciante, puede someter las diferencias que le ocurran respecto á su comercio al juicio arbitral jurídico ó de amigable composición, pues en su calidad de comerciante puede contratar, obligarse y obligar sus bienes y parecer en juicio sobre sus negocios y contratos de comercio (1). **V. COMERCIANTE.** Lo mismo debe decirse en los casos en que proceda el arbitraje forzado.

Mandatario. Es un principio constante y generalmente admitido que un procurador, un apoderado, y todo mandatario no puede comprometer los negocios ó derechos de sus comitentes, á menos que estos no les autoricen á ello por medio de un poder especial y con la suficiente expresión de esta facultad (2). Por consecuencia, un poder general para administrar y aun para enagenar, y para hacer *todo* lo que el mandante haría ó hacer pudiese, estando presente, no sería bastante á autorizar á cualquiera para comprometer.

Aun en el caso de un poder especial y espreso, no podrá el procurador comprometer los negocios de su mandante, si por otra parte este fuese persona incapaz para celebrar por sí el compromiso; y la razón es porque el simple acto de autorizar per-

sona hábil, no modifica la incapacidad del comitente, pues nadie puede trasferir á otro derechos que no tiene.

Mas si al mandatario se le confiere en el poder facultad espresa de transigir, se duda que en tal caso sea esta facultad extensiva al compromiso. Uno de nuestros escritores prácticos (4), opina que la facultad de comprometer está comprendida en la de transigir, del mismo modo que la especie lo está en su género: pero esta opinión sobre no hallarse corroborada por ley alguna, parece repugna á la naturaleza misma de la transacción y del compromiso, entre cuyas dos cosas existe una notable diferencia. En la transacción, el resultado se prevee de antemano de un modo cierto é inequívoco; en el arbitraje, como en todos los demás juicios, los resultados son enteramente inciertos, y por tanto capaces de comprometer gravemente los intereses que tienen necesidad de una protección especial.

Sin embargo, hay quien afirma que el compromiso celebrado en virtud de un mandato con la cláusula de poder transigir solamente, es válido, si por cartas escritas al mandatario por el mandante, resulta que este autoriza á aquel á comprometer. Esta doctrina, de que el poder ó procuración general de gestionar, demandar, defender, contratar y transigir, no comprende la facultad de comprometer, es un principio inmutable de derecho consignado por el artículo 1989 del Código civil francés, y en conformidad á él, aducen los escritores de la nación francesa, diferentes ejecutorias obtenidas en sus tribunales superiores y supremos.

Estas consideraciones y la carencia de ley positiva patria nos determinan á concluir que un mandatario no puede comprometer válidamente, á menos que en el poder no vaya espresada formal y terminantemente dicha facultad, aun cuando incluya la de transigir.

El síndico ó síndicos de un concurso ó de una quiebra están también incapacitados

(1) Art. 5, 6 y 7, Cod. de com. Art. 34, ley de enjuiciamiento.

(2) L. 19, tit. 5, Part. 2.

(4) Hevia, Bolanos, Currea y Párraga, lib. 2, Cap. 44

para comprometer al juicio arbitral las contiendas que tengan que sostener sobre los bienes ó derechos de la masa, á menos que por acuerdo de todos los interesados aprobado judicialmente, se les faculte para ello. En los casos de arbitraje forzado solo podrán sin esta prévia autorizacion comprometer el negocio al juicio de árbitros de derecho con reserva de todos los recursos legales.

El liquidador de una sociedad mercantil no es mas que un mandatario con poderes generales. En virtud de estos solo puede ejecutar actos de administración, aun cuando antes de la disolucion de la sociedad, haya tenido el carácter de socio gerente; de modo, que si no se le ha otorgado espresamente la facultad de someter al juicio arbitral las diferencias que puedan ocurrir, no podrá válidamente celebrar el compromiso, excepto en los casos de arbitraje forzado.

El administrador ó gerente de una sociedad, sea esta civil ó mercantil, tambien carecen de la capacidad necesaria para someter al juicio arbitral voluntario los negocios de la sociedad. Son mandatarios que no tienen como tales el derecho de renunciar á la jurisdiccion ordinaria ó de comercio y de someterse al arbitraje voluntario. Solo podrán hacerlo cuando se les otorgue espresamente esta facultad y en los casos en que haya lugar al arbitraje forzado.

En la sociedad accidental ó cuentas en participacion el socio principal y gerente tiene el derecho de comprometer sus diferencias al juicio de árbitros ó amigables componedores, y esto porque es el único que puede contratar válidamente, y el único personalmente responsable respecto á los terceros: se le considera como dueño del negocio.

SECCION VI.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN Ó NO SER NOMBRADAS ARBITROS O ARBITRADORES.

Cuando el que tiene pendiente ó próxima á entablar una demanda, ha adquirido la

conviccion de que es persona habil para comprometer; cuando por el exámen de lo contenido en las precedentes secciones está cerciorado de que en su adversario concurren las mismas condiciones de capacidad, y que se halla tambien dispuesto á comprometer la diferencia; cuando, por fin, está persuadido de que el negocio es de aquellos que pueden terminarse por medio del arbitraje, entonces es tambien cuando naturalmente dirigirá su vista hácia aquella persona que por su reconocida probidad, por hallarse mas enterada é instruida en el negocio, le inspire mas confianza para poner en sus manos la decision de él.

Puesto que las personas que pueden ó deben someter sus contiendas al juicio arbitral tienen el derecho de elegir los jueces que han de juzgarlos, ¿convendrá que la ley deje ancho é ilimitado campo á la eleccion, ó que por el contrario lo restrinja, determinando las personas incapaces para desempeñar aquellas funciones? Los que en el juicio arbitral no ven mas que el interés de los contendientes, sostienen que estos deben gozar de una libertad ilimitada en la eleccion, y de consiguiente que no debe haber incapacitados por la ley, pues nadie mejor que el mismo interesado puede conocer las personas que merecen su confianza, único título que necesitan tener para recibir aquel encargo. Mas considerado el juicio arbitral bajo su verdadero punto de vista, cual es el de una institucion judicial; no puede desconocerse que sin atacar el libre derecho de eleccion de las partes, puede la ley declarar incapacitadas á ciertas personas para aquellos cargos, como de hecho lo estan muchas por la naturaleza. Aunque el nombramiento lo hagan las partes, no por eso dejan los árbitros ó arbitradores de desempeñar funciones judiciales, y de tener el carácter de jueces, y seria cosa ridicula que por el capricho ó necesidad de una de las partes ó de ambas se invitiese con el carácter de juez á un infante ó á un demente, así como poco conforme á la moral pública y á la dignidad de la justicia ver á un condenado á cadena perpétua des-

ARBITROS.

407

empeñando las augustas funciones de la judicatura. Toda ley previsoramente debe declarar incapaces de ser árbitros y arbitradores á aquellas personas que por su edad, enfermedad, ó cualquiera otra circunstancia no puedan desempeñar dignamente las funciones judiciales inherentes á aquellos cargos: haciéndolo así no atacará de ningún modo la libertad racional de la elección, sino el ridículo y la indignidad de la licencia.

La legislación francesa, tan precavida y metódica en general, ha guardado un silencio inexplicable acerca de las condiciones de aptitud necesarias para el ejercicio de las funciones anejas al cargo de árbitro y arbitrador, siendo cosa muy notable que los legisladores de Ginebra hayan incurrido en la misma falta, en presencia de las numerosas controversias suscitadas sobre este punto al tiempo de revisar su nuevo código. Este vacío de parte de unos y otros es tanto mas incomprensible, cuanto que las leyes romanas por mas incompletas que parezcan, no presentan una omisión semejante, que siendo de tanta importancia pudo haberse llenado con aquella legislación, bien adoptando sus disposiciones, bien modificándolas en la parte que lo exigiesen las circunstancias de los tiempos presentes. De todos modos la omisión en este punto es un defecto inexcusable, y arguye inconsecuencia en el legislador, que habiéndose manifestado tan cauto y hasta minucioso en la expresión de los requisitos necesarios en las personas que pueden ser partes en un juicio arbitral, desprecia las calidades del juez que ha de pronunciarlo.

Así, los escritores de derecho francés han tenido necesidad de inventar diferentes incapacidades sacadas de la analogía mas ó menos fundada entre el cargo de árbitro ó arbitrador con otros cargos ú oficios. Por eso han debatido y debaten en sus obras, si pueden ó no ser árbitros y arbitradores los menores, las mugeres, los intervenidos, los mentecatos y furiosos, los sordo-mudos, los ciegos, los esclavos, los condenados judicialmente, los sirvientes, los clérigos, los extranjeros, los interesados en el pleito, los

parientes, los amigos, los jueces, los que no saben leer ni escribir, los que ignoran el idioma, los de otro domicilio ó de distinta jurisdicción, etc. En la carencia de leyes positivas y directas sobre la materia, cada cual aduce razones, trae ejemplos, produce ejecutorias de diferentes tribunales y alega una jurisprudencia desmentida por otros comentadores que citan ejemplos de juicios contrarios. Unos apoyan sus doctrinas en leyes romanas; otros las rechazan fundados en que este derecho no está en observancia ni recibido en los tribunales.

- Que en Francia exista semejante confusión y anarquía de doctrinas, lo concebimos; porque, ó se ha de admitir el principio de que todo individuo de la especie humana puede ejercer el cargo de árbitro, puesto que la ley no hace la menor excepción, ó ha de establecerse alguna regla capaz de ocurrir á tal absurdo. Ahora bien; esta regla, no partiendo del legislador, no puede tampoco ser uniforme, sino producto de inferencias privadas y por lo mismo contradictorias.

¿Será que allí se consideran como necesarias respecto á los árbitros y amigables componedores las mismas calidades y condiciones requeridas para los jueces comunes? Esta suposición no es tampoco admisible, porque no se apoya en disposición alguna de los códigos generales ni particulares, y porque además de esto, lo rechaza esa misma vaguedad de opiniones de los comentaristas, y esa multitud de ejemplos de ejecutorias contrarias que cada uno alega como fundamento de sus doctrinas. ¿Será que el legislador al omitir los requisitos personales de los árbitros, ha querido abandonar este punto al interés mismo de los litigantes y respetar su independencia y libertad? No lo sabemos; pero si tal fuese el motivo de aquel silencio, no lo consideramos acertado ni conveniente. En efecto, por mucho que sea el ensanche que se deje al interés privado, el legislador no puede prescindir de establecer ciertas reglas para dirigir ese mismo interés, y circunscribirlo á justos y debidos límites.

Nuestra legislación, tanto civil como comercial, ha sido mas previsora, pues ha declarado incapaces para desempeñar los cargos de árbitros y arbitradores á aquellas personas que por su falta de razon, de moralidad ó de imparcialidad no podrian dignamente ejercerlos. Algunas incapacidades no estan espresamente declaradas tales en la ley, pero son consecuencias precisas del principio general que establece, por cuyo motivo las ha aceptado uniformemente la jurisprudencia y la doctrina.

Menores de edad. En materia civil no pueden ser árbitros ni arbitradores los menores de 14 años. La ley de Partidas dispuso ya (1) que si el juez puesto con placer de ambas partes fuese mayor de 14 años, podrá juzgar válidamente y no se desatara su sentencia porque dijeren que era de menor edad. En el ordenamiento de Alcalá se reprodujo esta disposicion, añadiendo la circunstancia de que las partes supieran que era de aquella edad, pues si lo ignoraban, no podria ser juez sino tenia la edad de 18 años. La edad de los 14 años y aun la de los 18 nos parece prematura para el buen desempeño de las funciones judiciales encomendadas á los árbitros y arbitradores, y es chocante que aquel que está bajo curatela, privado de la administracion de sus bienes y del ejercicio de sus derechos civiles por su debilidad, imprevisión é inesperienza, se le erija en juez de los derechos y bienes ajenos. Mas acertada en este punto la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio, ha ordenado (2) que el nombramiento de árbitros debe recaer en personas mayores de 25 años.

Igual incapacidad deben tener todas aquellas personas que por haber perdido la razon estan constituidas legalmente en minoria; como los locos, furiosos y mentecatos.

Las mugeres no estan espresamente incapacitadas por la ley civil, y pudiéramos citar muchos ejemplos de juicios arbitrales, especialmente de amigable composicion, en

los cuales han figurado como jueces las mugeres, aun las consagradas á Dios en los conventos. Mas desde que el cargo de juez árbitro ó arbitrador está considerado como un cargo público, y los que lo desempeñan como empleados públicos para los efectos del título VIII del Código penal, no puede ponerse en duda su carácter viril, que excluye é incapacita á las mugeres. La ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio está clara y terminante sobre este punto, pues declara que el nombramiento de árbitros puede recaer en toda persona varon. De consiguiente excluye á todas las hembras, aunque sean de mayor edad, y tengan ademas la cualidad de comerciante.

Los condenados á inhabilitacion especial perpétua para dicho cargo, no podrán ser nombrados árbitros ni arbitradores, ni los condenados á inhabilitacion temporal por el tiempo que esta dure. Los árbitros ó arbitradores pueden cometer los delitos de prevaricacion, cohecho y exaccion ilegal y una de las penas que debe imponérseles, es la inhabilitacion especial absoluta ó temporal, segun los casos (1).

Los condenados á penas principales que llevan consigo como accesoria la inhabilitacion absoluta perpétua, estan incapacitados para ser nombrados árbitros ó arbitradores, así como tambien lo estan por el tiempo de la condena los que hayan sido sentenciados á pena que lleva consigo la inhabilitacion absoluta temporal.

Los condenados á la interdiccion civil, parece que deben estar tambien incapacitados para ejercer funciones judiciales, puesto que se les priva del ejercicio de los derechos civiles mas preciosos, como son los de patria potestad, de autoridad marital, de la administracion de sus bienes y de la libre disposicion de ellos por contrato entre vivos (2).

La ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio está terminante sobre este punto, exige en los que hayan de desempeñar las

(1) Ley 5, tit. 4, Part. 3.

(2) Art. 386 ley de enjuiciamiento.

(1) Arts. 275, 314, 324 y 326 Código penal.

(2) Art. 41, Código penal.

ARBITROS.

409

funciones de árbitros, que esten en el pleno ejercicio de los derechos civiles; de consiguiente estan por ella incapacitados los intervinidos, y todos los demas que estan privados de la administracion de sus bienes, como los pródigos, los quebrados, etc.

Los procesados y presos no podrán en la generalidad de los casos ser nombrados árbitros ó arbitradores, por la imposibilidad de proceder debidamente en que con frecuencia se hallarán, ya por las medidas que dicte el juez de la causa, ya por las obstáculos que oponga el orden carcelario.

El contrario en el litigio tampoco puede ser árbitro ni arbitrador. Hablando la ley 24, tit. 4, Part. 3 de los pleitos y contiendas que pueden ser puestas en manos de los avenidores y cuales no, dice: que el contrario en el pleito no puede ser nombrado por la otra parte avenidor para que lo libre, y que no valdría tal juicio, por la razon de que ninguno debe ser juez de su misma causa. Tiene, pues, inhabilitacion para ser árbitro y arbitrador el contrario en el pleito; porque á esta prohibicion esplicita, equivalen las palabras de la ley *non valdrie lo que mandase, nin aviniese sobre él*. Y la razon es, porque siendo interesado seria demasiado exigir que obrase con imparcialidad y justicia en el negocio, colocándole en el conflicto, ó de faltar á sus deberes como juez, ó de condenarse á sí mismo.

La misma ley que establece esta incapacidad, hace escepcion en un solo caso, y es, cuando el que injurió ó deshonró á uno, nombra á este como arbitrador para que sentencie sobre dicha injuria; entonces quiere ley que valga este juicio, con tal que sea razonable y moderado. La razon parece ser que la parte culpable, al entregarse en manos del ofendido, da pruebas inequívocas de arrepentirse de su yerro, y confia en que un acto de generosidad semejante servirá mas bien para desarmar el resentimiento de su contrario, que para abusar de ella. Por eso la ley que esto dispone, precaviendo el abuso, establece, que si cosa desmesurada mandase, débese enderezar por albedrio de hombres buenos (jueces), aun cuando se hubiese comprometido con

juramento á hacer lo que el contrario por bien tuviere.

En conclusion; el contrario en el pleito no puede ser nombrado árbitro; pero puede ser arbitrador solo en un caso, á saber: cuando la parte nominadora injurió al mismo que constituye por su juez y para que sentencie sobre su injuria. En los demas casos el adversario no puede ser tampoco arbitrador, porque la ley no habla sino taxativamente, contrayéndose á la injuria ó deshonra.

Hasta aquí hemos hablado de las incapacidades absolutas, es decir, las que lo son tanto para ser árbitro, como arbitrador, bien se trate de un negocio civil, ó de un asunto comercial. Ahora vamos á dar á conocer las incapacidades relativas.

No pueden ser árbitros ni arbitradores *los jueces ordinarios, ni sus oficiales, ni los magistrados* en los pleitos pendientes ó que pudieren pender en sus juzgados ó audiencias (1). Las palabras testuales de la ley son que estos jueces y sus oficiales *no reciban compromisos*; y como el compromiso es igualmente aplicable al cargo de árbitro como al de arbitrador, es indudable que la prohibicion abraza los dos conceptos. Los motivos que el legislador tuvo presentes para establecer aquella escepcion, nacen del grande influjo que podria ejercer en la determinacion del negocio la circunstancia de intervenir en la revision del juicio arbitral uno de los árbitros ó arbitradores que lo hubiere pronunciado. La incompatibilidad que de aquí resultara, seria la misma que la del magistrado que interviniese como tal en el juicio de apelacion de una sentencia dictada por él en primera instancia. Por lo demas, se concibe bien que esta prohibicion no es absoluta, sino puramente relativa, porque un juez ó un magistrado pueden ser árbitros ó arbitradores en cualquier negocio, con tal que no penda ó pueda pender en su juzgado ó tribunal. Así, las leyes recopiladas que acaban de citarse, modifican la 24, tit. 4, Part. 3, en cuanto autorizaba al juez ordinario para senten-

(1) L. 3, tit. 11, lib. 3, y ley 4, tit. 33, lib. 11, N. 11.

ciar como amigo comunal de las partes que le nombrasen.

Las personas que no saben leer y escribir no pueden ser árbitros ni arbitradores en asuntos de comercio (1). Como estos tienen que examinar documentos, dictar providencias y firmar la sentencia, la ley comercial ha creído conveniente incapacitar á los iliteratos, pues es difícil si no imposible precaver de otro modo las falsas ó inexactas relaciones de las solicitudes de las partes y de los documentos en que las fundan, y la infidelidad de las providencias y de la sentencia. En las leyes civiles no existe una disposición idéntica, y á pesar de las ventajas que lleva consigo esta incapacidad, no nos atrevemos á estenderla á los asuntos comunes.

Tales son las incapacidades ya absolutas, ya relativas, que están consignadas en nuestras leyes de un modo mas ó menos terminante. Estas son las únicas que deben reconocerse como legítimas; otras muchas que enumeran algunos autores no tienen un valor práctico, como que no se fundan en la ley, sino en sus opiniones sobre la naturaleza de estos cargos. Hay quien, considerando el cargo de árbitro ó de arbitrador de igual naturaleza que el de juez ordinario, defiende que deben estar incapacitados para aquel cargo todos los que no pueden ser nombrados jueces. Otros sostienen largas polémicas sobre si podrán ser árbitros los sordos, los ciegos, los extranjeros ó no naturalizados, los clérigos ó religiosos, etc. Que las leyes no han querido exigir las mismas circunstancias en los árbitros y arbitradores que en los jueces ordinarios, es cosa manifiesta, cuando no han hecho extensivas á aquellos las que exigen á estos, sino que ha impuesto á unos y á otros las que ha tenido por conveniente con total independencia. Cuando á los litigantes se les impone el juez que ha de conocer y decidir el pleito, la ley debe ser muy cuidadosa en determinar las circunstancias que debe reunir el que ocupe este

puesto á fin de que sea imparcial, ilustrado y justiciero; mas cuando la ley deja la elección del juez en manos de las partes, debe limitarse á señalar tan solo aquellas circunstancias mas de bulto, cuya falta haría caer en el ridículo ó el menosprecio la dignidad de las funciones judiciales. Por eso rechazamos todas las incapacidades que enumeran los autores que no tienen su apoyo directo é inmediato en la ley.

SECCION VII.

DEL NÚMERO DE ÁRBITROS Ó ARBITRADORES QUE PUEDEN NOMBRARSE.

Conocidas ya las personas que pueden ser nombradas árbitros ó arbitradores, conviene que determinemos el número que puede nombrarse. Cuando todas las partes hacen la elección de comun acuerdo, el número de los árbitros ó arbitradores que hayan de nombrar depende de su voluntad: es sin embargo muy conveniente y oportuno que elijan un número impar, para evitar las dificultades y dilaciones que ocurren si hay discordia en el nombramiento del tercero.

Mas si no pueden ó no quieren ponerse de acuerdo sobre la elección, de manera que haya necesidad de recurrir á nombramientos parciales, en este caso la regla es, que cada una de las partes debe elegir igual número de árbitros ó arbitradores que la otra, y es la razón, porque cada parte tiene derecho á influir igualmente en la composición del tribunal arbitral, pero ninguna mas que otra, siendo esta igualdad de influencia una garantía de la imparcialidad del tribunal. Este número igual que ha de nombrar cada parte cuando no hay elección uniforme, pueden fijarlo de comun acuerdo, y faltando, debe nombrar uno cada parte.

Se ve, pues, que determinadas las partes que han de hacer la elección de árbitros ó arbitradores, ninguna duda puede ocurrir sobre el número de los que hayan de nombrarse, y que si alguna dificultad se presenta, ha de referirse precisamente á la determinación de las personas que han de

(1) Art. 206, ley de enj.

ARBITROS.

411

considerarse como partes distintas. Este punto no deja de ofrecer dificultades en la práctica, especialmente en materia de sociedades. Puede ocurrir que varios socios de una sociedad mercantil hagan reclamaciones separadas contra el socio gerente sobre una misma cosa, y que obligados por la ley á someterlas al juicio arbitral, aspiren aquellos á nombrar cada uno su árbitro. ¿Deberá en este caso autorizarse el nombramiento de un árbitro por cada reclamante, ó deberá obligarse á todos los reclamantes á que nombren solo un árbitro? Si todos piden una misma cosa, como suponemos, no son legalmente mas que una sola parte, aun que hayan hecho separada é independientemente la reclamacion, puesto que todos tienen un mismo é idéntico interés, y por lo tanto solo tienen derecho á nombrar un árbitro. La ley quiere que cada parte, no que cada individuo, tenga una influencia igual que su contraria en la composicion del tribunal arbitral, lo que ciertamente no se conseguiria si á muchos socios que demandan ó contradicen una misma cosa en virtud de un mismo derecho, se les permitiese nombrar muchos árbitros, mientras que á su adversario comun no se le consintiese nombrar mas de uno. El tribunal así constituido seria necesariamente parcial; y el mayor número decidiria la cuestion contra el menor sin necesidad de mas razon que la superioridad del número.

Podrán tambien ocurrir casos en que siendo diferentes las contiendas que se susciten entre muchos individuos, haya unos que tengan un mismo interés en algunas de ellas, y que en otras lo tengan diverso, ó aun conforme con los que en aquellas eran sus adversarios. En este caso, como en todos, debe conocerse de antemano cuántas son las partes en el juicio arbitral, lo cual se determinará por la diversidad de los intereses y derechos que se litiguen, y cada parte, sean los que quieran los individuos ó personas que la constituyan, elegirá el número de jueces acordado, ó uno solo si no ha habido acuerdo sobre el número, segun dejamos dicho.

Las cuestiones que puedan ocurrir sobre la determinacion de las personas ó individuos que deben ser reputados como una sola y misma parte en el juicio arbitral, las deben resolver previamente, ó el tribunal ordinario, ó el tribunal de comercio, segun sea civil ó comercial la materia ó objeto del arbitraje.

En el arbitraje forzado, el tribunal de comercio debe hacer el nombramiento de árbitro, cuando una parte no quiere hacerlo, ó cuando siendo varios los individuos que constituyen una sola parte, no se ponen de acuerdo sobre la eleccion (1).

Conformes los contendientes, ó á falta de conformidad declarado por el tribunal los individuos que forman una parte para el nombramiento, no pueden despues reclamar sobre el número nombrado; siempre obstaría á esta reclamacion la conformidad prestada ó la declaracion judicial. Debe, pues, ponerse en esto mucho cuidado, porque puede depender muy bien el éxito de la contienda de la manera como se constituya el tribunal arbitral.

SECCION VIII.

DEL COMPROMISO Ó CONSTITUCION DEL ARBITRAJE.

Determinadas en las secciones anteriores la naturaleza del arbitraje, sus especies y los casos en que puede tener lugar, así como las personas que pueden someter sus diferencias al juicio arbitral; las que pueden ser elegidas jueces árbitros ó arbitrados, y el número que se permite nombrar á cada contendiente, vamos á ocuparnos de la constitucion del arbitraje, ó sea del compromiso, dando á conocer en distintos párrafos su carácter y naturaleza, las formas que puede revestir, las circunstancias que debe y puede contener, los efectos que produce, y su fin ó término.

§. 1.º *Carácter y naturaleza del compromiso.*

El compromiso no es otra cosa en su esen-

(1) Art. 334 Código de comercio.

cia que la sumision voluntaria de dos ó mas personas á la jurisdiccion arbitral. Cuando dos ó mas personas se comprometen á someter una ó mas diferencias al juicio de árbitros ó de amigables componedores celebran un compromiso, ó lo que es lo mismo, establecen y constituyen la competencia de la jurisdiccion arbitral para conocer y resolver la diferencia ó diferencias que se someten á ella. En esta significacion fundamental toma la palabra compromiso la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio cuando dice en su artículo 253, que el compromiso es forzado para dirimir las diferencias entre socios; es decir, la sumision al juicio arbitral es forzada, la competencia de la jurisdiccion arbitral es entonces forzada, á diferencia de todos los demas casos en que la sumision á la jurisdiccion arbitral y su competencia es voluntaria, como proveniente del libre consentimiento de las partes.

El compromiso puede ser tambien algo mas que la sumision voluntaria á la jurisdiccion arbitral; puede contener el nombramiento de las personas que han de constituir el tribunal; la designacion de los negocios que han de resolver; la determinacion de sus facultades; la reserva ó renuncia de los recursos legales contra la sentencia; en una palabra, puede ser la constitucion de un arbitraje en todas sus relaciones. Considerado el compromiso en esta estensa significacion; no puede ponerse en duda que las partes pueden celebrar compromiso en el arbitraje forzado, puesto que en él les corresponde de derecho la eleccion del juicio arbitral que haya de seguirse, el nombramiento de los jueces, y la determinacion de todas las otras circunstancias que dependen de la voluntad. De aquí se deduce que la palabra compromiso tiene una significacion mas ó menos estensa segun se aplique al arbitraje voluntario ó al arbitraje forzado. En el primero espresa la sumision voluntaria al juicio arbitral y la constitucion de este mismo juicio, cuando en el segundo solo significa la constitucion del juicio arbitral.

En el arbitraje voluntario el compromiso

es esencial: no puede concebirse sin que le preceda; no así en el arbitraje forzado, pues la ley que lo impone ha cuidado de ordenar lo que debe hacerse cuando las partes rehusan el nombramiento de los árbitros, y no quieren ponerse de acuerdo sobre ninguna circunstancia de las que pueden ser objeto del compromiso.

Cuando se consideran todas y cada una de las cosas que debe ó puede comprender un compromiso, no puede menos de reconocerse que es un contrato *sui generis* que no debe confundirse con ningun otro. Algunos lo asimilan á la transaccion, y despues de asimilarlo quieren regirlo por ella; pero no hay razon para lo uno, ni menos para lo otro. En el compromiso los contrayentes se remiten á lo que juzguen árbitros; en la transaccion las partes son sus propios jueces. La transaccion pone fin al pleito; el compromiso se limita á poner en conocimiento de los árbitros los puntos sobre que han de decidir. La transaccion produce el efecto de cosa juzgada: el compromiso envuelve la facultad de usar del remedio de apelacion y nulidad contra el juicio arbitral. El objeto de la transaccion es evitar una controversia: el compromiso tiene por fin determinarla. La transaccion es en general irrevocable; el juicio arbitral puede á veces eludirse satisfaciendo una pena pecuniaria.

El compromiso puede contraerse de dos modos, ó como contrato principal, ó como accesorio de otro; por ejemplo, cuando en un contrato de venta, de arrendamiento, de sociedad, etc., se obligan los contrayentes á que todas las diferencias ó contiendas que puedan nacer sobre el cumplimiento de aquel contrato, hayan de someterse al juicio de árbitros ó amigables componedores. Esta cláusula agregada á un contrato cualquiera, se llama *cláusula compromisaria*, y constituye en su esencia un verdadero compromiso, cuando los contratantes no estan incapacitados para contraerlo, y las cosas objeto de él son de aquellas que pueden comprometerse. En el contrato de sociedad mercantil está mandado por el Có-

ARBITROS.

415

digo de comercio, que los contratantes han de convenir en la escritura de sociedad, la sumision á juicio de árbitros en caso de diferencias entre los socios, espresándose el modo de nombrarlos (1). Cuando la cláusula compromisaria no contenga mas que la sumision al juicio arbitral, deben las partes completar el compromiso, llegado el caso de la contienda, nombrando los árbitros ó arbitradores, y acordando lo que estimen conveniente respecto á las otras circunstancias del arbitraje.

Por lo demas, el compromiso puede limitarse á una cuestion dada, ó estenderse á muchas cuestiones nacidas todas de un mismo negocio ó contrato, ó de diversos, y de este mayor ó menor número de diferencias comprendidas en un mismo compromiso, toman pie los autores para dividirlo en especial ó particular, y general ó universal, division indicada ya por Ulpiano cuando decia: «Un compromiso es pleno y entero cuando habla en plural de negocios y pleitos, porque entonces comprende todas las clases de ellos. Pero si solo se hace en él mención de un negocio, aun cuando se haya hecho un compromiso pleno y entero, las acciones respecto á los demas quedan reservadas; porque efectivamente, no debe considerarse incluido en el compromiso sino aquello en que las partes se hayan convenido. No obstante, cuando no se quiere nombrar un árbitro mas que para un negocio, es lo mas seguro espresar este mismo negocio en el compromiso.»

Pero ya sea especial, ya general, el compromiso que en Roma no era mas que un simple pacto, es entre nosotros un verdadero contrato, sujeto á ciertas formalidades, como veremos en los párrafos siguientes.

§. 2.º *Formas del compromiso.*

El compromiso, como se ha manifestado anteriormente, es un contrato que tiene grande analogia con el mandato, del cual difiere en cuanto al objeto final; y como es

de esencia que los poderes del mandatario consten por escrito auténtico, para hacer ver en todo caso que no ha traspasado sus facultades, del mismo modo los poderes que dan las partes á los árbitros, deben por punto general hacerse constar por escritura pública, porque no de otra manera podria saberse si aquellos habian juzgado en conformidad á la intencion de los estipulantes.

Aun cuando esta asercion no fuese una consecuencia necesariamente deducida de la naturaleza misma del compromiso y de su analogia con el mandato, la prescripcion misma del legislador seria suficiente á establecer la necesidad de la escritura en el contrato de que vamos hablando.

La ley 23, tít. 4, Part. 3, despues de definir cuáles son jueces árbitros y cuáles arbitradores y las condiciones principales del compromiso, concluye diciendo: todo esto debe hacerse por escrito y ante escribano público para evitar despues dudas.

De estas palabras de la ley fácilmente se infiere, que el legislador quiso asegurar de un modo auténtico é inequívoco, no solo la intencion de las partes, sino la estension de las facultades de los árbitros, excluyendo las actas privadas y todo escrito que carezca de las garantías de fehaciente, público y solemne, para evitar despues dudas.

Sin embargo, cuando un escrito fuese tal que excluyere todo motivo de duda, diríamos que llenaba el objeto de la ley, aunque no fuese una escritura pública formal, en el sentido riguroso que se dá á esta palabra. Tal seria una comparecencia de las partes hecha ante el juez que conoce de un litigio, redactada por escrito, firmada por las mismas partes, por el juez y por el escribano de la causa, que dá fé de lo que ante él pasa. Tal seria tambien el escrito firmado por las partes, por el cual se conviesen en comprometer el negocio pendiente en uno ó mas árbitros que nombrasen, si este escrito fuese tambien presentado al juez del negocio, y los litigantes ratificasen despues con juramento por ante escribano su contenido; porque estas dos maneras de

(1) Art. 926, Código de comercio.

estipulación serian fehacientes y no podrían dar lugar á dudas, que es lo que exclusivamente se propuso el legislador.

No se opone á estas conclusiones la ley 106, tít. 18, Part. 3, que formulando la carta ó escritura de compromiso, parece exigir este requisito de un modo indispensable. La carta de compromiso, dice esta ley, en el caso de contienda, se hace diciendo, que escogen á fulano por avenidor y por árbitro, etc., y el escribano sentará en la carta, etc. Se infiere de los términos mismos de la ley que el principal elemento de garantía es aquí la intervencion del escribano; por consiguiente, de cualquier manera que el acta de compromiso sea redactada, con tal que la intervenga y autorice aquel oficial público, el contrato quedará consignado de modo que no haya lugar á dudas.

En esta suposicion, es verdadero decir, que entre nosotros no puede estipularse verbalmente un compromiso, y si se hiciese así seria nulo, sin que pudiera subsanarse este defecto sustancial *ex post facto*, por medio del juicio arbitral estendido por escrito á presencia y con la suscripcion de las mismas partes á quienes afecta, aun cuando estas no lo contradigan, ó aunque espresamente lo consientan; porque el derecho que uno de los litigantes adquiera y el otro pierda á consecuencia del fallo, no puede menos de nacer del acto vicioso que le dió origen.

Una cuestion, tal vez muy frecuente en la práctica, puede suscitarse, que no debemos dejar sin resolver. El art. 23 del reglamento provisional para la administracion de justicia previene, que si las partes no se conformaren con la providencia dada por el juez de paz, todavía este las exhortará á que por el bien de ellas mismas comprometan su diferencia en árbitros, ó mejor en amigables componedores, y lo hará anotar en el libro con espresion de si convienen ó no los interesados. Ahora bien, segun esta disposicion, el acuerdo ó convenio de estos, relativo al nombramiento arbitral, consignado en el libro del juez de paz ¿sustituirá al documento ó escritura pública que para

estipular el compromiso requiere la ley de Partida? Si el juez de paz ha redactado con fidelidad las pretensiones de los interesados; si estos han fijado bien la naturaleza del negocio; si han nombrado en el acto los respectivos árbitros ó han convenido ambos en uno, y si han marcado claramente los poderes de que quieren invertirlos, parece que una certificacion literal de este concierto, librada por el juez conciliador, es bastante auténtica para que sobre ella pueda recaer un arbitramento. Si en el asunto del juez de paz solo se hace mencion de que las partes han convenido en terminar por medio de jueces árbitros ó arbitradores su diferencia, entonces la certificacion del acto solo servirá para probar que los litigantes han adoptado este medio de ser juzgados; pero de ningun modo podrá considerarse como una forma de celebrar el compromiso, en cuyo caso habrá necesidad de redactarlo por escritura pública y no por los otros modos supletorios arriba enunciados, que solamente pueden tener cabimiento tratándose de pleito pendiente y no del que va á iniciarse con el acto preliminar de la conciliacion. La jurisprudencia francesa ha sancionado que, cuando las partes han comprometido su diferencia por la mediacion y consejo del juez de paz, este tiene derecho de hacer constar las convenciones en el acta verbal (1).

La mayor parte de la doctrina que dejamos espuesta referente al compromiso en materia civil, ha sido sancionada por la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio en su artículo 256. Dice este, que puede convenirse y celebrarse el compromiso; en escritura pública; por escrito presentado de conformidad en los autos, si hubiere ya pleito comenzado; por convenio ante los jueces avenidores; por contrata privada ante las partes, que conste por escrito y se firme por estas.

Conociendo la ley que esta última forma es la menos solemne y la mas espuesta á

(1) Dalloz, Repertoire de legislation, de doctrine, et de jurisprudence.

ARBITROS.

415

fraudes, ha ordenado que los compromisos celebrados por contrata privada deben estenderse y firmarse en igual número de ejemplares cuantas sean las partes contratantes, y uno mas para entregar á los árbitros, siendo todos de un tenor, y espresándose en ellos el número de los que se hayan estendido (1). También ha prohibido á los que no saben leer ni escribir el que puedan celebrar compromisos en contrata privada.

Cuando se formalicen en pedimento que á su nombre se presente ante la autoridad judicial, exige que las partes se ratifiquen en su contenido antes de haberse por celebrado el compromiso y de procederse al juicio (2).

Estas cuatro formas que menciona la ley de enjuiciamiento no excluyen las demas admitidas en materia civil, tal como la comparecencia de las partes ante el tribunal, autorizada por este, y estendida en los autos con las firmas de los interesados y la del escribano actuario, segun lo hemos visto practicar.

En los casos en que haya lugar al arbitraje forzado pueden las partes celebrar el compromiso de cualquiera de las maneras espuestas, y cuando alguna se niegue á ello, debe el tribunal, á instancia de la otra, señalar un término dentro del cual hagan el nombramiento de árbitros, y si dentro de él no lo verificasen, lo hará de oficio el tribunal por las partes rebeldes en las personas que á su juicio sean peritas é imparciales en el negocio que se dispute (3).

§. 3.º *Circunstancias que debe contener el compromiso.*

Como el compromiso es, segun hemos dicho, la remision al juicio arbitral ó la constitucion del arbitraje en todas sus relaciones, es preciso que comprenda, no solo las condiciones de aquella jurisdiccion, sino las reglas determinadas que pueden estender ó restringir las facultades de los árbitros y

arbitradores á voluntad de las partes. ¿Cómo podrá reconocerse la intencion de las partes, si no se designan en el compromiso las circunstancias reguladoras de la jurisdiccion arbitral? La ley quiere, segun hemos indicado en otro lugar, que el compromiso se haga de modo que no quede motivo de dudas: y como la jurisdiccion de los árbitros no se presume, ni se estiende á mas de aquello que las partes declaran, es indispensable ocurrir á estas dudas por medio de las convenientes designaciones en el contrato celebrado con este fin: *arbiter, nihil extra compromissum facere potest* (1). Cualquiera diferencia no espresada en el compromiso, dice un escritor, ó que sobreviniese á él, es estraña á los árbitros y no puede ser objeto de su sentencia (2). En suma, tanto menos serán las dudas de los árbitros, tanto mas claro y acertado será su juicio, cuanto mas clara y mas detallada sea la espresion de la voluntad de las partes significada en el compromiso.

Demostrada la necesidad de espresar en el acto de que hablamos las condiciones con que lo celebran las partes y lo aceptan los avenidores, pasemos á determinarlas.

Todo compromiso debe contener las circunstancias siguientes:

1.º El nombre, apellido y vecindad de las partes. Sin que conste quienes son los comprometidos, no puede tener lugar el juicio arbitral. ¿Cómo podría obligarse á uno á que obedeciese los mandamientos de los árbitros ó arbitradores, si no resultaba haberse comprometido á cumplir lo que aquellos ordenasen? Ni cómo podrían los jueces enterarse del negocio en cuestion si ignoraban quienes eran las partes contendientes? El compromiso no obliga mas que á aquellos que lo han contraído. Es, pues, indispensable que el compromiso contenga el nombre y apellido de los comprometidos.

2.º El nombre, apellido y vecindad de las personas que se elijen como jueces. La eleccion, cuya base es la confianza, debe recaer

(1) Art. 338 ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 957 id. id.

(3) Art. 884 Cód. com.

(1) L. 29, párr. 15 y 21, D. De Recept.

(2) Nouveau Denissart.

sobre persona cierta y determinada. La incertidumbre sobre la persona nombrada viciaría la elección y de consiguiente el compromiso. La designación debe hacerse por el nombre y apellido, y no por su cualidad, aun cuando por esta pudiera venir en conocimiento de la persona.

3.ª El carácter con que se hace el nombramiento, es decir, si se les nombra árbitros ó amigables compondores. Esta designación lleva envuelta la elección del juicio arbitral que ha de seguirse en la decisión, y de consiguiente la facultad que se confiere á los nombrados, bien para proceder con arreglo á las leyes en la sustanciación y determinación del pleito, bien para conocer y resolver sin figura de juicio según su leal saber y entender.

4.ª La designación del negocio ó negocios que se someten al juicio arbitral. Como los árbitros ó arbitradores no pueden juzgar sino sobre las diferencias ó contiendas que les someten las partes que les han nombrado, es preciso que conste en el compromiso cuáles sean estas para que circunscriban á ellas su sentencia. Los términos en que ha de hacerse esta designación no están prescritos en la ley, basta que sean suficientes para dar una idea clara y precisa del negocio.

Si hubiese pleito pendiente, bastará que determinen el pleito, puesto que de él resultarán las diferencias que los tiene divididos. También es suficiente designación la que expresa que sometan al juicio arbitral todas las diferencias provenientes de tal contrato ó de tal negociación. En fin, cuando las diferencias resulten consignadas en documentos ó procesos, bastará que se mencionen estos para que la designación del negocio se tenga por suficiente.

5.ª Las circunstancias que sean esenciales á la forma en que el compromiso se celebre. Las escrituras públicas deben otorgarse con ciertas solemnidades para que sean válidas y eficaces; de consiguiente, si el compromiso se reduce á escritura pública, debe contener todas las formalidades que la ley exige bajo pena de nulidad.

Según la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio, son circunstancias que debe contener todo compromiso cualquiera que sea su forma, bajo pena de nulidad.

1.ª Los nombres, apellidos y vecindad de los interesados. 2.ª El negocio sobre que versa la contienda que se sujeta al juicio arbitral. 3.ª Los nombres, apellidos y vecindad de las personas que nombran por árbitros, diciéndose si el nombramiento se ha hecho de común acuerdo, ó si cada interesado ha nombrado el suyo (1). En el compromiso de amigable composición, requiere también bajo la misma pena de nulidad. 4.ª El pacto de la multa en que habrá de incurrir el interesado que no se conforme á la decisión de los amigables compondores (2).

Además de estas circunstancias esenciales, hay otras que pueden ser objeto de convenio entre las partes; pero que en su defecto las determina la ley como reglas adicionales al compromiso.

Tales son:

1.ª El nombramiento de tercero para en caso de discordia, ó bien la designación de la persona á quien se dé la facultad para hacerlo. El fin del compromiso es la decisión de la contienda; mas como puede suceder que los árbitros ó arbitradores nombrados no estén de acuerdo en su mayoría, es necesario entonces que se dirima la discordia. La ley concede á las partes el derecho de elegir el tercer árbitro ó arbitrador, y también el de designar la persona ó personas que hagan el nombramiento; pero es preciso que hagan constar lo uno ó lo otro en el compromiso, porque de no verificarlo, la ley determina quién debe hacer el nombramiento, ó quién debe ser el tercero que dirima la discordia. En materia civil, el nombramiento del tercer árbitro ó arbitrador corresponde por la ley á los árbitros ó arbitradores. La ley 26, tit. 4, Partida 3, dispone: «Que si las partes quisiesen meter su pleito en mano de avenidores, en tal manera que si ellos non pudieren

(1) Art. 259, ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 297, id. id.

ARBITROS.

417

acordarse, que tomen otro que las partes señalasen que fuese y con ellos, entonces decimos que bien lo pueden recibir. E si aquel ome con quien los avenidores se abian de acordar, non lo señalasen las partes, entonces los jueces mismos lo deben tomar, é pueden escoger qual ellos quisieren. E si assi non lo quisieren facer, puedenlos apremiar el juez ordinario que lo fagan, si amas las partes lo pidiesen ó alguna dellas.»

En materia comercial, la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio dice en su artículo 259, que ha de hacerse espresion en el compromiso del nombramiento de tercero, para en caso de discordia, ó bien de la designacion de la persona á quien se dé facultad para hacerlo: y en el 26 ordena, que si no se hubiere nombrado tercero para dirimir la discordia de los árbitros, ni persona que hubiere de hacer el nombramiento, recaerá la facultad de dirimirla en el juez avenidor del partido.

2.º El plazo dentro del que han de dictar los árbitros ó arbitradores la sentencia, y si facultan ó no á estos para que lo proroguen. Si el fin del compromiso es terminar la contienda por medio de una sentencia, necesariamente debe fijarse un plazo á los avenidores para que la pronuncien.

Las partes estan en libertad de alargar ó acortar este plazo en el compromiso, y si no lo hacen, la ley suple su omision determinando el que deben aquellos tener para dictar la sentencia.

En materia civil, el plazo legal á falta de convencional es de tres años. Dia cierto señalando las partes, dice la ley 27, tit. 4, Part. 3, á que puedan los avenidores librar por juicio los pleitos que meten en manos dellos, decimos que fasta aquel dia lo pueden facer... Mas si las partes non señalaren plazo nin dia cierto á que los juzgadores librasen el pleito, entonces decimos que lo deben librar lo mas ayna que pudieren, de manera que non se aluenguen desde el dia que lo recibieron, mas de tres años.

En materia comercial, el plazo es mas corto, pues no escede de cien dias, fiján-

dose tambien al tercero el de treinta dias para dirimir la discordia. La ley de enjuiciamiento en su artículo 259 dispone, que las partes hagan espresion en el compromiso del plazo dentro del cual estarán obligados los árbitros á dar sentencia y en el que deberá el tercero dirimir la discordia; y en el 261 ordena, que cuando se hubiere omitido señalar el plazo para dar sentencia, será este el de cien dias y de treinta el que tendrá el tercero para dirimir la discordia.

3.º La reserva ó renuncia de los recursos que legalmente procedan contra la sentencia arbitral. Las partes tienen el derecho de renunciar á todos los grados de jurisdiccion y de convenir en el compromiso que la sentencia arbitral cause ejecutoria: tambien pueden renunciar todos los demas recursos que les competa contra dicha sentencia. Si no hacen espresion de estas renunciaciones en el compromiso, la ley quiere que se entiendan reservados. Asi lo dispone la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio en su artículo 262, y así lo aconsejan los principios y lo establece la jurisprudencia en los negocios civiles como manifestamos en la seccion que trata de los recursos contra las sentencias arbitrales.

4.º La multa que haya de pagar la parte que no cumpla con las providencias de los árbitros ó arbitradores. La ley 26, tit. 4, Part. 3, ordena: «Otro si deben guardar (los árbitros ó arbitradores) que cuando las partes metieren el pleito en su mano, que las fagan obligar so cierta pena, que estén por cuanto ellos mandaren. E si pena non y fuese puesta, non serian tenudas de obedecer su mandamiento, si non quisiesen, como de suso mostramos. E assi el trabajo que hubiesen pasado en oyéndolas, tornarseles ya en escarnio é en vergüenza.» Los árbitros y arbitradores no tienen la potestad coercitiva para obligar á las partes á ejecutar sus providencias; si estas no quieren que el juicio arbitral sea un juego que, como dice la ley, se torne en escarnio y en vergüenza, es necesario que estipulen la multa en que incurra á aquella que desobedezca las providencias del tribunal arbitral.

La ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio dispone en su artículo 259, que se haga espresion en el compromiso de la multa en que haya de incurrir el que dejare de cumplir con los actos necesarios para que el compromiso tenga efecto.

5.º El lugar en que debe sentenciarse el pleito. La ley 27, tit. 4, Part. 3, faculta para esto á las partes. «Otro si decimos, que si las partes señalasen lugar á los avenidores en que libren el pleito, que allí lo deben librar é oír, é non en otro. E si señalado non fuese dellas, estonce deben ir adelante por el pleito en aquella villa ó en aquel lugar do fue metido en mano dellos.»

6.º Si han de ser ó no citadas las partes para oír la sentencia. «La misma ley 27 continúa. «Pero cuando los avenidores anduviesen por el pleito, deben ser las partes emplazadas que sean delante y; ca de otra guisa non lo podrian facer. Fuera ende, si á la sazón que fueron escojidos por avenidores les fue otorgado que pudiesen librar el pleito, maguer las partes non fuesen emplazadas.»

7.º Si facultan á los árbitros ó arbitradores para decidir la contienda, aun cuando muriese uno de ellos, ó uno de los compromitentes. Si las partes no les otorgan esta facultad, la ley prescribe que por la muerte de uno de los nombrados ó de las partes quede roto el compromiso. «Muriendo alguno de los jueces de avenencia, dice la ley 28, tit. 4, Part. 3, ante que el pleito que fuese metido en su mano fuese librado por juicio, los otros que fueran vivos non pueden despues ir adelante por él;... Pero si á la sazón que recibieron el pleito, les fue otorgado de las partes señaladamente, que si alguno de los avenidores finase, que los otros lo pudiesen librar, estonce decimos que los que finaron que lo pueden facer. Eso mismo decimos si muriese alguna de las partes principales que metieron el pleito en manos de los avenidores, que despues non lo podrian delibrar por juicio. Fuera ende si al tiempo que fueron puestos, les fuese otorgado de las partes, que maguer muriese alguno dellos que los otros pudiesen librar

aquel pleito; ca estonce bien lo podrian facer, aplazando primeramente á los herederos del finado.»

Si el compromiso es en materia comercial, la ley de enjuiciamiento considera terminado el jurídico por muerte de alguno de los árbitros, en el solo caso en que este haya sido nombrado de comun acuerdo de las partes, aunque las autoriza para que de comun acuerdo puedan nombrar otro en su lugar (1). Pero si es de amigable composicion, lo considera terminado por la muerte de cualquiera de los nombrados (2). También declara (3), que los herederos de los que otorgaron ó contrataron el compromiso, quedan obligados á sus results aunque sean menores.

8.º Si han de poder los árbitros ó arbitradores dictar la sentencia en día feriado, y si en caso de ser varias las diferencias sometidas á su fallo, han de poder decidir las todas en una sola sentencia, ó por el contrario deben sentenciarlas separadamente. La ley 32, tit. 4, Part. 3 autoriza á las partes para que puedan convenir sobre estos dos extremos lo que mejor les parezca, estableciendo para cuando nada acuerden en el compromiso, que los avenidores deben dar la sentencia en día no prohibido, y que si se les hubiere encargado la decision de varios pleitos, deben sobre cada uno dar una sentencia.

9.º Caso de ser varios los árbitros ó arbitradores nombrados, si han de estar todos reunidos para dar sentencia, ó han de poder dictarla los que se reunan. La misma ley 32 que dejamos antes citada, dice; «Otorgan poder las partes á los avenidores cuando meten su pleito en mano dellos, que maguer non se acertaren todos en uno, cuando quisieren dar juicio los que y fuesen, lo pudiesen facer. Estonce decimos, que en aquella manera que les fue otorgado de las partes el poder de librar el pleito, que assi deben usar dello, é non en otra manera. Mas si á la sazón que el pleito metieron en

1 Arts. 278 y 280, ley de enjuiciamiento.

2 Art. 260 id. id.

3 Art. 265 id. id.

ARBITROS.

419

su mano non lo dixerén, decimos que todos los avenidores deben y ser cuando obiesen á dar el juicio, é lo que dixerén todos á aquella sazón ó la mayor partida dellos, eso debe valer. E si estonce todos non fuesen y presentes, el juicio que diesén non sería valedero, maguer fuesen mas ó mejores que los otros que non se obieren y acertado.»

10. La fecha en que se celebra el compromiso. Cuando este se otorga en documento solemne, necesariamente ha de contener la fecha de su otorgamiento, mas como en materia comercial puede convenirse en contrata privada, deben cuidar las partes de expresar la fecha en que tiene lugar, pues de no hacerlo, se tendrá por celebrado en el día que se haga su presentación á los árbitros, ó á la autoridad judicial (1).

11. Finalmente: pueden expresar las partes en el compromiso cualquiera otra circunstancia que les convenga determinar, y sobre la que esten conformes, pues la ley les autoriza para que extiendan ó limiten de comun acuerdo las facultades que otorgan á los jueces por ellas elegidos. La ley 106, tit. 18, Part. 3, que formula una escritura de compromiso, en que no solo se hace expresion de las condiciones esenciales, sino de las otras, que podremos llamar potestativas, concluye con estas palabras: «pero si las partes quisieren poner su pleito (estender su contrato) en otra manera, el escribano lo debe poner en la guisa que las partes se avinieren.»

SECCION IX.

DE LOS EFECTOS DEL COMPROMISO.

Hay cierta analogia entre esta seccion y la que habla del modo de acabarse el compromiso; pero esta analogia solo se encuentra cuando se quiere averiguar los efectos que ha podido producir el compromiso ya terminado. Aquí se trata de saber cuáles son sus efectos, considerado en sí mismo y hecha abstraccion de sus resulta-

dos, ya termine por una sentencia, ya antes de proferirse esta.

Los efectos que inmediatamente produce el compromiso son, establecer los derechos y obligaciones relativas á los árbitros y á los comprometidos.

Por de pronto, cuando se dice que el compromiso es un contrato, quiere indudablemente significarse, que está sujeto á las reglas generales de las obligaciones; pero esto no escluye la idea de que existan reglas propias y peculiares de este acto.

Establecido el principio de que el compromiso es un contrato, se sigue: 1.º, que obliga á los que lo han celebrado y firmado, y en defecto de firma á los que lo han aprobado espresamente, ó de una manera tácita, entregando, por ejemplo, las piezas de justificacion á los árbitros. 2.º Que no puede ser revocado el contrato por una parte sin el asentimiento de la otra. 3.º Que por unánime consentimiento de las partes puede disolverse, con tal que este consentimiento sea espreso y no virtual.

Otro efecto del compromiso es el de quedar obligados los herederos y sucesores de los contrayentes á pasar por lo que se haya ejecutado en virtud del compromiso, como lo estarian estos (1), á menos que hubiesen convenido lo contrario. La ley de enjuiciamiento está sobre este punto terminante, pues dispone: «Que los herederos de los que otorgaron ó contrataron el compromiso, quedarán obligados á sus results, aunque sean menores.»

Es tambien otro efecto del compromiso obligar á las partes contratantes á observar y guardar las leyes y costumbres del país á que por él se han sometido, y de aquí, que el extranjero que ha convenido en ser juzgado en España por árbitros ó arbitradores españoles, tiene que acomodarse á las leyes españolas en materia de arbitraje. Puede aplicarse aquí la regla de *locus regit actum*. Todos los del señorío del legislador, dice á este propósito una ley de Partida (2), estan obligados á guardar las leyes

(1) Art. 263. ley de enjuiciamiento.

(1) Ley 106, tit. 18, Part. 3

(2) Ley 13, tit. 1, Part. 3.

y á ser juzgados por ellas. Lo mismo decimos del que tiene pleito ó causa en reino, porque aunque sea de otro no puede excusarse de obedecerlas y ser juzgado por ellas.

Como por el compromiso se someten las diferencias al juicio arbitral, sustrayéndolas del conocimiento de las jurisdicciones ordinarias, mientras dura hace incompetentes á los juzgados y tribunales establecidos por la ley. De aquí se infiere que el compromiso produce la escepcion de incompetencia, y tambien la de litispendencia, las cuales podrá oponer la parte que sea reconvenida por la otra ante el tribunal ordinario. Este efecto es constante en el compromiso forzado.

En el voluntario subsiste tambien, mientras una de las partes se resiste á que las diferencias sometidas por él al juicio arbitral se lleven al tribunal ordinario, pues si esto se verifica de comun acuerdo, por el mismo hecho debe considerarse terminado el compromiso, como veremos despues.

Si el compromiso espira antes de que se dicte la sentencia, de modo que la contienda objeto de él haya que llevarla al tribunal competente para su resolucion, pueden las partes aprovecharse de los actos ejecutados y consignados en el juicio arbitral, pues como actos judiciales conservan su fuerza y eficacia, aun despues de terminado el compromiso.

Finalmente el compromiso interrumpe la prescripcion, puesto que por él se constituye un tribunal, á cuyo fallo se somete la declaracion de los derechos encontrados de las partes sobre el objeto del juicio, y no es posible desde entonces suponer el consentimiento que forma la base de la prescripcion.

§. 3.º *Fin del compromiso.*

El compromiso puede terminar, bien por causas dependientes de la voluntad de las partes, bien por causas independientes de esta voluntad.

Las causas dependientes de la voluntad de las partes son:

1.ª *La revocacion del compromiso.* Las mismas partes que han celebrado el compromiso ó sus causa-habientes pueden revocarlo de comun acuerdo, renunciando al juicio arbitral, ó revocando los poderes á los árbitros ó arbitradores nombrados. Por el mútuo disenso se disuelven los contratos celebrados de comun acuerdo y no está exento de esta ley el contrato de compromiso.

En cuanto á las formas de esta revocacion, puede asegurarse que no existe una determinada; puede hacerse espresa ó tácitamente. Será espresa la revocacion, siempre que las partes declaren á los árbitros ó arbitradores su voluntad de que termine el compromiso ó cesen en sus funciones, lo cual pueden hacer judicial ó extrajudicialmente segun tengan por conveniente, con tal que conste de una manera cierta esta voluntad. Y tácita, cuando intervenga un acto de los interesados del cual se induzca virtualmente la intencion de revocar el compromiso, por ejemplo, si las partes defieren á otros árbitros ó arbitradores el conocimiento del negocio, ó si acuden con el mismo objeto á los tribunales ordinarios, ó si transigen sus diferencias.

Pero ¿será válida, ó por lo menos producirá su efecto, la revocacion hecha de comun acuerdo despues que los árbitros han pronunciado sentencia? Para resolver esta cuestion es menester distinguir el caso en que los jueces árbitros hayan hecho saber á las partes su fallo, del caso en que estas lo ignoren. En el primero, la revocacion es superflua y no puede tener lugar, porque la sentencia definitiva puso fin á los poderes de los árbitros, y no se puede revocar un mandato que ya ha dejado de existir. Con todo eso, la revocacion en tal hipótesis firmada de las partes, puede interpretarse como una renuncia que estas hacen de la decision arbitral, y cuyo objeto es reponer las cosas al estado que tenian antes de celebrarse el compromiso. Por consiguiente, esta cuestion puede resolverse con variedad segun la naturaleza de los hechos, cuya apreciacion no puede menos de quedar al

ARBITROS.

421

arbitrio prudente del tribunal. Sin embargo, cuando la sentencia fuese susceptible de apelacion, entonces debe admitirse con mas facilidad la interpretacion que tiende á declarar la nulidad de la revocacion.

En el segundo caso, esto es, cuando la sentencia es ignorada de las partes al tiempo de la revocacion, es mas difícil de resolver la cuestion; porque por un lado el poder de los árbitros ha espirado por la pronunciacion de la sentencia; y no existiendo el compromiso, la revocacion es tambien supérflua; y por otro los interesados que ignoran la decision parece tienen todavia el derecho de revocar los poderes, puesto que para ellos no ha cesado el compromiso. No obstante esta doctrina, nosotros creemos que la revocacion de comun acuerdo, significada por las partes antes de saber la sentencia final, es válida; y la razon es, que todo acto resolutorio del compromiso no produce este efecto, sino en tanto que es conocida por todos los interesados la existencia, de este acto, cuya razon es la que sirve tambien á establecer en igual caso la admisibilidad de la recusacion de que vamos á hablar.

2.^a *La recusacion de los árbitros ó arbitrales.*—Como estos son verdaderos jueces en los negocios sometidos á su fallo, no podia menos de concederse á las partes el derecho de recusarlos cuando puedan temer con fundamento de la parcialidad de los mismos. Para que haya lugar á la recusacion, es necesario que la causa en que se funde sea legítima y que haya sobrevenido al compromiso.

En materia civil son causas legítimas de recusacion, lo mismo respecto á los árbitros que á los arbitradores; la enemistad con alguna de las partes y el soborno por dádivas ó promesas. Así lo establece la ley 31, tit. 4, Part. 3. ¿Pero esta disposicion legal es limitativa, ó solamente deben entenderse como ejemplos las dos causas que comprende? Si se considera que los árbitros y arbitradores son verdaderos jueces, á lo menos temporalmente, y que los primeros

debieron ordinario, entonces hay que concluir que las causas de recusacion son las mismas para unos que para otros, y esta es la opinion de algunos escritores regnicolas, fundados en la analogía de las funciones judiciales. Mas si las reglas de analogía se admitiesen con tal estension, no habria ley que no pudiera inutilizarse. En la especie actual, si el legislador hubiese tenido la intencion de asimilar los jueces árbitros á los ordinarios, indudablemente se habria remitido á las leyes que rigen las recusaciones de los últimos: por consiguiente, en el hecho de no haber indicado esta remision, y designado respecto á los árbitros ciertas y determinadas causas de recusacion, quiso que no se estendiesen á otras que á las señaladas.

La citada ley 33, tit. 4, Part. 3, establece un procedimiento previo y extrajudicial para obtener el objeto de la recusacion. El interesado que quisiere recusar al árbitro que le es sospechoso, debe requerirle ante testigos para que se abstenga del conocimiento del negocio, manifestándole la causa que tiene para recusarlo; y el recusado puede abstenerse por sí mismo, sin necesidad de esperar mandamiento del juez ordinario. Esta disposicion legal, acogida por todos los tratadistas, ó por lo menos no contradicha por ninguno, puede producir graves conflictos en la práctica, y hasta hace imposible su ejecucion. En efecto, ¿no es cierto, como veremos despues con referencia á otras leyes, que el árbitro no puede dimitir sus funciones despues de aceptadas sin mostrar una causa justa para ello? ¿no hemos visto tambien que un compromitente solo, no puede producir la revocacion de los árbitros? Pues entonces, ¿de qué sirve que una de las partes diga al árbitro privadamente que le tiene por sospechoso y que se abstenga por sí mismo? Si se abstiene á consecuencia de tal intimacion, la parte contraria que en ello experimente detrimento y se oponga, podrá hacer que se apremie al dimitente á seguir el pleito (1) si no prueba escusa legítima. Por

(1) Ley 33, tit. 4, Part. 3.

consecuente, ó es necesario que ambas partes consientan en la dimision del árbitro, y entonces existe una revocacion de poderes, ó que la parte que cree sospechoso al juez avenidor, proponga y pruebe paladinamente la causa de la recusacion; porque esta, como se ha dicho antes, debe ser motivada, para que no esté en manos de un litigante dejar sin efecto el compromiso en perjuicio de su adversario.

La ley al establecer la intimacion privada ante testigos antes de formalizar la recusacion, se propuso, sin duda por objeto no lastimar el honor y la fama del árbitro, articulando contra él enemistad ó soborno, pero para llenar aquel objeto debió contar con el asentimiento del otro comprometido, ó por lo menos, permitir la libre dimision del árbitro.

En fin, cualquiera que sea la causa que se alegue ó proponga para la recusacion, una vez intentada esta, debe suspenderse todo procedimiento en el negocio hasta que este punto quede decidido, lo cual tiene lugar en todo estado del pleito, con tal que no se haya notificado á las partes la sentencia; en caso contrario adolecera de nulidad cuanto se obrare, pendiente este artículo; porque cuando se trata de la incompetencia de un juez, no puede menos de afectarse la validez del juicio.

En materia mercantil es necesario distinguir si los jueces nombrados son amigables componedores, ó árbitros de derecho. Los primeros no pueden ser recusados (1).

Los árbitros pueden serlo por cualquiera de las causas que establece la ley para recusar á los individuos del tribunal de comercio, cuales son: 1.ª El parentesco de consanguinidad con las partes litigantes dentro del cuarto grado, y el de afinidad dentro del segundo computados civilmente. 2.ª La sociedad de comercio que exista pendiente el pleito entre el juez y el litigante, aunque sea de la accidental ó cuentas en participacion, pero no la anónima. 3.ª La amistad entre el juez y el litigante antes ó

despues de comenzado el pleito que se manifieste por una estrecha familiaridad. 4.ª Si el juez dependiese del litigante en clase de factor, administrador ó bajo cualquier otro género de dependencia ó relacion de servicio que le produjese sueldo ó intereses en el giro del mismo negociante, ó si fuere su banquero ó comisionista durante el pleito, ó despues de haber este comenzado. 5.ª Por haber recibido el juez del litigante beneficios de importancia para sí ó su familia que empuen su gratitud hácia el mismo. 6.ª Cuando medie odio ó resentimiento del juez contra el recusante por hechos conocidos, ó que en los seis meses anteriores al pleito, ó á la época en que el juez hubiere entrado en el ejercicio de sus funciones, le hubiese amenazado en disensiones privadas. 7.ª Si hubiese pleito pendiente entre el juez y el recusante, ó le hubiere acusado criminalmente antes ó despues de incoarse aquel, ó en cualquiera ocasion le hubiere hecho daño grave en su persona, honor ó bienes. 8.ª Si el juez hubiese recibido dádivas del litigante, pendiente el pleito, ó hubiere dado recomendaciones sobre él antes ó despues de principiado. 9.ª Si siendo juez hubiere manifestado su opinion sobre el pleito antes ó despues de principiado. 10. Siempre que por cualquiera causa ó relacion tengá el juez intereses en las resultados del pleito (1).

Todas estas causas tienen una limitacion importante respecto de los árbitros á saber; que hayan sobrevenido despues del compromiso, pues si son anteriores á él, aun cuando las ignore cualquiera de las partes, no son suficientes para fundar en ellas la recusacion (2).

La recusacion de los árbitros de comercio se ha de proponer y probar en el término preciso de ocho dias ante el tribunal de comercio, y desde que se presente á los árbitros la certificacion de haberse propuesto, hasta que les conste la resolucion del tribunal, suspenderán el procedimiento, ha-

(1) Art. 301 ley de enjuiciamiento.

(1) Arts. 97 y 276, id. id.
(2) Art. 275 id. id.

ARBITROS.

425

jo pena de nulidad de lo que actuaren y de responsabilidad á los perjuicios que ocasionen con sus procedimientos, quedando á la vez suspendido tambien el término del compromiso. (1)

La resolución del tribunal de comercio sobre la recusación causa siempre ejecutoria. Para que la recusación de alguno de los árbitros de comercio produzca el efecto de terminar el compromiso, es preciso que estuviere nombrado de comun acuerdo de las partes, y que estas no lo sustituyan con otro que nombren de comun acuerdo (2), porque si solo está nombrado por una de ellas, estará esta obligada á sustituir en su lugar otra persona, ó de no hacerlo incurrirá en la multa señalada en el compromiso á los que dejaren de prestarse á los actos necesarios para la preparación ó complemento del juicio arbitral, debiendo además el tribunal, si el arbitraje es forzado, hacer el nombramiento de oficio en persona que á su juicio sea perita é imparcial en el negocio que se dispute (3).

Por lo demás puede verse el artículo **RECUSACION.**

3.ª *La renuncia ó desistimiento* de una de las partes. El litigante que tiene la libre disposición de sus derechos, puede renunciar á ellos y desistir de sus reclamaciones ó pretensiones. Cuando esto se verifica en el juicio arbitral termina el compromiso. La ley 28, tít. 4, Part. 3, que enumera varias de las causas por las que espira el poder de los avenidores, señala como tal, el que la parte que demandaba, quitase á la otra, faciéndole pleito de nunca la demandar. Lo mismo debe decirse cuando la parte demandada accede á lo que el demandante le pide.

Las causas independientes de la voluntad de las partes son en mayor número, como se ve por el catálogo de ellas que ponemos á continuación.

1.ª *La espiración del término del compromiso.* Ya hemos visto en otro lugar que, no expresando las partes en el compromiso

el plazo dentro del cual ha de dictarse la sentencia, había la ley ocurrido á su silencio, señalando la ley civil el término máximo de tres años, y la comercial el de cien días, contados desde el de la aceptación tácita ó expresa de los avenidores nombrados. La ley de enjuiciamiento en su artículo 273 previene, que de consentimiento unánime de las partes podrá prorogarse el término del compromiso, aun después que este haya espirado. También pueden las partes en el compromiso autorizar á los árbitros ó arbitradores nombrados para que puedan prorogar el plazo fijado. Todas estas circunstancias deben tenerse presentes para determinar si ha espirado el término del compromiso, porque llegado este caso, nada pueden ya hacer los jueces elegidos, y lo que hagan es nulo de derecho.

Cuando las partes de comun acuerdo proroguen el compromiso, deben hacer constar la prorogación en solemne forma, porque bien considerado constituyen nuevamente un verdadero compromiso.

2.ª *La muerte, incapacidad ó impedimento de los avenidores.* En materia civil concluye el compromiso por la muerte de un avenidor (1), á menos que las partes hayan convenido en que puedan los restantes continuar el juicio y dictar sentencia, ó en que se haya de reemplazar con otro que se nombre en la forma acordada. En materia comercial concluye también el arbitraje de amigable composición por la muerte de cualquiera de los nombrados (2); pero para que termine el arbitraje jurídico por la muerte de uno de los árbitros, es circunstancia necesaria que haya sido nombrado de comun acuerdo, porque si lo ha nombrado una sola parte, está esta obligada á elegir otro que lo reemplace, según hemos visto en la sección tercera.

Cuando las partes hayan convenido en el compromiso que este no concluya con la muerte de uno de los avenidores nombrados, sino que se reemplace con otro en la forma

(1) Arts. 277 y 279, enjuiciamiento.

(2) Arts. 278 y 280, id. id.

(3) Arts. 270, 261, id. id., art. 324, Código de comercio.

(1) Ley 28, tít. 4, Part. 3.

(2) Art. 300, ley de enjuiciamiento.

acordada, si la parte que ha de hacer el nombramiento no quiere hacerlo, ó si debiéndose hacer de comun acuerdo, no convienen en la persona, debe á petición de uno de los interesados, hacer el nombramiento el tribunal ó juez en persona perita é imparcial, si el arbitraje es forzado, y si es voluntario incurrirá la parte resistente en la pena pactada, pues de lo contrario por voluntad de una sola parte se dejaría sin efecto una de las cláusulas del compromiso.

La incapacidad ó el impedimento para desempeñar el cargo de avenidor produce iguales efectos que la muerte, y debe entenderse respecto de una y otra cuanto dejamos anteriormente espuesto.

3.^a *La renuncia de los avenidores.* La renuncia de los avenidores, sean estos árbitros ó amigables componedores, antes de aceptar el compromiso es enteramente libre y pueden hacerla sin motivo alguno; pero después de aceptado el cargo no existe, ni puede racionalmente existir la misma libertad. El jurisconsulto Ulpiano espone con mucho tino los motivos de esta diferencia. «Aunque el pretor, dice, no obliga á ninguno á aceptar un compromiso por el que se le nombra juez, porque semejante aceptación debe ser libre y no forzada, sin embargo después que aquel es aceptado, el pretor cree que es de su deber hacerlo cumplir, no solo porque tiene por objeto terminar las contiendas, sino tambien porque no es justo que los que han elegido al avenidor como un hombre honrado, capaz de decidir sus diferencias, queden defraudados de esta esperanza. En efecto, suponiendo que un avenidor rehusa pronunciar la sentencia, sea por favor, ó por cualquiera otra pasión reprobada, después que el negocio se ha examinado detenidamente y que las partes le han descubierto sus mas ocultos secretos, ¿no es justo que el pretor interponga su autoridad para obligarle á dictar su resolución (1)?»

La ley de Partidas dice (2). «De su grado

é sin ninguna premia reciben en su mano los jueces de avenencia los pleitos é las contiendas de los omes para librarlas. É bien así como es en poder dellos, quando los escogen, de non tomar este oficio, si non quisieren; Otro si después que lo obieren recibiendo, son tenudos de librarlos, maguer non quieran. «La ley de enjuiciamiento dispone asimismo (1), que aceptado el encargo tácita ó espresamente, no podrán los árbitros dejar de cumplirlo, y el tribunal les apremiará á ello, si no lo hicieren.

Esta regla, de que los avenidores que han aceptado el encargo no pueden dejar de cumplirlo, tiene algunas escepciones, nacidas unas de considerarse como terminado el compromiso por revocación de las partes, y otras de impedimentos legítimos: tales son, si las partes comienzan el mismo pleito ante el juez ordinario, ó lo comprometen en otros avenidores; si alguna de las partes los injuriase, ó si tuviesen que ir en romería, en servicio del rey ó de su concejo, ó si cayesen enfermos, ó si ocurriese algun otro obstáculo de igual naturaleza (2). Cuando exista alguna de estas causas y en ella se funde el avenidor para no continuar en su oficio, ó renunciar á él, debe probarla, pues esto es lo que quiere significar la misma ley abajo citada cuando á su final dice, que: Ca por cualquier destas razones que *mostrase* el juez de avenencia debe ser escusado; de manera que non lo deben apremiar de ir adelante por el pleito que recibiera en su mano, si non quisieren.

Fuera de estos casos exceptuados, el avenidor que no quiera cumplir el compromiso aceptado, puede ser obligado por el juez ó tribunal competente segun dispone la ley, y si á pesar de todo se negase á ello, debe responder á las partes de los daños y perjuicios que con su negativa se les hayan irrogado.

Si en el compromiso hubiesen convenido las partes que en caso de renuncia de un avenidor, se nombrase otro en su lugar, se procederá segun dejamos espuesto al ha-

(1) Ulpiano traducción de Bulot. Ley 3, Par. 1, lib. 4, tit. 8, D. *De receptis qui arbitrium*.
(2) Ley 29, tit. 4, Part. 3.

(1) Art. 371, ley de enjuiciamiento.
(2) Ley 30, tit. 4, Part. 3.

blar de la muerte, incapacidad ó impedimento de los avenidores.

4.^a *La muerte de alguna de las partes.* En materia civil termina el compromiso por la muerte de alguna de las partes, á menos que en él se hubiese convenido lo contrario; en cuyo caso deben los avenidores, antes de ir adelante, emplazar á los herederos del difunto (1). No sucede lo mismo en materia comercial, segun lo dispone la ley de enjuiciamiento en su artículo 263, que ordena que los herederos de los que otorgaron ó contrataron el compromiso, quedan obligados á sus results, aunque sean menores, sin duda porque siendo el compromiso un contrato, debe como todos los contratos ser obligatorio á los herederos de aquel que lo ha suscrito.

5.^a *La muerte ó pérdida de la cosa que es objeto del compromiso.* Falta en este caso la base del litigio ó diferencia, y ningun resultado podria producir la continuacion del juicio, ni la sentencia.

6.^a *La consolidacion en una de las partes de los derechos controvertidos.* Sucede en este caso lo que en el anterior, que falta la base del compromiso.

7.^a *La sentencia de los avenidores.* Este es el término mas natural del compromiso. Dictada la sentencia no pueden los avenidores proceder á su ejecucion ni á la exaccion de la pena pactada en el compromiso, para el caso de que alguna de las partes no se conforme con ella. Las facultades de los árbitros, dice la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio en su artículo 304, acabarán con la pronunciacion de la sentencia, y las de los amigables componedores con la del laudo. De la ejecucion de lo decidido por unos y otros toca conocer y proveer en justicia á los tribunales de comercio, ó jueces ordinarios que entiendan en los negocios mercantiles.

8.^a *La discordancia de pareceres en los casos siguientes.* Si estuviesen discordes los amigables componedores, dice la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio, artículo

299, se reunirá con ellos el tercero nombrado y se estará á lo que resuelva el mayor número de votos. No habiendo mayoría, quedará sin efecto el compromiso. Y en el artículo 300, que las facultades de los amigables componedores cesarán por la discordancia de sus decisiones, cuando no haya tercero nombrado que se les una para hacer mayoría en los votos. En general puede decirse, que en los casos en que definitivamente no resulte mayoría de votos, termina y concluye el compromiso de amigable composicion en materia comercial. En materia civil creemos que puede llegar tambien el caso en que cese el compromiso por la discordancia de pareceres, y es, cuando discordes los avenidores nombrados en términos que no haya mayoría, y unido á ellos el tercero, tampoco resulte mayoría de votos conformes, en cuyo caso nada dice la ley sobre la manera de derimir esta discordancia, por lo cual parece que debe terminar el arbitraje. La ley comercial prevee este caso y lo resuelve respecto del compromiso de amigable composicion en los términos que dejamos espuestos anteriormente, y respecto del compromiso en árbitros, ordenando que se remitan los autos al tribunal de comercio para que dirima la discordia segun los méritos del proceso, sin nuevas actuaciones (1).

De la enumeracion de las causas por las cuales se acaba el compromiso, se colige que la mayor parte de ellas son comunes á todas las demas obligaciones. ¿Pero hay fuera de las indicadas otras causas resolutorias del compromiso? ¿Podrá considerarse como una de ellas la cesion de bienes? Un espositor extraño, *Jousse*, conforme con la opinion de su compatriota *Voët*, lib. 4, tit. 8, sostiene la afirmativa, fundado en la ley romana, que dice:.... *item, si unus ex litigatoribus bonis suis cedat, non esse cogendum arbitrum sententiam dicere, cum neque agere, neque convenire possit* (2). Pero esta opinion, en sentir de otros espositores franceses, no puede sostenerse, porque los acree-

(1) Ley 28, tit. 4, Part. 3.

TOMO III.

(1) Art. 291, ley de enjuiciamiento.

(2) Ley 17 De recept.

dores del cedente ocupan el lugar de causahabientes, y como tales están sujetos á las consecuencias de sus obligaciones, al mismo tiempo que tienen derecho á reclamar de su principal la ejecución de las que fueron contraídas respecto á él. «Los acreedores, dicen, pudiendo, como pueden, representar á sus deudores y ejercitar sus derechos, la quiebra, la insolvencia y la cesión de bienes no pondrán fin al compromiso.» Con mayoría de razón, la cesión hecha por una de las partes á un tercero del crédito ó de la cosa objeto del compromiso, no es causa suficiente á terminarlo; porque en este caso dependería siempre de una parte inutilizar por este medio el compromiso que suscribió, y revocar los árbitros á su voluntad, cuando la ley prohíbe toda especie de revocación, que no provenga del consentimiento unánime de los interesados ó de alguna causa determinada. En efecto, la quiebra no debe así como la cesión, contarse en el número de las causas que hacen cesar el compromiso, aun cuando por ella queda el fallido desapoderado de sus bienes, y le incapacita para obligarse, pasando las acciones que tenía á sus acreedores. Estas razones son aceptables, mayormente en el silencio de la ley y por eso las trascribimos.

SECCION IX.

DE LAS FACULTADES Y COMPETENCIA DE LOS ARBITROS Y ARBITRADORES.

Constituido el compromiso y aceptado el cargo de árbitro ó arbitrador por las personas nombradas, entran estas en el ejercicio de las funciones que les competen, ya por voluntad expresa de las partes, ya por disposición de la ley. Para conocer como es debido la extensión de las facultades y competencia de los árbitros y arbitradores, es necesario determinar las cuestiones sobre que pueden resolver; las medidas que pueden ordenar; las reglas según las cuales deben decidir; el término dentro del que han de sentenciar y la prorogación de sus fa-

cultades, todo lo que nos proponemos tratar en los párrafos siguientes.

§. 1.º Cuestiones sobre que pueden resolver.

Los árbitros y arbitradores nombrados en virtud de compromiso voluntario fundan la competencia de su jurisdicción en este mismo compromiso, y á él deben atenerse para conocer las cuestiones que están llamadas á resolver. Dependiendo de la voluntad de las partes el someter al juicio arbitral una ó mas diferencias, siempre que sean de las permitidas por la ley, á todas las comprometidas se extiende la competencia de los árbitros ó arbitradores; mas allí donde no se halle expresa aquella voluntad, ni pueda legalmente presumirse, allí cesa su competencia y su poder, porque la extensión de las atribuciones de aquellos jueces se mide por la voluntad de las partes formulada en el compromiso.

En el arbitraje forzado las cuestiones que son de la competencia exclusiva de los árbitros están determinadas por la ley, y si bien las partes pueden ensanchar las facultades de los árbitros elegidos en virtud de compromiso forzado, sometiendo á su decisión otras cuestiones que las designadas por la ley, ó dispensándoles del rigorismo legal en el procedimiento y fallo del negocio, no tienen derecho para limitarlas ó restringirlas. Los árbitros forzados constituyen una especie de tribunal anexo al tribunal de comercio para conocer y decidir las diferencias que se promuevan entre socios de una sociedad mercantil por razón de esta misma sociedad. Así que su competencia exclusiva solo se extiende por la ley á estas cuestiones en los casos en que competiría conocer de ellas al tribunal de comercio, supuesta la no existencia del arbitraje forzado. De aquí se deduce que, cuando las diferencias entre socios de una sociedad mercantil versen sobre cantidad que no exceda de 1000 rs. en los pueblos en que haya tribunal de comercio, y de 500 en los demás, no son de la competencia de los árbitros forzados, sino que deben someterse á juicio

ARBITROS.

427

verbal en los términos que disponen los artículos 1209, 1210 del Código de comercio, y 446 al 458 inclusive de la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio.

Cuando las partes ensanchan el círculo de la competencia legal de los árbitros forzados, entonces es necesario atender no solo á la ley, sino tambien al compromiso para determinar la estension de sus atribuciones.

Una vez conocido el fundamento de la competencia de los árbitros y arbitradores, tanto en el arbitraje voluntario, como en el forzado, vamos á examinar si pueden ó no resolver otras cuestiones diferentes de las principales comprendidas en el compromiso.

Los árbitros y arbitradores pueden estender su decision á los frutos y rentas de la cosa, siempre que no se les haya espresamente prohibido en el compromiso. La ley 32, tit. 4, Partida 3, dice: «E aun decimos, que se deben mucho guardar, que non se entrometan de librar otro pleito, si non aquel que les fue encomendado. Fuerras ende, en razon de los frutos ó de la renta, que salió de aquella cosa sobre que es la contienda entre las partes. Ca bien como ellos pueden dar juicio sobre la cosa principal; otrosi lo pueden facer en razon de los frutos, ó de las otras cosas que nascieron ó salieren della.»

Tambien pueden los árbitros y arbitradores resolver sobre si las diferencias sometidas á su decision son ó no de las que pueden las partes comprometer en ellos. Como sobre las cosas que la ley prohibe comprometer es incompetente la jurisdiccion arbitral, deben los avenidores, dice la ley 26, tit. 4, Part. 3, primeramente catar, que el pleito que quieren meter en su mano sea de tal natura que se pueda librar por jueces de avenencia. Ca si tal non fuesse, non lo deben nin pueden recibir en ninguna manera.

Los árbitros y arbitradores son verdaderos jueces en los negocios sometidos á su decision, por cuyo motivo pueden estos como los ordinarios conocer de las cuestiones de comicia, declarándose competentes ó incompete-

ntes, ó sosteniendo su jurisdiccion, cuando se les dispute por otro juez.

Asimismo pueden los árbitros y arbitradores resolver los incidentes que ocurran en el juicio arbitral, siempre que tengan una conexion ó dependencia necesaria con la cuestion principal, y sean por su naturaleza susceptibles de ser comprometidos. La jurisdiccion que nace del compromiso es completa para decidir las diferencias ó contiendas que en él se comprenden, por cuya razon es estensiva á todos aquellos incidentes sin cuya resolucion no podrian terminarse aquellas debidamente. Mas esta conexion y enlace necesario entre el incidente y lo principal no puede producir nunca la sumision al juicio arbitral de cuestiones que la ley ha sustraído de su conocimiento.

Si un compromiso tiene por objeto una ó mas demandas determinadas, y comenzado el juicio se opone reconvenccion por el demandado, ¿podrán conocer de ella los árbitros ó arbitradores? Hay autores que sostienen la negativa, fundados en que la reconvenccion no es un incidente necesario del juicio arbitral, y que por lo tanto no podrian los árbitros ó arbitradores sin salirse del compromiso y sin escederse de sus facultades conocer de ella y decidirla. Sin embargo de esto creemos que tienen jurisdiccion para conocer y resolver sobre la reconvenccion, ya porque, facultados para decidir una demanda, lo estan indudablemente para decidir las escepciones que á ella se opongan, ya porque entablada una demanda ante una jurisdiccion, viene á ser esta competente para conocer de la reconvenccion que ante la misma presente el demandado.

La cláusula compromisaria puesta en un contrato, por la cual se obligan los contratantes á someter al juicio arbitral todas las diferencias que puedan nacer entre ellos sobre la ejecucion del mismo, da competencia á los árbitros ó arbitradores nombrados para conocer de la demanda en reclamacion de daños y perjuicios por la inejecucion de lo convenido, mas no sobre la nulidad del contrato.

También corresponde á los árbitros ó arbitradores declarar, si una de las partes ha incurrido en la pena estipulada en el compromiso contra la que desobedeciere sus providencias, ó dejase de cumplir con los actos necesarios para que el compromiso tenga efecto.

Del mismo modo estan facultados para condenar en las costas á la parte que sostenga con temeridad ó malicia sus pretensiones.

Igualmente pueden fijar en la sentencia un plazo á la parte condenada para que dentro de él cumpla con lo mandado (1).

Asimismo tienen facultad para dentro del término legal aclarar la sentencia (2).

Los árbitros y arbitradores no tienen potestad para conocer de las cuestiones que se promuevan sobre la ineficacia ó nulidad del compromiso, ó sobre la validez de su nombramiento. Su jurisdiccion supone siempre la legalidad de lo uno y de lo otro, de modo que cuando se pone en duda esta legitimidad, quedan en suspenso y sin atribuciones hasta para continuar el procedimiento comenzado. Véase sobre esto lo que decimos en la seccion IV.

Tampoco tienen jurisdiccion para resolver aquellas cuestiones incidentales que no tienen enlace necesario con el pleito principal, ó que son ajenas al juicio arbitral. Si durante el procedimiento se promoviese por las partes alguna cuestion criminal de aquellas que no puedan ser objeto de compromiso, deben abstenerse los árbitros ó arbitradores de conocer sobre ella, remitiendo al juez competente el oportuno testimonio de lo que resulte para que proceda con arreglo á derecho. En materia comercial está prevenido, aun á los tribunales de comercio, que si sobreviniere alguna incidencia criminal en los procedimientos de estos tribunales, se remitirá su conocimiento á la jurisdiccion real ordinaria con testimonio de los antecedentes que den lugar al procedimiento criminal (3). En los incidentes no criminales,

pero ajenos á la cuestion principal, deben los árbitros ó arbitradores abstenerse también de conocer sobre ellos, ordenando que las partes usen de su derecho donde corresponda.

Las cuestiones sobre recusacion de uno ó mas de los árbitros ó arbitradores nombrados son ajenas de su competencia. En materia comercial deben llevarse al tribunal de comercio, y en materia civil ante el juez de primera instancia. Puede verse sobre recusacion lo que dejamos dicho en la seccion VIII, §. 3.º

Finalmente, los árbitros ó arbitradores no tienen facultad para imponer multas á los que desobedezcan sus providencias, ni otra especie de pena. Esta es materia que interesa ya al orden público, y que por lo tanto es estraña á la jurisdiccion arbitral. Solo cuando las partes convienen en el compromiso que aquella que desobedezca sus mandatos, ó deje de cumplir con los actos necesarios para que el compromiso tenga efecto, pague tal cantidad, podrán los árbitros declarar cuando han incurrido en la pena estipulada, segun dejamos espuesto anteriormente.

§. 2.º Medidas que pueden ordenar.

Los árbitros y arbitradores son jueces de las partes en los negocios sometidos á su decision; de consiguiente pueden ordenar el procedimiento, dictando aquellas providencias que son indispensables para llegar al descubrimiento de la verdad, y sin las cuales no podrian ilustrar su conciencia, ni formar una opinion recta é imparcial.

Los árbitros de derecho, á quienes por la ley se impone la obligacion de guardar las formas legales en el procedimiento y de juzgar con arreglo á las leyes, estan por lo mismo facultados para dictar las providencias necesarias á fin de que las partes se sometan al orden legal en sus defensas y probanzas. «Tales avenidores como estos, dice la ley de Partidas (1), desque recibieren é otorgaren de librarlos assi, que deben an-

(1) Ley 33, tit. 4, Part. 3.

(2) Ley 106, tit. 18, Part. 3.

(3) Art. 1203. Código de comercio.

(1) Ley 24, tit. 4, Part. 3.

ARBITROS.

429

dar adefante por el pleito, tambien como si fuesen jueces ordinarios, faciéndolos comenzar el pleito ante sí por demanda é por respuesta, é oyendo é recibiendo las pruebas, é las razones é las defensiones que ponen cada una de las partes.»

Los arbitadores ó amigables componedores estan facultados para librar el pleito en cualquiera manera que ellos tuvieran por bien, siempre que procedan de buena fé y sin engaño (1), de modo que pueden ordenar el procedimiento segun tengan por conveniente, dictando aquellas providencias de instruccion que consideren mas conformes al descubrimiento de la verdad.

Sentadas estas reglas generales vamos á hacer aplicacion de ellas á algunos particulares que suelen ser objeto de cuestion ó de dificultades en la práctica.

Entre las medidas ó providencias que pueden los avenidores dictar para la ordenacion del juicio, hay unas, cuya ejecucion no afecta á mas personas que á las que son parte en el litigio, tales, por ejemplo, las que tienen por objeto la presentacion de sus respectivas pretensiones, la que previene que una de las partes exhiba un documento, jure posiciones, etc., hay otras que en sus efectos se estienden á terceras personas estrañas al compromiso, como las que, admitiendo los interrogatorios de las partes, disponen que se examinen con arreglo á ellos los testigos que se presentaren, y hay algunas finalmente, cuyo cumplimiento tiene que encomendarse á alguna autoridad ó juez establecidos por la ley.

Respecto de las primeras, es decir, las que en su ejecucion solo afectan á las partes, no cabe la menor duda que pueden los avenidores ordenarlas é intervenir en su cumplimiento, porque sobre los compromitentes tienen jurisdiccion; así que pueden mandar que declaren ó juren posiciones, pueden tambien tomarles el juramento y recibir sus declaraciones ó confesiones.

Los avenidores pueden asimismo recibir el pleito á prueba y admitir ó desechar las

probanzas, segun crean que son ó no pertinentes. ¿Mas podrán hacer por sí probanzas, examinando los testigos de los interrogatorios, ó recibiendo las declaraciones de los peritos, ó dirigiendo mandamientos compulsorios, cuando esto tenga lugar? Algunos autores niegan que los avenidores tengan facultad para hacer por sí las probanzas, fundados en que no tienen jurisdiccion (1), en lo cual padecen una equivocacion. Los avenidores son jueces de las partes y jueces del negocio, y si bien no lo son de las personas que no se han sometido á ellos por el compromiso, estan autorizados por la ley para dictar las providencias que haga necesarias la naturaleza del juicio, y el descubrimiento de la verdad. Los árbitros, dice la ley de Partidas (2), deben ir adelante por el pleito, tambien como si fuesen ordinarios, oyendo é recibiendo las pruebas. La ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio autoriza asimismo á los árbitros para que reciban el pleito á prueba, observando en la práctica de esta las mismas formalidades que los tribunales de comercio (3). De consiguiente tienen facultad para practicar por sí las probanzas. Sin embargo, pueden ocurrir dificultades en la práctica de ellas por carecer los árbitros ó arbitadores de jurisdiccion sobre las personas estrañas al compromiso, por ejemplo, sobre los testigos, peritos, etc., en los casos en que estos se nieguen á comparecer para declarar, ó á prestar sus declaraciones. Cuando los testigos ó peritos se presentan voluntariamente á prestar su juramento y declaracion ante los avenidores, estos pueden recibir uno y otra; mas cuando admitido por los avenidores el interrogatorio, ú ordenada la prueba pericial, se niegan los testigos ó los peritos á presentarse ante aquellos para jurar, declarar, ó presentar su declaracion, en estos casos no tienen potestad para obligarles á ello, por carecer de jurisdiccion respecto de las personas estrañas al compro-

(1) Curia Filippica, Lib. 3, Cap. 14, n. 16: Parladorio Lib. 2, rer. quo. c. fin. p. Par. 1, n. 93.

(2) Ley 33, Tit. 4, Part. 3.

(3) Arts. 284, 285.

(1) Ley 11, Id.

miso. Cuando tal suceda, debe la parte á quien interese la práctica de aquella diligencia, acudir al juez competente con testimonio de la providencia arbitral, manifestándole la resistencia del testigo ó del perito y solicitando se sirva ordenar se le haga saber que dentro de tanto tiempo se presente á prestar su declaracion, ó lo que sea, bajo tal apercibimiento ó multa segun proceda. Este auxilio de la autoridad pública es necesario, siempre que la jurisdiccion arbitral se halla imposibilitada para instruir debidamente el proceso sometido á su decision.

Otras veces las pruebas admitidas tienen que ejecutarse en otro pueblo ó provincia, de manera que hay necesidad de encargar la práctica de ellas á un juez ordinario, ó á otro cualquier tribunal establecido. ¿En este caso y otros análogos podrán los avenidores expedir exhortos, despachos ó suplicatorias como los jueces ordinarios? De ningun modo, porque la jurisdiccion que ejercen no tiene el carácter de pública, ni sus funciones se estienden á mas personas que á las que han celebrado el compromiso. Lo que debe hacerse en estos casos es sacarse el oportuno testimonio de todo lo que debe comprenderse en el exhorto, y presentarlo ante el juez competente para que se sirva mandar se practique lo ordenado por los avenidores, librándose al efecto el exhorto, etc. correspondiente. Ya hemos dicho antes que la autoridad pública debe venir en auxilio de la privada de los avenidores, cuando esta no esté facultada para hacer que se ejecuten sus providencias.

Finalmente, los árbitros pueden acordar de oficio y para mejor proveer la práctica de cualquiera diligencia que consideren necesaria para el descubrimiento de la verdad, en los mismos términos que los jueces ordinarios. Así que pueden mandar á las partes que juren posiciones sobre los hechos no probados, que presenten los documentos que se hubiesen reservado, y que sean conducentes para declaracion de los derechos disputados, ó que se proceda á su reconocimiento, si por su calidad no se pudiese

exigir aquella, como tambien la inspeccion ocular, si esta fuese indispensable para formar rectamente su juicio.

§. 3.º *Reglas segun las cuales deben decidir.*

Aunque los árbitros y arbitradores son verdaderos jueces en los negocios sometidos á su decision, con todo eso son muy distintas las reglas á que deben atemperarse unos y otros en la resolucion de aquellos. Los árbitros estan en el deber de ajustar su fallo al resultado del proceso, sentenciando segun lo alegado y probado por las partes; los arbitradores pueden prescindir del rigorismo legal; y decidir la contienda segun su leal saber y entender; los árbitros deben juzgar con arreglo á la verdad legal; los arbitradores pueden resolver conforme á la verdad sabida y buena fe guardada; los árbitros en fin, deben guardar estrictamente las reglas del derecho, los arbitradores pueden seguir los consejos de la equidad.

La ley de Partidas (1), dice que los árbitros deben dar su juicio afinado, segun entendieren que lo deben facer de derecho: y que los arbitradores han poder de avenir á las partes en cual manera quisieren, siempre que sea fecho á buena fé é sin engaño. La ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio dispone (2), que la sentencia de los árbitros ha de ser conforme á derecho, segun lo alegado y probado en autos, y que los amigables componedores pueden decidir sin sujecion á las formas legales segun su leal saber y entender.

Esta diferencia que existe entre los árbitros y arbitradores es de la mayor importancia. En el arbitraje juridico las partes conservan todas las garantías de la defensa legal; en el de amigable composicion, todo depende de la buena fé y de la recta inteligencia de los jueces; la decision de estos puede ser mas bien un arreglo, una transaccion entre las pretensiones de las partes, que no una declaracion precisa de la justi-

(1) Ley 25. tit. 4.º Part. 3.

(2) Arts. 218 y 206.

ARBITROS.

431

cia é injusticia de ellas. Deben, pues, los interesados explicar claramente al celebrar el compromiso, si el poder que confieren á los avenidores que nombran es para que conozcan y decidan las diferencias con arreglo á derecho, ó por el contrario, si les dispensan de estas solemnidades y les autorizan para que las resuelvan como amigables componedores. Las dudas que puedan suscitarse sobre el carácter de los avenidores nombrados, pueden convertirse en daño de las partes, porque en tales casos la regla de interpretacion es que deben considerarse como arbitrades, regla que ciertamente guarda poca armonia con la otra que prescribe, que se entienden reservados los remedios de derecho, siempre que en el compromiso no se haya hecho pacto en contrario.

§. 4.º *Término dentro del que deben juzgar.*

La jurisdiccion de los árbitros y arbitrades, limitada á las diferencias sometidas á su decision, debe necesariamente tener un término. Ya hemos manifestado al hablar del fin del compromiso, que las partes pueden acordar la duracion de este atendidas la naturaleza y complicacion de los negocios sometidos al juicio arbitral y la indole del procedimiento que en él haya de seguirse.

Cuando las partes no han designado el término dentro del cual han de dictar sentencia los avenidores, entonces lo señala la ley, y es, en los negocios civiles el de tres años, y en los mercantiles el de cien dias (1).

§. 5.º *Prorogacion de sus facultades.*

Las facultades ó atribuciones de los árbitros y arbitrades pueden en ciertos casos prorogarse, ya en cuanto á su estension, ya en cuanto á su duracion.

Las atribuciones de los árbitros y arbitrades son sin duda mayores cuando las partes renuncian á los recursos legales que

proceden contra su sentencia; entonces reciben un poder mas ámplio que el que se les confiere en los casos ordinarios.

Del mismo modo reciben mayor estension las facultades de los árbitros y arbitrades, cuando las partes les dispensan de las formalidades que deben guardar, ó cuando les autorizan para hacer ciertas cosas que escuden sus atribuciones ordinarias; por ejemplo, si les dan poder para que puedan prorogar el plazo del compromiso, ó juzgar no estando todos reunidos, ó en dia feriado, etc.

En el arbitraje forzado la jurisdiccion de los árbitros pueden las partes estenderla hasta la de amigable composicion, segun hemos demostrado en la seccion IV; pero para esto, lo mismo que para renunciar los remedios legales contra la sentencia arbitral, es preciso que las partes puedan libremente contraer un compromiso voluntario. Así que el síndico de una quiebra, el administrador legal, el tutor etc., obligados por la ley á someter al juicio de árbitros un negociode su administracion, no pueden estender los poderes de los árbitros bajo ningun concepto.

Podrá suceder que personas hábiles para renunciar los remedios legales contra la sentencia arbitral, y para someter sus diferencias al juicio de amigables componedores, hayan convenido en el compromiso forzado, lo uno ó lo otro, ó ambas cosas á la vez, y que antes de que se dicte la sentencia fallezca una de las partes, dejando hijos menores, ó que se incapacite para la administracion de sus bienes, por ejemplo, constituyéndose en estado de quiebra, ó perdiendo el juicio. Cuando tal suceda ¿deberán sostenerse aquellas renunciaciones, y podrán consentirlas el tutor, curador ó síndico, ó deberán rescindirse, reorganizándose el arbitraje forzado con arreglo á la ley? Este punto ha sido debatido en Francia con calor, produciéndose ejecutorias de los tribunales en contrario sentido, hasta que la jurisprudencia se ha uniformado en favor de la subsistencia del compromiso convenido por las partes en todos sus extremos. Entre nosotros

(1) Ley 27, tit. 4, Part. 3, Art. 261 ley de enjuiciamiento.

no puede con fundamento sostenerse sobre esto controversia en vista del artículo 263 de la ley de enjuiciamiento que previene, que los herederos de los que otorgaron ó contrataron el compromiso, quedarán obligados á sus resultas aunque sean menores. La misma razon es aplicable á los demas causa-hacientes de los compromitentes.

Las facultades de los árbitros y arbitradores pueden estenderse tambien en cuanto al tiempo, bien porque se prorogue el término del compromiso, bien porque se suspenda este término por alguna causa legitima.

Estando facultadas las partes para fijar á su arbitrio la duracion del arbitraje, naturalmente lo estan tambien para prorogarlo por el tiempo que les parezca, asi como para autorizar á los avenidores para que lo proroguen por sí, caso de no ser suficiente el designado en el compromiso, ó en su defecto el señalado en la ley. Para que tenga lugar la prorogacion de comun acuerdo de las partes, es preciso que los avenidores no la resistan, pues debiendo considerarse como un nuevo compromiso, es indispensable que la acepten para que pueda ser para ellos obligatoria. Si la prorogacion la hacen los avenidores en virtud de la facultad que para ello se les haya conferido, es preciso para su validez que las partes no la resistan, porque si se oponen de comun acuerdo, ó solo una de ellas, termina el compromiso, con esta diferencia, que cuando la oposicion proviene de una sola parte contra la voluntad de la otra, incurre aquella en la pena pactada.

El término legal ó convencional del compromiso puede suspenderse por alguna causa legal, y por este medio puede durar mas tiempo del calculado cuando se celebró. Una de estas causas es la recusacion. La demanda de recusacion de un árbitro ó arbitrador propuesta ante el juez ó tribunal competente, suspende mientras se sustancia y hasta que se decide ejecutoriamente el poder y jurisdiccion de los avenidores y de consiguiente el término del compromiso.

Del mismo modo queda en suspenso el término del arbitraje, cuando muere una de

las partes y obliga el compromiso al heredero, hasta tanto que se cita y emplaza al que esté reconocido por tal, ó á su representante legal, caso de ignorarse quien sea, ó ser menor de edad, etc.

Tambien se suspende el juicio arbitral, cuando no puede continuar hasta que se decida algun incidente cuya resolucion no compete á los árbitros ó arbitradores, sino á los tribunales ordinarios: por ejemplo, algun incidente criminal.

En todos estos casos y otros análogos debe quedar en suspenso el término legal ó convencional del compromiso por todo el tiempo que dure la causa que produce la suspension.

SECCION X.

DEL REEMPLAZO DE LOS ARBITROS Y ARBITRADORES.

No siempre que falta uno ó varios de los árbitros ó arbitradores nombrados, concluye el arbitraje. Cuando á pesar de esta falta subsiste el compromiso, entonces debe procederse al reemplazo de aquel ó aquellos jueces que dejaron de serlo, á menos que hubiesen convenido las partes en que los restantes pudieran por sí solos continuar y decidir el juicio. Vamos á determinar en los párrafos siguientes las causas que pueden dar lugar al reemplazo de los árbitros y arbitradores, y la forma en que debe procederse á él.

§. 1.º *Causas que pueden dar lugar al reemplazo de los árbitros y arbitradores.*

El reemplazo de los avenidores es ó necesario ó convencional, segun que las partes deban hacerlo forzosamente, porque la ley lo ordene, ó en virtud de su libre voluntad, porque así lo hayan convenido.

El reemplazo necesario solo tiene lugar en el arbitraje forzado, porque obligadas las partes por la ley á someter sus diferencias al juicio de árbitros, es una consecuencia precisa que la misma ley les obligue á

ARBITROS.

453

completar el tribunal, cuando la falta de uno ó mas jueces no lleva consigo la terminacion del arbitraje. Las causas que pueden dar lugar al reemplazo necesario son las siguientes:

1.º La no aceptacion de uno ó mas árbitros, siempre que estén nombrados por una sola parte. Si el árbitro que haya rehusado la aceptacion estuviere nombrado por una de las partes, y no por unanimidad entre todas; subsistirá el compromiso y estará obligada la que le nombró á sustituir en su lugar otra persona (1).

2.º La renuncia ó dimision de un árbitro, despues de aceptado el cargo, con tal que esté tambien nombrado por una sola parte. Por esta causa tampoco se termina el arbitraje forzado, por cuya razon es preciso que se proceda al reemplazo del renunciante ó dimitente para que pueda continuar el juicio. Que la renuncia ó separacion sea fundada ó infundada, poco importa para la cuestion que nos ocupa, el reemplazo es necesario siempre que el árbitro abandona su encargo, aun cuando este abandono sea injustificable ó malicioso. En todos los casos en que la renuncia ó separacion sea inadmisibile con arreglo á la ley, y en que no basten los apremios del tribunal para hacerle cumplir con su oficio, incurrirá en responsabilidad mas ó menos grave segun las circunstancias, pero no podrá prescindir de proceder á su reemplazo la parte que lo habia elegido.

3.º La incapacidad ó impedimento que imposibilite á un árbitro para desempeñar sus funciones, si está asimismo nombrado por una sola parte. Despues de aceptado el cargo por el árbitro, puede sobrevenir alguna causa que lo imposibilite para el desempeño de su oficio, como si es condenado á inhabilitacion perpetua absoluta, etc. Véase la seccion VI. Cuando un árbitro nombrado por una de las partes se incapacite, debe procederse á su reemplazo, puesto que no termina por esta causa el arbitraje forzado.

4.º La recusacion de un árbitro si está nombrado por una sola parte. La razon de su reemplazo en este caso es la misma que en los anteriores.

5.º La muerte de un árbitro si su eleccion fue hecha por una sola parte. Tampoco por esta causa termina el arbitraje forzado, es necesario por lo mismo proceder al reemplazo de aquel.

En todos estos casos el reemplazo debe verificarlo la misma parte que nombró al que ha de reemplazarse; pero como puede ocurrir que esta se niegue á hacerlo, debemos determinar aquí lo que debe practicarse para que la ley quede cumplida. Ocurrida la falta de un árbitro por cualquiera de las causas anteriormente indicadas, debe la otra parte interesada en que se ejecute el reemplazo, acudir al tribunal de comercio para dársela á conocer, solicitando se haga saber á la parte que debe hacer la nueva eleccion que, dentro del término que al efecto se le señale, proceda al nombramiento de otro árbitro que reemplace al que dejó de serlo, bajo apercibimiento de hacerlo de oficio el tribunal y de declararle incurso en la multa estipulada en el compromiso. El tribunal debe así ordenarlo y notificada á las partes esta providencia, si la que está obligada á hacer el nombramiento, deja trascurrir el término que se le ha señalado, sin hacerlo, debe el tribunal, sin necesidad de próroga alguna, hacer de oficio la eleccion en la persona que á su juicio sea perita é imparcial en el negocio que se dispute, declarando ademas incurso en la multa señalada en el contrato á los que dejaren de prestarse á los actos necesarios para la preparacion ó complemento del juicio arbitral (1). El nombramiento de oficio por el tribunal de comercio, si la parte se niega á la eleccion dentro del término señalado, está espresamente consignada en el código de comercio (2), cuando se constituye en su totalidad el tribunal arbitral forzado, y como la razon en que se funda

(1) Art. 970, ley de enjuiciamiento.
TOMO III.

(1) Art. 970, ley de enjuiciamiento.
(2) Art. 324, código de comercio.

la ley en este caso, subsiste en toda su fuerza en todos los demas, en que solo se trata del complemento de este mismo tribunal arbitral, no puede menos de aplicarse á ellos, con tanto mas motivo, cuanto que sin esto podria ser burlada la ley que impone á las partes el arbitraje forzado y la obligacion de hacer el nombramiento de los árbitros, no solo al principio del juicio, sino cuando alguno de los nombrados por una de ellas deja de serlo.

El reemplazo convencional tiene lugar, no solo en el arbitraje voluntario, sea este jurídico ó de amigable composicion, sino tambien en el forzado en los casos que daremos á conocer.

En el arbitraje voluntario pueden convenir las partes que, cuando ocurra la falta de alguno de los nombrados, bien por muerte, renuncia, incapacidad, recusacion, etc., se proceda á su reemplazo por los que le habian nombrado. Esta convencion obliga á los contratantes, y como al hacerla se han propuesto que no termine el compromiso por la falta de uno de los avenidores, sino que continúe, no puede menos de verificarse el reemplazo, cuando así lo han estipulado. Si el que está obligado á hacer el nuevo nombramiento, no quiere prestarse á ello, incurrirá en la pena del compromiso, en los mismos términos que si dejara de cumplir la sentencia arbitral.

En el arbitraje forzado puede tambien tener lugar el reemplazo convencional, en todos los casos en que con arreglo á la ley cesen sus efectos por cualquiera causa ocurrida antes de la sentencia, tal como la no aceptacion ó renuncia, la recusacion, la incapacidad, la muerte de uno ó mas árbitros, siempre que estén nombrados de común acuerdo de las partes, porque si lo estan por una sola, entonces procede el reemplazo necesario, como hemos visto anteriormente (1). Llegado uno de estos casos podrán los interesados acordar el reemplazo del árbitro ó árbitros que hayan dejado de

serlo; si de antemano no lo hubiesen convenido en el contrato de compromiso, debiendo ejecutarlo de común acuerdo, como antes lo habian verificado. Si en la elección no pueden ponerse de acuerdo sobre la persona, entonces deben acudir al tribunal de comercio para que haga el nombramiento, á menos que todas las partes estuviesen conformes en anular el anterior convenio por el que se obligaron á hacer el reemplazo.

El tribunal arbitral forzado concluye tambien sus funciones por haber espirado el plazo convencional ó legal antes de dictarse la sentencia, ó por la revocacion de los poderes de los árbitros nombrados; mas no porque hayan cesado los efectos del compromiso por cualquiera de las causas que señala la ley, debe considerarse que el arbitraje forzado ha dejado de ser la jurisdiccion única, competente y esclusiva para decidir aquellas diferencias no terminadas por la cesacion de las funciones del tribunal anteriormente nombrado. Cuando las partes ó alguna de ellas insistan en sus pretensiones y renueven el juicio antes provocado, deben proceder otra vez á constituir el tribunal arbitral, eligiendo los jueces que hayan de resolver sus diferencias. En este caso deben los nuevamente elegidos continuar el proceso en el estado que tuviese, como sucede en los tribunales ordinarios, cuando se nombra un nuevo juez ó magistrado, porque el tribunal arbitral forzado es un establecimiento de la ley para los casos de su competencia, como lo es el tribunal de comercio ó cualquier ordinario. Esto se entiende, cuando las partes en el anterior compromiso no hubiesen dispensado á los árbitros de las formalidades legales del procedimiento, porque esta dispensacion, siendo como es un acto voluntario de las partes, que pueden haber convenido en virtud de la confianza que les merecieran los jueces anteriormente nombrados, no debe entenderse reproducida en favor del nuevo tribunal, como espresamente no se la concedan los interesados en virtud de un nuevo compromiso.

(1) Arts. 270, 280, ley de enjuiciamiento.

ARBITROS.

435

§. 2.º *Forma de proceder al reemplazo de los árbitros ó arbitradores.*

Cuando haya lugar á proceder al reemplazo de uno ó mas árbitros ó arbitradores, debe hacerse este en la misma forma en que se verificó el nombramiento del que dejó de serlo, ó en cualquiera otra legal, con tal que sea adaptable al caso en cuestion. Siempre que por la resistencia del que debe hacer el nombramiento, ó por la discordancia de los electores, deba hacerlo el tribunal de comercio ú ordinario, la forma que estos deben adoptar, es la misma que guardan en sus demas providencias, debiéndose notificar la eleccion á las partes, y hacerse saber al nombrado para su aceptacion.

SECCION XI.

DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL HASTA LA SENTENCIA.

El juicio arbitral hemos visto que puede ser jurídico ó de amigable composicion; de consiguiente, el procedimiento que en él ha de seguirse, debe ser acomodado á la naturaleza particular de cada una de estas dos especies.

En materia civil, los arbitradores ó amigables componedores estan facultados para avenir y terminar las contiendas que hubieren entre sí las partes en cualquier manera que tuvieran por bien, oyendo las razones de una y otra, siendo válida su sentencia, aun cuando no hicieren comenzar el pleito por demanda y por respuesta, y no observasen todas las demas formalidades que los otros jueces estan obligados á guardar (1). Los amigables componedores estan, pues, dispensados de la ritualidad de los juicios ordinarios, pudiendo limitar el procedimiento que instruyan á hacer constar la diferencia ó diferencias sometidas á su decision, los fundamentos y razones en que las partes apoyan sus solicitudes y la resolucion que

acuerden. Todo esto deben hacerlo constar por escrito en una especie de acta ó proceso, que terminará con el laudo suscrito por ellos, el cual deberán hacer saber á las partes para que les conste, y principie á contarse el término concedido por la ley para reclamar contra él. Si quisieren dar mayor instruccion al espediente, podrán hacerlo, así como podrán tambien hacer que las partes juren posiciones, ó que exhiban y presenten los documentos que juzguen necesarios para el descubrimiento de la verdad.

En materia comercial, la ley ordena, que el procedimiento de los amigables componedores se reducirá á recibir de las partes y examinar los documentos que les entreguen relativos á sus diferencias, y dar su decision ó laudo, que firmarán, entregando una copia autorizada á cada interesado (1).

En el juicio de amigable composicion no es, pues, necesario el ministerio de los procuradores, escribano y abogados, ni hay tampoco necesidad de hacer uso del papel sellado, aunque es indispensable que el proceso se instruya y el laudo se dicte en el papel del sello correspondiente, y con la intervencion de un escribano público, si se quiere que la sentencia ó laudo sea desde luego ejecutiva (2).

En el arbitraje jurídico, la ley civil impone á los árbitros la obligacion de instruir el proceso y seguir el juicio con las mismas formalidades que los jueces ordinarios. Tales avenidores como estos, dice la ley de Partidas (3) desque recibieren ó otorgaren de librarlos así, que deben andar adelante por el pleito, tambien como si fuesen jueces ordinarios, faciéndolos comenzar el pleito ante sí por demanda é por respuesta, é oyendo é recibiendo las pruebas é las razones é las defensiones que ponen cada una de las partes. E sobre todo deben dar su juicio afinado, segun entendieren que lo deben hacer de derecho.

Cuando las partes celebran compromiso en materia civil, y eligen árbitros para que

(1) Art. 298. Ley de enjuiciamiento.

(2) Ley 4. tit. 17. lib. 11. Nov. Rec.

(3) Ley 36. tit. 8. Part. 3.

(4) Ley 25. tit. 4. Part. 3.

decidan las diferencias que les someten con arreglo á derecho, sin dispensarles de ninguna formalidad, ni autorizarles para que en cosa alguna puedan obrar fuera del círculo legal, en este caso el sistema del procedimiento que deben seguir es el mismo que están obligados á guardar los jueces ordinarios en los negocios de su competencia. Deben sustanciar el proceso por todos sus trámites ordinarios, ó sumarios, según lo exija la naturaleza del negocio, y obligar á las partes á que en sus escritos, alegaciones y pruebas se atemperen á lo establecido en las leyes. En los negocios ordinarios de mayor cuantía es necesaria la intervención de los procuradores y abogados, como lo es en los tribunales comunes, debiendo asimismo los árbitros nombrar un escribano que actúe en el proceso y practique todas las diligencias.

Este orden estrictamente legal de proceder apenas se practica, porque las partes, en uso del derecho que tienen por la misma ley para ordenar como tengan por conveniente la forma de sustanciación, suelen dispensar á los árbitros en el compromiso de ciertas formalidades, autorizándoles para que sin sujeción á ellas, decidan las diferencias que por él se someten á su fallo. Las partes tienen el derecho de someter sus diferencias al juicio de amigables componedores; mas no puede acomodarles la amplia libertad que en la decisión del negocio deja á estos la ley, así como no puede convenirles tampoco la sustanciación lenta y costosa que la ley impone á los árbitros de derecho. Deseando evitar ambos escollos, pueden dar á los jueces que nombren un carácter misto de árbitros y arbitradores, facultándoles para que puedan prescindir de las formalidades de sustanciación que tengan por conveniente, y obligándoles á que dicten la sentencia conforme á las reglas de derecho; ó bien podrán nombrarles á la vez árbitros y arbitradores ú amigables componedores, para que puedan así obrar en uno y otro concepto, según lo reclame la naturaleza del negocio. La fórmula que generalmente ha adoptado la práctica para dispensar á los

árbitros de las formalidades del procedimiento legal, es esta; la de conferir á las personas que se eligen como jueces de avenencia, el doble carácter de árbitros y arbitradores, ó amigables componedores.

La legislación francesa reconoce también en las partes el derecho de dispensar á los árbitros del rigor de las formas legales, pues ordena en el artículo 1009 del código de procedimiento civil, que las partes y los árbitros seguirán en la sustanciación del proceso las formas y los términos establecidos para los tribunales, si las partes no han pactado otra cosa.

Pueden, pues, los compromitentes someter sus diferencias al juicio de árbitros, dispensándose y dispensando á estos de las solemnidades legales del procedimiento, y la razón es, porque tienen el derecho de elegir jueces que decidan sus diferencias, sin atender á las reglas del derecho, no solo en la sustanciación del proceso, sino en la resolución del negocio, y quien puede lo mas, puede también lo menos.

En materia mercantil, el procedimiento legal que han de seguir los árbitros en la sustanciación del juicio arbitral, no es igual al que siguen los tribunales de comercio. En materia civil, hemos visto que la ley se ha limitado á sentar la regla general, de que los árbitros deben seguir los mismos trámites y solemnidades que los jueces ordinarios, á menos que las partes hayan convenido otra cosa en el compromiso; de manera, que cuando las partes se han limitado á hacer el nombramiento de árbitros, sin dispensarles del deber en que están de atemperarse á la ley en el procedimiento, están obligados á sustanciar el negocio por los trámites que corresponden á la naturaleza y entidad del mismo, es decir, deben seguir, ó el juicio verbal, ó el de menor cuantía, ó el ejecutivo, ó el ordinario, en fin, el que proceda, en los mismos términos que si conociera de él el juez ó tribunal establecido por la ley. No sucede lo mismo en materia mercantil. La ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio, no admite la regla general que acabamos de mencionar; an-

ARBITROS.

437

tes bien la deroga en el hecho, de establecer un procedimiento especial y propio para todo juicio de árbitros sin distinción de causas ni negocios; de manera que, según ella, cualquiera que sea la naturaleza y entidad de las diferencias que se sometan al juicio de árbitros, todas deben sustanciarse con arreglo á un mismo procedimiento, á menos, sin embargo, que las partes hayan convenido otra cosa en el compromiso, porque el derecho que tienen estas para estender las facultades de los árbitros hasta convertirlos en amigables compondores, no lo pierden porque el negocio objeto del arbitraje sea por su naturaleza mercantil y esté sujeto á las leyes especiales de comercio.

Si, pues, las partes se han limitado en el compromiso á someter sus diferencias mercantiles al juicio de árbitros, la sustanciación que estos han de dar al proceso, debe ser la que vamos á espouer, cualquiera que sea la entidad y naturaleza del negocio (1).

Aceptando los árbitros el compromiso tácita ó espresamente, mandarán hacer saber á los interesados que deduzcan sus respectivas pretensiones, acompañando los documentos en que apoyen su derecho, con señalamiento de un término, que se graduará con relacion al plazo del compromiso, sin que pueda en ningún caso exceder de quince días. Tal es el tenor del artículo 282 de la ley de enjuiciamiento.

Celebrado el compromiso, lo primero que debe procurarse es la constitución del tribunal arbitral, á cuyo efecto debe requerirse á los árbitros nombrados por medio de un escribano que dé fé de ello, para que manifiesten bajo su firma si aceptan ó no el cargo. La aceptación puede requerirse y hacerse constar por otros medios, como por oficio; pero debe preferirse el primero que dejamos indicado.

Aceptado por todos los nombrados el compromiso, deben designar el lugar donde han

de reunirse como tribunal para dictar sus providencias, oír las declaraciones de los testigos, etc., puesto que la ley no lo señala, eligiéndose por lo comun, la casa habitación del mas antiguo en la clase ó profesion, si todos pertenecen á una misma, ó la del de mas edad, si pertenecen á diversas. Estas reglas, sin embargo, podrán alterarse por razón de otras circunstancias, por lo cual es lo mejor acordar en cada caso lo que sea mas conveniente.

¿Y deberá el tribunal de árbitros nombrar un escribano público que actúe en el proceso y notifique á las partes las providencias que dicten? La ley nada dice sobre este particular; pero atendiendo á que el procedimiento que se sigue en este juicio es procedimiento formal, aunque no tan solemne como el que sigue el tribunal de comercio, y á que en muchos casos lo impone la ley á las partes contra su voluntad, creemos que debe actuar en él un escribano público á elección de los jueces árbitros y así se practica.

La intervención de los procuradores y abogados que representen y defiendan á las partes en estos juicios, no la considera la ley necesaria, mas tampoco la prohíbe, de donde se deduce que las partes estan facultadas para presentarse por sí y defenderse, así como para comparecer por medio de procurador y defenderse por medio de abogado, según tengan por conveniente.

Constituido el tribunal arbitral en el lugar de sus sesiones y enterado por el compromiso de que las diferencias sometidas á su decisión, no han sido formalmente formuladas ni documentadas en otro juicio anterior, debe dictar providencia mandando se haga saber á las partes que deduzcan sus respectivas pretensiones, acompañando los documentos en que apoyen su derecho dentro del término que le parezca prudente señalar, siempre que no esceda de quince días. Cuando haya precedido al compromiso un debate jurídico, en el que se hayan consignado las pretensiones recíprocas de las partes con los documentos en que se apoyan, seria un mandato superfluo y gravoso

(1) Los negocios sometidos por la ley al juicio verbal son fuera de la competencia del arbitraje forzoso, según se ha espuesto en la sección IX, párr. 4; mas pueden ser objeto de un compromiso voluntario, y cuando por él se someten al juicio de árbitros, quedan también sujetos á este procedimiento.

el que previene el artículo 282 de la ley de enjuiciamiento, el cual por lo mismo solo debe referirse á los casos en que la cuestion del litigio no esté formulada ni documentada legalmente. Por eso dice en el artículo 293, que si el compromiso se hubiese hecho pendiente la instancia de apelacion de la sentencia del tribunal de comercio, los jueces árbitros *continuarán* esta por los trámites de derecho. Lo que legalmente está practicado, es inútil volver á practicarlo: lo que procede es la continuacion. De aquí se deduce, que siempre que sobre la contienda comprometida hubiese pleito pendiente, deben los árbitros enterarse del estado que tenga, y con arreglo á él dictar sus providencias.

No habiendo recaído el compromiso sobre pleito comenzado, deben pues, mandar los árbitros se haga saber á las partes, que deduzcan sus respectivas pretensiones, acompañando los documentos en que apoyen sus derechos. Con arreglo á esta providencia debe cada una de las partes presentar, dentro del término que se le señale, las demandas que quiera ejercitar acerca del negocio ó negocios objeto del arbitraje, con los documentos que las justifiquen, pues de no hacerlo, será habida por contumaz y se le declara desde luego incurso en la pena del compromiso, parándole el perjuicio que haya lugar en la sentencia (1). Esto debe entenderse siempre que todas las partes tengan pretensiones que deducir, independientemente de las de sus contrarios, ó lo que es lo mismo, siempre que las partes sean recíprocamente demandantes, porque si alguna limita sus gestiones á contradecir y escepccionar, no es posible que lo haga sino despues que se le comuniquen las pretensiones del actor.

Para que el tribunal arbitral tenga por contumaz á la parte que haya dejado trascurrir el término señalado sin deducir sus pretensiones, declarándola incurso en la multa del compromiso, es necesario que la otra lo pida, pues los árbitros no deben

obrar en esto de oficio, sino á instancia de parte.

Podrá ocurrir que ninguna de las partes cumpla aquella providencia. Cuando tal suceda ¿deberán los árbitros haberlas por contumaces? La ley solo ha previsto el caso en que desobedezca una de las partes, y lo que en este caso previsto dispone, no es aplicable al caso supuesto, ya porque el compromiso no termina por la no presentacion de las pretensiones de las partes dentro del término señalado por los árbitros en su primera providencia, ya porque los árbitros no pueden hacer de oficio la declaracion de contumacia. Si ninguna de las partes comparece é insta, el juicio debe quedar en aquel estado, terminando el compromiso á la espiracion del plazo, si antes no ha sobrevenido alguna otra causa que le ponga fin. Mas si se presenta alguna de las partes y pretende se continúe el juicio, creemos que los árbitros deben dictar nueva providencia, señalando á las partes otro plazo para que dentro de él deduzcan sus pretensiones.

De la pretension y documentos que presente una parte, se dará comunicacion á la contraria por término de seis dias precisos, y se le admitirán el escrito y documentos que presente en su impugnacion (1). Si cada parte ha presentado su pretension, mandarán los árbitros que se comuniquen á la contraria por el orden que señalen, aunque convendría que se comunicasen todas á la vez con la debida separacion, para aborrazar tiempo y evitar la desigualdad de la defensa que resulta necesariamente de unir desde luego al proceso todas las pretensiones y comunicarlas sucesivamente; pues aun cuando la ley no concede á las partes el derecho de replicar á la impugnacion de la otra, no es posible evitar que aquella á quien se da vista de la contestacion de su contrario, á la vez que se le comunican sus pretensiones, replique, contradiga y escepccione á un mismo tiempo.

Concluido el término de los seis dias con-

(1) Art. 283, ley de enjuiciamiento.

(1) Art. 283, ley de enjuiciamiento.

ARBITROS.

439

cedidos á una parte para presentar su impugnación á las pretensiones de la contraria, si ha tomado los autos y no los ha devuelto, podrán mandar los árbitros á instauración de cualquiera de ellas que se recojan.

Con vista de las pretensiones é impugnaciones de las partes y sin mas escritos, recibirán los árbitros el espediente á prueba por el término que estimen arreglado, segun las circunstancias del negocio y el plazo del compromiso (1). Este término podrán prorogarlo por justa causa, siempre que puedan dentro del plazo del compromiso dictar la sentencia y notificarla á las partes. Todos los medios de prueba que las leyes permiten para los juicios ordinarios pueden tener lugar en el juicio arbitral, debiéndose observar en su práctica las formalidades que en el juicio ordinario ante los tribunales de comercio (2). V. *prueba*.

Concluso el término de prueba, mandarán los árbitros unir á los autos las probanzas practicadas, y si examinadas por ellos hallasen que alguna de las partes se habia reservado documentos para la aclaración del derecho deducido por cada una, ordenarán de oficio su presentación, ó procederán á su reconocimiento, si por su calidad no se pudiese exigir aquella. También podrán mandar á los litigantes que juren posiciones sobre los hechos no probados que sean concernientes á la cuestion del compromiso (3), ó que se practique para mejor proveer cualquiera otra diligencia que consideren necesaria para aclarar algun hecho oscuro, ó venir al descubrimiento de la verdad.

Terminadas estas diligencias en los casos que sean necesarias, ó solo con las que se hayan practicado dentro del término de prueba, tendrán los árbitros el juicio por concluso, mandando se haga así saber á las partes y que se las cite para su determinación final (4).

La brevedad que establece la ley en

la tramitación y el silencio que guarda respecto á los informes orales, inducen á creer que no permite las vistas formales en los juicios de árbitros. Sin embargo, como no las prohíbe, y manda que se cite á las partes para sentencia, creemos que, si alguna de ellas pide la vista formal, y el negocio es complicado, pueden acceder á ella los árbitros, mayormente si esperan que los informes orales contribuirán á ilustrar la cuestion.

Véase sobre las medidas ó providencias que los árbitros pueden ordenar acerca de los incidentes que puedan ocurrir durante el juicio, sobre pruebas, etc., lo que dejamos dicho en la seccion IX. §. 2.º

SECCION XII.

DE LA SENTENCIA ARBITRAL.

La sentencia definitiva es el acto supremo del arbitraje, y el objeto final del compromiso. Enterados los árbitros ó arbitradores de las pretensiones de las partes, y de los fundamentos en que se apoyan, practicadas todas aquellas diligencias que procedan y sean necesarias para mejor proveer, y citadas las partes para sentencia, segun queda dicho, deben reunirse todos ellos para deliberar sobre la resolución que deban dictar conforme á las reglas á que deben ajustar su fallo. Cuando todos estan de acuerdo en la decision del negocio, su resolución uniforme causa sentencia, mas si se dividen sus pareceres, en este caso es la decision de la mayoría la que adquiere el carácter de sentencia. Solo cuando estan discordes en sus resoluciones, y ninguna de ellas reúne en su favor la mayoría de votos que determina la ley, deja de haber sentencia, naciendo de aquí la necesidad de que intervenga un tercero para dirimir la discordia. En esta seccion solo nos ocupamos del caso en que la resolución de los árbitros ó arbitradores causa sentencia, reservando para la siguiente el examinar cuando causa discordia y lo que debe entones practicarse para dirimirla.

(1) Art. 284, ley de enjuiciamiento.
(2) Art. 285, id. id.
(3) Art. 286, id. id.
(4) Art. 287, id. id.

§. 1.º Del tiempo y lugar en que debe dictarse la sentencia arbitral.

Sea que las partes hayan señalado en el compromiso el tiempo en que han de juzgar los avenidores, ó que hayan guardado silencio, siempre el juicio debe proferirse dentro del término convencional en el primer caso, ó dentro del legal en el segundo, porque fuera de dicho tiempo no existe en los jueces avenidores jurisdicción y lo que actuaren es nulo de derecho (1).

Si los compromitentes no espresaron en el compromiso otra cosa, los jueces deben sentenciar en días no feriados, de la misma manera que lo deben hacer los ordinarios (2).

Como la regla principal á que han de atenerse los árbitros es el compromiso, si en él se les señaló el lugar en que han de juzgar, allí deberán hacerlo, y en defecto de señalamiento, en aquel en que se celebró el compromiso y aceptaron el cargo (3).

§. 2.º De las cosas que debe comprender la sentencia.

El fallo arbitral tiene por objeto terminar la diferencia ó diferencias determinadas en el compromiso; por consiguiente, para llenar este objeto debe comprender la resolución de todos los puntos objeto de la contienda. Si la misión de los avenidores es la de terminar todos los pleitos pendientes entre las partes, ó prevenirlos, darán sobre cada cual una sentencia separada; á menos que en el compromiso se les hubiese facultado para comprender en una sola sentencia la resolución de todos.

Bien decidan los avenidores muchos pleitos á la vez, bien uno solo, deben redactar la sentencia ó laudo con la posible claridad, resolviendo cada cuestión determinadamente, de modo que en cada punto decidido halle cada parte la resolución de las pretensiones que sobre él ha sostenido.

Así como la sentencia debe comprender la determinación de los puntos comprometidos, debe contener también la declaración sobre los frutos ó rentas de la cosa, cuando los avenidores decidan sobre ellos, así como la condenación de costas, si en ellas condenasen á alguna de las partes.

La fecha del día en que se pronuncia la sentencia es una circunstancia que esta debe contener; lo primero, para conocer si los árbitros la han dado dentro del plazo legal ó convencional en que pueden juzgar; lo segundo, para saber cuando espira el tiempo hábil para interponer la apelación, si las partes en el compromiso se reservaron este derecho; y tercero, para conocer si ha transcurrido el término legal en que por el silencio de los litigantes se tiene por consentida la sentencia.

Sin embargo, si las partes citadas y emplazadas para oír sentencia, compareciesen con este objeto ante los árbitros, y estos pronunciasen su juicio ante ellos, ó en defecto de comparecencia, se les notificase el fallo por escribano público, con tal que estos actos se hayan verificado dentro del plazo concedido para juzgar, la falta de fecha de la sentencia no induciría nulidad.

En la sentencia arbitral debe hacerse mención de los nombres de los avenidores y de que todos los nombrados concurren á la decisión del negocio. Si alguno faltase, aunque estuviesen acordes todos los presentes, la sentencia sería nula, porque tal vez el ausente hubiera podido producir razones tan poderosas, que al fin los otros siguieran su dictamen (1). Mas si en el compromiso se puso la cláusula de que si algunos faltasen, pudiesen juzgar los presentes, entonces la sentencia que estos dieran, será válida, como si todos los jueces hubieran concurrido.

Otra circunstancia, dice Febrero, afirmando hallarse introducida por la práctica, debe contener la sentencia, y es, el juramento de los árbitros de que cumplirán fielmente con su encargo. Si esta forma-

(1) Ley 27, tit. 4, Part. 3. Arts. 278 y 279, ley de enjuiciamiento.

(2) Ley 25, tit. 4, Part. 3.

(3) Ley 27, id. id.

(4) Ley 22, tit. 4, Part. 3.

ARBITROS.

441

hidad, que ninguna ley exige, no se ha llenado al tiempo de la aceptación, opinan algunos prácticos que debe cumplirse antes de proferirse la sentencia. Sin embargo, este requisito no es indispensable, puesto que no lo exige la ley, y los avenidores pueden juzgar válidamente sin prestar el referido juramento.

§. 5.º *Forma de la sentencia arbitral.*

La ley 107, tit. 18, Part. 3, contiene la fórmula de la sentencia arbitral, la cual es á nuestro entender incompleta, á la vez que inaplicable á una porción de casos. La sentencia hemos visto en el párrafo anterior que debe contener el lugar, día, mes y año en que se dicte, así como también si las decisiones que comprende se toman de común acuerdo ó por mayoría de votos, circunstancias que no contiene la fórmula de aquella ley. También debe firmarsela sentencia por los avenidores que la pronuncien, si saben escribir, porque de no hacerlo, aparecería como anónima y sin la autenticidad necesaria para producir todos sus efectos legales.

Cuando la sentencia se dicte por mayoría de votos, y la minoría no quiera firmarla, bastará que lo hagan los que componen aquella, espresando en ella la negativa de los demás; porque resultando sentencia de los votos conformes del mayor número, lo cual se hace constar por medio de sus firmas, no debe depender de la voluntad de la minoría hacer ineficaz el fallo, ó retardar sus efectos, negándose á firmarlo. Esto es lo que aconseja la razón y lo que se deduce de la disposición legal que declara ser sentencia lo que resuelva la mayoría. El código civil francés prevé este caso y ordena, que si la minoría rehusa firmar, los demás árbitros harán mención de ello en la sentencia, produciendo esta el mismo efecto que si hubiere sido firmada por todos (1).

En materia comercial, la sentencia debe

ser motivada, especialmente en el arbitraje jurídico, sea voluntario ó forzado, esponeciendo los fundamentos en que se apoyen todas sus determinaciones.

SECCION XIII.

DEL TERCER ARBITRO.

No produciendo sentencia ninguna de las decisiones de los árbitros ó arbitradores, resulta la discordia, la cual hace necesaria la intervención de un tercero, siempre que el compromiso no termine por aquella causa. Habiendo discordia, es necesario que los árbitros ó arbitradores la hagan constar en el expediente, consignando en él los diferentes pareceres y sus motivos con la firma de los árbitros ó arbitradores que los hayan sostenido, porque debiendo ser aquellos conocidos del tercero con toda exactitud para poder en vista de todos los antecedentes del negocio formar su juicio y dictar su resolución, y formando parte del procedimiento arbitral, deben quedar consignados en el proceso. Así está espresamente mandado por la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio en su artículo 289, y así se practica también en materia civil. De la discordia nace la necesidad del tercer árbitro. Vamos, pues, á ocuparnos en esta sección del carácter y naturaleza de las funciones de este tercero, de los casos en que es necesaria la intervención de su nombramiento, de las cosas sobre que debe juzgar, de la forma en que ha de proceder, de los casos en que su decisión forma sentencia y de aquellos en que por no formarla debe dirimir la discordia el tribunal.

§. 1.º *Carácter y naturaleza de las funciones del tercer árbitro.*

Las funciones del tercer árbitro son de la misma índole y naturaleza que las de los avenidores discordantes.

De aquí se deduce: 1.º Que son verdaderos jueces y ejercen jurisdicción sobre las personas y las cosas comprometidas

(1) Art. 1016, código de procedimiento civil.
TOMO III.

2.º Que gozan en general de las mismas facultades y atribuciones que los otros avenidores discordantes. 3.º Que están incapacitados para desempeñar este cargo todos los que lo están para ser árbitro ó arbitrador. 4.º Que pueden ser recusados por las mismas causas que sus compañeros. 5.º Que deben atemperarse á las mismas reglas que estos para dictar su decision. 6.º Que son igualmente responsables de su conducta como jueces.

Estas indicaciones tienen su complemento en las secciones anteriores y en los párrafos siguientes.

§. 2.º *Casos y forma del nombramiento del tercer árbitro.*

En materia civil hay necesidad del tercer árbitro, siempre que los árbitros ó arbitradores nombrados para la decision del negocio estan discordes en sus pareceres, de manera que no resulte mayoría de votos. La ley 29, tít. 4, Part. 3, dice. «Pero si acaesciese que los avenidores fuesen eguales, asi como dos ó cuatro, é los unos quisiesen dar un juicio y los otros otro, seyendo tantos los de la una parte como los de la otra, estonce decimos que deben los jueces ordinarios, tambien á las partes, como á los avenidores, que tomen un ome bueno que sea comunal en querer el derecho para amas las partes, é mandarles que se acuerden en uno para librar aquel pleito. E si por aventura non se acordaren, lo que juzgare la mayor parte, aquello debe valer.» Aunque el ejemplo que pone la ley, presenta la division de los árbitros y arbitradores en dos solas opiniones con igual número de votos cada una, pudiera tambien suceder que hubiese tres ó mas opiniones con igual número de votos cada una, por ejemplo, que siendo seis ú ocho los árbitros ó arbitradores estuviesen divididos en tres ó en cuatro pareceres. La necesidad del tercer árbitro existe en estos casos lo mismo que en el primero, pues las dos condiciones que requiere la ley, á saber, que el número de avenidores sea par, y que cada opinion tenga igual

número de votos que la otra, ambas concurren lo mismo en los unos que en el otro.

Y qué diremos si siendo ocho, por ejemplo, los avenidores, cuatro de ellos sean de un mismo parecer, dos de otro distinto, y los dos restantes de otro diferente de entrambos, ¿habrá en este caso necesidad del tercer árbitro, ó deberá reputarse por sentencia el parecer de los cuatro? ó en otros términos, ¿la mayoría de votos de que habla la ley para formar sentencia, es la mayoría absoluta, ó la mayoría relativa? La ley que dejamos copiada, claramente niega el carácter de sentencia al parecer que reuna solamente la mitad de los votos; de consiguiente, la mayoría de que habla y la que exige para formar sentencia es la absoluta, la mitad mas uno de los votantes. Esta ademas es la regla general establecida para los tribunales colegiados, y mientras no haya una disposicion terminante que la derogue, á ella debemos atenernos. Otras legislaciones, tal como la de Francia, van todavia mas lejos; no solo exigen la mayoría absoluta para que haya sentencia, sino que solo autorizan ó hacen necesaria la concurrencia del tercer árbitro en el único caso de estar los avenidores divididos en dos opiniones, y entonces para que agregue su voto á una de las dos.

En cuanto al nombramiento del tercer árbitro en materia civil en los casos en que sea necesario, pueden hacerlo las partes de comun acuerdo; en su defecto los mismos avenidores, y si estos se negasen á ello, ó estan discordes sobre la persona, debe hacerlo el juez á instancia de cualquiera de los interesados.—La ley 26, tít. 4, Part. 3, dice: «Pero si las partes quisiesen meter su pleito en manos de avenidores, en tal manera que si ellos non pudiesen acordarse, que tomen otro que las partes señalasen que fuese y con ellos, estonce decimos que bien lo pueden rescibir». Las partes pueden hacer el nombramiento del tercer árbitro en el mismo compromiso, y si en él no lo hubieren hecho, cuando nazca la necesidad de su nombramiento, á menos que en aquel hayan designado persona que de-

ARBITROS.

443

ba hacerlo, porque la eleccion de los árbitros y arbitradores que haya que reemplazar, así como la del tercero en discordia, es un derecho que no pierden las partes sino por su renuncia expresa ó tácita.

Cuando las partes no han hecho uso de este derecho, ni en el compromiso ni cuando ocurra la discordia, ni han designado tampoco persona que haga la eleccion, entonces corresponde hacer el nombramiento á los mismos árbitros ó arbitradores discordantes. «E si aquel ome, continúa la ley antes citada, con que los avenidores se habian de acordar non lo señalasen las partes, estonce los jueces mismos lo deben tomar é pueden escoger qual ellos quisieren. E si así non lo quisieren facer, puédelos apremiar el juez ordinario que lo fagan, si á mas las partes lo pidieren ó alguna dellas». Esta ley concede á los avenidores un derecho y les impone un deber respecto al nombramiento del tercer árbitro. Pueden hacer la eleccion voluntariamente; mas si se niegan á ello, deben ser obligados por el juez ordinario á instancia de cualquiera de las partes.

En la eleccion del tercer árbitro, bien se haga por las partes, bien por los avenidores, puede ocurrir el caso de que no haya acuerdo sobre la persona. Cuando tal suceda, debe hacer la eleccion el juez ordinario á instancia de cualquiera de los interesados, pues aun cuando no hay ley expresa que así lo determine, es un punto sobre el cual estan de acuerdo la doctrina y la práctica, pues no hay otro medio mas imparcial y expedito de resolver la cuestion.

Cuando el tercer árbitro ha sido designado por las partes al hacer el compromiso, y no hay dificultad en que este desempeñe sus funciones, los árbitros no tienen precision de declarar á los litigantes la disconformidad de sus pareceres; pero si por el silencio de los comprometidos procediesen los árbitros por sí, ó apremiados por el juez ordinario, al nombramiento de aquel tercero, ó lo hiciere el mismo juez ordinario, deben hacer saber el nombramiento á los interesados, para que conociendo la per-

sona, vean si existe motivo para recusarla.

De todos modos, sea que la declaracion de discordia deba ó no, segun los anteriores casos, notificarse á las partes, siempre ha de hacerse constar en el proceso, y debe contener la fecha para poder comprobar el término concedido para dirimir la discordia. En dicha declaracion debe incluirse el nombramiento del tercero, si lo hacen los avenidores, ó bien espresarse el desacuerdo de ellos sobre este punto, á fin de que sabido por las partes, puedan dirigirse al juez ordinario.

¿Si el tercer árbitro nombrado renuncia ó se incapacita ó es recusado, deberá procederse á su reemplazo por los mismos que hicieron la eleccion anterior, ó deberá tenerse por terminado el compromiso? Tampoco está previsto este caso en nuestras leyes; pero lo mas conforme á la doctrina es, que comprometidas las partes á que se lleve adelante el arbitraje, sin embargo de que falte uno de los jueces, debe sin duda alguna procederse al reemplazo del tercer árbitro. Esta voluntad de las partes, puede aparecer en el mismo compromiso expresa ó tacitamente, y tambien puede resultar de algun acto posterior y formal, como si llegado el caso de la falta del tercer árbitro, conviniesen en que se procediese á su reemplazo.

En materia comercial, el nombramiento del tercer árbitro puede ser hecho por las partes ú otra tercera persona facultada por estas, ó por el tribunal de comercio, ó por la ley, segun los casos.

Las partes pueden hacer el nombramiento por sí mismas en el compromiso, ó bien pueden designar la persona á quien faculden para hacerlo (1). Fuera del compromiso y despues de celebrado este, no podrán hacerlo, porque dado el caso de que no hayan hecho en él el nombramiento, ni hayan tampoco designado persona que verifique por ellos la eleccion, si el arbitraje es de amigable composicion, se tiene por terminado, y si es jurídico, recae la facultad de dirimir la discordia en el juez avenidor del partido,

(1) Art. 239, cuarta ley de enjuiciamiento.

es decir, que la ley hace la designación del tercer árbitro (1).

Si designadas varias personas por los compromitentes para hacer la elección del tercero, por ejemplo, los avenidores, no pudiesen ponerse de acuerdo sobre el nombramiento, lo mismo que si las partes se hubiesen espresamente reservado en el compromiso el derecho de nombrarlo, caso necesario, y llegado este tampoco pudiesen ponerse de acuerdo, entonces debe hacer la elección el tribunal de comercio, porque no siendo aplicable á este caso de discordia la elección que hace la ley en favor del juez avenidor del partido, es el medio mas imparcial y espedito que puede adoptarse para cortar aquella divergencia.

En el arbitraje jurídico es necesaria la intervención del tercero, siempre que los votos de los árbitros estuviesen á número igual ó no se reuniesen dos votos conformes que hagan mayoría, porque si alguna de las decisiones discordes tienen mayoría de votos, aunque esta sea relativa, adquirirá el carácter de sentencia y no habrá lugar á la intervención del tercero (2). No sucede lo mismo en materia civil, como hemos visto anteriormente.

El arbitraje de amigable composición, termina por la discordancia de los arbitrajes, á menos que las partes hubiesen elegido en el compromiso el tercero ó hubiesen facultado á alguna persona para que hiciese el nombramiento, en cuyos casos es necesaria la intervención de aquel, siempre que resulte discordancia en los términos antes espresados (3).

§ 3.º Cosas sobre que debe juzgar el tercer árbitro, y modo de proceder.

El tercer árbitro, está obligado á adherirse estrictamente á una de las opiniones que han producido la discordia para constituir con su voto mayoría, ó tiene el derecho de formar opinión propia sobre el li-

tigio y de dar su dictámen con total independencia de los anteriores? La legislación francesa y otras extranjeras, no dejan al tercero la libertad de su conciencia, sino que le fuerzan á adherirse á una ó á otra de las dos opiniones discordes. La ley civil guarda entre nosotros silencio sobre este particular, mas la jurisprudencia y la doctrina se ha pronunciado siempre en favor de la libertad del juicio y convicción del tercer árbitro, aun cuando por esta causa llegue á terminar el compromiso. Hevia Bolaños, citando á Parladorio y Escobar, enseña ya (1), que el tercero en discordia puede apartarse en todo ó en parte del parecer de los árbitros ó arbitrajes, sin ser obligado precisamente á conformarse con el de alguno de ellos, ora sea sobre una cosa ó sobre mas separadas. Esta doctrina ha venido á recibir mayor fuerza con el apoyo que le presta la legislación de comercio, la cual reconoce espresamente, que el tercero, ó el juez avenidor, puede no conformarse con la decisión de ninguno de los árbitros y formar voto diferente (2).

Resuelta esta cuestión, fácil es determinar las cosas sobre que debe juzgar el tercer árbitro. Sus facultades y atribuciones hemos dicho ya que son en general las mismas que las de los avenidores discordantes; á unos y á otro obliga el compromiso, y ni uno ni otros pueden salirse de él, ni contrariarlo. Debe de consiguiente el tercero juzgar todas las cuestiones contenidas en el compromiso, y estender su decisión á los frutos y rentas de la cosa, cuando así proceda, pudiendo tambien imponer condenación de costas en los casos de temeridad ó malicia en las pretensiones de las partes.

Determinadas las cosas sobre que puede entender el tercer árbitro, vamos á dar á conocer cómo debe proceder.

Con objeto de ilustrarse sobre los motivos que han producido la discordia, y de poder dirimirla con mayor conocimiento de causa, debe el tercer árbitro reunirse con los

(1) Art. 260, 300, ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 289, en relación con el 291 id., id.

(3) Art. 299 y 300. id., id.

(1) Curia Filipica, lib. 2, cap. 13, n. 23.

(2) Art. 291, ley de enjuiciamiento.

ARBITROS.

443

jueces que discordaron y conferenciar con ellos.

Esta conferencia parece exigirla la citada ley 27, tit. 4, Part. 3, cuando dice «que si ellos (los avenidores) no se pudiesen acordar, que tomasen otro... que fuese y con ellos.» La legislación francesa es mas explícita en este punto, pues establece que «el tercer árbitro no podrá pronunciar, sino después de haber conferenciado con los árbitros discordantes, que serán citados á reunirse con este objeto (1).»

Siguese de aquí, que si hay reunion ó conferencia, el tercer árbitro no juzga ya solo; que los árbitros, concurriendo á la decision, pueden modificar, cambiar sus primeros pareceres y aun emitir otros enteramente opuestos; porque entonces todos los que conferencian forman un tribunal único, en cuyo caso recae ó puede recaer una deliberacion completa. No sucederá lo mismo si los árbitros persisten en su primera opinion y el tercero no se conforma á ella, porque entonces la reunion no produce otro efecto que la simple conferencia reducida á explicar los motivos de sus respectivos juicios, la cual no constituye, sino que prepara la deliberacion.

Como en la legislación francesa es de rigor que el tercer árbitro se adhiera al dictámen de uno de los avenidores, su voto pone forzosamente fin á la discordia; pero como segun nuestro derecho, le es permitido dar su juicio enteramente libre y diverso del de los otros, puede acaecer y acaece frecuentemente, que la discordia subsista después del voto del tercero. Nuestras leyes comunes no han previsto este caso, y este silencio da motivo á la cuestion de saber, si en la suposicion de que el tercer árbitro emita un parecer contrario á los de los avenidores, ha de procederse al nombramiento de otro tercero, ó bien se considera fenecido el compromiso. La adopcion del primer extremo no conduciría á ningun resultado positivo; porque si el tercero nombrado en segundo lugar, en virtud de la liber-

tad é independencia que la ley le concede, diese otro dictámen diverso de todos los anteriores, las cosas quedarían en el mismo estado de complicacion, y lo mismo sucedería con cuantos terceros se agregasen. El segundo extremo de la cuestion, relativo á considerar como terminado el compromiso, parece mas conforme al silencio de la ley, sin embargo de que su espíritu es no permitir fácilmente que sean vanas ó ilusorias sus disposiciones.

Por lo tanto, si el arbitraje no ha de perder su carácter de voluntario en todas sus consecuencias, es preciso concluir, que cuando el tercero designado en el compromiso, ó elegido por los árbitros disidentes en su caso, pronuncie un juicio diverso del de aquellos, la discordia no dirimida pone fin al compromiso.

Vamos ahora á investigar dentro de qué término ha de dictar su resolucion el tercer árbitro. Esta cuestion no carece de importancia, porque puede muy bien suceder que los avenidores, en la creencia de que no sobrevendría discordia, ó por otra causa, hayan dejado transcurrir la totalidad del plazo que se les concedió en el compromiso; de modo, que cuando se reunieron á pronunciar sentencia y sobrevino la discordia, solo faltase un dia para concluir aquel plazo. Como con la espiracion del plazo del arbitraje termina el compromiso y acaba la jurisdiccion de los árbitros ó arbitradores, ¿deberá el tercer árbitro dar su parecer, en el caso propuesto, antes que espire el dia que falta para cumplirse dicho plazo, ó podrá hacerlo dentro de uno nuevo señalado especialmente para el desempeño de su encargo?

Para resolver esta cuestion, es menester llegar antes al extremo de la hipótesis. Los avenidores pueden legalmente dar su parecer definitivo sobre el negocio en el mismo dia que concluye el plazo que se les dió para juzgar, siempre que dentro de él notifiquen ó hagan saber á las partes su decision. Si en vez de una sentencia dan por resultado una discordia, aun cuando esté nombrado de antemano, ó en el propio dia

(1) Art. 1018, pr. civ.

nombraren el tercer árbitro, poco ó nada podrá hacer este dentro del plazo señalado á aquellos, y si fuera de él no pudiera obrar válidamente, inútil y supérfluo era su nombramiento.

Concediendo la ley á los avenidores todo el plazo señalado en el arbitraje para sustanciar y decidir las controversias sometidas á su resolución, y ordenando que en caso de discordia nombren un tercero que la dirima, necesariamente ha de concederse á este tercero un término racional para que se instruya del negocio, conferencie con los otros avenidores y dicte su resolución. Esto es lo que se deduce de la ley; y esto es lo que dice la razón y el buen sentido.

El término dentro del cual debe el tercero dictar su resolución puede ser mayor ó menor á voluntad de las partes, las cuales pueden señalarlo de antemano en el compromiso, ó acordarlo cuando ocurra la discordia. Si las partes no lo señalan, y el arbitraje es en materia civil, debe acudir al juez ordinario para que lo determine, puesto que la ley guarda silencio sobre este punto; mas si el arbitraje es en materia comercial, tendrá el tercer árbitro el término de 30 días, que es el que señala el artículo 261 de la ley de enjuiciamiento, en los casos en que las partes no hayan designado en el compromiso el plazo dentro del que deberá el tercero dirimir la discordia, si la hubiese. Este término especial concedido al tercer árbitro por las partes, ó por la ley, ó por el juez, debe siempre comenzar á contarse desde el día de la aceptación.

§. 4.º *Sentencia del tercer árbitro.*

La decisión del tercer árbitro puede ó no causar sentencia, según que sea ó no conforme con alguno de los pareceres ó decisiones de los avenidores discordantes, y forme ó no mayoría. El tercero está, como hemos visto, en libertad de adherirse á cualquiera de los pareceres en todo ó en parte, ó de formar voto diferente, según estime justo; mas solo cuando se adhiere y su adhesión produce mayoría, causa sentencia su voto.

En el caso contrario subsiste la discordia. En este párrafo vamos solo á ocuparnos de la resolución del tercero cuando causa sentencia, reservando para el siguiente explicar los casos en que deja en pie la discordia y de lo que deba entonces practicarse.

La sentencia causada por la resolución del tercer árbitro debe expresar todas las circunstancias que hemos dado á conocer al hablar de la sentencia arbitral, y debe redactarse en la misma forma, con las únicas modificaciones que hace necesarias la diversidad de casos. Como el tercero debe hacerse cargo de los pareceres discordantes de los avenidores, para adherirse á ellos ó desestimarlos, debe expresar claramente en su resolución los particulares comprendidos en el parecer á que se adhiere, para que no pueda dudarse cuando aquella causa sentencia. Si se hubiesen sometido al juicio arbitral varias cuestiones independientes, varios pleitos distintos, en una palabra, varias demandas principales para que se decidan en una sola sentencia, en este caso debe cuidadosamente resolverlas con separación, expresando el parecer ó decisión de los avenidores discordantes á que se adhiere en cada una de ellas, porque en estos casos cada capítulo de la decisión, comprensivo de una demanda ó cuestión principal, forma una sentencia.

El tercer árbitro debe motivar su decisión que cause sentencia en los mismos casos que los avenidores, y entonces debe expresar los motivos que le hacen adoptar el dictamen á que se adhiere, y los que le hacen rechazar los restantes.

En fin, debe arreglarse en lo demás que es común á toda sentencia arbitral á lo que dejamos dicho en la sección XII.

§. 5.º *Cuando debe conocer el tribunal como juez de discordia y en qué forma.*

La resolución del tercer árbitro, hemos dicho anteriormente, causa ó no sentencia, según que produce ó no la mayoría de votos conformes que determina la ley. Es, pues, de la mayor importancia el dar á conocer

ARBITROS.

447

cuando la resolucíon del tercero deja en pie la discordia y qué es lo que debe hacerse en tales casos.

Sabido es que las partes pueden comprometer á la decisió de unos mismos avenidores una ó muchas diferencias, una ó muchas cuestiones, uno ó muchos pleitos; y que comprometiéndolos en ellos muchas diferencias, cuestiones ó pleitos pueden facultarles para que los decidan todos en una sola sentencia para escusar así dilaciones y gastos. La ley 32, tit. 4, Part. 3, dice á este propósito. «Otrosi decimos, que si muchos fueren los pleitos, ó las contiendas que son metidas en mano de los avenidores, que sobre cada una dellas deben é pueden dar su juicio. Fuera ende, si á la sazón que el pleito fue puesto en su mano dijeron las partes, que todo lo librasen en un juicio. Ca estonce non lo podrían facer, si non en aquella guisa que de comienzo les fue otorgado, quando los escogieron.»

De consiguiente debe distinguirse cuidadosamente cuántas son las contiendas ó pleitos que los avenidores han de decidir en un mismo juicio; porque si son muchas, cada capítulo de la decisió que resuelva una contienda ó pleito, formará por sí solo una sentencia, segun el axioma, *tot capita, tot sententiæ*. Y la razón de esto es muy sencilla. Al autorizar la ley á las partes para que puedan someter á un mismo juicio arbitral muchas contiendas ó pleitos, y exigir de los avenidores que todas las sentencien dentro de un mismo fallo, solo se ha propuesto evitar las dilaciones y gastos que tendrían que ocasionarse si se las obligase á celebrar un compromiso y seguir un juicio sobre cada pleito ó contienda, mas de ninguna manera quitar á cada contienda ó pleito su propia particularidad é independencia, en cuya virtud exige una resolucíon especial y privativa. La ley no hace mas que autorizar el procedimiento unido y simultáneo de varias cuestiones, contiendas ó pleitos independientes, en beneficio de la economía de tiempo y de dinero, cuando las partes están conformes en ello.

Es necesario tener esto muy presente pa-

ra conocer cuando el parecer ó resolucíon del tercero en discordia causa sentencia. Si el compromiso ha sometido al juicio arbitral una sola contienda ó pleito principal, entonces si la resolucíon del tercero es diferente de las de los avenidores discordantes, subsiste la discordia en la totalidad del negocio, lo mismo que si se adhiere á una opinión que aun con su voto queda en minoría. Si en el compromiso se han sometido á la decisió de los avenidores dos ó mas contiendas, cuestiones ó pleitos principales é independientes, para que las resuelvan todas en un mismo juicio, como en este caso cada decisió particular del fallo que resuelve una contienda ó cuestiön principal, es una verdadera sentencia, es necesario dividir el parecer del tercer árbitro en tantas partes distintas, cuantas sean las cuestiones ó pleitos por él resueltos, y aplicar á cada uno la regla anteriormente sentada, á saber: que si su resolucíon no es conforme con ninguna de las decisiones dictadas por los avenidores discordantes, ó aunque sea conforme con alguna la agregaciön de su voto no produce mayoría, subsistirá la discordia respecto de ella, causando por el contrario sentencia siempre que con su adhesiön resulte mayoría. De aquí se deduce, que en los casos en que el juicio arbitral comprenda varias cuestiones, contiendas ó diferencias principales é independientes, la resolucíon del tercero puede causar sentencia respecto á unas, y dejar subsistente la discordia respecto á otras, pudiendo adherirse á un dictámen en unas, y á otro en otras, ó no adherirse á ninguna, segun considere justo. No estará por demás que ilustremos esta cuestiön con un ejemplo. Pedro y Juan se comprometieron á someter al juicio de avenidores todas las contiendas ó diferencias que nacieran entre ellos á virtud del contrato de sociedad colectiva que formaban con tal fecha y con tal objeto por término de tres años.

Al terminar la sociedad, Pedro reclamaba de Juan: 1.º Que le abonase los gastos hechos por él en su viaje á París y Londres para comprar géneros; 2.º Que pagase los créditos que contra la sociedad tenía

Pablo por giros hechos por Juan con la firma social para negocios propios suyos. 3.º Que le reintegrase en efectivo, y no en géneros, del capital que había aportado á la sociedad. Juan se negaba á estas reclamaciones y á su vez exigía á Pedro. 4.º Que abonase á la sociedad el valor de un cargamento perdido por su culpa; y 5.º Que recibiese á cuenta de su haber un crédito que había aportado á la sociedad, y que por no haber gestionado á tiempo se había hecho incobrable. Determinadas estas cinco cuestiones, contiendas, ó diferencias, en el compromiso celebrado al efecto, las sometieron al juicio de cuatro árbitros, nombrados dos por cada parte, los cuales estuvieron discordes en todas las cuestiones, estimando dos las reclamaciones de Pedro y desestimando las de Juan, y los otros dos por el contrario, condenando á Pedro en lo que pretendía Juan y absolviendo á este de las demandas de aquel. Nombrado el tercer árbitro, dictó su decision estimando la reclamacion n. 1.º, 2.º y 4.º, desestimando la n. 3.º y resolviendo respecto á la n. 3.º que Juan reintegrase á Pedro del capital aportado por él á la sociedad en esta forma, la mitad en dinero y la otra mitad en efectos por valor del último inventario. La decision de este tercero causó sentencia respecto á las cuestiones ó contiendas n. 1.º, 2.º, 4.º y 5.º, por haberse adherido, en las n. 1.º, 2.º y 5.º al parecer de dos avenidores, y producir la agregacion de su voto mayoría respecto á ellas, y en la n. 4.º al de los otros dos avenidores y resultar tambien mayoría, quedando subsistente la discordia respecto á la cuestion n. 3.º, por no haberse conformado el tercer árbitro con la decision de ninguno de los avenidores y haber hecho voto diferente.

¿Subsistiendo la discordia despues de la decision del tercero en una ó mas cuestiones principales é independientes de las sometidas al juicio arbitral, se tendrá por terminado el compromiso respecto á ellas, ó qué deberá practicarse para que desaparezca y resulte sentencia?

En materia civil termina el compromiso

respecto aquellas cuestiones principales é independientes que no quedan resueltas con la decision del tercer árbitro, bien sea el arbitraje jurídico, ó de amigable composicion.

En materia comercial tambien termina el compromiso en el arbitraje de amigable composicion. No sucede lo mismo en el jurídico, bien sea este voluntario, bien forzado; la ley quiere que en este haya siempre sentencia, y determina lo que debe practicarse para dirimir la discordia que dejó subsistente la decision del tercer árbitro. Si el tercero ó el juez avenidor, dice, no se conformase con la decision de ninguno de los árbitros, é hiciese voto diferente, se remitirán los autos al tribunal de comercio *para que dirima la discordia*, segun los méritos del proceso sin nuevas actuaciones. Si no hubiese tribunal de comercio y por esta causa correspondiese al juez de primera instancia de aquel lugar el conocimiento de los negocios mercantiles, á él deberá hacerse la remesa del expediente ó proceso *para que dirima la discordia*.

El tribunal de comercio y el juez de primera instancia en su caso no deben entrometerse á dictar decision sobre otras cuestiones que aquellas acerca de las cuales resulta discordia entre los pareceres de los árbitros, porque solo para dirimir la discordia les concede la ley jurisdiccion. Tampoco estan facultados para dar mayor instruccion al expediente, pues deben decidir segun los méritos del proceso y sin nuevas actuaciones. Todo cuanto hagan fuera de estos limites es nulo y de ningun valor y efecto.

Si se duda entre las partes qué cuestiones han quedado resueltas con la decision del tercer árbitro, y cuales no, pueden provocar esta declaracion ante el tribunal de comercio, ó juez de primera instancia en su caso, antes que procedan á dirimir la discordia, porque siendo un punto que afecta á su competencia, tienen jurisdiccion para conocer de él y decidirlo, mas si hubiesen procedido á dirimir la discordia, y resultase de la decision dada, que se habi-

ARBITROS.

449

entrometido el tribunal á conocer de lo que ya estaba resuelto, en este caso puede la parte interponer el oportuno recurso de nulidad contra la decision del tribunal recaída sobre lo que estaba ya sentenciado.

Quando es el tribunal de comercio el que ha de decidir la discordia, puede ocurrir que no todos sus individuos adopten un mismo parecer ó sean de un mismo dictámen; en este caso entrarán en computacion los votos singulares de sus individuos con los de los jueces árbitros y el tercero, y hará sentencia la decision del mayor número.

¿Y deberán los individuos del tribunal adherirse á una de las decisiones discordantes, ó podrán dictar su resolucíon con total independencia, haciendo voto diferente? El tercer árbitro, hemos visto, está en libertad de decidir las cuestiones en conformidad ó en discordancia con la resolucíon de los avenidores; parece, pues, que los individuos del tribunal deben gozar en su calidad de terceros en discordia de la misma libertad é independencia. Sin embargo, si se considera que la ley, al facultar al tribunal para dirimir la discordia, quiere que realmente la dirima y que de su decision resulte siempre sentencia, creemos que en este caso cede en favor de la terminacion del litigio la libertad de los individuos del tribunal de dar un voto diferente de los dictámenes de los árbitros y tercero, debiendo por lo tanto limitarse á adoptar aquel que consideren mas justo. Aun así puede ocurrir que dos decisiones distintas tengan á su favor igual número de votos, y que no haya mayoría. ¿Deberá en este caso tenerse por terminado el compromiso, ó deberá adoptarse algun medio para que desaparezca el empate y se decida por el tribunal la discordia? La ley no ha previsto este caso y no hay de consiguiente disposicion expresa que resuelva lo que deba hacerse; pero teniendo en consideracion que el artículo 291 de la ley de enjuiciamiento previene, que se remitirán los autos al tribunal de comercio, *para que dirima la discordia segun los méritos del proceso, sin nuevas actuaciones*, en lo cual manifiesta claramente que es de necesidad que

el tribunal dirima la discordia en todos los casos, creemos que en el propuesto seria contrario al espíritu de la ley, el dejar sin resolver la discordia y declarar por terminado el compromiso, y que lo que debe practicarse como mas conforme á él y á la razon es, que se llame á mas individuos del tribunal de comercio, sino han concurrido todos á dirimir la discordia, y si todos han concurrido, que se llame á uno de los suplentes para que con su voto se forme la mayoría.

SECCION XIV.

DE LA FUERZA Y EFECTOS DE LA SENTENCIA ARBITRAL.

Resueltas las cuestiones ó diferencias comprometidas en los términos que hemos explicado en las secciones anteriores, la decision que causa sentencia adquiere por la ley una fuerza propia, la cual puede modificarse por voluntad de las partes.

En materia civil, la legislacion relativa á este punto ha experimentado diferentes modificaciones que es preciso conocer para apreciar mejor las disposiciones vigentes. Las leyes de las Partidas no concedian á la sentencia arbitral mas fuerza que la que voluntariamente le daban las partes. La ley 25, tit. 4, Part. 3, dice: «E sobre todo deben prometer (las partes) de guardar e de obedecer el mandamiento e los juicios que los avenidores ficiesen sobre aquel pleito, so cierta pena que peche la parte que non quisiere estar por ello á la otra que obedeció el mandamiento de los avenidores. Ca si pena non y fuese puesta, non serian tenudas las partes de obedecer el mandamiento nin el juicio que diesen entre ellos. Fuera ende si callasen desde el dia que fuere dada la sentencia fasta diez dias. Ca estonce, maguer non y fuese puesta pena, tenudas serian las partes de guardar el juicio.» La ley 53 de dicho título y Partida, corroborando y ampliando lo anterior, dice: «Mas quien non se pagare del (juicio) peche la pena que fue puesta, e despues non será tenido de obedescerle. E si por aventura

pena non fuese y puesta á la razon que fueron escojidos los avenidores, estonce decimos, que quien non se pagase del juicio dellos, que lo debe decir luego, e non será despues tenudo de obedescerlo. Mas si lo hubiesen las partes por bueno, diciendo, quando habian juzgado, que se pagaban del juicio, ó escribiendo por sus manos la carta de la sentencia, que la confirmaban, ó si callasen fasta diez dias despues que fuese dada, que la non contradijesen, tal sentencia como esta debe valer. E si alguna de las partes pidiese despues al juez ordinario del lugar, que la ficiese cumplir, débelo facer; tambien como si fuese dada por otro juez de aquellos que han poder de oir é librar todos los pleitos.»

Segun estas leyes el compromiso de las partes, por el cual se sometian á la jurisdiccion arbitral que ellas mismas creaban, no daba por sí solo ninguna fuerza á la sentencia arbitral. Tanto en el caso que hubiesen pactado alguna pena, como en el que no, podian desobedecer y no cumplir la sentencia, con esta sola diferencia, que si no habia estipulada pena, la desobediencia quedaba impune, y si la habian estipulado, se les podia obligar á satisfacer la pena. La sentencia, pues, no tenia por la ley ninguna fuerza. Cuando adquiria fuerza de tal era por voluntad de las partes, por el consentimiento espreso ó tácito de las mismas.

Grandes males debió producir este sistema, quando hubo que reformarlo en un sentido contrario y sin duda alguna exagerado, dando á la sentencia arbitral una fuerza legal mucho mayor que la que tenian las sentencias de los jueces ordinarios que no estaban ejecutoriadas; aunque no tanta como la que se daba á las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. Dispúsose, que luego que la sentencia fuese dada, de que la parte pidiera ejecucion, se ejecutase libremente, pareciendo y presentándose el compromiso y sentencia signada del escribano público, y pareciendo que fue dada dentro del término del compromiso y sobre las cosas sobre que fue comprometido, y que la parte sea satisfecha de aquello sobre que

fue sentenciado en su favor, haciendo obligacion y dando fianzas legas y abonadas, para el caso en que la sentencia fuese revocada (1).

En virtud de esta ley la sentencia arbitral tenia fuerza ejecutiva, bien fuese dictada por árbitros, bien por amigables compondores; tanto en el caso en que se hubiese pactado pena en el compromiso, como en el que no se hubiese pactado, y lo mismo quando las partes hubiesen renunciado á los recursos legales contra ella, que quando se los hubiesen reservado espresamente. Esta fuerza ejecutiva la otorgó la ley independientemente de la voluntad de las partes, y sin otras condiciones que las que ella misma determina.

Esta fuerza ejecutiva concedida á las sentencias arbitrales no consentidas ni pasadas en autoridad de cosa juzgada, fue un privilegio en nuestro sentir inmotivado; porque no se alcanza qué razon de diferencia exista entre una sentencia pronunciada por un juez de primera instancia y la dictada por jueces árbitros, quando una y otra esten sujetas al recurso ordinario de apelacion y puedan ser reformadas, para conceder á la segunda fuerza ejecutiva y negársela á la otra hasta que se halle consentida ó pasada en autoridad de cosa juzgada. Mientras una sentencia está sujeta á la revision, y es por lo tanto revocable, parece que no hay motivo para que se lleve á ejecucion. Solo las sentencias consentidas ó ejecutoriadas deben en buenos principios gozar de esta virtud.

La fuerza ejecutiva que la ley Recopilada concede á la sentencia arbitral revocable por el recurso ordinario de apelacion, ha sido derogada por el artículo 281, tít. 3 de la Constitucion de 1812, vigente como ley, el cual establece, que la sentencia que diesen los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar; de manera que si contra la sentencia arbitral procede el recurso de apelacion, y este

(1) Ley 4, tít. 17, lib. 11, Nov. Recop.

ARBITROS.

431

se ejercita dentro del término legal, queda aquella privada de la fuerza ejecutiva que antes le concedía la ley Recopilada. Solo, pues, la sentencia arbitral que esté consentida ó ejecutoriada, tiene hoy fuerza ejecutiva, como sucede respecto á las que dictan los jueces ordinarios; careciendo hoy de esta virtud la sentencia arbitral que sea susceptible de revision á virtud del recurso de apelacion que proceda y se entable contra ella en tiempo.

En materia comercial se han seguido estos principios, estableciendo el artículo 306 de la ley de enjuiciamiento, que tenga fuerza ejecutiva la sentencia arbitral que sea irrevocable con arreglo á los términos del compromiso, es decir, que pueda desde luego procederse á la ejecucion de la sentencia arbitral, cuando las partes hayan convenido en el compromiso que cause ejecutoria (1). Lo mismo debe decirse si está consentida ó ejecutoriada.

La sentencia arbitral ha venido, pues, á equipararse en cuanto á su fuerza y efectos á la sentencia dictada por los tribunales ó jueces de primera instancia; de donde se deduce, que en aquellos casos especiales en que la ley ordena que la sentencia de primera instancia se lleve desde luego á efecto, no obstante la apelacion que de ella se interponga, en los mismos debe tambien cumplirse la sentencia arbitral, sin embargo de la apelacion contra ella procedente. Puede verse el artículo **APELACION**, seccion VII, para conocer los casos en que la apelacion es admisible en solo el efecto devolutivo ó en ambos efectos. Sobre los demas efectos que produce la sentencia arbitral, véase el artículo **SENTENCIA**.

SECCION XV.

DE LA HOMOLOGACION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES Y DE SU EJECUCION.

La homologacion es el decreto por el cual un juez da á un acto ejecutado por

personas particulares la fuerza de un acto judicial. Tambien en el uso forense se emplea esta palabra para significar el consentimiento espreso ó tácito de las partes á la sentencia arbitral, por haber dejado trascurrir diez dias sin oponerse á ella, y entonces se dice que es homologada, esto es, consentida. Pero como nada importa que las partes hayan consentido espresa ó virtualmente la sentencia, si por otro lado una de ellas se niega á cumplirla; por esta razon empleamos aquí tambien la palabra homologacion en el sentido de una aprobacion que el juez ordinario da á la sentencia ó laudo que al propio tiempo manda ejecutar.

Este decreto de aprobacion y de *exequatur* es indispensable, porque los jueces avenidores que profirieron la sentencia, como particulares no tienen potestad, jurisdiccion ni fuerza para hacerla cumplir, y á mas de esto, sus facultades cesaron en el hecho de pronunciar el fallo definitivo.

En materia civil, presentada la sentencia arbitral al juez ordinario por una de las partes para que la apruebe y mande que desde luego se ejecute libremente, debe este examinar con singular cuidado, si en ella concurren todas las circunstancias que la ley exige para que proceda la ejecucion. Estas circunstancias son las siguientes: 1.ª Si la sentencia arbitral no es susceptible de apelacion, ya porque las partes no se hayan reservado el derecho de apelar contra ella ó hayan convenido en que cause ejecutoria, ya porque hayan dejado trascurrir el término legal sin interponer la apelacion, ya porque, aun cuando la hubiesen interpuesto, se haya declarado por desierta. 2.ª Si, á pesar de ser susceptible de apelacion y de haberse esta interpuesto, pertenece á aquella especie de sentencias que deben llevarse á efecto no obstante el recurso de apelacion. 3.ª Si acompaña á ella el compromiso. 4.ª Si está signada de escribano público. 5.ª Si parece que está dictada dentro del término del compromiso. Y 6.ª Si resulta dada sobre las cosas comprometidas.

Concurriendo todas estas circunstancias,

(1) Art. 292. Ley de enjuiciamiento.

debe el juez, á petición de la parte, mandar que se ejecute libremente la sentencia arbitral.

Podrá suceder que antes de presentarse la sentencia arbitral al juez ordinario para que ordene su ejecucion, ó pendiente esta solicitud, se interponga por alguno de los interesados recurso de nulidad contra ella. ¿Será este recurso un obstáculo á la ejecucion de la sentencia arbitral, ó deberá no obstante ejecutarse libremente?

La nulidad de la sentencia arbitral propuesta como escepcion en el juicio ejecutivo y justificada en tiempo, será un obstáculo á la ejecucion de aquella; mas la interposicion del recurso de nulidad no impide que se mande ejecutar y que se ejecute en efecto, si antes no se ha declarado su nulidad. Esta doctrina comun en materia civil está espresamente consignada en la ley de enjuiciamiento sobre causas de comercio, la cual dispone en su artículo 293, que se lleve á efecto la sentencia arbitral no obstante la interposicion del recurso de nulidad, previa fianza de la parte vencedora que asegure las resultas del nuevo juicio. De consiguiente el juez no debe denegar la ejecucion de la sentencia arbitral, porque la parte contra quien se pide haya intentado el recurso de nulidad contra ella, siempre que reuna las circunstancias que dejamos enumeradas.

Mas si le falta alguna de aquellas circunstancias, debe denegar la ejecucion, bien de oficio, bien oyendo previamente á la otra parte. Pudiera en la aplicacion de esta regla suscitarse la cuestion, de si el juez ordinario ante quien se pide la ejecucion, debe denegarla por haberse dictado fuera del término del compromiso ó sobre cosas no comprometidas, cuando los interesados han dejado pasar los diez dias desde que les fue notificada sin reclamar contra ella. Parece que en el hecho de aprobar espresa ó tácitamente la sentencia, se presume que los comprometidos han investido implícitamente á los árbitros de los poderes necesarios para sentenciar, aun escediéndose del compromiso; ó en otros términos, se

presume que las partes conceden *ex post facto*, lo que no otorgaron *á priori*, y que por esta razon el juez ordinario no puede menos de dar el *ex-equatur* á la sentencia ó laudo de que se trata, segun la regla, *ubi partes sunt concordantes, nihil ad iudicem*. No estando consentida la sentencia, el juez debe de oficio denegar su ejecucion, cuando aparezca que está dada fuera del tiempo del compromiso y sobre cosas no comprometidas; pero si está consentida por no haber interpuesto ninguna de las partes dentro del término legal los recursos que procedieran, el juez no puede denegar la ejecucion por aquellos motivos, puesto que renunciaron las partes al recurso de nulidad fundado en ellos.

En materia mercantil debe presentarse la sentencia arbitral para su homologacion y ejecucion al tribunal de comercio ó juez ordinario en su defecto, los cuales mandarán que se ejecute, siempre que esté consentida ó ejecutoriada, ó sea irrevocable con arreglo á los términos del compromiso (1), no obstante el recurso de nulidad (2).

Sobre las sentencias arbitrales dadas en pais extranjero y presentadas ante un tribunal español para su homologacion y ejecucion, véase el artículo **SENTENCIA**, donde se trata con la debida detencion este punto de derecho internacional privado.

SECCION XVI.

DE LOS EFECTOS DEL AUTO DE EXEQUATUR, Y DEL DE PRESTACION DE FIANZAS.

Hemos manifestado poco antes, que á fin de llevar á efecto el laudo ó sentencia, es necesario presentar al juez ordinario, ó al que hubiere de conocer del negocio, el compromiso, y tambien la sentencia arbitral.

Dos providencias puede dar el juez con presencia de estos documentos: una es mandar que se ejecute la sentencia, si concurren las circunstancias que dejamos de-

(1) Art. 301 y 306. ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 293, id. id.

terminadas, y en este caso los efectos de este auto es abrir el juicio correspondiente á la ejecucion decretada; y otra es declarar no haber lugar al *ex-equatur* por defecto de alguno de aquellos requisitos, en cuyo caso queda suspendida. Ahora bien, si cualquiera de los dos proveidos que el juez dicte es gravoso, ó como tal lo considera una parte; ¿podrá interponer apelacion y deberá admitirse? La repetida ley 4, tit. 17, lib. 11 Nov. Recop., concede al juez ordinario la facultad de decretar ó negar el *ex-equatur*, segun vea que la sentencia es ó no conforme á los términos del compromiso; pero asi como la misma ley previene que la sentencia arbitral se lleve á efecto; sin embargo de cualquier recurso que para revocarla se utilice, con mayoria de razón debe decirse lo mismo relativamente al decreto aprobatorio de dicha sentencia. Toda apelacion que se interponga contra el auto de ejecucion, no es admisible mas que en el efecto devolutivo.

Si se deniega la ejecucion y se apela de esta providencia, el juez debe admitir la apelacion en ambos efectos. V. **APELACION**, seccion XII.

La ejecucion de la sentencia arbitral se debe llevar á efecto unas veces bajo las oportunas fianzas y otras sin ellas, segun los casos. V. **JUICIO EJECUTIVO**. Procediendo la prestacion de fianzas y ordenándose por el juez, á él toca esclusivamente decidir, si las que se presentan son ó no bastantes, sin que de lo que resuelva acerca de esto haya lugar á apelacion ni otro recurso. (1).

SECCION XVII.

DE LOS RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS ARBITRALES.

Todos los poderes tienen necesidad de un contrapeso que los retenga dentro de sus justos límites. La jurisdiccion arbitral, aunque instituida con objeto de terminar con brevedad, economía, y por medios, digámoslo así, conciliatorios, las diferencias suscitadas entre conciudadanos, no podía menos

de sujetarse á dichos límites. La circunstancia de ser el nombramiento de los avenidores obra de la libre eleccion de las partes, no los hace siempre invulnerables á la pasion, á la malicia y al error. Fuerza ha sido por tanto establecer remedios contra estas eventualidades, inherentes á la debilidad humana, y á todo juicio, sea cualquiera su naturaleza. Vamos, pues, á ocuparnos en esta seccion de los remedios ó recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, que pueden darse contra la sentencia arbitral. Estos son el de apelacion, el de reduccion á árbitro de buen varon, el de nulidad y el de injusticia notoria.

§. 1.º Recursos ordinarios.

Apelacion. El remedio de la apelacion es un recurso ordinario contra las sentencias dadas en primera instancia sobre asuntos susceptibles de segunda.

Segun el derecho romano no podia apelarse de las sentencias arbitrales: *Ex sententia arbitri..... appellari non posse sappe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde prestari potest,* y por esta razon se pactaba ordinariamente una pena contra el que se negaba á cumplir lo sentenciado. *Et ob hoc invicem pena promittitur, ut nutu ejus aplacitis non recedatur* (1).

El mismo sistema han consagrado las leyes de las Partidas, negando á los interesados el derecho de apelar de la sentencia de los avenidores, con lo cual elevaron el tribunal arbitral á la categoría de tribunal de única instancia. Las principales razones que servian de fundamento á esta doctrina, eran, que establecido el juicio arbitral con el fin de evitar las dilaciones y gastos que lleva consigo el estrépito forense, y de procurar á las partes un tribunal de su eleccion, de nada serviria el que consiguiesen ambas cosas en primera instancia, si despues habian de venir á tocar aquellos inconvenientes en la segunda y tercera.

La práctica, sin embargo, no siguió la

(1) Ley 4, tit. 17, lib. 11, Nov. Recop.

(1) Lib. 4, C. De receptis.

regla establecida en las leyes de las Partidas, segun se deduce del contesto de la ley 4, tit. 17, lib. 11, Nov. Rec., habiéndose fundado despues en esta misma ley la doctrina comun, abiertamente opuesta á las leyes de las Partidas, de que toda sentencia arbitral es susceptible de apelacion.

La Constitucion de 1812, en su artículo 281, tit. 5, vigente como ley, resolvió la cuestion de diferente manera que lo habian hecho las Partidas y la ley recopilada, estableciendo, que las sentencias que dieren los árbitros se ejecutarán, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar. La apelacion, pues, segun este artículo, no procede contra la sentencia arbitral; sino cuando las partes se reservan este derecho en el compromiso. Así lo establecieron en Francia los legisladores de 1790, y así lo ha establecido recientemente el Código de Ginebra, considerando el compromiso como la única ley reguladora de la jurisdiccion escepcional y anómala del arbitraje. Si, pues, en el compromiso no se reservan las partes el derecho de apelar de la sentencia, el tribunal arbitral fallará en primera y única instancia.

Hecha esta lijera reseña de las modificaciones que ha sufrido el derecho de apelar de las sentencias arbitrales dictadas en materia civil, vamos á examinar de qué sentencias se puede apelar, dentro de qué tiempo debe hacerse, ante quién y en qué forma.

Sobre la primera de estas cuestiones puede establecerse una regla invariable y sin escepcion alguna, á saber: que toda sentencia arbitral, en que las partes, al hacer el compromiso, se reservaron el derecho de apelar, es efectivamente apelable, y que por el contrario, no lo es, sino se hizo dicha reserva. Decimos que esta es una regla invariable, porque ni la circunstancia de ser el negocio comprometido un pleito pendiente ante un tribunal supremo, ni la de que por su naturaleza sea inapelable conforme á las leyes comunes, ni en fin, la circunstancia de estar ejecutoriada una sentencia, son mo-

tivos capaces de constituir una escepcion á dicha regla.

A primera vista parece repugnante á los principios del derecho procesal que un pleito pendiente en tercera y última instancia é incapaz por su naturaleza de otro recurso, comprometido cuando estaba próximo á sentenciarse, sea susceptible de apelacion, despues de fallado por los árbitros ó arbitradores. La misma repugnancia ofrece un negocio que por razon de su entidad ó cuantía debiera decidirse soberanamente por un juez de paz ó de primera instancia. En efecto, podria decirse, cada negocio tiene asignados los grados de jurisdiccion que puede recorrer. Si de las dos hipótesis indicadas el negocio decidido por los árbitros, es susceptible de apelacion, entonces los grados de jurisdiccion ó las instancias de un pleito, traspasarían el límite determinado por las leyes, y entonces en lugar de la brevedad y economía que aquellas se propusieran con el establecimiento del arbitraje, resultarían nuevos pleitos y nuevos gastos, haciendo interminable la decision.

A estas pueden reducirse las objeciones contra la admision de la apelacion de la sentencia arbitral, aun cuando las partes se hubiesen reservado aquel remedio; pero á pesar de todo está fuera de duda que la apelacion de las sentencias arbitrales es admisible, sea cualquiera el grado de jurisdiccion que haya recorrido el negocio que se compromete. La razon que ha tenido el legislador para establecerlo así, consiste; primero, en que el arbitraje es un juicio privado y puramente escepcional, y que él por sí no fue instituido ni sirve para revisar ni apreciar la justicia de los fallos pronunciados por los tribunales comunes, sino para terminar un pleito sin consideracion á lo que sobre él se haya antes decidido: segundo, en que las partes al comprometer el pleito en el estado que se deja dicho, ya deben preveer los inconvenientes que les puede acarrear el juicio arbitral, y á ellas deben imputarse el perjuicio consiguiente á la adopcion de esta medida; y tercero, que

ARBITROS.

453

la apelacion no tiene por objeto reformar la sentencia de un juez ó tribunal instituido por la ley, sino la de un tribunal privado.

Habiendo examinado qué sentencias son ó no apelables, y la naturaleza de la apelacion, pasemos á manifestar en qué tiempo debe proponerse para que pueda producir sus efectos.

El tiempo hábil de interponer la apelacion es el de diez dias contados desde el siguiente al en que se haga saber á las partes la sentencia, sea que estuviesen presentes al tiempo de proferirla, sea que se le haya notificado por medio de notario ú escribano público.

Se ha dudado por algunos, si dicho término empieza á correr desde el acto de la notificacion de la sentencia arbitral, ó bien desde que se ha dado el auto de *ex-equatur* por el juez ordinario encargado de la ejecucion del fallo. La razon de esta duda consiste, en que hasta que el auto ejecutorio no recaiga sobre aquel fallo, no hay verdadera sentencia, al menos para que pueda producir su efecto necesariamente. Sin embargo; semejante argumento tiene muy poco valor, porque una cosa es reclamar contra la sentencia arbitral y otra es pedir su ejecucion cuando una parte no se allana á cumplirla. Cuando procede la ejecucion inmediata de la sentencia arbitral, la parte puede pedirla desde luego, ó despues de transcurridos los diez dias que hay para reclamar contra la sentencia; la ley no señala término fijo para pedir la ejecucion, ni hace depender de esta el término para apelar.

No faltan tratadistas cuya opinion es que la apelacion contra las sentencias arbitrales ha de interponerse dentro de los cinco dias siguientes al de la notificacion, fundados en que la ley 1, tit. 20, lib. 11, Nov. Rec. limitó á este término los diez dias que la ley 22, tit. 23, Part. 3, concedia en general respecto á las sentencias de los jueces ordinarios; pero contra esta opinion existe un argumento concluyente y es, que los juicios arbitrales constituyen una especialidad *sui generis* á que no son aplicables las disposi-

ciones generales de los demas juicios, y para cuya derogacion era necesaria una ley espresa que restringiera aquel término.

Poco diremos respecto á la forma de la apelacion, porque siendo su objeto obtener la reforma ó revocacion de la sentencia, la parte apelante debe formular su conclusion en este sentido, del mismo modo que se halla establecido para los demas juicios. V. el artículo **APELACION**.

El juez competente ante quien debe entablarse el recurso es el de primera instancia del lugar en que se dictó la sentencia arbitral. La ley 23, tit. 4, Part. 3, dice respecto al recurso de reduccion á arbitrio de buen varon, que si maliciosamente ó por engaño fuese dada la sentencia, débese enderezar segun albedrio de algunos omes buenos que sean escojidos para esto de los jueces ordinarios de aquel lugar, do tal cosa acaesciese, y la ley 33 del mismo título y Partida, al hablar de la ejecucion de la sentencia arbitral consentida ordena, que si alguna de las partes pidiese despues al juez ordinario del lugar, que la ficiese cumplir, débelo facer. De lo dispuesto en estas leyes se deduce que el juez competente para conocer de los recursos que se entablen contra la sentencia arbitral, es el juez de primera instancia del lugar en que se siguió y decidió el juicio, como sucede con respecto á las sentencias de los mismos jueces ordinarios. Las partes tienen por la ley el derecho de someter sus diferencias al juicio de árbitros, privando de su conocimiento á los jueces competentes, y tambien el de señalar el lugar en que deba seguirse el juicio arbitral; de donde se sigue, que la jurisdiccion única competente para conocer del negocio, bien sea en primera instancia, bien en segunda, es la que resulte establecida en el compromiso. Por todo esto creemos equivocada la opinion que sostiene Escriche (1) de que el juez competente para conocer de los recursos contra la sentencia arbitral, es el de prime-

(1) Diccionario de legislacion y jurisprudencia, palabra Arbitro.

ra instancia, á quien hubiese correspondido el conocimiento del negocio, si no hubiera intervenido compromiso.

En materia comercial varían las reglas que dejamos sentadas respecto al recurso de apelacion contra la sentencia arbitral en los particulares siguientes.

La sentencia que dicten los amigables componedores no es susceptible de apelacion, aun cuando las partes se reservasen este derecho en el compromiso, pues declara la ley que no es aplicable á ellas esta reserva (1). Sobre esta especie de sentencias arbitrales, sigue la ley de enjuiciamiento el sistema antiguo de las Partidas y del derecho romano, reducido á dejar en libertad á las partes de conformarse ó no con lo sentenciado, pagando en este caso la pena estipulada (2). Por eso establece, que las partes han de convenir necesariamente en el compromiso de amigable composicion, bajo pena de nulidad, la multa en que habrá de incurrir aquella que no se conforme con la sentencia (3).

Esta facultad de optar entre la multa y la sumision al laudo, no dura mas que tres dias, de modo que no consignando dentro de este término dicha multa en manos de los mismos amigables componedores, ó en las del escribano del tribunal de comercio, se entenderá sin otra declaracion que consienten el laudo, y este será ejecutivo como la sentencia arbitral ejecutoriada (4).

Una regla enteramente opuesta establece la misma ley de enjuiciamiento sobre la sentencia que dicten los árbitros, á saber: que esta es siempre por la ley susceptible de apelacion. Dos casos de escepcion admite esta regla general; es el primero, quando las partes hayan renunciado á este recurso en el compromiso, pues se entienden reservados los remedios de derecho contra ella, cuando en el compromiso no se hizo pacto expreso en contrario, y el segundo, cuando el compromiso se hubiese he-

cho pendiente el recurso de apelacion (1).

Teniendo lugar la apelacion de la sentencia arbitral, se interpondrá y admitirá para ante el tribunal de comercio del lugar en que se hubiere dictado, ó al juez ordinario en su defecto, procediéndose en todo como en las apelaciones de los tribunales de comercio (2). Un caso puede ocurrir en que no puede tener aplicacion la disposicion legal, en cuanto manda que conozca de la apelacion el tribunal de comercio, y es cuando éste, en virtud de la discordia habida entre los árbitros y tercero, haya intervenido para dirimirla, causando así con su voto la sentencia apelada. Cuando ocurra este caso, creemos que la apelacion debe interponerse para ante la audiencia territorial; pues la sentencia apelada es realmente producto de la decision del tribunal de comercio.

Reduccion á arbitrio de buen varon. Este recurso, establecido por la ley 23, tit. 4, Part. 3, contra la sentencia dictada en materia civil por los amigables componedores en los casos en que hubiesen dictado su laudo maliciosamente ó con engaño, apenas se ha practicado en tiempo alguno en la forma establecida por la misma ley, habiéndose confundido con el de apelacion, desde que la jurisprudencia, fundada en la ley 4, tit. 17, lib. 11 de la Nov. Recop. admitió la regla de que los laudos eran apelables, como las sentencias de los árbitros, y desde que los jueces establecidos por la ley, están obligados á sustanciar por los trámites que ella marca los negocios que somete á su jurisdiccion.

Gregorio Lopez en su glosa á la dicha ley 23 dice, que no vió en la práctica que se eligiesen los dos hombres buenos que ella determina, sino que conocia solo el juez ordinario, hoy el juez de primera instancia, quien está obligado á sustanciar el recurso por los trámites legales, puesto que no hay ley alguna que le dispense de ellos en esta clase de negocios. El recurso, pues, de reduccion á arbitrio de buen varon, ha venido á confundirse con el de apelacion, pues-

(1) Art. 297, ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 302, id. id.

(3) Art. 297, id. id.

(4) Art. 303, ley de enjuiciamiento.

(1) Arts. 239, G.º, 202 y 297, id. id.

(2) Art. 298, id. id.

ARBITROS.

437

to que conoce de él un mismo juez con arreglo á un mismo procedimiento.

§. 2.º *Recursos extraordinarios.*

Nulidad. En general, todo juicio civil ordinario puede ser atacado de nulidad, cuando se ha faltado en él á alguno de los requisitos esenciales y necesarios, sin los cuales no se comprende la existencia de un verdadero juicio. El arbitraje no puede menos de estar sujeto á esta eventualidad. La sentencia de los árbitros y arbitradores puede adolecer de los mismos vicios que otra cualquiera, y para subsanarlos otorgan las leyes el recurso de nulidad (1).

Podriase bien hacer una referencia á los motivos de nulidad que afectan á los juicios comunes, y ajustar su aplicacion á los arbitrales, evitándonos de este modo entrar en mayores pormenores; pero la especialidad de esta clase de procedimientos, nos impone el deber de establecer ciertas diferencias, tanto respecto al fondo, cuanto á la forma del juicio, y al tiempo y modo de ejercitar el recurso.

En materia civil hay nulidad en la sentencia arbitral.

1.º Cuando la sentencia se ha dado por persona incapaz de ser árbitro ó arbitrador.

2.º Cuando ha recaído sobre cosas que la ley prohíbe someter al juicio arbitral, ó sobre cosas distintas de las comprendidas en el compromiso.

3.º Cuando los comprometidos carecían de capacidad legítima para contraer ó comprometer.

4.º Cuando no han concurrido á dar la sentencia todos los árbitros ó arbitradores, y las partes no facultaron á los que concurren para decidir solos.

5.º Cuando concurrieron y tomaron parte los árbitros ó arbitradores recusados en tiempo y forma, ó incapacitados por la ley.

6.º Cuando se hubiese dictado la sentencia, muerta una de las partes, si los aveni-

dores no estaban autorizados para ello, ó estándolo, no citaron y emplazaron al heredero.

7.º Cuando unos ú otros, ó el tercero, sentenciaron pasado el tiempo convencional ó legal para ello.

8.º Cuando, aunque fallado el pleito dentro del término hábil, no lo hicieron con sujecion á la forma y facultades consignadas en el compromiso.

9.º Cuando la sentencia fue dada contra ley terminante.

10.º Cuando lo sentenciado es contrario á la naturaleza ó buenas costumbres:

11.º Cuando la sentencia ha sido dada por engaño ó dolo.

12.º Cuando fue proferida por medio de pruebas falsas.

13.º Cuando se dió por soborno y corrupcion (1).

En el anterior catálogo de nulidades, no hemos comprendido la falta de citacion y emplazamiento, como en los demas juicios, porque las partes pueden dispensar á los árbitros y arbitradores de aquella formalidad; pero tratándose de árbitros de derecho puramente, el defecto de citacion ó emplazamiento seria tambien un motivo de nulidad, porque dichos jueces deben observar las reglas que los ordinarios.

Determinados los casos en que procede el recurso de nulidad contra las sentencias arbitrales en materia civil, vamos á dar á conocer dentro de qué tiempo debe interponerse, ante quién y en qué forma.

Respecto del tiempo dentro del que debe ejercitarse el recurso de nulidad de la sentencia arbitral, hay diversidad de opiniones. Unos creen que debe interponerse dentro del término de sesenta dias, contados desde la notificacion de la sentencia, y se fundan, en que así lo dispone la ley 1, tit. 18, lib. 11, Nov. Recop., respecto á las sentencias de los jueces ordinarios. Otros por el contrario sostienen, que debe intentarse dentro de los diez dias siguientes al de la notificacion, y se apoyan en las leyes de las

(1) Ley 54, tit. 4 Part. 3, y ley 4, tit. 17, lib. 11, Novísima Recop.

Partidas que disponen, que si las partes callasen y no contradijesen la sentencia, desde que fue dada hasta diez días, estarán obligadas á guardarla, y que debe valer tal sentencia. Nosotros somos de esta última opinion, por las razones siguientes. El único recurso que contra la sentencia de los árbitros *juris* concedian las leyes de las Partidas, era el de nulidad; de consiguiente, el término de los diez días que estas leyes señalan á las partes para contradecir la sentencia, es el término designado por ellas para interponer el recurso de nulidad. La ley Recopilada solo se refiere á la sentencia de los jueces ordinarios, por cuya razon no puede considerarse derogatoria de las Partidas en este punto. Las disposiciones especiales referentes al juicio arbitral y sus trámites, no deben suponerse derogadas por las leyes que reglan el procedimiento de los juicios ordinarios, si espresamente no se determina. La brevedad es ademas una circunstancia que debe buscarse en el juicio arbitral, la cual da mayor fuerza á la doctrina que defiende la subsistencia del término consignado en las leyes de las Partidas, á pesar de la ley Recopilada. No deja tambien de prestar apoyo á nuestra opinion, lo establecido en las leyes mercantiles respecto á esta materia. En ellas, como veremos despues, es uno mismo el término señalado para interponer el recurso de apelacion y el recurso de nulidad, lo cual resulta igualmente en materia civil, aplicando á uno y otro recurso el único término concedido por las leyes de las Partidas para contradecir la sentencia arbitral. Por último, el decreto de 4 de noviembre de 1858, sobre los recursos de nulidad contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales ordinarios, solo señala para interponerlos el término de diez días, contados desde la notificacion, y no se alcanza razon ninguna para que sea mayor el que se conceda para reclamar la nulidad de una sentencia arbitral.

El juez ante quien debe interponerse, es el de primera instancia del lugar en que se hubiere dictado, segun hemos espuesto respecto al recurso de apelacion.

Si la sentencia arbitral fuese apelable, el recurso de nulidad debe interponerse conjuntamente con el de apelacion, ó por sí solo, si la sentencia causare ejecutoria, pero determinando en uno y otro caso las causas de nulidad en que se apoye. Los trámites son los mismos que los del de apelacion.

En materia comercial ha lugar al recurso de nulidad contra la sentencia arbitral que cause ejecutoria, siempre que los avenidores se hayan escudido en lo juzgado de las facultades contenidas en el compromiso, porque sobre esto han obrado sin jurisdiccion.

Esta regla general establecida por el artículo 292 de la ley de enjuiciamiento, comprende en sí varios de los casos que acabamos de especificar, como puede fácilmente comprobarse, y los que ella no contiene se hallan tácita ó espresamente establecidos en otros artículos de la misma ley.

Cuando el compromiso es nulo, necesariamente ha de ser tambien nula la sentencia producto de él, por cuya razon habrá lugar al recurso de nulidad contra ella:

1.º Cuando el compromiso se haya celebrado entre personas incapaces ó no autorizadas.

2.º Cuando no se hayan espresado en él las tres primeras circunstancias que bajo pena de nulidad exige el artículo 259 de la ley de enjuiciamiento.

3.º Cuando se haya omitido señalar la multa en que haya de incurrir el que no se conforme con el laudo de los amigables compondores (1).

Tambien procederá el recurso de nulidad por otras causas.

4.º Cuando los avenidores sean personas incapaces para desempeñar el cargo.

5.º Cuando se haya dictado la sentencia por árbitros recusados, estando declarada la recusacion, ó mientras se sustancia, despues de haberseles presentado la certificacion de haberse propuesto (2).

6.º Cuando las partes hayan revocado

(1) Art. 297, ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 277. id. id.

ARBITROS.

439

el compromiso, ó los poderes de los avenidores (1).

7.º Cuando se hubiese dictado la sentencia, despues de haber cesado los efectos del compromiso por causa legal (2).

8.º Y finalmente, en el arbitraje juridico, siempre que se haya omitido en el procedimiento alguna de las formalidades esenciales que lo vician de nulidad.

En materia mercantil el término para ejercitar el recurso de nulidad es el mismo que para interponer el de apelacion; y cuando proceda el de apelacion, debe el de nulidad intentarse conjuntamente con este (3); mas si la sentencia arbitral causare ejecutoria, entonce se interpondrá solo, expresando en uno y otro caso las causas de la nulidad que se reclama (4).

El tribunal competente para conocer del recurso de nulidad contra las sentencias arbitrales, es el mismo que debe conocer del de apelacion, y su sustanciacion está sujeta tambien á los trámites establecidos para el recurso de nulidad contra las sentencias definitivas de los tribunales de comercio. V. la seccion anterior y el artículo **NULIDAD**.

Injusticia notoria. Este recurso extraordinario solo tiene lugar contra la sentencia definitiva de los avenidores en materia mercantil, cuando el compromiso se hubiese hecho pendiente la instancia de apelacion de la sentencia del tribunal de comercio, sobre negocio cuyo interes esceda de cincuenta mil reales vellon, por violacion manifiesta en el procedimiento de las formas sustanciales del juicio, ó por ser el fallo dado contra ley expresa (5). El tiempo para interponerlo es el de treinta dias contados desde la notificacion de la sentencia (6) y los trámites son los mismos establecidos para este recurso en los demas casos. Véase el artículo **INJUSTICIA NOTORIA**.

(1) Art. 379, ley de enjuiciamiento.

(2) Art. 379, id. id.

(3) Art. 490, id. id.

(4) Art. 431.

(5) Art. 993, 421, id. id.

(6) Arts. 381, ley de enjuiciamiento: 1317 y 1318 Código de comercio.

SECCION XXIV.

DE LOS HONORARIOS DE LOS ARBITROS Y ARBITRADORES.

Conformándonos al uso general de hablar, damos el nombre de honorarios á la retribucion que es debida á los árbitros para indemnizarles del trabajo y de los cuidados que han empleado en el estudio, instruccion y fallo de un negocio. Esta expresion no es sin embargo muy exacta desde el momento que se supone que los árbitros ejercitan una accion con objeto de ser pagados de sus trabajos, puesto que el honorario, como notan algunos, envuelve la idea de una remuneracion espontánea, de una oferta voluntaria de las partes ó de los clientes.

Pero la cuestion no versa sobre la mayor ó menor exactitud de la palabra honorarios aplicada á la retribucion de los avenidores, sino sobre si estos tienen derecho á reclamarla.

Pudiera decirse contra esto que los honorarios solo son debidos á los jueces permanentes, cuyo oficio habitual es juzgar; pero no á personas privadas, que no tienen aquel cargo, y que si alguna vez lo ejercen, es para un caso dado y por efecto de su aceptacion voluntaria. Pudiera añadirse que en rigor el árbitro no es mas que un mandatario, cuyo mandato desempeña por dar muestras de complacencia hácia el mandante. Pudiera tambien alegarse que los árbitros en ciertos casos, principalmente en el arbitraje forzado, no vienen á ser en ultimo resultado mas que unos espertos que nombra de oficio la autoridad judicial para terminar una diferencia, y que en tal concepto no estan los interesados obligados á retribuir trabajos de personas no elegidas por ellos. Por último, pudiera oponerse que los arbitradores y amigables compendores aceptan el cargo de jueces solo por prestar un servicio á la amistad, y que el premio de este servicio no es el salario, sino el agradecimiento.

Pero en contraposicion á estas razones

existen otras mas convincentes á favor del derecho á la percepcion de honorarios que asiste á los árbitros y arbitradores.

En efecto, desde el momento que estos aceptan el cargo, cualquiera que sea el motivo de la aceptacion, contraen una verdadera obligacion, la cual les impone deberes muy delicados y grave responsabilidad. En general, todo hombre que se ocupa en negocios de otro, empleando su estudio y su trabajo, tiene derecho á ser indemnizado. Así el defensor que patrocina á su cliente, por mas que su eleccion sea libre, no por eso deja de tener derecho á sus honorarios: el mandatario tiene la misma accion, la tiene el perito, y la tiene el gestor de negocios, *negotiorum gestor*, que sin encargo de nadie toma sobre sí la direccion de los intereses de una persona ausente. ¿Por qué razon, pues, se ha de hacer una diferencia odiosa con respecto al avenidor que por encargo de una parte emplea su tiempo y sus cuidados en arreglar sus diferencias, sujetándose á la responsabilidad que contrae á consecuencia de su aceptacion? No hay, no puede existir un motivo que justifique semejante escepcion.

La ley positiva no podia menos de estar en consonancia con estas razones deducidas naturalmente de la esencia misma de las cosas. Así es que, no se encuentra ninguna disposicion legal que prive á los árbitros y arbitradores del derecho de ser retribuidos, y aunque este silencio seria una autorizacion implicita para exigir sus honorarios, con todo eso el legislador no ha querido dar lugar á interpretaciones abusivas de aquel silencio, y ha establecido en el art. 528 de los aranceles de 22 de mayo de 1846, que los árbitros pueden y deben cobrar los mismos honorarios que los jueces letrados de primera instancia, á quienes los equipara. De los arbitradores no hacen mencion dichos aranceles; mas no por eso se ha de inferir que estan obligados á servir gratuitamente á las partes que los nombran, de las cuales podrán exigir los honorarios que prudencialmente gradúen, segun el tiempo y trabajo que hayan empleado, y habida

consideracion á lo que hubieren dejado de ganar en sus respectivas profesiones ú oficios. Si hubieren convenido con las partes acerca de la retribucion, se estará á este convenio, sin poder exigir otra cosa mas.

SECCION XXV.

DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ARBITROS Y ARBITRADORES.

Los árbitros y arbitradores desde la aceptacion de su encargo adquieren ya cierto carácter público que les impone deberes muy sagrados que cumplir. Son jueces en el negocio que se les confia, y estan como ellos obligados á conformarse á las prescripciones de la ley. No importa que su nombramiento sea ó no producto de la libre voluntad de las partes que van á juzgar. Esta circunstancia no les pone á cubierto del error, de la malicia y de la parcialidad. Ya la ley 25, tit. 4, Part. 3, establece la suposicion de que los avenidores pueden juzgar maliciosamente, por engaño y por soborno, y aunque es cierto que allí no se señalan espresamente las penas en que incurrén cuando el juicio adolece de semejantes vicios, sin embargo, como hasta cierto punto equipara sus funciones á las de los otros jueces ordinarios, y respecto de estos, aquel y otros cuerpos del derecho patrio, establecen sanciones penales, es incuestionable que por una regla de rigurosa analogia, la responsabilidad de los unos se identifica con la de los otros.

El nuevo Código penal ha disipado toda incertidumbre en esta parte, habiendo asimilado el cargo arbitral en cuanto á la responsabilidad, al de los jueces, asesores, peritos y otros funcionarios públicos del orden judicial. Esta responsabilidad es criminal ó civil.

§. 1.º Responsabilidad criminal.

El árbitro y arbitrador estan calificados de juez por la ley, y siendo sus funciones las de administrar justicia á las partes que

ARBITROS.

461

se someten á su jurisdiccion, no puede ponerse en duda que desempeñan un cargo público, por cuya razon deben ser reputados como empleados públicos para los efectos del título 8, lib. 2 del Código penal, puesto que en el artículo 331 del mismo se declara, que para los efectos de dicho título octavo se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado.

Los árbitros y arbitradores pueden faltar al fiel desempeño de su cargo, ejecutando actos calificados de delito por la ley y penados mas ó menos gravemente segun su índole y trascendencia.

La prevaricacion es un acto punible, y así cuando los avenidores dictaren á sabiendas sentencia definitiva manifiestamente injusta, incurrirán en la pena de inhabilitacion perpétua especial. Mas si se negaren á juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley, ó retardasen maliciosamente la sustanciacion ó fallo del negocio ó negocios sometidos á su decision, entonces incurrirán en la pena de suspension por un tiempo determinado.

Cuando con abuso malicioso de su oficio perjudicaren á las partes ó alguna de ellas, ó descubrieren sus secretos, serán castigados, segun la gravedad del perjuicio que causaren, con las penas de suspension ó la de inhabilitacion absoluta especial y multa de 50 á 500 duros (1).

Si los avenidores ó alguno de ellos sustrajere ó destruyere documentos ó papeles que le estuvieren confiados por razon de su cargo, serán castigados: 1.º Con las penas de prision mayor y multa de 50 á 500 duros, siempre que del hecho resulte grave daño de tercero, ó con la de prision correccional y multa de 20 á 200 duros, sino concurriese esta circunstancia; y 2.º Con la de inhabilitacion perpétua especial (2).

Si á sabiendas nombraren para un cargo público, como el de perito, tercero en discordia, etc., á persona en quien no concur-

ran los requisitos legales, serán castigados con las penas de suspension y multa de 10 á 100 duros (1).

Si solicitaren á una muger que tenga pretensiones pendientes de su resolucion, incurrirán en la pena de inhabilitacion temporal especial (2).

El avenidor que continúe ejerciendo su cargo, despues que hubiere de cesar con arreglo á las leyes, será castigado con las penas de inhabilitacion temporal en su grado mínimo y multa de 10 á 100 duros, debiendo ademas restituir los derechos ó emolumentos que hubiere percibido con la multa del 10 al 50 por 100 de su importe (3).

Si cometieren algun abuso en el ejercicio de su cargo, que no esté penado especialmente, incurrirán en una multa de 20 á 200 duros, cuando el daño causado por el abuso no fuere estimable, y del 20 al 100 por 100 de su valor cuando lo fuere, pero nunca bajará de 20 duros (4).

Si la injusticia de la sentencia, la negacion á juzgar, el retardo malicioso, el descubrimiento de los secretos de las partes, ó el hecho punible ejecutado por los avenidores en el desempeño de sus funciones, tuviesen por causa dádivas ó promesas, ademas de las penas designadas, incurrirán en la de inhabilitacion absoluta perpétua y multa de la mitad del tanto de la dádiva ó promesa aceptada.

En la misma multa y en la pena de inhabilitacion especial temporal incurrirá el avenidor que por dádiva ó promesa ejecutare ú omitiere cualquier acto lícito ó debido propio de su cargo.

El legislador ha sido tan circunspecto en este punto, que hasta las presunciones de soborno se ha propuesto reprimir. Así, por solo el hecho de admitir regalos presentados en consideracion al oficio de árbitro ó arbitrador, castiga á este con la repression pública, y con la de inhabilitacion especial, en caso de reincidencia (5).

(1) Art. 990, id.

(2) Art. 301, id.

(3) Art. 310, id.

(4) Art. 313, id.

(5) Art. 314, id.

(1) Arts. 269, 272, 273 y 275, Código penal reformado.

(2) Art. 314, id.

Si estos mismos funcionarios se interesasen en cualquiera clase de contrato u operación en que deban intervenir por razón de su cargo, serán castigados con las penas de inhabilitación temporal especial, y multa del 10 al 50 por 100 del interés que hubiesen tomado en el negocio (1).

Véase por lo demás los artículos referentes á cada una de estas especies de delitos.

§. 2.º De la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es las mas veces una consecuencia de la responsabilidad criminal. Toda persona, responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es también civilmente, según el artículo 13 del Código penal. Esta responsabilidad comprende.

1.º La restitución. 2.º La reparación del daño causado. 3.º La indemnización de perjuicios (2).

La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros ó menoscabos, á regulación del tribunal. La reparación se hará valorándose la entidad del daño, atendido el precio natural de la cosa, y el de afección del agraviado; y tanto la obligación como la acción de repetir la restitución, reparación ó indemnización, se trasmite á los respectivos herederos del perjudicante y del perjudicado.

A veces existe sola la responsabilidad civil, y es cuando el hecho que la produce no está calificado por la ley de delito ni falta. Los avenidores pueden incurrir en responsabilidad civil, cuando sin intención ni malicia, sino por un descuido culpable causan algún perjuicio á las partes con sus actos u omisiones. Supongamos, por ejemplo, que por descuido dejan transcurrir el plazo del compromiso, sin dictar la sentencia. En este caso están obligados civilmente á indemnizar á las partes de los daños y perjuicios que por su culpa se les haya irrogado.

Tales son las reglas generales sobre la

responsabilidad civil de los avenidores, las cuales tienen su debido desenvolvimiento en el artículo **RESPONSABILIDAD**.

ARBITRARIA (SENTENCIA). Suele así llamarse la sentencia dictada por los árbitros.

ARBITRARIEDAD. Cuando el árbitro, ó la voluntad del hombre reemplaza á las reglas fijas á que tiene que someter sus acciones, comete arbitrariedad. Esta será por consiguiente la sustitución de la voluntad propia á la de la ley, ó al deber prescrito por ella. Los actos que emanan de este vicio tan nocivo y destructor, se llaman actos arbitrarios, y arbitrario se denomina también el sistema de conducta que toma por regla la de no tener ninguna y la de obrar por las inspiraciones del capricho, ó de la voluntad estraviada é independiente de toda regla.

La arbitrariedad es vicio en que incurrén los gobiernos y los individuos: aquellos y estos tienen principios fijos de conducta, de que no pueden separarse, prescritos por la ley natural, por las leyes escritas, así civiles como políticas, y por la religión. Si la naturaleza y el carácter de los gobiernos les permite estas infracciones del orden y de las leyes, ya porque no tengan freno que los contenga, ya porque la misma forma constitutiva de ellos se las permita, entonces los gobiernos son arbitrarios, recibiendo diferente denominación esta arbitrariedad de otras circunstancias que suelen acompañarlos, y que son sobradamente conocidas en la historia y en la ciencia política.

Alguna vez sucede que, no obstante las reglas establecidas por las leyes, los gobiernos se separan de ellas, al parecer con fines rectos y por considerar que sus disposiciones especiales son preferibles á las de las mismas leyes: lo cual nos induce á lamentar esta necesidad, si es que tal cual vez es justificable por motivos de notoria y evidente conveniencia pública, y á desear y proclamar la importancia de que la ley y solo la ley determine los principios de conducta de los gobernantes. La dictadura misma exige para que no sea abusiva, tiránica y destruc-

(1) Art. 321, Código penal reformado.

(2) Art. 113.

tora, que la ley fije precisamente los casos remotos en que puede tener lugar, y el círculo de las facultades dentro del cual puede ejercerse el poder arbitrario que al dictador se confía. Lo demás es entregar al hombre el arma mas terrible y que mas puede ofender á las sociedades y á los individuos.

En los individuos hay unos que son responsables de sus acciones, únicamente delante de su conciencia, y sin mas responsabilidad que la que es comun á todos los hombres que viven en sociedad; pero hay otros que por estar encargados del desempeño de funciones públicas, tienen otro carácter y obligaciones mas trascendentales, las cuales estan sujetas á reglas precisas, cuya infraccion importa responsabilidad penal, con arreglo á las leyes en que se sancionan los principios de gobierno, y la correccion y castigo de los empleados públicos.

ARBITRATORIA (SENTENCIA).

La pronunciada por los arbitradores.

ARBITRIO JUDICIAL. Es, ya la facultad contenida dentro de límites prudenciales que el juez tiene para decidir los casos que se presentan, cuando no hay ley ó costumbre legitimamente introducida ó esta es insuficiente ú oscura; ya la facultad que le corresponde dentro de ciertos límites establecidos por el derecho para aplicar las leyes.

De aquí se deduce que hay dos casos de arbitrio judicial: uno que está dentro de la ley; otro que está fuera de ella, pero sin contradecirla. Tiene lugar el arbitrio dentro de la ley, cuando esta, si bien espresa, deja ella misma cierta latitud al juez para que acomode su fallo á la diversidad de circunstancias que solo él puede apreciar. Apenas habrá legislación que no presente casos de este arbitrio, y sin cansarnos en acumular ejemplos, podemos citar nuestro moderno Código penal y la ley provisional para su ejecucion, en los cuales se deja á discrecion del juez estimar circunstancias atenuantes ó agravantes las que sean análogas á las que especifica, y en el que tambien se le permite en muchas ocasiones hacer mas ó menos graves las penas, señalando á estas

un máximo y un minimum. El arbitrio fuera de la ley ofrece otros caracteres distintos; preciso es que no haya ley para el caso que se ventila, ó que si la hay, no sea espresa y suficiente: entonces es cuando el juez está llamado á ejercer la mas noble de sus funciones, interpretándola y aun supliéndola. Mas no en todas ocasiones puede esto verificarse: hay que hacer distincion entre las materias civiles y las criminales; respecto de las primeras, no hay inconveniente en admitir el arbitrio del juez; pero respecto de las segundas aconseja otra cosa su índole especial, y exige el rigor del derecho, que si el juez no encuentra ley comprensiva del hecho que se supone criminal, ó si la que existe es insuficiente, se abstenga de proceder. Y no es difícil hallar la razon de esta diferencia: en materia civil caben innumerables combinaciones, que no todas han podido ser previstas por la ley: una vez puestos en pugna los intereses de dos ciudadanos, una vez que estos acuden al juez para que la termine, es preciso que así se verifique, porque de lo contrario no habria razon para que ninguno cediera de su derecho, antes bien cada cual querria hacer triunfar sus pretensiones á toda costa. Asi que en estos negocios no solo es conveniente, sino hasta necesario el arbitrio judicial fuera de la ley. Pero la materia criminal es mas concreta de por sí, y sus límites estan bien señalados: por mucha que sea la variedad de los actos de los ciudadanos, nunca podrán estimarse como delitos sino aquellos que la ley haya calificado tales de antemano; los demás podrán ser inmorales, podrán escitar la atencion del legislador y darle motivo á su represion; pero hasta entonces se reputarán lícitos, porque todo delito supone necesariamente una ley: por eso, cuando no la haya explicita no debe declararse la delincuencia, ni imponerse pena por induccion, analogía ú otra razon de interpretar, principio que ha adoptado el Código penal moderno al declarar que en el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algun hecho que estime digno de represion y no se halle penado por la ley, se

abstendrá de todo procedimiento sobre él. Y no puede ser de otro modo: es preciso evitar llegue á realizarse el significativo aforismo de Bacon: *Durum est torquere leges ad hoc ut torqueant homines*.

Explicado ya hasta donde llega el arbitrio que el juez tiene dentro de la ley y el que tiene fuera de ella, dejando aquel para su lugar oportuno (V. LEY) nos ocuparemos al presente del segundo.

Dejamos dicho que este ha de estar contenido dentro de límites prudenciales, para evitar que el juez pueda sentenciar en ningún caso á su antojo, y usando de una libertad ilimitada, lo cual seria una perpétua ocasion de abusos, y dejaría á los ciudadanos despojados de toda garantía. El arbitrio judicial nunca ha sido, nunca ha podido ser la arbitrariedad judicial: la sociedad confiere la facultad de juzgar, no la de dictar sentencias caprichosas.

Pero si es verdad que nunca ha podido sancionarse la arbitrariedad absoluta del juez, no sucede lo mismo respecto de su prudente arbitrio. También podría parecer conveniente que este desapareciera, mas era preciso que el legislador hubiera comprendido y detallado en sus disposiciones todos y cada uno de los casos que pueden presentarse á la decision judicial, era preciso que su prevision y su cálculo hubieran tenido presentes todas las modificaciones, todas las fases de que son susceptibles los actos humanos, designándolos individualmente, como se pueden designar diferentes objetos que se tienen ante la vista. La inteligencia humana puede recordar lo pasado, conocer lo presente, pero no penetrar completamente el porvenir. Los legisladores, segun su capacidad y esperiencia, segun su conocimiento de la historia y de la sociedad en que viven, podrán ampliar la esfera de los hechos humanos que caen bajo su sancion; pero los que luego aparezcan bajo un aspecto nuevo, esos darán ya motivo al arbitrio judicial. «Las leyes una vez formadas, decian los redactores del Código civil francés, subsisten tales cuales se han escrito; los hombres por el contrario ja-

mas estan en reposo, sino siempre en actividad; y este movimiento incesante á que tan diversas formas dan las circunstancias, produce á cada paso alguna combinacion nueva, algun hecho nuevo, algun nuevo resultado.»

Pero aunque todas estas combinaciones, todos estos hechos y resultados pudieran ser previstos y objeto de las sanciones del legislador, aun no se habria conseguido la perfeccion, por mas que así lo disfrazara la apariencia, porque el infinito número de casos, y la inmensa variedad de todos ellos produciria una legislacion complicada, difícil, casuística, incapaz de sistema y unidad, y que haria imposibles las reglas generales que son precisamente las que mas conducen á la acertada decision de los litigios. A lo que debe aspirarse es á disminuir, cuanto posible sea, nunca á desterrar del todo el arbitrio del juez: verdad reconocida por los filósofos mas antiguos y que han aceptado sin discusion los juristas modernos. Aristóteles habia dicho: *Leges illæ optimæ quæ arbitrio judicis pauca relinquant*; y Bacon dejó consignado: *Optimam esse legem quæ minimum relinquit arbitrio judicis*.

Pudiera todavia creerse que se salvaban los inconvenientes del arbitrio judicial, pidiéndose á la autoridad legislativa decisiones para fallar los casos que no se hallaran expresos en las leyes; pero semejante medio produciria resultados mas fatales y peligrosos y todos los vicios del sistema de legislar por rescriptos. Al paso que los jueces tendrán que sufrir la desmembracion de sus atribuciones, viniendo á ser objeto de desconfianza, el poder legislativo adquiriria facultades que le deben ser estrañas, á saber: las de aplicar las leyes, destruyéndose de este modo la demarcacion de los poderes públicos, que constituye uno de los mas importantes adelantos de las sociedades modernas y una de las bases esenciales de los gobiernos representativos. Y tambien se conculcaria el axioma que niega efecto retroactivo á las leyes, puesto que los actos del poder legislativo serian posteriores al

ARBITRIO.

463

caso que los había motivado; para el cual habían de tener aplicación. Semejantes consecuencias son verdaderamente repugnantes, y acaban de convencer la necesidad del arbitrio judicial á falta de disposición expresa de la ley.

Indiquemos ahora cómo debe usar el juez de esa facultad que se le concede. Habrá en primer lugar de consultar los precedentes ó sean los ejemplos que pueden ser aplicables al caso de que se trata. Y cuando decimos esto, no nos referimos á aquellos precedentes que en virtud de su repetición hayan llegado á adquirir el carácter de costumbre, porque entonces el juez debe respetarla, siempre que vaya acompañada de los requisitos necesarios; como si fuera ley. Tan solo cuando no han llegado á tener esta importancia, es cuando los precedentes pueden guiar el arbitrio judicial. Si son auténticos, si emanan de tribunales respetables, si se han establecido en épocas normales y con un maduro criterio, si los recomienda la razón, bien pueden sin inconveniente alguno servir para fallar otro caso de igual naturaleza.

Convendrá también que el juez emplee el argumento *á simili* ó de analogía. El caso sobre el que ha de fallar, podrá no hallarse espreso en las leyes; pero si estas han previsto otros semejantes, natural es que aplique una sanción del mismo modo semejante, porque es de presumir que tal fuese la intención del legislador. V. **ANALOGIA.**

Ultimamente, pudiera suceder alguna vez que faltaran precedentes, que no hubiera tampoco lugar á la analogía; entonces es cuando el juez necesita acudir á sus luces, á su recta conciencia, á las máximas eternas de la equidad, y recordando la importante investidura que la sociedad le ha confiado, acomodar su fallo á los preceptos naturales, y al espíritu de la legislación nacional. V. **INTERPRETACION.**

Usando el juez de su arbitrio conforme á las reglas que dejamos apuntadas, y que serán ampliadas en sus lugares oportunos, no habrá ciertamente que temer grandes abusos, y se conciliarán el respeto que la ley exige

y la libertad que debe dejarse al que la ha de aplicar. El juez no debe ser un autómatas, ni tampoco legislador: su prudente arbitrio se aparta tanto del uno como del otro extremo.

Antes de finalizar este artículo diremos algo acerca de dos cuestiones relativas á la latitud que debe darse al arbitrio judicial, y cuya solución ofrece alguna dificultad. ¿Cómo deberá fallar el juez cuando el caso se halle previsto en la ley, pero la ley esté anticuada? Mandado está en nuestras leyes que no se alegue para contradecir su observancia el decir que no se encuentran en uso; pero se opone para desvirtuar las consecuencias de este precepto que la misma ley que le contiene está sin uso, y que cuando la opinión general se ha pronunciado esplicitamente contra una sanción legislativa, y es rechazada por la época, en vano es pugnar para que se observe, viniéndose á deducir de todo esto que el juez debe sentenciar, en el caso dado, según su arbitrio, porque no puede abstenerse de fallar siendo su deber administrar justicia, ni tampoco aguardar la decisión del legislador no pudiendo las leyes tener efecto retroactivo. Indudablemente no carecen de peso estas razones; sin embargo, bien analizadas, aun pudiera sostenerse que en el caso de que se trata debería el juez atenerse á la ley por mas que se pretendiera estar anticuada. La disposición que espresamente niega fuerza al no uso, no puede considerarse abolida por este mismo no uso, que es lo que precisamente se quiso prohibir. Y si bien es cierto el gran poder que á la opinión se atribuye, poder que llega á veces á hacerse irresistible, no lo es menos que para que ese poder se sienta y se conozca, ha de revelarse por señales exteriores, y estas no pueden ser otras que los casos en que se haya juzgado de otro modo que la ley disponía. Ahora bien, existiendo estos casos, si se han repetido frecuentemente, la cuestión viene á ser inútil: se ha introducido una costumbre contra la ley, y por lo tanto la ha derogado; y si los casos han sido en corto número, la ley sigue en toda su fuerza. Creemos, pues,

que si llegara á tener que aplicar una ley á un caso en ella comprendido, que no se hubiera presentado desde su promulgacion, ó al menos no el suficiente número de veces para constituir costumbre, el juez la deberá aplicar, y no fallar á su arbitrio, ya por la disposicion terminante de nuestro derecho, ya porque no podria constar que la opinion general habia dejado sin efecto la ley de cuya aplicacion se tratara.

Es la otra cuestion á que aludiamos, si debe el juez sentenciar segun lo alegado y probado, ó segun la verdad de que se halle convencido estrajudicialmente: cuestion que viene agitándose desde muy antiguo y con mucho ardor, así por los teólogos como por los jurisconsultos, produciendo entre ellos gran variedad de opiniones. Unos han dicho que el juez debia fallar segun su conviccion, é invocaban una auténtica que se encuentra en el tit. 1 del lib. 3 del Código de Justiniano, y un pasaje en ella citado del juramento que se halla en la novela 8. Otros creian que la sentencia debia sujetarse á lo que del proceso resultara, é interpretaban á su favor los textos anteriores, citando tambien otros en que se consignaba lo contrario. Últimamente, fuera de estas opiniones absolutas, habia otras en que se hacia distincion de causas civiles y criminales, de estas en leves y graves, de tribunales superiores é inferiores, resolviendo en estos casos la cuestion de diferente modo. Mas es fuera de duda que tratándose de paises en que no se halla admitida la diferencia de jueces de hecho y de derecho, como no se halla en el nuestro, la cuestion no admite distinciones, sino que se ha de decidir, ó en favor de la conviccion legal, ó en favor de la conviccion moral, sean cualesquiera los tribunales que fallen y los negocios de que se trate; y de no existir aquella diferencia, tampoco es dudoso qué opinion es la preferible: no puede ser otra que la que proclama la conviccion legal. Ciertamente que puede suceder alguna vez que las pruebas parezcan indudables y que en realidad sean ficticias: que se crea ser verdad lo que solo es apariencia, y que todo esto conste privada-

mente al juez. Este, sin embargo, debe declarar por verdad lo que la ley presente como tal, no lo que su persuacion le dicte; debe obrar como juez y no como particular. Por fortuna creemos que en muy raras ocasiones ocurrirá este conflicto; porque si el juez al principiarse un proceso sabe la verdad del hecho que le motiva, y observa que las pruebas van estraviándose, y que por el interés y el fraude vendrán á dar un resultado falso, puesto que en las causas criminales dirige el proceso, y en las civiles no le faltan recursos para ilustrar su fallo, bien podrá encaminar esas pruebas de modo que conduzcan á la averiguacion de la verdad, saliendo pocas veces fallidos su celo, su prudencia y su práctica. Mas si á pesar de todo llegara esto á suceder, entonces, ya lo hemos dicho, debe fallar conforme prescriban las leyes, de cuya exacta aplicacion es responsable. No hay otro camino que seguir: abstenerse de fallar el caso, sin alegar excusas legítimas, seria un abandono de la administracion de justicia que á todos debe, que no es para él un derecho que pueda renunciar, sino una obligacion de que no le es dado prescindir. Y fallar segun su conviccion particular seria una infraccion de las leyes que desde el momento en que se tolerara abriria la puerta á multitud de abusos en la administracion de justicia: seria, en una palabra, arrogarse el carácter de jurado, abandonando el de juez, lo cual ciertamente no cabe dentro de los límites del arbitrio judicial.

ARBITRIO. El uso que hace el hombre de su voluntad, decidiéndose por una cosa con preferencia á otra: y á veces la misma voluntad. V. **ALVEDRIO.** Significa tambien el medio, generalmente injusto, á que se apela para conseguir un fin. Como voz jurídica se aplica propiamente al juicio ó sentencia de los jueces árbitros. V. **ARBITRAGE.**

ARBITRIOS MUNICIPALES. Los medios que se conceden á los pueblos, ya perpétua, ya temporalmente, consistentes en derechos sobre ciertos géneros ó ramos, ó en otros recursos suficientes para

ARBITRIOS.

467

cubrir las atenciones á que no alcanzan los propios. V. PROPIOS Y ARBITRIOS.

ARBITRIOS DE HACIENDA

PUBLICA. La acepcion mas genérica de la voz arbitrios en materia de Hacienda es la de recursos ó medios extraordinarios con que se procura cubrir el déficit de las contribuciones y rentas ordinarias para el cumplimiento de las obligaciones y gastos del Estado. Así al menos se ha considerado por los hacendistas durante muchos siglos en nuestro país, habiéndose llevado la aplicacion de este nombre hasta el extremo de calificar de arbitrios cuantas contribuciones nuevas, impuestos, préstamos, exacciones, ventas, negociaciones, rebajas é invenciones de toda especie se adoptaron despues de los primitivos servicios ordinarios, millones y alcabalas desde el siglo XIII hasta nuestros días, para remediar las escaseces habituales del Erario. Es curiosa en este particular la larga enumeracion de los arbitrios establecidos en cada reinado desde don Alfonso el Sábio hasta don Fernando VII, que puede leerse en el diccionario de Hacienda de Canga-Argüelles bajo el artículo correspondiente. No le insertamos aquí porque no parece del caso trasladar tan prolíja relacion cuando en nuestro juicio no corresponde con exactitud, ni al sentido moderno, ni aun al antiguo de la palabra arbitrios, habiendo en ella notable esceso en calificar de tales muchos que nunca fueron otra cosa que recargos de las contribuciones conocidas ó creacion de otras nuevas y aumento de las rentas ordinarias. Por lo demas, la significacion de la voz arbitrios puede decirse que ha ido reduciendo su esfera con el trascurso del tiempo y las reformas, viniendo ya muy limitada desde épocas recientes, y habiendo quedado hoy apenas empleada con aplicacion á determinados impuestos por el sistema tributario de 1843. Si hasta el reinado de Carlos III pudieron llamarse arbitrios cuantas economías y recursos imaginaban para nivelar los ingresos y gastos del Estado, las innumerables juntas llamadas de medios, que se nombraban con admirable frecuencia y que

en realidad hacian el oficio de arbitristas, ya desde aquel reinado empezaron á considerarse los arbitrios como *impuestos y recursos especiales, establecidos ó designados con aplicacion precisa á cubrir un gasto público determinado*, y señaladamente se llamaron así los consagrados á la estincion de la deuda pública. De este modo han venido considerados hasta nuestros días, en que por la reforma de 1843 solo han quedado designados con tal nombre algunos muy escasos, que ni aun tienen ya aplicacion determinada, y que se administran en comun con las rentas ordinarias. Sin embargo de esto, daremos aquí alguna idea de ellos para que se comprenda lo que han sido desde el último tercio del siglo pasado, y lo que son hoy al tenor de la legislacion vigente.

Conocidos por escelencia con el nombre de arbitrios los recursos consignados al pago de intereses y á la amortizacion de capitales de la deuda pública, pueden reducirse á cuatro clases los destinados á tan importante fin desde que comenzó á reconocerse seriamente la necesidad nacional del crédito público. Ya consistieron en *impuestos especiales* sobre objetos determinados, como los bienes de propios, los oficios enagenados, las gracias y mercedes, las donaciones reales, las concesiones de pensiones, cruces y títulos de grandeza, los gastos de lujo, los artículos de consumo, las trasmisiones vinculares, las herencias trasversales, las adquisiciones de manos muertas y muchos otros de especie diferente: ya se compusieron de *exacciones* competentemente autorizadas *sobre los bienes y rentas de la iglesia*, como encomiendas, diezmos, bulas, anualidades y vacantes de prebendas y economatos, espolios de mitras, subsidio, escusado, pensiones sobre mitras y beneficios y alguna otra de igual naturaleza: ya fueron la simple *aplicacion de los productos de minas*, y otras pertenencias explotables de la administracion pública: ya se formaron con el aprovechamiento en renta ó en venta de todas las fincas que por cualquier título venian al dominio ó usufructo del Estado, como las de mostren-

cos, secuestros, confiscos, incorporaciones, adjudicación por débitos y aplicación por reforma de establecimientos y corporaciones civiles ó eclesiásticas: ya en fin se redujeron á la cobranza de atrasos pendientes de pago por arbitrios de igual naturaleza que habian cesado ó sido suprimidos. Entre estas distintas clases varió segun las épocas el número de los arbitrios adoptados, habiéndose aplicado al indicado objeto veinte por el real decreto de 26 de febrero de 1788: treinta y tres por el de 30 de agosto de 1800: catorce por el de las Cortes de 15 de setiembre de 1813: vinte y siete por el real de 15 de octubre de 1815: cuarenta y siete por el de 5 de agosto de 1818: siete por el de las Cortes de 9 de noviembre de 1820: treinta y cinco por el decreto real de 4 de febrero de 1824: cuarenta y dos por el de 31 de diciembre de 1829; y cincuenta y cuatro por la instrucción de 9 de mayo de 1833. Seria fatigoso y redundante el espresar aquí literalmente los arbitrios correspondientes á series tan prolijas y repetidas, mayormente cuando en general cada uno de los decretos citados no hizo sino añadir ú omitir algunos á los ya de antemano establecidos que ratificaba. Por otra parte para conocerlos todos parece suficiente leer el artículo 1.º de la citada instrucción de 1833, donde se enumeran los vigentes en aquella época y donde con ciertas escepciones se hallan refundidos y comprendidos todos los que venian rigiendo desde 1798. Se inserta, pues, este artículo á continuacion para dar idea específica de los arbitrios de que se trata.

INSTRUCCION PROVISIONAL DE 9 DE MAYO
DE 1833.

Artículo 1.º

Los arbitrios aplicados á la amortización por los reales decretos de 4 de febrero de 1824 y 31 de diciembre de 1829 y órdenes posteriores son los siguientes:

1. El producto de los dos años inmediatos á la vacante de todas las dignidades,

canonicatos, prebendas y beneficios eclesiásticos.

2. El de una anualidad de las mismas que debe pagar el preboste.

3. El producto de seis años de vacante en los beneficios simples.

4. El de una anualidad cuando estos se provean.

5. El producto líquido de los economatos deducida la congrua de los ecónomos y las cargas de justicia.

6. Una anualidad de las pensiones sobre mitras, dignidades ó beneficios concedidas á particulares.

7. El quindenio ratcado de las concedidas ó que se concedan á corporaciones.

8. La decimaquinta parte de la renta anual por equivalencia á la anualidad de toda pieza eclesiástica que se una perpétuamente á manos muertas.

9. El producto de las encomiendas vacantes y que vacaren de las cuatro órdenes militares de Santiago, Calatrava, Alcántara y Montesa.

10. Una anualidad de las que se confieran.

11. El producto de los Maestrazgos de las citadas cuatro órdenes militares.

12. El de las medias lanzas de encomiendas que estas pagan á los mismos.

13. Los diezmos exentos ó de terrenos exceptuados de pagarlos por privilegios anteriores con las escepciones prevenidas ó que en lo sucesivo se prevengan, y la recaudación de los litigiosos hasta la decisión del tribunal.

14. Los diezmos novales que produzcan las tierras roturadas y los que se aumentan por nuevos riegos á virtud de obras costeadas por el Estado, segun lo que previenen en el particular las Bulas pontificias.

15. La mitad de dichos diezmos despues de concluido el término prefijado y la de los que produzcan las obras costeadas por corporaciones ó individuos particulares.

16. El producto de la media-annata de los frutos, rentas y derechos de las donaciones hechas por los reyes, que pasan por herencia á los sucesores de los donatarios,

ARBITRIOS.

469

con estension á los diezmos secularizados, tercias de Castilla, tercios, diezmos del reino de Valencia y los de nobles laicos de Cataluña.

17. El dos por ciento anual equivalente de las rentas donadas á corporaciones y manos muertas.

18. El producto de los bienes y rentas que se incorporen al Estado ó que vuelvan al mismo por su tanteo y consumo.

19. El producto de los bienes y rentas de la suprimida inquisicion.

20. El de los confiscos con arreglo á las leyes y disposiciones del gobierno.

21. El del valimiento de los oficios enagenados de la Corona en todas sus incidencias.

22. El de los estados secuestrados pendientes de juicio de reversion.

23. El veinte y cinco por ciento en las vinculaciones y adquisiciones por manos muertas.

24. El dos por ciento anual de las rentas de los bienes amortizados que no causan sucesion.

25. La media anata de las mercedes concedidas ó que se concedan á particulares.

26. El quindenio equivalente de las ya concedidas ó que se concedieren á corporaciones ó manos muertas.

27. El cánón que se gradúa á los terrenos, baldíos y realengos que se reducen á cultivo por particulares.

28. El servicio de las gracias que se espidan por el Consejo Real y el de las dispensas de ley con arreglo á las tarifas vigentes ó á las que puedan darse en lo sucesivo.

29. Una anualidad de las pensiones que se concedan por cruces de Carlos III é Isabel la Católica.

30. El servicio de mil y quinientos reales sobre las mismas, y el de dos mil por la concesion para usar condecoraciones extranjeras.

31. El equivalente á los vales de seis-cientos, trescientos y ciento cincuenta pesos en las sucesiones directas de grandezas y títulos con la distincion establecida en el

real decreto de 5 de agosto de 1818 y órdenes posteriores.

32. El producto de los diezmos y rentas del canal de Albacete y de los demas canales y acequias construidas con fondos de la antigua consolidacion y crédito público.

33. El de las temporalidades de los suprimidos antonianos.

34. El producto en renta de las fincas de bienes eclesiásticos secularizados, obras pías, y de las adjudicadas por débitos mientras no se verifique su venta.

35. El censo de tres por ciento sobre la tercera parte del valor en tasacion de las fincas vendidas por el crédito público antes del año 1820, que reconocieron los compradores, y cuya redencion quedó á su voluntad.

36. Los arbitrios vigentes en los dominios de América, segun reales órdenes.

37. Ademas de los citados arbitrios corresponden á la amortizacion los atrasos de los siguientes hasta las fechas de su supresion ó la de la nueva forma que se les ha dado por reales disposiciones.

Los atrasos de la media anualidad en las sucesiones trasversales de vínculos y mayorazgos hasta 31 de diciembre de 1829.

Los del impuesto sobre aguardientes y licores hasta fin de 1818.

Los de frutos civiles hasta fin de 1817.

Los del quince por ciento de amortizacion hasta 15 de octubre de 1813.

Los del diez por ciento en vales en las sucesiones directas de vínculos hasta 31 de diciembre de 1829.

Los del impuesto sobre el vino.

Los de lanzas y medias annatas hasta 1.º de enero de 1818.

Los de las ventas de fincas á plazos hechas por la antigua consolidacion.

Los del dos por ciento en ventas de fincas hechas en las capitales y puertos habilitados, como asimismo cualesquiera otros débitos que por diferentes títulos, convenios ó negociaciones, aparezca pertenecer á la consolidacion y crédito público con los arbitrios siguientes:

38. El impuesto gradual sobre las he-

rencias libres, establecido por real decreto de 31 de diciembre de 1829.

39. El de la media anata en las sucesiones directas de vínculos y mayorazgos y una anualidad en las trasversales de los mismos.

40. El del cinco por ciento sobre los oficios y rentas enagenadas de la Corona y sobre los arbitrios municipales y particulares.

41. El medio por ciento de hipotecas de las ventas, cambios y contratos de bienes inmuebles que contengan traslación de dominio.

42. El producto de la venta de baldíos y realengos.

43. La quinta parte del producto de la Bula de Cruzada y la mitad de las de ilustres, lacticios y composicion.

44. El veinte por ciento de los propios y arbitrios del reino, la mitad de sus sobrantes y los atrasos del antiguo diez por ciento.

45. El producto líquido de las minas de azogue de Almadén.

46. El de las de plomo de Linares.

47. El de las de cobre de Río Tinto y de las demas que pertenecen al Estado.

48. El producto líquido de los bienes y rentas que los tribunales declaren mostrencos.

49. Los arbitrios concedidos á la antigua junta de reemplazos.

50. El aumento de cuatro millones en el subsidio de comercio.

51. El aumento de diez por ciento sobre el importe de los encabezamientos de rentas provinciales y equivalente en la corona de Aragón.

52. Los productos de la renta de aguardientes y licores.

53. Utensilios y su recargo.

54. Frutos civiles.

Es de notar que entre todos estos arbitrios han figurado siempre las fincas del Estado; y como en las épocas marcadas por el espíritu de reforma se han aplicado á la nacion masas de bienes mas ó menos considerables que pertenecian á corporaciones, este solo recurso ha sido inmensamente superior

á los demas para la amortizacion de la deuda, en tiempo de la antigua caja de consolidacion con la venta forzada de las fincas de obras pías, y en las diversas épocas constitucionales con la adjudicacion al Estado de los bienes de comunidades religiosas de ambos sexos y del clero secular. Así se observa el contraste de haber sido mas pingües los medios de amortizacion cuando acaso eran menos numerosos los arbitrios destinados á este objeto, porque nada podia ser tan productivo como la renta primero y el precio de la venta despues de esas masas de bienes acumulados en el crédito público por las reformas.

En su lugar correspondiente consignaremos nuestro juicio sobre la bondad teórica y la influencia práctica que para el crédito nacional ha tenido ese rico arbitrio. Por ahora, prescindiendo de él, y hablando solamente de los de otra especie, debemos repetir que, como ya indicamos, solo quedan vigentes algunos pocos de los muchos que regian en 1833. La reforma tributaria de 1843 acomodándose á las doctrinas recibidas y al sistema de presupuestos anuales refundi6 en los ingresos generales todos los recursos del Tesoro, y no hizo asignacion especial de ningun tributo al sostenimiento de gastos determinados. Todos los ingresos están naturalmente destinados á cubrir todas las atenciones en la proporcion establecida por el presupuesto de gastos; y el principio de la centralizacion en el manejo de los fondos públicos repugnaba tambien la conservacion del antiguo sistema de arbitrios. Vienen sin embargo figurando con el nombre antiguo en los presupuestos de aquella época y sucesivos los que todavia no se han suprimido; pero ya no aparecen como lo que fueron, sino en su calidad de tributos vigentes, que se recaudan por la administracion de rentas indirectas por virtud de la circular de 18 de junio de 1843 y que entran en la masa comun de los ingresos del Tesoro. Figura, pues, entre estos una partida de «arbitrios de amortizacion marcados en la instruccion de 9 de mayo de 1833, no »suprimidos;» pero son tantos los que han

ARBITRIOS.

471

cesado por supresion directa ó indirecta, que en el dia solo se consideran vigentes en las cuentas del ramo nuevo, y se cobran atrasos de otros veinte que ya no lo están.

Los vigentes son:

- 1.º Anualidades y vacantes.
- 2.º Cinco por ciento de arbitrios municipales y particulares.
- 3.º Cinco por ciento de rentas y oficios enagenados.
- 4.º Gracias al sacar y dispensas de ley.
- 5.º Media annata de mercedes y sus quinientos.
- 6.º Gracias de cruces españolas y extranjeras.
- 7.º Oficios de hipotecas con los derechos de inscripcion.
- 8.º Quince y veinte y cinco por ciento de adquisicion de manos muertas.
- 9.º Valimiento de oficios enagenados y productos de arriendo de escribanías y notarias.

En cuanto á los suprimidos de que todavia se cobran atrasos pertenecen todos á la clase de los mas antiguos, y deberán estar sus débitos por la mayor parte comprendidos en los cortes de cuentas posteriores á 1828, excepto lo que pueda hallarse en poder de segundos contribuyentes.

Se ve, pues, que independientemente de los arbitrios municipales, provinciales y particulares que no corresponden á la Hacienda pública, y prescindiendo de algun otro creado en diferentes épocas por tiempo limitado y para objetos especiales, en general se ha reservado este nombre para los recursos destinados á la amortizacion de la deuda del Estado. Este método peculiar de cubrir una atencion preferente del Erario público, ha sido siempre inspirado por el deseo de infundir confianza en el ánimo de los acreedores de la nacion, con sobrada razon desconfiados en medio de la inseguridad, las escaseces y la arbitrariedad harto comunes de la administracion general, pues se creia, aunque no pocas veces se haya frustrado, que solo así podia asegurarse una firme garantía para los tenedores de la deuda. La esperiencia ha hecho ver que mas

que en estos medios está en la nivelacion de los gastos generales con los ingresos efectivos del Tesoro la seguridad y exactitud de toda clase de pagos; pero tan arraigado está en nuestro pais ese medio de inspirar confianza por la consignacion de arbitrios, que todavia hoy en el proyectado arreglo general de la deuda pública se piensa en designar *arbitrios* para proveer á la estincion de la que se declare amortizable.

ARBOL. Vegetal por lo comun de un solo tronco, que escede á los demas en corpulencia, fortaleza y altura. Su sentido jurídico es bastante lato, pues que comprende ciertas plantas y arbustos á las que son aplicables tambien muchas de las disposiciones relativas á árboles.

Bajo diferentes conceptos pueden ser los árboles objeto de las sanciones legislativas. Como cosas que la naturaleza ofrece al hombre, no solo para su recreo, sino tambien para su utilidad y lucro, dando así estímulo á su trabajo, pueden ser objeto de propiedad particular, y la ley en este concepto la señala reglas y demarca sus límites. Sancionada y constituida esta propiedad pueden causarla perjuicios la codicia y la mala fé; y toca tambien al legislador reprimirlos suficientemente. Ultimamente, los montes y los árboles plantados en las calles, plazas y paseos contribuyen de un modo notable al provecho y ornato público, y en no pocas ocasiones tienen eficaz influencia en la salubridad de los pueblos; razones que inducen al fomento de los plantíos y á escitar el celo de las autoridades locales, dictando disposiciones para la consecucion de tan importante fin. Y hé aquí claramente manifestado como los árboles pueden y deben ser objeto de la legislacion civil, de la penal, y de la administrativa; sin embargo, en el presente artículo no corresponde tratar de ellos bajo todos los aspectos que decimos: las disposiciones administrativas quedan reservadas para el tratado de montes y plantíos; en cuanto á la penalidad solo haremos indicaciones que serán desenvueltas en sus lugares oportunos, ocupándonos aquí principalmente de

lo que establece en la materia el derecho civil.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SECCION ÚNICA. NATURALEZA, PROPIEDAD Y DISFRUTE DE LOS ÁRBOLES.

§. 1.º *Naturaleza y carácter de los árboles.*

§. 2.º *A quien pertenecen los árboles.*

§. 3.º *Restricciones que tiene el propietario.*

§. 4.º *Menoscabos causados en la propiedad de los árboles.*

§. 5.º *Disfrute de árboles ajenos.*

§. 1.º *Naturaleza y carácter de los árboles.*

Los árboles por su modo de nacer, nutrirse y desarrollarse no pueden menos de ser reputados como accesorios de la tierra. Este principio es de los mas sencillos y palpables; los árboles sacados del terreno pierden todos los elementos de su existencia, y por eso se dice en todo el rigor de la palabra que son accesorios; por eso les han dado este carácter todas las legislaciones sin que sobre ello se haya ofrecido duda alguna. Pero para que un árbol sea considerado accesorio de determinado terreno y se reputa inherente á él, no basta que se encuentre introducido, sino que es preciso que haya echado raíces, porque estas son, por decirlo así, el órgano esencial de su vida y las que le transmiten el jugo y las sustancias contenidas en la tierra; desde entonces es desde cuando el árbol se une, se identifica con ella; hasta su arraigo tanto puede estar en uno como en otro suelo; y no sufre detrimento alguno si se le saca de aquel en que se encuentra. Los árboles por lo que queda dicho tienen el carácter de accesorios y lo son de aquel terreno en el que echan raíces, regla constante de cuya verdad persuade por sí solo el buen sentido.

También creemos fuera de duda que tienen el concepto de cosas inmuebles los árboles en pie, no los ya cortados, porque estos no pueden decirse propiamente árboles, sino que son madera ó leña, y como tales objetos muebles. Los árboles vivos es indudable que pueden trasplantarse, que pueden ser llevados de un terreno á otro; pero esta misma traslación demuestra que son cosas destinadas á hallarse fijas en tal ó cual terreno. Habiéndose ya visto anteriormente que se reputan accesorios de este, bien se comprende que tomen su mismo carácter de inmovilidad: repugnaria al orden natural que, siendo el suelo cosa inmueble, lo que no puede estar sino adherido á él fuera mueble. Y si bien es verdad que en nuestras leyes no hay ninguna que declare especialmente el punto que nos ocupa, con todo, declarándose en ellas inmuebles los alfolios de madera, las tinajas empotradas en tierra y otras cosas semejantes con mayor razón deben tener los árboles igual carácter.

Respecto al significado que encierra la palabra árbol dejamos ya apuntada la definición general; de ella se infiere que para que una planta sea considerada como árbol es preciso que tenga tronco del cual pueda sacarse madera y que tenga ramas que formen lo que se llama copa. Mas también indicamos entonces que el derecho daba mayor latitud á la palabra, haciéndola extensiva á vegetales que en rigor no pueden decirse árboles. Las leyes romanas tenían declarado espresamente que como tales se conceptuaban las yedras, sauces, cañas y las vides, como puede verse en el tít. 7, libro 47 del Digesto. Las españolas no hacen aquella esplicita declaración; pero como muchas veces al ocuparse de los árboles mencionan las vides y majuelos aplicándoles iguales disposiciones, creemos que estos vegetales se comprenden bajo la denominación de árboles en todos los casos en que les pueden convenir iguales sanciones; mas no en aquellos en que se les designa especialmente y se les aplican reglas particulares.

§. 2.º *A quién pertenecen los árboles.*

Para saber á quién corresponde la propiedad de un árbol sirve de principio fundamental el que dejamos enunciado en el párrafo anterior: el árbol es un accesorio, y lo es del terreno en que ha echado raíces; así que, sea quien quiera que lo haya plantado, corresponderá siempre al dueño del terreno en que se verificó el arraigo, lo cual no es mas que una de tantas aplicaciones como tiene la regla de derecho; lo accesorio sigue á su principal. Y hasta podría ser una consecuencia del derecho de ocupacion, haciendo el ingenioso raciocinio de los jurisconsultos romanos, segun los que, llevado un árbol á un terreno, luego que se arraigaba en él y de él recibia su nutrimento, venia á ser otro árbol distinto. Si siempre el que planta fuera dueño del árbol y dueño del terreno, el principio fundamental no necesitaria restriccion ni modificacion alguna; el particular habria efectuado actos emanados de su propiedad sin lastimar la agena, sin perjudicar intereses de nadie, y para esos actos no deberia establecer reglas especiales el legislador. Pero como esto no sucede así constantemente, sino que á veces se presentan combinaciones diversas del interés privado, las leyes no han podido menos de tenerlas en cuenta y poner en armonía el principio de que lo accesorio sigue á lo principal, con otro no menos cierto, no menos respetable, á saber, que ninguno debe enriquecerse á costa agena. Y para comprender bien la doctrina del derecho español en este particular distinguiremos los tres casos que pueden presentarse, y son: 1.º Cuando el dueño del terreno planta árboles agenos. 2.º Cuando el dueño del árbol planta en terreno ageno. 3.º Cuando el que no es dueño del terreno planta en él un árbol que tampoco le pertenece.

En el primer caso, esto es, cuando alguno plantó árboles agenos en terreno propio, debe pagar su valor al dueño de ellos. Así lo previene la ley 43 del tit. 28 de la Part. 5, sin hacer distincion entre el plantador de buena fé y el de mala: disposicion que á

nuestro entender no es muy arreglada á la equidad, porque en el derecho nunca debe equipararse al que procede de buena fé, al que es inculpable con el que obra maliciosamente y hace á sabiendas lo que conocia no le era lícito; así lo ha reconocido el código austriaco al disponer que cuando un campo ha sido plantado con árboles agenos, el propietario del suelo, teniendo buena fé debe abonar su precio ordinario, y teniéndola mala el mas alto con los daños eventuales. El código francés por el contrario, consigna la regla absoluta de nuestra ley; pero añadiendo que el propietario del terreno puede ser condenado, á daños y perjuicios cuando haya lugar. Nada dicen de estos las leyes de Partida, antes bien se concretan á la estimacion de los árboles, por tanto no pueden exigirse; pero en caso de que la práctica los hubiera autorizado ó una nueva ley introdujera esta innovacion, no deberia en nuestro concepto imponerse este gravámen á toda clase de plantadores, sino que seria mas natural concretarle á los que hubieran procedido de mala fé, abonando los que la tuvieran buena la estimacion solamente, con lo cual desapareceria la chocante igualdad que antes queda censurada. Unicamente nos resta advertir respecto al caso que estamos examinando, que cuando la mala fé del propietario que plantó en su terreno árboles agenos hubiera llegado á constituir un delito, quedará sujeto á una pena en el sentido estricto de esta palabra; pero en los demas casos, la mala fé está suficientemente reprimida por la ley civil, y no podrá dar lugar á un procedimiento criminal.

Pasemos ahora á esponer las reglas que rigen en el caso de haber plantado el dueño de los árboles en terreno ageno. El Fuero Real declara la pérdida del dominio del árbol, y fija las indemnizaciones para los casos de plantar en heredad comun ó en la que uno tiene de buena fé y recibió de otro que no era dueño, disposiciones en que no nos detenemos porque pueden verse en la ley 1 del título 4 del libro 3 de aquel código, y porque las mas dignas de atencion

son las consignadas en las leyes de Partida. Hacen esta distincion del que poseyó el terreno con buena fé y del que la tuvo mala. Cuando alguno creyéndose dueño de un terreno en virtud de un justo título hace en él plantaciones de árboles, y presentándose despues el verdadero dueño recobra su posesion, puede el plantador retener la heredad hasta tanto que sea indemnizado de los gastos que hizo en las plantaciones; pero cargándosele en cuenta las utilidades que percibió: tal es la disposicion de ley 41, tít. 28, Part. 3, la cual censura Escriche porque puede llegar á ser gravosa al dueño del terreno cuando los árboles valieran al tiempo de su plantacion mucho mas que al tiempo en que el propietario recobra la posesion de su heredad, razon por la que cree debia darse á este la eleccion de satisfacer, ó bien el coste de los árboles y del trabajo, ó una cantidad igual al aumento de valor que por las plantaciones ha tenido la finca, como lo dispone el artículo 535 del código civil francés. Sin duda que este aparece mas equitativo y mas suave respecto del propietario del terreno; pero tambien la ley española es recomendable por iguales motivos respecto al poseedor, quien habiendo obrado de buena fé, cuyo supuesto es el que estamos examinando, no es merecedor de todo el rigor del derecho, ni pudo evitar que los árboles que él plantó á su costa hayan bajado de valor. Así que ambas disposiciones presentan cada cual iguales ventajas é inconvenientes. Por lo que hace al que estuvo poseyendo una heredad de mala fé, y á sabiendas plantó árboles propios, sobre perder su dominio, no puede repetir su valor según el contesto de la ley 43 del título y Partida antes citados, si bien en este caso creemos aplicable la limitacion establecida en la ley 42, la que, tratando de la siembra, concede al que la hizo de mala fé y fue condenado á la restitution de frutos el abono de los gastos que por razon de ellos hizo. Tambien parece dura á Escriche la disposicion de la referida ley 43, y juzga preferible la del artículo 535 del código francés, que autoriza al dueño del terreno á

retener las plantaciones abonando su valor y el del trabajo, ó exigir las saque á su costa el que las hizo, fundándose en que si aprovechan al dueño no es justo se lucre con perjuicio de otro y deje de abonar gastos que él hubiera hecho, y si le estorban tampoco debe obligársele á conservarlas. Lo que de aquí se deduce es que nuestra ley, si ha sido rigurosa, ha hecho caer este rigor sobre el que obra de mala fé, no queriendo que por ella reporte la mas pequeña ventaja; y en cuanto á la ley francesa, adolece en este punto de un inconveniente, á saber: que hace sumamente desigual la condicion del poseedor de mala fé, pues hay gran distancia entre recibir el valor de lo plantado y del trabajo, y tener que sacar á costa propia los árboles sin abono alguno, segun que el dueño de la finca tenga estas ó las otras ideas respecto al destino de ella: si siempre es igual la mala fé del plantador, siempre debe producir iguales consecuencias y no salir mas ó menos ganancioso segun sea la voluntad agena.

Antes de hacernos cargo del tercer caso que nos propusimos examinar, debemos esponder una observacion comun á los dos anteriores, á saber: que en ninguno de ellos se dá derecho al dueño de los árboles para sacarlos; sin embargo, preciso es tener presente que se parte del principio de haber echado raices, porque antes que esto se verifique, no se han agregado propiamente á la heredad, y podrá reclamarlos aquel de quien sean. Pero á pesar de ser la regla general no poder sacarse el árbol que arraigó, la ley 41, tít. 28, Partida 3, menciona dos casos de escepcion: 1.º Si el dueño de la heredad fuera tan pobre que de ningun modo pudiera abonar al poseedor de buena fé que hizo la plantacion los gastos por esta ocasionados, ni lo que le producirian los árboles si los sacara. 2.º Si el poseedor de buena fé comenzara á tenerla mala y despues hiciera las plantaciones. Aunque en ninguno de estos casos se pone la limitacion de que puedan sacarse los árboles sin deteriorar el primitivo estado de la heredad, así debe sobreentenderse á nuestro juicio. El

código prusiano contiene respecto á esta materia una disposicion digna de mencionarse, á saber: que cuando el propietario de un terreno quiera disponer de él para otro uso, debe permitir al plantador retirar lo que sea posible sin perjudicar la finca, pudiendo dejarle los frutos y reclamar una indemnizacion por la privacion de su propiedad.

Acerca del tercer caso de los que al principio de este párrafo presentamos, á saber, respecto al que en terreno ageno planta árboles ajenos, nada dicen nuestras leyes. Por lo que hace á los códigos extranjeros el de Cerdeña dispone que el propietario de los árboles no podrá reivindicarlos, pero sí exigir indemnizacion del plantador y aun del dueño del terreno por razon del precio que él no hubiera pagado todavía; el código francés pasa en silencio este caso, é igual omision se advierte en otros muchos. A pesar de esto, siendo evidente su posibilidad y pudiendo presentarse al fallo de los tribunales, es preciso formar alguna opinion para resolverlo y escogitar cual sea la mas acertada, la mas conforme con los casos análogos que tenemos examinados. A nuestro entender no debe adoptarse una regla general é inflexible, sino que hay que tomar en cuenta las circunstancias diversas que pueden tener lugar: en este supuesto vamos á esponer nuestro parecer. Con respecto al dueño de los árboles, una vez que estos se hayan arraigado, debe negársele la reivindicacion puesto que perdió su dominio á causa de ser ya accesorios del nuevo terreno: lo que se le debe conceder contra el dueño de este es la estimacion, en virtud del principio de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro: del plantador que creia suyos los árboles nada podrá exigir respetando su buena fé; pero sí reclamar daños y perjuicios del que la tuvo mala, en castigo de su culpable proceder. Por razones idénticas el plantador que de buena fé creia suyo el terreno deberá ser reintegrado en sus gastos por el verdadero dueño, y nada tendrá derecho á pedir si hizo maliciosamente la plantacion. Una resolucion

de este modo combinada no se apartaria mucho del espíritu de la legislacion patria y de lo que recomiendan los principios de equidad. De cualquier manera que se la juzgue, es á todas luces conveniente que el caso de que se trata sea resuelto por el legislador, y es de creer se haya tenido presente al redactar el nuevo código civil que se prepara.

Tócanos ahora enumerar algunas otras consecuencias del principio que sirve de base á la doctrina de este párrafo.

Los árboles plantados en las riberas de los rios son de los dueños de los predios inmediatos, segun declara la ley 7 del tit. 28 de la Partida 3, puesto que las mismas riberas son de ellos: mas adelante veremos la limitacion de esta propiedad. Los árboles que con un pedazo de tierra trae una avenida á nuestro predio, luego que en este se arraiguen serán nuestros; pero, como aconseja la equidad, deberemos abonar al dueño el menoscabo que sufrió, tasado por peritos agricultores; así lo dispone la ley 26 del título y Partida que acaban de citarse. Advierte Gregorio Lopez siguiendo la opinion de Azon que el menoscabo debe regularse segun el valor que tenian los árboles considerándolos como si hubieran sido arrancados en la época de la avenida, y no segun el que tengan cuando echaron raices en el predio ageno, porque de otro modo, añade, se seguiria el absurdo de que el dueño del predio al que se hizo la agregacion responderia del daño que aconteció sin culpa suya, al paso que el dueño de los árboles seria de mejor condicion cuando ya se habian arraigado en otro terreno que cuando todavía no habia sucedido esto.

Hasta aquí lo concerniente á la propiedad de los árboles cuando se encuentran completamente dentro de determinado terreno: veamos ahora qué dispone el derecho en los casos que las raices, el tronco ó las ramas se hallaran en dos terrenos colindantes. ¿A cuál de esas partes del árbol se ha de atender para decidir sobre su propiedad? No se hallan de acuerdo respecto á este punto ni las legislaciones antiguas ni las

modernas. La romana no nos presenta una regla invariable y constante; porque si bien en las Instituciones de Justiniano se atribuye el dominio del árbol al dueño del terreno en que echó raíces, también se encuentran en el Digesto algunos fragmentos que dan la preferencia al terreno de que sale el tronco. Por lo que hace á los pueblos de origen germánico, solícitos mas de la guerra y de la vida errante que de la agricultura, aunque fueron trasformando sus costumbres por el roce y relaciones con los países conquistados, sin embargo no en todo se acomodaron á las ideas que en ellos predominaban, y así fue que por lo tocante á la propiedad de los árboles se apartaron del sistema generalmente recibido entre los romanos, que se apoyaba en raciocinios determinados y hasta sutiles. Siguiendo ideas mas sencillas y materiales daban el dominio del árbol al dueño del fundo en el que habia nacido, sin atender á las raíces; y el de las ramas que colgaban sobre el terreno vecino al dueño de este. De los códigos modernos merecen citarse los de Baviera y Austria; el primero declara que cuando las raíces de un árbol se extienden por terrenos de diferentes dueños, los árboles serán comunes entre ellos: en Austria por el contrario la propiedad se determina por el tronco. Espongamos ahora el derecho español bien claro y terminante en la materia y contenido en la ley 43 del título 28 de la Partida 3. Dispone que cuando un árbol tenga sus principales raíces en una heredad, será del dueño de ella aunque lo hubiera plantado el de la colindante y sobre esta cayeran las ramas; pero que si las raíces principales que dan el nutrimento estuvieran parte en el terreno de una heredad y parte en el de otra, será comun de sus dueños. El derecho patrio por lo tanto ha tomado por base las raíces, pero expresando que han de ser las principales, sin consideracion alguna al tronco y á las ramas que constituyen el aspecto exterior del árbol, porque aquellas raíces son las que le dan su vida y su nutricion. A nuestro juicio, si bien es esta una verdad que no puede contradecirse, presen-

ta inconvenientes notables el erigirla en regla de la propiedad de los árboles: en caso de suscitarse algun litigio será indispensable buscar las raíces y entre estas las principales, las que constituyen el nutrimento; y como esteriormente no puede haber señal alguna infalible que las dé á conocer, pues no es bastante que algunas se dejen mostrar en la superficie del terreno, se tendrá que recurrir á hacer escavaciones, en las cuales aun cuando los inteligentes pongan todo cuidado y esmero, ningun provecho podrá recibir el árbol. Por esto fuera tal vez mas conveniente y mas sencillo dar el dominio de este al dueño del terreno de donde sale el tronco, á quien parece ofrecérselo la misma naturaleza.

Del principio fijado en la ley de Partida, de que acabamos de hacernos cargo, se deduce naturalmente que un árbol nacido en el límite de dos heredades, no por esto solo es comun de los dueños de ellas, á no ser en el caso que sus raíces principales y nutritivas se hallaran compartidas en ambos terrenos. Sin embargo, seria mas equitativo y mas natural declararlo comun en todos casos por las razones que dejamos espuestas, á las que se debe añadir la muy poderosa del tácito consentimiento de los dueños de las heredades colindantes, de los cuales el uno pudiendo plantar dentro de su terreno, lo hizo en la linde, y el otro no opuso reclamacion alguna. V. **ACCESION**. De aquí el que en la mayor parte de las legislaciones modernas extranjeras, no se ha adoptado la regla que la nuestra establece, sino la contenida en el artículo 673 del código francés, á saber: el árbol que se encuentra en la cerca medianera de dos heredades, es comun como la misma cerca.

Adoptado como está en nuestro derecho el principio de que es dueño del árbol el que lo sea del terreno donde se hallan sus raíces principales, es evidente que solo á él pertenecerán los frutos que produzca por mas que sean los de las ramas que cuelgan sobre el campo vecino y caigan dentro de este. Pero como á nadie sea lícito entrar en heredad de otro sin que consienta el dueño,

ha sido preciso que las leyes den al propietario del árbol algún recurso para poder coger sus frutos desprendidos sobre el predio colindante cuando su dueño quisiera impedirlo. De aquí entre los romanos el origen del interdicto concedido por el pretor con el nombre de *glande legenda*, el cual forma en el Digesto el tít. 27 del libro 43. Hállase también consignado este remedio en la ley 18 del título 28 de la Partida 3, y enumerado como uno de los casos en que se puede entrar en heredad ajena contra la voluntad de su dueño; pero «en tres días y no mas,» añade la ley, prescripción brevísima que también fijaba la del Digesto, sin duda para no molestar demasiado al dueño del predio en que cayó el fruto, y porque este, pasado mas tiempo, rara vez pudiera aprovecharse. A pesar de todo, las palabras de la ley de Partida que hemos citado, «en tres días y no mas,» son de dudosa interpretación y se prestan á opiniones diferentes, en las que no nos detenemos por exponerlas claramente Gregorio Lopez en la glosa 3 de la referida ley 18. No podemos dejar de hacer sobre la disposición de las Partidas una observación importante, á saber: que no se observa universalmente en todo el territorio español. Donde esté en uso el Fuero Real deberá regir la que este código contiene en su ley 15, título 4, lib. 3, la cual dice que si cayere el fruto de árbol propio en tierra ajena, el señor del árbol lo pueda coger en aquel día que cayere sin otro daño que haga al señor de la tierra; é si cayere ante el fruto, cójalo al otro día; é si él no lo cogiere «asi como sobredicho es, sea de aquel cuya es la tierra do cayere.» También en algunas partes por costumbre ó por fuero los frutos que caen en un predio pertenecen al dueño de este; y en Aragon tienen dispuesto los Fueros (1), que el que tenga en su heredad un árbol con ramas que hagan sombra en el fundo ajeno, debe permitir al propietario de él tome la mitad de los frutos de aquellas ramas, ó que en otro caso las corte; disposición prudente que trata de compen-

sar los perjuicios que pueden resultar á un propietario con alguna parte de beneficio.

§. 2.º *Restricciones que tiene el propietario de los árboles.*

Es un principio de derecho y hasta de equidad natural que cada cual puede hacer en su propiedad lo que le convenga; pero la misma ley que la protege y garantiza, la ha señalado los límites que aconsejan la libertad é interés de los demás propietarios y la utilidad pública. Por esto el dueño de un predio puede plantar, mantener y destruir árboles en su terreno; pero con ciertas restricciones nacidas de los motivos mencionados, restricciones de que nos vamos á ocupar en este párrafo, haciendo para ello distincion entre las que reclama el interés privado y las que exige el interés público.

El propietario de una finca tiene derecho á que las restricciones de la primera clase sean respetadas por otro propietario que tenga árboles en su terreno, ó porque le amenazan visiblemente con algún peligro, ó porque le causan perjuicio considerable, que á veces puede degenerar en peligro, ó en fin, porque le producen otro cualquier menoscabo ó incomodidad.

Por verse amenazado de peligro un propietario á causa de los árboles grandes del predio vecino mal arraigados, los cuales cayendo producirían daño á él ó á sus cosas, puede reclamar ante el juez á fin de que haga cesar el peligro, recurso que los prácticos colocan entre las denuncias de *obra vieja*. El juez para fallar debe oír á peritos, los cuales declaren si hay efectivamente peligro, si es inminente y qué daños podrá causar; y si de esta informacion resulta que el árbol está próximo á caer y causar perjuicios con su caída, el juez mandará echarlo á tierra. Así se halla dispuesto en la ley 12 del tít. 32 de la Partida 3.

El árbol plantado en el terreno del vecino puede no ofrecer peligro inminente y visible; pero teniendo introducidas sus raíces en nuestro suelo, puede venir así á coartar el

(1) *Fuero de confina arborib. Lib.*

libre ejercicio de nuestro derecho de propiedad ó hacer peligrar una construcción nuestra; para evitar estos inconvenientes, y por otra parte considerando que nadie tiene derecho á que su árbol se alimente con la sustancia de una tierra que es nuestra, parece conforme á justicia que el dueño del terreno esté autorizado para cortar las raíces, sin que se oponga la consideración de que perecerá el árbol, pues que anteriormente hemos visto que el dominio de él pertenece á quien tiene en su predio las raíces principales que le nutren. A pesar de ser este caso muy posible y fácil de prever, á pesar de haberse ocupado de él el Derecho Romano, las leyes españolas le pasan por alto: en su silencio es indudable que por la práctica no solo puede sino que debe autorizar el corte de las raíces. Mas no es de tan llana resolución si podrá hacerlo el vecino perjudicado por sí mismo, ó previo requerimiento judicial. Las leyes romanas tenían decidido que no podía el vecino obrar en este caso de autoridad propia; por el contrario, la legislación francesa, con la que están de acuerdo los códigos de Austria y de Prusia, se lo permiten. La ley romana encuentra su justificación en el principio de que siempre que se ponen en pugna los intereses de los ciudadanos, por mas que uno de ellos carezca absolutamente de razón y fundamento, debe exigirse la intervención del poder público á fin de evitar violencias y abusos y la extensión indebida á que siempre propende el interés privado abandonado á sí mismo, á lo que se agrega la conveniencia de hacer mas respetables los derechos de los particulares. En cuanto á la ley francesa, también puede ser defendible en razón á que cada cual dispone libremente de su terreno, á que las raíces introducidas pueden considerarse parte de él y á que no hay derecho alguno para que alimente el árbol ageno. A nuestro entender, el sistema romano es preferible porque sin destruir en manera alguna las razones que apoyan el adoptado en Francia, reducidas á probar que el dueño del árbol no tiene derecho á que las raíces de este se intro-

duzcan en el fondo ageno, añade otras de un orden superior, que se derivan de la conveniencia pública y del prestigio que ejerce una decisión judicial. Sea de esto lo que quiera, en España, cuando se presente algun caso de esta naturaleza, sin desconocer el derecho que tiene el dueño del predio, nos parece lo mas prudente en caso de oposición, hacerlo con autorización ante el juez por lo mismo que las leyes guardan silencio y no conceden al vecino perjudicado el derecho que en otros países tiene por declaración de la ley.

Con el objeto de no multiplicar infinitamente los perjuicios y ocasiones de riesgo que resultan del caso que acabamos de examinar, preciso ha sido que al propietario se le prohiba plantar árboles junto á la misma heredad del vecino, y se le señale la distancia dentro de la que no pueda hacerlo. Los romanos la tenían determinada y nada menos que desde tiempo de las XH tablas, como puede verse en la ley última del título *Anium regundorum*, 1 del libro 10 del Digesto. También la designan algunos códigos modernos; el francés prohibe á falta de reglamentos y costumbres locales plantar á menor distancia de dos metros de la línea divisoria de las heredades, árboles altos, y á medio metro los demas: el código sardo señala tres metros para los árboles grandes; metro y medio para los que no lo son, y medio metro para los frutales y arbustos, distancias que no necesitan guardarse cuando haya pared medianera y los árboles no escedan de su altura: el código del canton de Vaud no permite plantar árboles altos de sombra, castaños y nogales sino á la distancia de veinte pies de la línea divisoria de los fundos, y los demas árboles frutales á la de diez, exceptuadas las espalderas; plantados á menor distancia podrá el vecino exigir se arranquen á menos que pruebe su propietario haber transcurrido diez años desde la plantación. Las leyes españolas no se han ocupado en hacer designaciones como las que dejamos apuntadas, pues la 23, tit. 52 de la Partida 3, solo dice, que cuando alguno edificare junto

al camino público guarde la distancia acostumbrada; respecto pues á la plantacion de árboles junto á la heredad vecina, deberán servir de ley las ordenanzas y costumbres de los pueblos. Y en verdad que al prescindir nuestros códigos de este punto no han incurrido en una omision digna de desfavorable censura, porque sobre no ser aplicable una regla general á toda clase de árboles, influyen en el mayor ó menor perjuicio que de su plantacion puede seguirse muchas y muy variadas circunstancias, todas las que ni pueden ni deben tener cabida en las leyes generales del pais. Lo que únicamente debemos advertir aquí es, que plantado un árbol dentro de la distancia prohibida, el vecino perjudicado tiene derecho, no ya á que se corten las raices ó ramas que le estorben, sino á que sea arrancado todo el árbol.

Hay ademas de los casos mencionados otros en que, si bien no hay peligro inminente para el predio vecino, ni un perjuicio tal que haga posible algun grave daño, sin embargo producen menoscabo é incomodidad, lo cual hay derecho de alejar. Así sucederia si las ramas de un árbol ageno colgaran sobre nuestro predio. Las leyes de las XII tablas habian ya ocurrido á este caso: entre los fragmentos que de ellas se han conservado, uno hay que permite cortar las ramas de los árboles que caen sobre el fundo vecino hasta la altura de 15 pies. Tambien en el título 26 del libro 43 del Digesto *De arboribus cadendis*, se trata del interdicho por el que el pretor prohibia se impidiera cortar el árbol ageno que pende sobre un edificio, y de otro análogo respecto al árbol cuyas ramas colgasen sobre un campo inmediato. Entre los códigos modernos de Europa el francés dá al dueño de un fundo facultad para exigir del vecino que corte las ramas del árbol que caen sobre él, al paso que el de Austria y el de Prusia le dan derecho para que las corte por sí. Segun las leyes españolas, tanto en el caso de que las ramas cuelguen sobre un edificio, como en el de que cuelguen sobre una heredad, debe acudir el vecino al juez del lugar, espo-

niendo el perjuicio que se le causa, el cual probado que sea, procederá á mandar cortar todo el árbol de raiz ó las ramas solamente, segun recaiga el perjuicio referido sobre un edificio ó sobre una heredad, siendo de notar que no obedeciendo la sentencia el dueño del árbol, la puede ejecutar por sí el del predio colindante. La ley que esto dispone, á saber, la 28 del título 13 de la Partida 7, nada dice acerca de á quien corresponderá la leña que la corta produjere; pero fundados en una interpretacion equitativa creemos que si el dueño de los árboles obedeciendo la decision judicial los cortó, justo es haga suya la leña; pero si el perjudicado tuvo que cortarlos á sus espensas, deberá adquirir la que equivalga en valor á los gastos que hizo, y restituir la restante.

Conviene observar aquí que, aunque no muchas veces, puede en algunas darse el caso de que estando las raices principales de un árbol en el fundo vecino torciera su tronco de modo que entrara en nuestra heredad. Entonces del sentido de la ley de Partida que últimamente hemos citado, se infiere que tendríamos derecho de exigir el corte de aquel árbol en cuanto nos estorbara, siguiéndose á este fin una tramitacion análoga á la que dejamos indicada respecto al caso de colgar ramas sobre edificio ó heredad.

Tambien puede haber otras restricciones en virtud de las cuales el dueño de un predio no pueda plantar árboles por no turbar el derecho de su vecino, por ejemplo, la servidumbre legitimamente establecida á favor de este con objeto de conservar espeditas las vistas. Claro es que en este caso el dueño del predio sirviente no podria perjudicarlas plantando árboles, y que de hacerlo seria compelido á cortarlos y dejar salvo el derecho del dueño del predio dominante que hubiera entablado la accion correspondiente.

Hasta aquí las restricciones á que se halla sujeta la propiedad de los árboles en beneficio de los particulares; resta esponer brevemente las que se han introducido por causa de utilidad pública. Queda dicho en

el párrafo anterior que los árboles nacidos en las orillas de los ríos pertenecen á los dueños de los predios inmediatos, segun la ley 7 del título 28 de la Partida 3. Ahora bien: en esta misma ley se prohíbe cortar aquellos árboles cuando alguna nave se encontrara atada á ellos ó viniera por el río con este objeto. Tal limitacion es sumamente equitativa y una consecuencia natural del principio de que las riberas de los ríos navegables se reputan públicas, como ellos, en todo aquello que se dirige á mantener libre y desembarazada la navegacion, removiéndose todo obstáculo que pudieran suscitarla los particulares, y haciendo ceder el interés individual ante el interés general.

V. AGUA.

Respecto á los árboles que se hallan junto á los caminos públicos, exige tambien la utilidad de cuantos por estos transitan que no sirvan de obstáculo las ramas. En caso de que así fuera, autoriza la ley 28, tit. 15 de la Partida 7 á cualquier transeunte para que la corte impunemente. Esta disposicion se concibe y se explica perfectamente en los tiempos en que se dió en el siglo XIII; pero no puede sostenerse de un modo tan general y absoluto en la época que alcanzamos. Hoy dia los caminos no se obstruyen con tanta facilidad ya por ser mas desahogados, y ya tambien por la vigilancia de la administracion pública, bien débil é ineficaz por cierto en la edad media; y si á pesar de todo sucediera que las ramas de un árbol sirvieran de obstáculo al público tránsito, no creemos que cualquiera transeunte pudiera cortarlas de su propia voluntad y como le pareciera, porque aparte de los inconvenientes que podrian seguirse, y abusos á que se daria lugar, hay medios expeditos para conseguir la remocion de tales obstáculos, acudiendo á la autoridad administrativa encargada de la conservacion y cuidado de las vias de comunicacion. Solo en el caso de hallarse estas obstruidas de tal manera que fuera imposible el tránsito, ya por su estrechez, ya por el grande desarrollo que hubieran tomado las ramas de los árboles, es cuando creemos que los parti-

culares que por allí tuvieran que pasar, podrian usar de la facultad que les concede la ley de Partida de que se ha hecho mérito. De todos modos, ya se acuda á la autoridad administrativa, yase obre por facultad propia, siempre existe una verdadera limitacion de la propiedad particular en obsequio del público interés.

Los casos en que al caer un árbol, por cortarle sin las precauciones oportunas, cause la muerte ó herida de algun hombre, ó mate bestias, ó produzca cualquier otra desgracia, casos de que especialmente se ocupan diversas leyes del Fuero Juzgo, del Fuero Real y de las Partidas, no son propios de este lugar, como que no constituyen restricciones de la propiedad de los árboles, sino una entre tantas ocasiones de daño proveniente, no de dolo, sino de negligencia, de culpa, ó de falta de precaucion. Por esta razon los casos á que aludimos caen bajo las prescripciones del Código penal moderno en su título 15 del libro 2. V. **IMPRUDENCIA TEMERARIA**.

§. 4.º *Menoscabos causados en la propiedad de los árboles.*

Los árboles son objetos que sirven de recreo, que producen utilidad: son cosas susceptibles de estar en propiedad particular. Todo aquello, pues, que se dirija á hacerlos desmerecer, á deteriorarlos ó á destruirlos atenta á los intereses del propietario y debe ser objeto de represion por parte de la ley penal. Así lo reconocieron las XII tablas, donde se imponia la multa de 25 ases por cada árbol ageno que se cortase sin derecho. Pero bien se deja conocer que los atentados de que tratamos serán mas ó menos graves segun recaigan en árboles mas ó menos útiles para su dueño (puesto que no hay ninguno que pueda decirse inútil por mas que sea de adorno y solo sirva para recrear la vista). Indudablemente no hay punto de comparacion entre los árboles que solo hacen sombra, que solo embellecen una heredad y los que llevan fruto y sirven de alimento al propietario proporcionándole un

ARBOL.

481

lucro positivo. Por esto nuestras leyes antiguas distinguieron los árboles frutales de los no frutales, castigando mas severamente al que cortaba ó destruía los primeros que al que lo hacia con los segundos.

No es ya actualmente de utilidad alguna el exámen del sistema penal que aquellas leyes adoptaron respecto al punto que nos ocupa, y así solo haremos notar que al paso que el Fuero Juzgo y el Real imponían únicamente penas pecuniarias, las Partidas siguiendo en esta como en tantas otras materias de derecho penal su espíritu de dureza y á veces hasta de crueldad, autorizaban penas corporales, llegando á prescribir la de muerte para el daño grande causado á las parras.

La jurisprudencia mitigó tanto rigor, y habia arbitrado penas mas suaves y proporcionadas, hallándose hoy previstos los menoscabos causados en los árboles en el nuevo Código penal. Este los califica y pena de distinta manera, segun es la entidad del daño causado y el propósito del que lo causó. Los dañadores que sustraigan ó utilicen las ramas ó los árboles cortados en heredad ajena, cualquiera que sea su importancia, son considerados como reos de hurto, y castigados como tales (1). Los que sin aquella circunstancia causaren el mismo daño, son tenidos como reos de falta, y castigados mas ó menos gravemente segun la entidad de aquel (2). V. FALTAS, HURTO, DAÑO.

§. 5.º Disfrute de árboles ajenos.

Es una regla general que el dueño de un predio puede hacer de sus árboles el uso que mas le plazca; pero en todos aquellos casos en que se posee una heredad á nombre ajeno, naturalmente ha de hallarse sujeto á ciertas reglas el disfrute de los árboles que en ella haya. Esta materia debe quedar reservada para sus lugares oportunos; así que, en el presente artículo, solo haremos rápidas indicaciones sobre los derechos del usufructuario, del marido y del arrendata-

rio, por hacer de ellos mencion especial en nuestras leyes.

El que tiene en usufructo una heredad, debe regular su derecho por la naturaleza de ella y la voluntad presunta del que constituyó á su favor la servidumbre. No podrá por tanto cortar los árboles sin que los reemplaze con otros, y la misma obligacion le impone la ley 22 del título 31 de la Partida 3 respecto á los que se secaren, lo cual debe ser estensivo á los que por cualquier otro accidente se inutilizarán, si bien los hará suyos en justa compensacion. Si quisiese aumentar los árboles que la heredad tenga, podrá hacerlo con los que la mejore; pero si estuviera, por ejemplo, destinada á la labor, no podrá convertirla en huerta ó vivero, porque entonces las plantaciones cambiarían el uso natural de la cosa. Si se trata de un monte ó bosque, podrá aprovecharse de sus productos y hacer las cortas segun el destino que tenga. V. USUFRUCTO.

Por lo tocante al marido que recibió en dote una heredad, habrá que distinguir la estimada de la inestimada. En la primera se le puede considerar como un verdadero propietario; por eso la ley 27, tít. 11, Partida 4, solo se ocupa de la segunda, disponiendo que cuando los árboles no sean de los que se acostumbra á cortar, y sin embargo los cortara el marido, sean de la mujer, porque entonces no pueden considerarse como frutos, sino como parte integrante de la dote. Igual declaracion hace la misma ley respecto á los que un tercero cortare ó arrancare el viento. Sin embargo, todo esto debe entenderse, aunque la ley nada dice, cuando el marido no los reemplazara por otros. V. DOTE.

Ultimamente, el arrendatario debe sujetarse á las condiciones bajo que se hizo el contrato, y á falta de ellas se seguirá la regla de que debe mas bien mejorar que empeorar la heredad. Por esto dispone la ley 7 del título 8 de la Partida 3, que si causa algun menoscabo en los árboles, ya por su propia negligencia, ya por la de aquellos á quienes habia encargado su cuidado, el juez deberá condenarle al resarcimiento

(1) Art. 437, párr. 3.º Código penal reformado.

(2) Art. 490 y 499, id. id.

oyendo peritos que tasen el daño. Añade la ley de Partidas que igual resarcimiento procede si el tal daño fue causado por la venganza de personas enemistadas con el arrendatario; pero con mucha razón advierte Gregorio Lopez que así debe entenderse cuando no puso este toda la custodia que debia y podia poner, particularmente sabiendo que tenia enemigos: si á pesar de todo se frustra su diligencia, seria altamente injusto hacerle responsable de cualquier menoscabo; este seria un caso fortuito y nadie le presta en los contratos. V. **ARRENDAMIENTO**.

ARBOL GENEALOGICO. Llámase así como lo indica la misma frase, una descripción figurada en forma de árbol para presentar de un modo material las líneas y los grados del parentesco. Pero en la actualidad se hace esta representación bajo una forma sencilla y no precisamente bajo la de un árbol, si bien se ha conservado el uso de esta voz para designarla.

Todo árbol genealógico parte de una persona, á que se refieren todas las demás, que es el centro comun de la familia de que se trata. Llámase generalmente tronco, y ha sido distinguido por los intérpretes antiguos con otros nombres particulares, nombres que han penetrado hasta las leyes. Hubo quienes le dieron el de Proteo, porque representaba tantos caracteres cuantas personas incluía el árbol: otros le apellidaban Joaquin, fundándose en que este fue el hombre de mas dilatada genealogía. Pero la denominación que le dió Juan Andrés, tomada del nombre de su bedel, á saber, Petrucio, fue la que predominó, como tantas otras opiniones del célebre glosador, y la que se adoptó en las ediciones de las Partidas por Gregorio Lopez, como puede verse en su declaración del árbol de la consanguinidad, viniendo á ser desde entonces como una palabra técnica. A pesar del gran crédito que alcanzaron los trabajos de Juan Andrés, y de la veneración que se le guardaba, debió haber quienes no quisieran sacrificar á tales respetos lo que les dictaba su razón, ni acallar sus dudas y sus críticas.

Consta al menos así de un autor español que se propuso demostrar que el árbol formado por Juan Andrés, tipo del de las Partidas, adolecia de los defectos de «difícil, inútil, imposible, árido, ambiguo, diminuto, supérfluo é imperfecto», y que tambien estendió su censura á otro modo de formar el árbol que habia concebido un tal Fernando, doctor en Tolosa. Ese español fué el doctor en ambos derechos y catedrático en el canónico, llamado Luis Falcon, natural de Daroca, que dejó escrita una obra titulada: *Recentissima et canonica et civilis eademque arboris consanguinitatis descriptio*, la cual aparece impresa en Zaragoza el año 1544.

Mas dejando aparte estas investigaciones, lo cierto es que hay ocasiones en que viene á ser de gran utilidad la formación del árbol genealógico. Lo era antes, y aun lo es actualmente en ciertos casos, para probar la hidalguía y la pureza de sangre; y principalmente es de mucha importancia en materia de matrimonios, herencias, mayorazgos, etc., porque lo que se percibe por los sentidos satisface mas que las esplicaciones y los cálculos, como lo espresa la ley 2, título 6 de la Partida 4.

Y ya que en este mismo título del Código Alfonsino se encuentran modelos así del árbol de consanguinidad, como del de afinidad, oportuno será hacer notar que comparados los de la edición de Gregorio Lopez de 1555, que es oficial, con los de la edición de la Academia, que tambien es oficial, parecen á primera vista diferentes, ya por el diverso modo de pintarlos, ya por la distinta posición de las casillas. Sin embargo puede decirse que no presentan discrepancia alguna sustancial, porque aunque en la edición de la Academia faltan dentro de las casillas del árbol de consanguinidad los números que sirven para designar los grados, no por eso varia el árbol en sí. Tambien se echa de ver en el grabado del de afinidad que trae la edición de la Academia, que las cuatro casillas de la línea horizontal superior en él comprendidas estan entazadas por una especie de cintas dentro de las que se lee: «Primero grado de *cuñada*» como designando

ARBOL.

485

al hermano y á su muger ya dejada; y «primero grado de *afinidad*» como designando á la hermana y al marido de hermana ya dejada; pero, sin duda se han empleado esas dos palabras cuñadía y afinidad como sinónimas, puesto que la misma ley 5, tit. 6 de la Partida 4, á que corresponde el árbol dice terminantemente: «*Affinitas* tanto quiere decir en latin como cuñadía en romance.» Tampoco la advertencia puesta á la cabeza del árbol de afinidad en la edicion de Gregorio Lopez se encuentra en la de la Academia. Ultimamente en aquella edicion van adjuntas á ambos árboles sus respectivas declaraciones; en la del de consanguinidad se espresan las reglas de la computacion por derecho civil y por derecho canónico; y la del de afinidad contiene la definicion, etimología y naturaleza de esta y la regla para conocerla. Estas dos declaraciones faltan en la edicion de la Academia.

Hecha esta observacion, que hemos juzgado interesante, digamos cómo se procede para la formacion de un árbol genealógico. Bien comprendidos los grados y líneas del parentesco de que se hablará en sus respectivos lugares, sencillo es formar el árbol que debe representarlos; la línea descendente será la rama que parte hácia abajo; la ascendente la que se dirige hácia arriba, y de las personas que ésta comprende saldrá la colateral. Sin embargo, para la mejor inteligencia de la materia y de lo que se acostumbra en estos casos, creemos oportunas las siguientes observaciones:

1.ª Los árboles genealógicos, á diferencia de los naturales, efectúan su desarrollo de arriba á abajo, lo cual proviene del modo comun que tenemos de escribir y de la práctica constante que viene rigiendo para estos casos.

2.ª Si bien ha sido general hacer distincion entre los colaterales provenientes de hembra, y los provenientes de varon colocando los primeros al lado izquierdo del árbol ó al derecho del lector, y los segundos al opuesto, creemos que esa colocacion que trae su origen, á nuestro modo de entender, de la antigua diferencia de

agnados y cognados, complica innecesariamente la formacion del árbol. En nuestro concepto es preferible poner todos los colaterales de igual grado por el orden de su respectivo nacimiento, si el fin á que el árbol se destina no recomienda colocacion diferente.

3.ª Es conveniente para conocer la computacion al primer golpe de vista poner dentro de cada casilla un número que designe el grado civil y otro que designe el canónico, si fuere necesario tener presentes ambas computaciones. Antiguamente se usaba de la tinta negra para el primer objeto, y de la encarnada para el segundo, y se recomendaba que los números de los grados por derecho canónico se colocaran encima de los otros; pero basta para la buena inteligencia del árbol emplear los números arábigos y los romanos, segun las diferentes computaciones en la línea colateral, puesto que en la recta ambas dan igual resultado y es suficiente un solo número.

4.ª En las casillas mas próximas á la línea recta, formándose el árbol del modo que dejamos recomendado, se colocará á los que merezcan particular atencion segun el fin especial á que se destine el árbol.

5.ª Habiendo de espresarse con separacion la descendencia de distintos matrimonios, se enlazarán las casillas de los cónyuges respectivos y de ellas se harán salir las de sus hijos.

6.ª Si alguno tiene parentesco doble, en razon al enlace de un ascendiente suyo con otra persona del árbol, deberá hacerse referencia en una de las dos casillas que le correspondan á la otra, para conocer que se trata de una sola persona.

7.ª Cuando se dude del parentesco de una persona con alguna de las contenidas en el árbol, debe dejarse suelta su casilla para indicarlo.

8.ª Ultimamente, formándose árbol genealógico con motivo de un litigio sobre mayorazgo, por ejemplo, se acostumbra á poner números cerca de todas las casillas, que en nada se refieren á la computacion de grados, sino que solo sirven para poder

citar fácilmente las personas que convenga. Principiase la numeracion por las casillas mas altas y va procediendo por líneas horizontales de izquierda á derecha conforme se escribe.

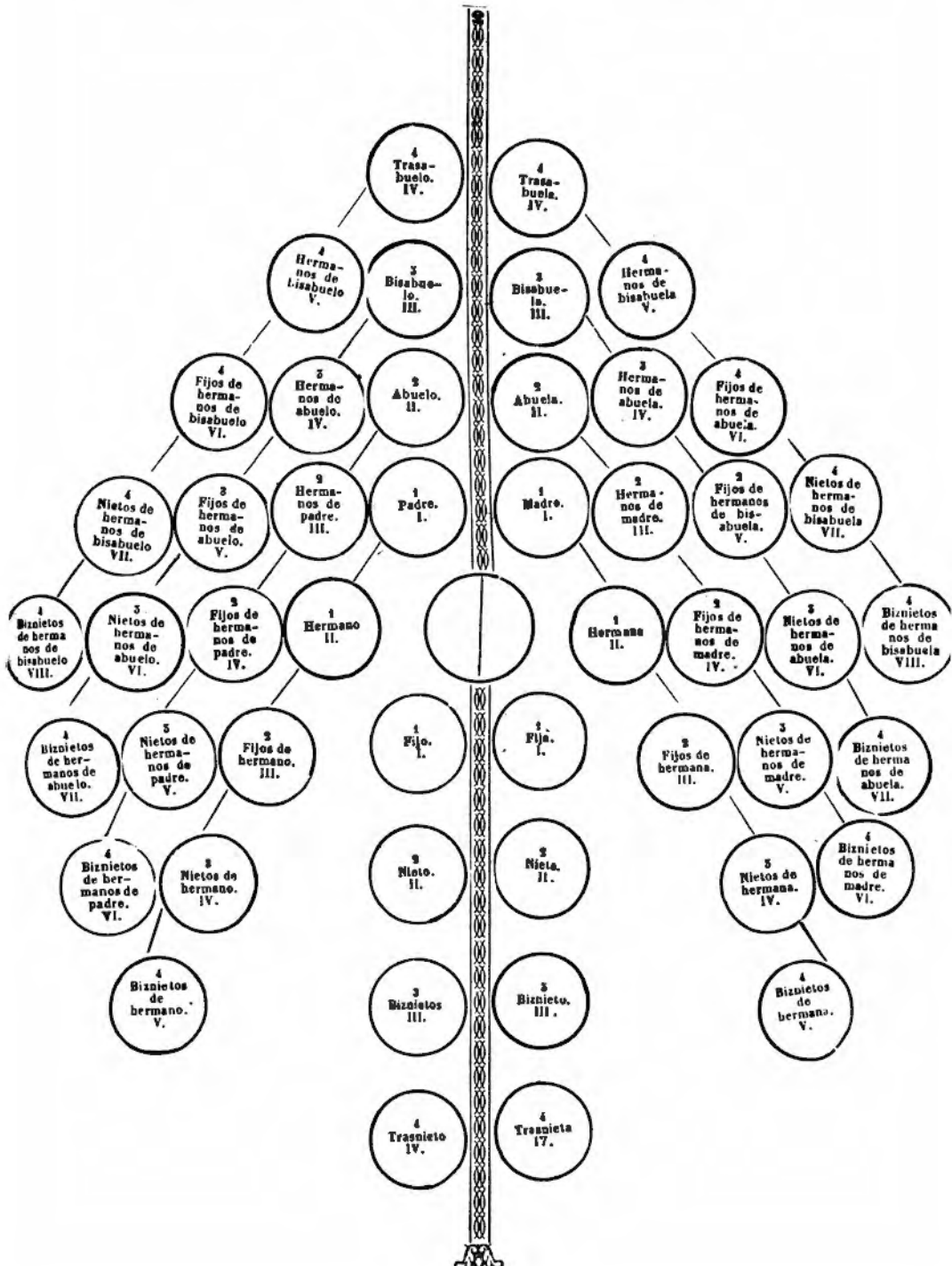
Para completar la inteligencia de la formacion de los árboles acompañamos con el número 4 el diseño del de consanguinidad

que se halla en las Partidas; con el número 2 el modelo del de afinidad que está en el mismo Código, y con el número 3 un árbol mas sencillo y claro, en que al primer golpe de vista aparecen marcados los grados por las computaciones civil y canónica.

V. COMPUTACION, GENEALOGIA, GRADOS, LINEA Y PARENTESCO.

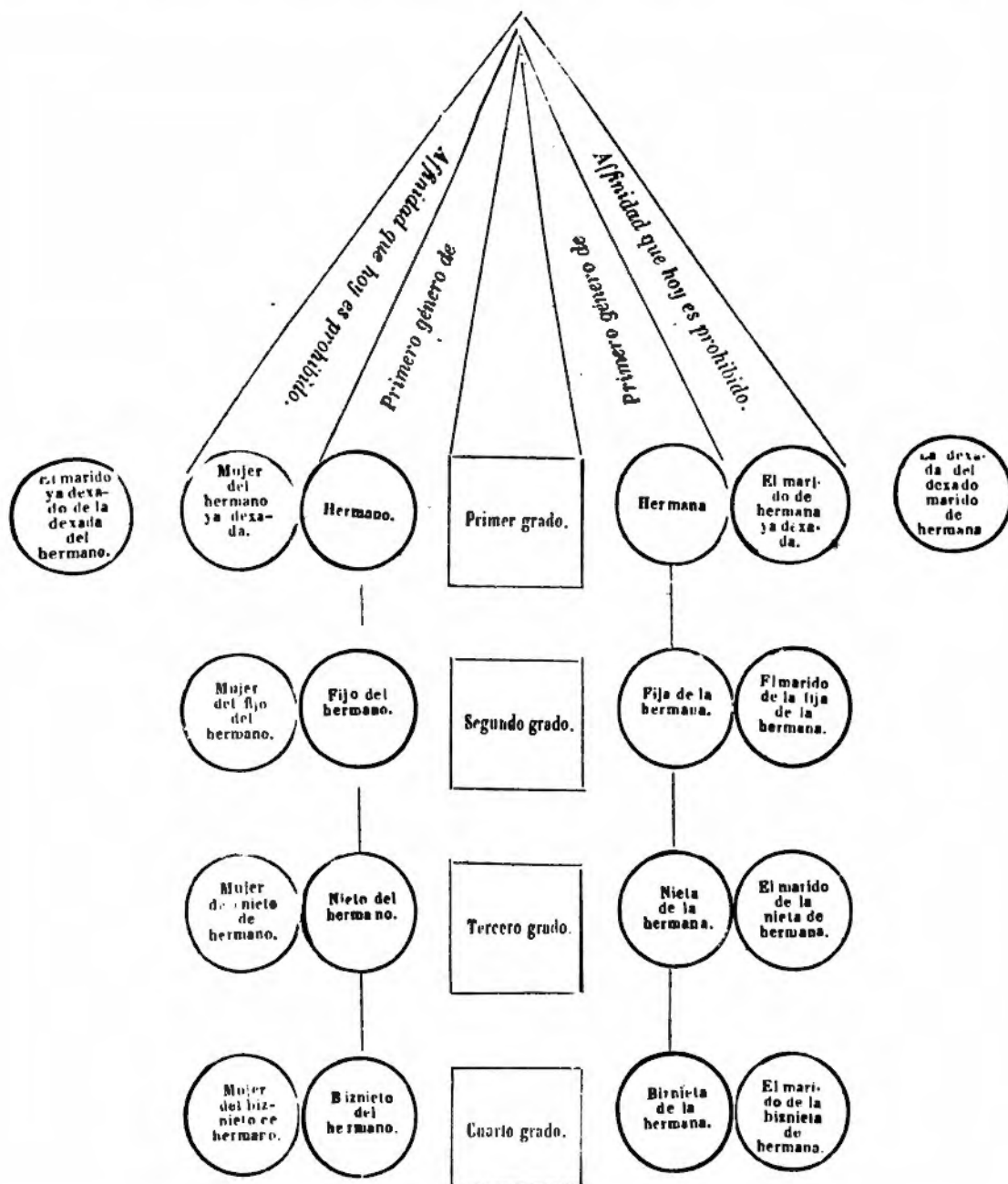
ARBOL DE CONSANGUINIDAD.

Núm. 1.º



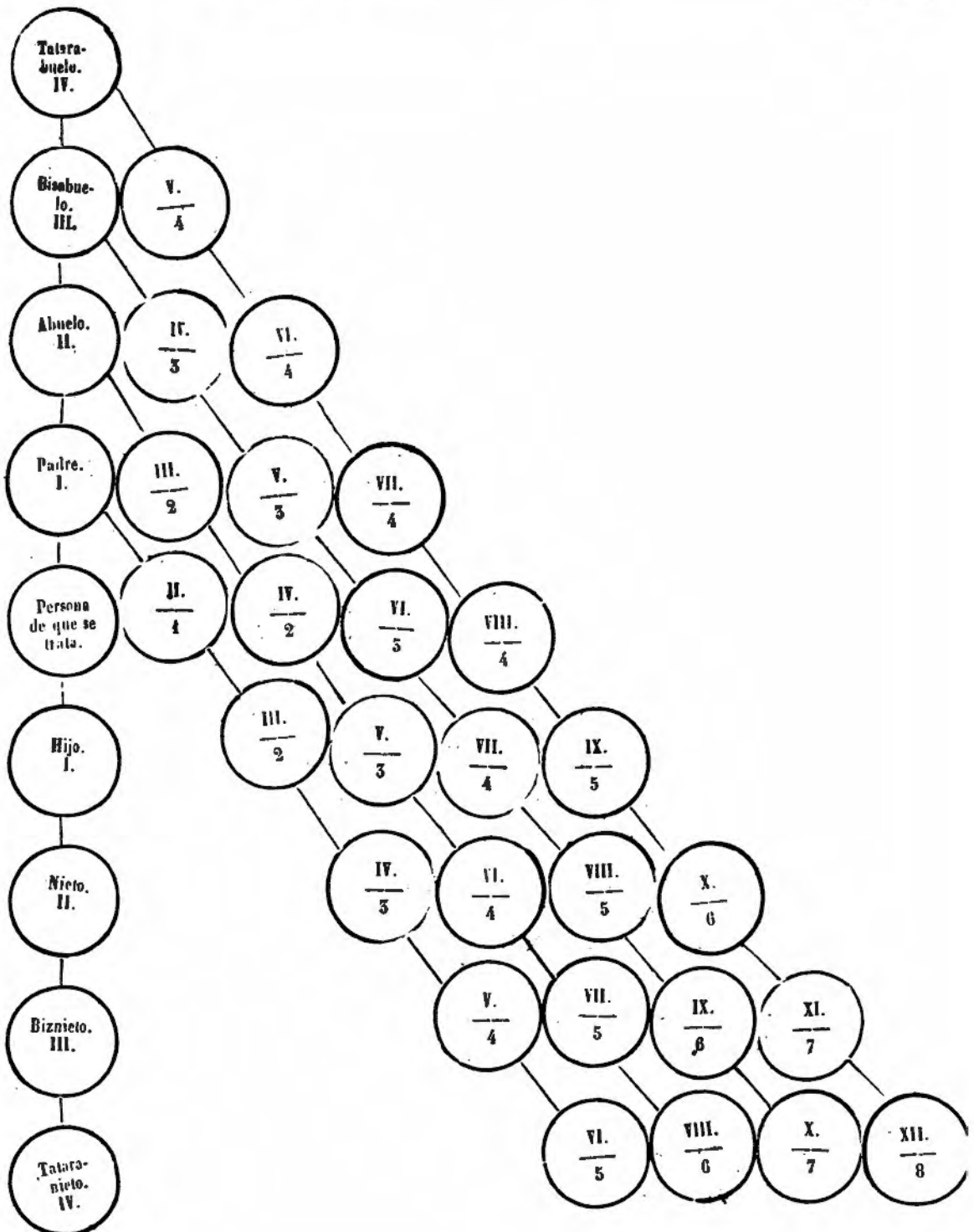
ARBOL DE LA AFFINIDAD.

Aquellas dos celdas que son á fuera se ponen á decor etc., para demostrar el género de la afinidad, mas non han prohibicion: todas estas otras si.



NOTA. El número romano designa el grado civil, y el arábigo el grado canónico.

Núm. 3.º



ARCEDIANO.

491

ARBOLADOS. V. **MONTES, PLAN-
TOS.**

ARCABUCEAR. En el sentido jurídico esta palabra significaba la ejecucion de la última pena por descarga de arcabuces, que fueron de las primeras armas de fuego conocidas en los ejércitos, así como despues, reemplazada dicha arma por el fusil, el mismo acto ó forma de ejecucion de la pena de muerte impuesta por los tribunales de guerra se llama fusilar.

**ARCEDIANO. ARCEDIANA-
DO. ARCHIDIACONO.** Arcedian-
no en griego, tanto quiere decir en nuestro
lenguage (segun la ley 4, tit. 6, Part. 1)
como cabdillo de Evangelisteros; mas no
era solamente á los diáconos (que la ley de
Partida llama Evangelisteros), á quienes
presidia el arcediano; sino tambien á los
subdiáconos y demas clérigos inferiores. Sus
funciones eran barto limitadas en la primi-
tiva Iglesia, y relativas solamente á vigilar
que los diáconos cumpliesen con las obliga-
ciones temporales, empleo mas bien pesado-
que honorífico. Para su desempeño nom-
braban los mismos diáconos al mas á propó-
sito de entre ellos, por lo cual decia San
Gerónimo en la epistola 68 á Evagrio:
*«Diaconi eligunt de se quem industrium no-
verint, et Archidiaconum vocent»* si bien otros
canonistas alegan fundamentos para probar,
que por lo comun eran nombrados por el
obispo. Al archidiácono ó arcediano se le de-
nomino tambien mas adelante *diácono car-
denal*, ó *Prior diácono*, que todos son sín-
onimos.

Bien pronto á sus graves ocupaciones y
vigilancia se fueron uniendo cargos ho-
noríficos: así que principiaron á servir al
obispo en la sagrada liturgia, le acompaña-
ban en la predicacion, llevaban el cáliz y
comulgaban con él al pueblo, luego que el
obispo habia dado la comunión con el pan.
Cuidaban de los clérigos inferiores, y los
presentaban al obispo para que los ordenase,
despues de haberse informado de su vida y
costumbres, y si las rentas eclesiásticas al-
canzaban para ello, práctica que todavia se
conserva en algunas partes, dirimian sus

contiendas, ó las ponian en noticia del obis-
do, y les repartian, como tambien á todos
los demas clérigos, las porciones correspon-
dientes á su manutencion. Ademas de ejer-
cer esta vigilancia especial sobre la admi-
nistracion de los bienes temporales de la
Iglesia y su distribucion, confiada á los
diáconos, vigilaban aun mas especialmente
acerca del modo con que se atendia á los
pobres, viudas, huérfanos y personas nece-
sitadas, objetos predilectos de la Iglesia, y á
que dedicaban los arcedianos sus cuidados
con preferencia. Ellos eran los que indica-
ban los dias de ayuno, las festividades de la
Iglesia, y recogian las ofrendas y colectas,
de las cuales se les entregaba la tercera par-
te para administrar, segun el cap. 7 del
concilio 1 de Braga, y finalmente, solian ha-
cer de secretarios de los concilios, segun lo
dispuesto en el de 4 de Toledo. Con ta-
les cargos onerosos, á la par que honorífi-
cos, no es extraño que llegaran á ser perso-
nages tan notables en la Iglesia, y de tal im-
portancia, que se los llamara con razon *ma-
nos y ojo* del obispo, pues por su conducto
ohraban y eran advertidos.

La citada ley de Partida esplica en estos
terminos sus atribuciones propias y las que
despues se arrogaron. «E por que los Arce-
dianos son vicarios de los obispos, tovo
»por bien Santa Iglesia, de demostrar que
»es lo que pueden fazer: é es así como vi-
»sitar las Iglesias de su Arcedianazgo, é or-
»denarlas, é oyr los pleitos, que y acaescie-
»ren, é pertencieren á juizio de Santa
»Iglesia. E han poder sobre los clérigos, que
»y fueren, de los juzgar, é castigar, é fazer
»enmendar los males que fizieren en sí, é
»en otri; fueras ende si fuessen los yerros
»tan grandes, que non los podiessen fazer
»enmendar sin su obispo. E debenles ense-
»ñar como vivan ordenadamente, é fagan
»bien su officio. E deven predicar al pueblo,
»é enseñarles la creencia, é mostrarles como
»se sepan guardar de los pecados. Ca é to-
»das estas cosas son tenidos de dar á nues-
»tro Señor Jesu-Christo cuenta é razon el
»dia del juyzio. E por todo esto que han de
»fazer dijo Sant Clemente papa, que el Ar-

«cediano era como ojo del obispo; porque él ha de ver todas las cosas que fueren mal fechas en su arcedianazgo: ca el las ha de ver, é facer enmendar, é mostrarlas al obispo, que las castigue, é las enmiende. E aun al han de fazer los Arcedianos: ca ellos deven examinar los clérigos, quando se vinieren á ordenar, si saben leer, é cantar, é construir; é si son tales, que merezcan aquella orden que demandan, é presentarlos al obispo. Mas non les pueden dar letras para otros obispos, que los ordenen, si non fuer por mandado de sus obispos. Nin pueden dar otrosi cura de almas á ningún clérigo, sin mandado de ellos; fueras ende si en algunas Eglecias lo oviesen usado luengo tiempo por costumbre. E otrosi los clérigos, que ovieren de aver los beneficios, devenlos provar primeramente los Arcedianos, si los merecen, é despues presentarlos al obispo, que gelos de; é despues que el obispo gelos oviere otorgado, devenlos ellos meter en tenencia, é quando el obispo quisiere fazer algun Arcipreste, el Arcediano, se deve acertar con el en facerlo, é si el Arcipreste fiziere, porque pierda el arciprestazgo, el Arcediano deve ser con el obispo, quando gelo toller; é esto es porque el Arcipreste, es vicario de amos á dos, tambien del Arcediano como del obispo. E al Arcediano pertenece primeramente de poner en la silla al abad, é al abadesa, que el obispo fiziese en su arcedianazgo. Otro si el Arcediano tiene poderio de vedar, é descomulgar tambien á los clérigos, como á los legos de su arcedianazgo, quando lo merecieren, é vedar las Eglecias, que non digan Horas, segun lo han de costumbre.»

No era fácil que con tales atribuciones y honores durase incorrupta por largo tiempo esta institucion, segun de suyo es débil la naturaleza humana, y saliéndose de su esfera se elevaron en breve á mayores cargos, dejando al de los diáconos muchos de ellos. Erigieronse en jueces, no solamente de los clérigos inferiores, sino tambien de los presbíteros: avasallaronlos á pesar de su alta dignidad y tuvieron á mengna el ordenarse

de presbíteros, por no dejar de ser arcedianos. Creyéronse superiores á los arciprestes y en este concepto les apoyaron los falsarios, fingiendo varios monumentos y en especial lo consignado en el cap. 1 de *offitio Archidiaconi*, como correspondiente á un concilio de Toledo, lo que incluido por Graciano en las decretales, fue tenido por derecho comun; como si fuese mas el ciudadano de las cosas temporales, que era su principal objeto, que no el espiritual, que correspondia al arcipreste. Constituidos en vicarios generales de los obispos, desconocieron, no solamente el objeto de su institucion, sino que principiaron á mirar como propia de su dignidad la jurisdiccion que ejercian por delegacion de sus preladados, y aun algunos pretendieron figurar entre ellos, y tomaron el nombre de *Vicarios natos*, llegando el caso de que los seculares se apoderasen de los arcedianados para hacer dinero. La negligencia de algunos obispos, que hallaban mas cómodo el que sus arcedianos gobernasen la diócesis, que no hacerlo por sí, fomentó este orgullo. Siguióse á esto la codicia en el desempeño de la jurisdiccion, y en pos de esta los demas vicios que son consiguientes.

Por otra parte sus atribuciones, limitadas en un principio al distrito de la catedral estendiéronse á toda la diócesis, en la que ejercian omnimoda jurisdiccion, y para tenerla tambien sobre los presbíteros, pasaron por fin á recibir el presbiterado, sin dimitir el cargo de arcedianos, ó bien se nombró á estos de entre los presbíteros, llegando por fin á prescribirse esto último. Como consecuencia de lo primero fue preciso dividir la diócesis en varios distritos, que tomaron el nombre de arcedianados, poniendo en cada uno de ellos un arcediano, que ejercia la jurisdiccion, unas veces omnimoda, otras solamente la contenciosa, segun la delegacion del obispo. Tenianse en cuenta para estas divisiones, no solamente la topografia de la diócesis, sino tambien la variedad de idiomas, leyes, costumbres y naciones; la dignidad de las iglesias subalternas en grandes poblaciones, y hasta la

ARCEDIANO.

493

disficultad de atravesar las grandes cordilleras que dividían el territorio de una misma diócesis. Los arcedianos, que ejercían jurisdicción en distritos determinados, residían en ellos; mas poco á poco fueron acercándose á las iglesias catedrales, ó mas bien los obispos les hicieron venir á residir en ellas, á pretexto de honrarlos, poniendo en su lugar oficiales y vicarios que ejerciesen la jurisdicción en su nombre: parece mas probable este modo de explicar su aglomeración á las catedrales, que no la que generalmente dan algunos canonistas, de que se fueron acogiendo á ellas cansados de la soledad de sus distritos; pues estando á veces en ciudades populosas y distantes del prelado, allí podían fomentar mas su orgullo, que no á la sombra de la iglesia catedral, donde eran meras dignidades. Mas al retirarse los arcedianos, conservóse en muchas diócesis la distribución de arciprestazgos y arcedianatos, si bien otras han variado posteriormente su división.

De este modo se explica también que residan los arciprestes foráneos de España en los distritos de su cargo, y aun ejerciendo jurisdicción algunos de ellos segun se dirá al hablar de los arciprestes, al paso que los arcedianos se hallan ya todos en la iglesia catedral, reteniendo el título de su distrito, como de mera dignidad (1).

La época en que principiaron á pasar á las iglesias catedrales, fue hácia el siglo XI. En España, y especialmente en la corona de Aragón, se fueron reduciendo mas

tarde, y hay monumentos por los que se ve, que en el siglo XII todavía administraban justicia en el pórtico de las iglesias de su distrito, á estilo del país.

Reducidos, pues, los arcedianos á las iglesias catedrales, quedaron, al menos en España, como meras dignidades y sin jurisdicción, pues si alguna vez la ejercen, mas bien es por voluntad del obispo que por su institución. Con todo, en el extranjero, y especialmente en Bélgica, han quedado en varias partes con jurisdicción propia, y en no pocas catedrales presiden á los cabildos, y son las primeras autoridades después de la episcopal. Acerca de esto puede verse á Van-Espen y Tomassin, y sobre las prerogativas que la congregación de ritos ha concedido á los arcedianos, á Barbosa, que los cita con estension. Por nuestra parte, no estando en práctica en nuestra patria, y debiendo estar en esto á la costumbre de las iglesias, no creemos necesario detenernos en estos pormenores, muchos de ellos meramente litúrgicos.

Restáanos para concluir, indicar los derechos y obligaciones que el concilio de Trento impone á los arcedianos. Ante todas cosas, deben ser maestros en teología ó licenciados en derecho canónico, segun la ses. 24, cap. 2 de reform., que dice espresamente: «*Archidiaconi etiam, qui oculi dicuntur Episcopis. sint in omnibus ecclesiis, ubi fieri poterit, magistri in theologia, seu doctores aut licentiatii*; no bastando para ello que sean doctores por privilegio, sino que lo deben ser por grado conferido en universidad, segun la bula de San Pio V (núm. 65). Cuando el arcediano es primera dignidad, debe ser doctor, aunque no haya de ejercer jurisdicción, y en sus bulas suele poner la curia estas palabras: *Quod infra annum Lauream doctoralem suscipere teneatis*.

El Concilio les concede también el derecho de visitar la diócesis, donde sea costumbre que lo haga el arcediano (1), mas para ello deberán pedir consentimiento al obispo, llevar un notario, hacer la visita

(1) Los anotadores de Selvagio advierten oportunamente que en la catedral de Pamplona, hay dos arcedianos, uno de talia y otro de cámará. Además de estos hay otros cinco arcedianos titulares. A este añadirémos que también la de Huesca conserva un arcediano de cámará, como recuerdo de la antigua vida común de los canónigos.

Debe advertirse también, para completar las noticias de nuestra disciplina, acerca de los arcedianos, que en casi todas las catedrales de Cataluña el arcediano mayor, ó titular, es la dignidad *post pontificalem*, de manera que el coro de canónigos se divide en lado ó coro del obispo y lado del arcediano.

Respecto á la residencia en las catedrales, solo sabemos que está exceptuado de ella el arcediano de Briviesca, que tiene asiento en la catedral de Burgos, pero con facultad de residir también en la colegiata de su título, de que es presidente.

En cuanto á la división de las diócesis en arcedianatos, solo tenemos noticia de un distrito que conserva el título de arcedianato, que es el territorio de Calatayud, cuyo arcediano reside en Tarazona, pero el obispo de aquella diócesis pone en él un vicario general.

(1) Ses 24, cap. 8, de ref.

por sí mismos, dar cuenta á su obispo, en el término de un mes después de la visita, de todo lo actuado en ella, presentando las actas íntegras y testimonios originales, sin alegar costumbre en contrario, aunque sea inmemorial, ni menos privilegios ó escepciones.

Les prohíbe á los arcedianos conocer, ni aun durante la visita, de causas matrimoniales ó criminales, sino que deben quedar al exámen y jurisdicción del obispo, aun cuando hubiese lite pendiente acerca de esto (1), como igualmente acerca del concubinato de los clérigos, cuyo conocimiento no pueden estorbar al obispo, único que en ello debe conocer, sin estrépito; con cuyo motivo Barbosa (2) y otros canonistas opinan, que las causas mayores y beneficiales son igualmente reservadas.

De la division de las diócesis de España en arcedianatos ó arcepresazgos y vicarias, que hay en relacion con ellos, se hablará en la palabra *provincia eclesiástica*, y sobre la superioridad de los arcepresbiteros, y los falsos documentos en que se trató de fundar la de los arcedianos. V. la palabra **ARCEPRESTE**.

ARCHERO. Lo mismo que *arque-ro*, ó soldado armado de arco. Entre nosotros llevaron especialmente ese nombre los soldados de la guardia noble, originaria de Borgoña, traída á España por el emperador Carlos V. Esta guardia fue en un principio de á pie. En tiempo de Felipe V se reformó, haciéndola de caballería y dando á los soldados otras armas; no obstante lo que todavía por algun tiempo conservaron el nombre de *archeros*, y aquella el de guardia alemana.

ARCHIDUQUE. Como si dijéramos el primero de los duques, ó el jefe de ellos. Es palabra de doble origen, griego y latino. La raíz del primer género es *arche*, y la del segundo *dux*. La primera de ellas entra en la composicion de muchas voces, regularmente técnicas, muchas de las cuales tie-

nen artículo especial en la **ENCICLOPEDIA**, que es lo que nos ha movido á hacer esta ligera explicacion. La mencionada raíz griega pasa al castellano casi siempre latinizada, ó mas bien españolizada en la forma que lo son las voces latinas que originariamente forman el gran caudal de nuestra lengua. La modificacion sufrida por la voz griega en este caso es la de convertirse la *ch* en *c*, ó *z*. De cualquier modo que entre en la composicion de una palabra indica supremacía respecto de la clase expresada en la segunda parte de la voz: así, por ejemplo, *arzobispo* es el principal, ó el jefe de los obispos: *arcediano* el primero de los *diáconos*: *arcepreste* el principal de los *presbíteros*, etc.

ARCHIMANDRITA, O ARGIMANDRITA. Palabra griega, trasladada al derecho canónico, y significa el jefe ó superior de una comunidad religiosa, como el abad ó prior.

ARCHISINAGOGO. Antiguamente se llamaban así ciertos sacerdotes que formaban como el consejo del patriarca de Jerusalem. Entre los hebreos eran ciertos jefes de las sinagogas. Los primeros se llamaban tambien *apóstoles* y *apóstolos*.

El código Teodosiano en su libro 16 hace frecuente mencion de estas clases, que fueron conocidas con las denominaciones de *hierí*, *archisinagogi*, *patres synagogarum*, *apostoli*, *primates*, etc.

ARCHIVERO. La persona encargada del arreglo y custodia de un archivo. Los pormenores relativos á este cargo se desenvolverán convenientemente en el artículo **ARCHIVO**.

ARCHIVISTA. Lo mismo que *archivero*. Es voz rarísima vez usada. La ley 2, tit. 4, lib. 2 de la Nov. Recop. llama así al archivero de la Rota; pero en el uso aun á este mismo se le nombra comunmente *archivero*. Sus deberes y obligaciones especiales pueden verse en el artículo **ARCHIVO**.

ARCHIVO. El edificio ó parage en que se conservan documentos públicos ó privados. Como lo ordinario es que dichos documentos se conserven en parages ó edi-

(1) Sex 21, cap. 20.
(2) Colet, num. 6.

ARCHIVO.

495

licios destinados á este fin, damos la definición en concreto, entrando en ella la idea de localidad y la de documentos archivados; pero en todo caso debe tenerse presente que estos, donde quiera que se hallen, constituyen esencialmente el archivo, lo que conviene no perder de vista para determinar la fé que en general está concedida por pública conveniencia á los depósitos de este género.

Su incontestable importancia ha hecho que los autores inquieran con especial diligencia el origen etimológico de la voz *archivo*. Esta, segun San Isidoro en su tratado de los orígenes, lib. 20, cap. 9, viene de la de *arca*, que es á un tiempo española y latina y significa ciertamente un mueble á propósito para la conservación de papeles ó efectos de cualquier género. Segun otros autores, *arca* derivaría en este supuesto del verbo latino *arcere*, cercar ó encerrar.

Godofredo en su glosa á la ley 9, tit. de *penis* del Digesto, asienta que la palabra *archivo*, segun la ley 30 del tit. de *audientiâ episcopali* del Código, es de origen griego y significa lo mismo que *la casa ó palacio del príncipe, ó el lugar en que se conservan documentos públicos ó privados*; en lo que hay una notable equivocación, pues los términos de la mencionada ley, que es la 30 del tit. 4, lib. 1 del Código, hablando de cierta clase de documentos que debían conservarse, dice así: *cum autem factæ fuerint tutorum, aut curatorum creaciones, præsentet etiam religiosissimo civilatis episcopo, in ipsis sanctissimæ ecclesiæ archiis deponi gesta sancimus, ut sit perpetua rei memoria*. La ley, como se ve, no da lugar de modo ninguno á la interpretación de Godofredo, ni habla mas que de los archivos de las iglesias, y no del palacio del príncipe, aunque si es cierto que en sus palacios imperiales se conservaban archivos, y que la palabra originaria *archeion* en una de sus varias acepciones significa los archivos públicos.

Debe notarse que en esta ley y en algunas otras romanas, los archivos vienen expresados con la palabra *archium*, visiblemente derivada de la griega *archeion*, así

como esta de la misma radical *arche*, que como ya hemos dicho en el artículo *amensura*, significa *lo primero, lo principal*, y en ese supuesto *archivos ó archivo* serían lo mismo que matriz ó protocolo de documentos públicos ó privados. De cualquier modo que sea queda demostrado que *archivo* no viene de *arca*, ni de *arcere*; sino inmediatamente de *archium*, que es como se transformó la palabra *archium*, usada por algunas leyes romanas, viniendo en ellas de la griega *archeion*. Los archivos son conocidos además en lo antiguo con los nombres de *chartarium*, *graphiarum*, *sanctuarium*, *sacrarium*, *scrinium*, *grammatophilatium*, *armarium*, etc.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes de la Novísima Recopilación.

Disposiciones posteriores.

Leyes de Indias.

LEYES DE LA NOVISIMA RECOMPILACION.

LEY 4, TIT. 1, LIB. 3, NOV. RECOMP.

D. Fernando y Doña Isabel en las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, cap. 80 Doña Isabel en Segovia año de 503, visita, cap. 2; y D. Carlos I en Toledo año 23, visita, cap. 63.

Ordenamos y mandamos que en las nuestras audiencias y casas de ellas haya archivos en que se pongan todos los procesos que se determinaren por cualesquier jueces de las dichas audiencias, despues que fueren determinados y dadas las ejecutorias, poniendo los de cada año sobre si, para que se hallen siendo necesario; y los escribanos cuyos fueren, pongan unas tiras de pergamino sobre los tales procesos, en que se escriba entre qué personas y sobre qué es cada uno, y ante qué juzgado pasó y en qué tiempo, y ningún escribano sea osado á retener el proceso en su casa ni en otra parte mas de cinco días despues de sacada la ejecutoria, sopena de dos mil maravedis de cada vez; y cuando fuere menester el pro-

ceso, búsquelo el escribano siéndole mandado por el juez y oidores, y lleve por su trabajo un real y no mas; y en otra parte de los dichos archivos se pongan los privilegios y pragmáticas y todas las otras escrituras concernientes al Estado y preeminencia y derechos de las nuestras chancillerías, so llave y fiel guarda de nuestro chanciller; y que los procesos esten cubiertos con pergamino, porque esten mejor guardados, y mandamos que cuando estuvieren acabados los archivos de nuestras audiencias, los escribanos lleven á ellos los procesos y los pongan en la manera susodicha.

LEY 2, TIT. 2, LIB. 7.

D. Fernando y Doña Isabel en Sevilla en la pragmática ó instruccion de 9 Junio de 1500, cap. 19.

Mandamos á los corregidores que se informen si en la ciudad ó villa, ó lugar donde fueren proveidos, hay casa de concejo y cárcel cual convenga, y prisiones; y si no las hubiere den orden como se hagan. Y otrosí, que hagan arca donde esten los privilegios y escrituras del concejo á buen recaudo, que á lo menos tengan tres llaves, que la una tenga la justicia y la otra uno de los regidores, y la otra el escribano del concejo, de manera que no se puedan sacar de allí; y que cuando hubiere necesidad de sacar alguna escritura, la saque la justicia y regidores; y que aquel á quien la entregaren se obligue de tornarla dentro de cierto término, y dé conocimiento de ello y quede en el arca del concejo; y que el escribano del concejo tenga cargo de solicitar que se torne; el cual escribano haga hacer los libros que tenemos mandado que se hagan, segun y como se contiene en la ley siguiente, se ejecute la pena en ella contenida y haga que en la dicha arca esten las siete Partidas y las leyes del Fuero, y este nuestro libro, y las mas leyes pragmáticas (1);

porque habiéndolas mejor se puede guardar lo contenido en ellas:

LEY 3, ID. ID.

Los Reyes Católicos en Granada por pragmática de 3 de setiembre de 1501.

Mandamos á los escribanos de concejo de todas las ciudades y villas de nuestros reinos, ó á sus lugares-tenientes, que cada uno dellos en su lugar haga hacer un libro de papel de marca mayor, en que se escriban todas las cartas y ordenanzas que, despues que reinamos acá, hubieremos enviado á cada una de las dichas ciudades y villas, sobre qualquier causa y razon que sea; y de ahí en adelante hagan escribir en él todas qualesquier nuestras albaláes y cédulas que en los dichos cabildos fueren presentadas; y en el comienzo de dicho libro esté una tabla en que se haga mencion de las cartas que allí estan, y sobre qué es cada una; por manera que se pueda haber razon y cuenta de las dichas cartas y ordenanzas cada vez que fuere mandado; y asimismo que hagan hacer otro libro de pergamino enquadernado en que se escriban todos los privilegios que las dichas ciudades y villas y sus tierras tienen, y todas las sentencias que en su favor se han dado, así sobre razon de los términos como sobre otras qualesquier cosas tocantes al bien y procomun de las dichas ciudades y villas; en el qual asimismo se escriban todos los privilegios que de aquí adelante les fueren dados y otorgados, y las sentencias que en su favor fueren dadas. Y mandamos á los concejos de las dichas ciudades y villas, que den y libren á los dichos escribanos los maravedís que fueren menester para hacer los dichos libros, de manera que haya efecto lo de suso contenido; lo qual cumplan los dichos escribanos, so pena de cinco mil maravedís para la nuestra Cámara cada vez que dejaren de cumplir lo susodicho. Y mandamos á los nuestros corregidores y jueces de residencia de las dichas ciudades y villas, que hallando no se haber cumplido lo susodicho, que ejecuten en cada uno de los

(1) Por la segunda parte del cap. 67 de la Instruccion de corregidores inserta en la Cédula del consejo de 15 de mayo de 1784, se les previene que en observancia de esta ley hagan que en los ayuntamientos haya y se conserve el cuerpo de las leyes del reino.

ARCHIVO.

497

dichos escribanos la dicha pena cada vez que incurrieren en ella.

LEY 10, TIT. 23, LIB. 10.

D. Fernando y Doña Isabel en Toledo por pragmática de 12 de Julio de 1502. D. Carlos y Doña Juana en Madrid año 534 pet. 87 y año 535 pet. 87; y D. Carlos en Valladolid año 548 pet. 17.

Mandamos, que cuando quier que algun escribano falleciere de esta presente vida, ó fuere privado en cualquier manera del oficio, si fuere de los nuestros escribanos del gobernador y alcaldes mayores del reino de Galicia, ó escribanos de concejo, ó escribanos públicos de las ciudades, villas y lugares de nuestros reinos, que las Justicias de la tal ciudad, ó villa ó lugar do el tal escribano fuere muerto ó privado, vayan luego á casa del tal escribano, y por ante el escribano del concejo de la tal ciudad, villa ó lugar pongan en recaudo todas las notas y registros, y otras escrituras que hallaren del tal escribano, y las hagan juntar y sellar con un sello, y las pongan en lugar donde esten juntas y bien guardadas, que no se pierdan ni se pueda hacer engaño ni falsedad en ellas, y despues las den y entreguen al escribano que sucediere en el dicho oficio por ante el dicho escribano de concejo, y por ante las personas que se hobieren hallado presentes al tiempo que los dichos registros se sellaron y pusieron en recaudo, si pudieren ser habidas, sino ante otras buenas personas del dicho lugar; quedando al dicho escribano de concejo un traslado del memorial por donde se pusieron en recaudo y se dieron las dichas escrituras, y otro en poder del escribano que las recibe; haciendo el tal escribano, que así sucediere en el dicho oficio, juramento, antes que se le entreguen los dichos registros, que los guardará bien y fielmente: y que los que dellos no fueren hechas cartas públicas, y las otras, que conforme á la ley de la Partida y leyes de nuestros reinos fueren hechas, las pueda dar, aunque no se hayan dado otra vez á aquellos á quien pertenesiere, seyéndole pedidas, no creciendo ni menguando, ni añadiendo ni cambiando, ni haciendo ni

consintiendo hacer engaño ni falsedad en ninguna, ni alguna dellas; lo cual todo que dicho es, se haga y cumpla así para siempre jamás sin embargo de cualquier costumbre y ordenanza que en las dichas ciudades, ó villas ó lugares haya en contrario de lo susodicho, así entre los escribanos dellos como en otra cualquier manera; lo cual todo casamos y anulamos, y mandamos, que sin embargo dello se guarde lo de uso contenido: y mandamos que lo dispuesto en esta ley, que los registros de los escribanos muertos ó privados se hayan de entregar y traspasar al sucesor, haya lugar asimismo, y se guarde cuando los escribanos traspasaren ó renunciaren los oficios, que sean obligados á traspasar y entregar los registros y escrituras á los que así hobieren los oficios de la dicha renunciacion. Y mandamos, que los escribanos que no son del número ni concejo, ante quien pasan escrituras, que muriendo sin dejar sucesor en el oficio, que los escribanos de concejo tomen todos un registro por inventario, para que las partes los hallen, y esto sin perjuicio de los herederos del difunto.

LEY 13, TIT. 10, LIB. 11.

D. Felipe II en las Cortes de Madrid año de 1586 pet. 41; y D. Felipe V en Madrid á 30 de noviembre de 1703.

Mandamos que los receptores no puedan sacar de los archivos las escrituras originales. Y por punto general que para ningunas pruebas de hábitos y demas que se ofrecieren, no se puedan traer ni sacar de las Iglesias los libros parroquiales, ni de los oficios de escribanos los protocolos, ni de los archivos de las ciudades, villas y lugares, ni otras comunidades particulares de estos reinos los padrones y papeles originales; los cuales solo se han de manifestar á los informantes, para que en presencia de las personas á cuyo cargo esté la autoridad de dichos libros, instrumentos y papeles puedan copiar las partidas é instrumentos que necesitaren para sus informaciones, legalizados y comprobados, con las prevenciones convenientes, escusando la dilacion y costas de las partes; pues aunque no se duda que

alguna vez podría ser útil que el tribunal ó comunidad que ha de juzgar las pruebas, hiciese inspeccion ocular de algun libro ó instrumento original (que debe considerarse muy extraordinario), se podrá ocurrir bastantemente á esto, con que en la eleccion de informantes se procure (como lo he encargado muy particularmente) aplicar todo el cuidado á que sean de entera fé y satisfaccion.

LEY 11, ART. 12, TIT. 17, LIB. 1.

D. Felipe II en Madrid á 6 de enero de 1558.

El dicho secretario de mi patronazgo ha de poner dentro de un año, despues que esta instruccion se publicare, en un libro encuadernado, y por muy buena orden, los arzobispados y obispados que son á mi presentacion en la corona de Castilla, reino de Navarra é Islas de Canaria; declarando su valor, conforme á las relaciones que dentro del dicho año se tuvieren de ello, y con las demas circunstancias que fueren de consideracion; y asimismo las abadías, prioratos y otras dignidades y beneficios que son á mi provision, con las calidades de ellas y su valor; y tambien las capellanías y otros oficios de las capillas, monasterios, hospitales reales de estos mis reinos, cuya provision me pertenece; y de las dignidades, canonías, raciones, y otras prebendas y beneficios de las iglesias, catedrales y colegiales, y otras de mi patronazgo real; de manera que se tenga particular noticia y luz de todas las cosas eclesiásticas, cuya presentacion y provision me toca: y otro tal libro como este, firmado de vos el presidente y los de la cámara, autorizado con la fé del secretario, se llevará al archivo real de Simancas, para que esté allá guardado: y de que todo se ejecute y cumpla así tenéis particular cuidado.

LEY 11, TIT. 23, LIB. 10.

D. Felipe III en Valladolid por pragmática de 1606 publicada en 604.

Las justicias de los pueblos, por muerte de los escribanos reales, entreguen sus re-

gistros de escrituras á los del concejo ó número de ellos.

LEY 2, TIT. 4, LIB. 2.

El consejo pleno por auto acordado de 9 de octubre de 1610.

Capítulo 8, que trata del archivista del tribunal de la Rota.

2. Se ordena y manda que haya y se dispute en las casas y palacio de los nuncios aposento particular donde estar y se tengan todos los papeles, breves, escrituras, registros, procesos y libros tocantes á la reverenda cámara apostólica, y á sus espolios y derechos, y que los notarios y secretarios de la dicha cámara esten obligados á entregar por inventario á fin de cada un año todos los procesos y papeles que hay y se han consultado y fenecido por todos los años pasados hasta el día de la publicacion de esta reformation, y los que se causaren adelante, con una copia de todos sus arrendamientos, composiciones, obligaciones y contratos que se hubieren hecho ó hicieren de aquí adelante con cualesquier personas en razon de los dichos derechos que en cualquier manera pertenezca á la dicha cámara apostólica, así para los espolios como por las vacantes; y el notario de la dicha cámara tenga un libro en que asiente con día, mes y año los papeles que entregare, tomando recibo del archivista; el cual asimismo tenga otro libro, en el cual por la misma orden se vaya haciendo cargo con día, mes y año de todos los papeles que recibiere, para que pueda dar buena cuenta de ellos, siempre que le fueren pedidos por los nuncios.

3. Ordenamos, que en el dicho aposento de la casa y palacio donde estuviere el dicho archivo, se hagan sus estantes y escalones, en que se pongan los dichos procesos y demas papeles por su orden en tres repartimientos; el primero de los papeles que tocaren al secretario del oficio de justicia; el segundo de los de la cámara apostólica, y el tercero de los breves y comisiones que hubieran emanado del tribunal: y en cada uno de los dichos tres repartimien-

ARCHIVO.

499.

tos se pongan por orden: los procesos y demas papeles; haciéndose de ellos legajos por sus años, con títulos de las provincias y obispados á quien pertenecen, por la misma cuenta y orden con que se asentaron en el libro del archivista, el cual guardará siempre en su poder las sentencias originales que se dieren en el tribunal y por los jueces de comision.

4. Queremos que el dicho archivista tenga un libro en el cual asiente con puntualidad, y nota del día, mes y año, las cosas notables que se ofrecieren, y fueren de importancia para la buena administración de Justicia y conservación de la jurisdicción y buen gobierno del tribunal; el cual libro no salga de su poder ni lo pueda comunicar á persona alguna sin licencia expresa de los nuncios que por tiempo fueren, so pena de excomunion mayor *lata sententia*.

5. Que los secretarios de los dichos oficios de Justicia, cámara y comisiones, y sus oficiales mayores esten obligados á entregar dentro de un mes de dicho archivista todos los pleitos originales que se hubieren sentenciado ante ellos definitivamente, para que esten siempre guardados en el dicho archivo; y los que estuvieren sentenciados al tiempo de la publicación de esta reformation se entreguen al archivista dentro de cuatro meses, guardando los unos y los otros el orden arriba dicho de la razon que han de tomar de la entrega y recibo de los dichos pleitos: y habiéndose de sacar algun proceso del poder de dicho archivista para compulsarse, estando sentenciado definitivamente, ó por otra causa, tenga cuidado el dicho archivista de cobrarles y volverle al archivo dentro de quince días despues de hecha la compulsa; so pena que el que faltare en algo de esto, demas de estar obligado á rehacer las costas y daños á las partes, incurra por la primera vez en pena de 25 ducados, y por la segunda en 50 ducados y suspension de su oficio por 4 meses, y por la tercera en privacion de él.

6. Que todos los pleitos que estuvieren sentenciados definitivamente en el dicho tribunal los guardé siempre en el dicho archi-

vo, y no los entregues á ninguna de las partes, ó jueces de apelacion, ó otra persona alguna, sino en traslado compulsado, por ningun título ó causa que se alegue; y de los dichos procesos que se compulsaren haya de llevar el archivista la tercera parte de los derechos que tocan al secretario, sin que por esto el dicho secretario pueda llevar mas de lo que señala el arancel; y no se podrá compulsar ningun proceso, sino se hubiere primero entregado al archivista.

LEY 9, TIT. 23, LIB. 10.

D. Felipe II en las Cortes de Madrid año de 1565.
pet. 20.

Y asimismo mandamos que de todas las escrituras se pongan y deposite un traslado en los archivos de cada ciudad, villa ó lugar, pidiéndolo alguna de las partes; con que el escribano ante quien se otorgare haya de poner la escritura en el archivo y tomarse razon de ella dentro en tercero día, y que en el escritorio se haya de hacer mencion de como la parte lo pidió.

ARTICULO 6 DE LA LEY 1, LIB. 4, TIT. 2.

D. Felipe V en Madrid á 20 de enero de 1717.

Y deseando ocurrir á los perjuicios que se han seguido á mis vasallos en la pérdida, menoscabos y extravíos de papeles, así tocantes á secretarías como escribanías de cámara de los consejos, he resuelto nombrar, como con efecto nombro, ministros de mi satisfaccion, para que no solo reconozcan, si en ellas se han observado todas las leyes y ordenanzas que previenen la forma en que se han de tener los papeles para su puntual manejo y custodia, si tambien para que en conformidad de lo dispuesto se lleven los papeles, así de las secretarías como de las escribanías de cámara, al archivo de Simancas, que con tanto acuerdo se formó y fundó, para que por ningun accidente se perdiesen ni extraviasen papeles de tanta importancia, por hallarme informado que en ello ha habido sumo descuido, el que ha producido con la multitud la pérdi-

da de infinitos papeles con gran perjuicio mio y de mis vasallos; y fenecida que sea esta vista y remision de papeles al archivo de Simancas, mando, que por los presidentes y gobernadores de mis consejos se nombre un ministro del mismo consejo, que en fin de cada un año visite la secretaria ó secretarías de aquel consejo, para que siempre estén en la regla y observancia que está prevenida; y lo mismo se ejecutará con las escribanías de cámara: asimismo he resuelto que los papeles de las secretarías de Italia y Flandes se lleven al archivo de Simancas, precediendo para esto la mayor puntualidad con la espresion de los inventarios, para que en todos tiempos conste los que allí se han remitido.

NOTA 2 DEL TIT. 23, LIB. 10.

Por bando de 27 de setiembre de 1763, publicado en Madrid de orden del Consejo, en conformidad de lo prevenido sobre ereccion de archivo general de los protocolos y demas papeles de escribanos, y para que integra y efectivamente tuviese efecto tan útil establecimiento, se mandó que todos los escribanos reales, personas particulares, cofradías y otros cualesquier que tuviesen en su poder protocolos de escrituras y demas papeles de otros escribanos, la pusieran en el citado archivo general en el término de un mes perentorio, y bajo la multa de cien ducados: y que todos los escribanos reales en el mes de enero de 1766 pasasen al mismo archivo relaciones juradas generales, ó testimonios de cuantos instrumentos ante ellos se hubieren otorgado respectivamente hasta fin de 763, con distincion de todos, y espresion suficiente de las partes, día, mes, año y calidad del instrumento; jurando y dando fé al final de las tales relaciones, si tienen ó les habian quedado protocolos de otros escribanos, y si los tenían el tiempo del archivo ó despues, sin haberlos puesto en él; y que no cumpliendo así, quedasen suspensos en el ejercicio de sus oficios hasta que lo practicasen; continuando anualmente en pasar al propio archivo igual re-

lacion ó testimonio en el mes de enero de cada año de los demas instrumentos que ante ellos se fuesen otorgado respecto de haberlos de retener en sí hasta su fallecimiento, ausencia, privacion ó suspension; y que cesando por cualquiera de estas causas, han de recaer en el archivo: todo con arreglo á lo resuelto en el asunto.

LEY 20, LIB. 4, TIT. 3.

El Consejo por auto de 28 de mayo de 1719, y D. Carlos IV por res. á cons. de 18 de diciembre de 1804.

Con ocasion de haberse buscado en el archivo del Consejo diferentes papeles, así para ponerlos en el inventario, como para negocios que se han ofrecido, se ha reconocido faltan muchos, por haberse entregado de orden del Consejo á distintos ministros de él para la ejecucion de algunas consultas, habiendo fallecido sin volverlos al ministro archivero, para que los hiciese poner en su lugar; no encontrándose su paradero por no haber dejado recibo, de que se han originado graves inconvenientes: y para que se eviten, mandamos, que desde hoy en adelante no se entreguen papeles algunos del archivo á ningun ministro sin espresa orden del Consejo; y que cuando se diesen, sea dejando recibo en forma con espresion por menor; quedando á cargo del escribano de cámara, que corre con la cuenta y razon de estos papeles, el recogerlos, fenecido el fin para que se mandaren sacar, y volverlos á su lugar, borrando el recibo que de ellos se hubiere dejado; formando á este fin un libro de conocimientos, que ha de parar siempre en dicho archivo; y quedando de su cargo, y de los que le sucedieren en el archivo, el que falleciendo algun ministro, en cuyo poder conste por los recibos parar algunos papeles, pase á su casa y los recoja, valiéndose de los medios convenientes; y habiendo algun reparo, dé cuenta al Consejo, para que aplique la providencia necesaria: y de este auto se ponga un tanto autorizado en el archivo del Consejo.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

ORDENANZAS DE LAS AUDIENCIAS DE 19 DE
DICIEMBRE DE 1835.

Art. 121. Como encargados del archivo de la audiencia respectiva, el cual estará en un departamento del edificio de la misma, cerrado y guardado con toda seguridad, cuidarán los secretarios de custodiar en el debido orden é integridad, y con todo aseo, los procesos y demas papeles que deben existir en él, de los cuales no podrán dar certificacion ninguna sin orden de la audiencia, ó de alguna de sus salas; y de todo deberán formar los correspondientes índices.

Art. 143. Pasarán dentro de ocho días (los escribanos de cámara) al archivo de la audiencia los pleitos en que se hubiese despachado ejecutoria, quedando anotados en las matrículas de pleitos de esta clase; pero los ya terminados definitivamente en que no se haya librado ejecutoria, los conservarán en su escribanía de cámara, hasta que se hubiesen despachado.

En igual forma y términos pasarán al archivo las causas criminales en que se hubiese ejecutado el fallo definitivo de la audiencia, y que no sean de las que deben devolverse á los tribunales inferiores.

REAL ORDEN DE 20 DE ABRIL DE 1844.

He dado cuenta á la reina de un espediente instruido en este ministerio de mi cargo con motivo de las licencias solicitadas por nacionales y extranjeros para registrar los archivos del Reino, y tomar de ellos apuntes y copias de los documentos que encierren; ya para ilustrar la historia, ya con diferente objeto. S. M. ha tomado en consideracion este importante asunto, y penetrada de que el estado actual de la civilizacion no permite tener cerrados á la investigacion de las personas ilustradas estos preciosos depósitos, pero que tampoco el interés del Estado consiente se franqueen indiscretamente á todos los que deseen penetrar sus

secretos; deseando que se establezcan reglas generales para huir de entrambos extremos, y para que sepan todos á qué atenerse en este punto, se ha servido resolver lo siguiente:

1.º Los depósitos puramente literarios que existen en los archivos del reino y otros establecimientos análogos, se puedan franquear, tanto á nacionales como á extranjeros, siempre con aquellas precauciones justas y encaminadas á evitar el menor daño ó extravío, que estén prescritas en los reglamentos particulares de dichos establecimientos, y bajo la inspeccion y responsabilidad de los gefes respectivos; suministrándose á cuantos los deseen los datos de esta clase que les convengan, y permitiéndoles sacar apuntes y copias.

2.º En cuanto á los papeles puramente históricos, no se permitirá ni á nacionales ni á extranjeros registrar, ni mucho menos copiar; cuantos sean correspondientes al siglo próximo pasado y á lo que va del presente; pero sí podrán franquear los de épocas anteriores con las restricciones que luego se dirán.

3.º Serán reservados para todos, á no ser que se conceda especial autorizacion, los papeles, de cualquiera época que sea, que versen sobre títulos y modos de adquisicion de propiedades del Estado y pertenencia de territorios, como asimismo los que contengan noticias particulares acerca de la vida privada de los señores reyes, príncipes ú otros personajes eminentes.

4.º Los papeles que interesen particularmente, bajo cualquier aspecto que sea, á corporaciones, familias ó individuos, quedarán tambien en la clase de reservados. Cualquiera podrá dirigirse al archivero para que averigüe si existen los que necesite, expresando el objeto para que los desea: si existiesen, el archivero lo hará presente al gobierno manifestando si hay ó no inconveniente en la entrega; y solo en virtud de real licencia se dará una copia; pero nunca el original.

5.º Cuando se conceda autorizacion para ver, copiar ó extraer algunos papeles de

los no permitidos, se espresará la época, el hecho ó el documento sobre que recaiga dicha autorizacion, y los encargados de los archivos no permitirán que la investigacion se estienda á mas de lo que permita la real licencia

6.º En todos los casos se anotarán en un libro de registro que han de llevar los empleados del archivo, los extractos, copias ó notas que se saquen, espresándose de qué papeles, en qué dias y por cuáles personas.

7.º Todo papel que no sea puramente literario, habrá de ser examinado por el archivero antes de permitir que de él se saque copia, extracto [ó anotacion; y si á juicio del mismo archivero hubiere inconveniente en que se publique, consultará al gobierno espresando el objeto á que se refiere.

8.º Si entre los papeles del archivo hubiese algunos que por su importancia y trascendencia sean capaces de comprometer los intereses nacionales, cuidará el archivero de colocarlos en parage reservado, para que en ningun caso puedan ser examinados; y si constase en el registro general se pondrá al márgen la nota de «muy reservados» para evitar exigencias inútiles.

9.º No se permitirá tomar apuntes ni sacar copias de ningun papel, como no sea por conducto de los dependientes del archivo, que lo harán con la brevedad posible, y consuecion por parte de los interesados al pago de los derechos establecidos por tarifa.

REAL ORDEN DE 16 DE MARZO DE 1844.

Para que el ministerio fiscal pueda cumplir con exactitud las importantes obligaciones que le están impuestas, y á fin de que se utilice el celo de los magistrados que lo ejercen, se ha servido la reina nuestra señora mandar que sin perjuicio de todas las prevenciones é instrucciones que crea V. S. oportuno dar á los abogados fiscales, sus subordinados (ó á los agentes interin aquellos son nombrados por S. M.), encargue V. S. á uno de ellos la reunion, custodia y con-

servacion de todos los libros del registro, copiadores de dictámenes y correspondencia, reales órdenes, circulares, comunicaciones de las autoridades ó de los promotores, y cuanto sea digno de conservarse, para empezar con todos estos documentos y papeles á formar el archivo del ministerio fiscal de esa audiencia, que deberá transcribirse de unos en otros fiscales con sujecion á inventario y recibo, y bajo la responsabilidad, no solo del fiscal respectivo, sino del agente inmediato á cuyo cuidado se ponga este interesante depósito. Sr. fiscal de la audiencia de.....

REAL ORDEN DE 2 DE DICIEMBRE DE 1843.

Habiéndose elevado á S. M. varias esposiciones dirigidas á que por los tribunales y archivos dependientes de este ministerio se permita reconocer y sacar copias de causas y otros documentos judiciales, se dignó S. M. oir el parecer del tribunal supremo; y deseando por una parte dar toda la latitud posible al principio de publicidad de los juicios, consignado en nuestra actual legislacion, y evitar por otra los abusos que pudieran cometerse fiando sin ninguna precaucion á miras especulativas, documentos en que se consignan respetables intereses de las familias y del Estado, se ha servido S. M. acordar las siguientes reglas:

1.º Los tribunales y juzgados mandarán facilitar testimonio á cualquiera que lo pida de las causas ó pleitos fenecidos que se hubieren incoado con posterioridad al 26 de setiembre de 1835, salva la escepcion contenida en el artículo 10 del reglamento provisional.

2.º Cuando el testimonio que se solicite fuere relativo á causa ó pleito promovido con anterioridad á dicha fecha ó á espedientes ó asuntos gubernativo-judiciales, ó correspondientes á la jurisdiccion voluntaria, los tribunales y jueces concederán ó negarán la licencia, segun lo creyeren conveniente, atendido el interés de las familias y del público, pero yendo siempre al ministerio fiscal y á las partes interesadas, cuando sea procedente.

ARCHIVO.

385

3.º Cuando los testimonios que se pidan no sean literales de todo un pleito, causa u otro documento, sino solo de alguna parte de él, antes de mandarse expedir se pasará la petición al ministerio fiscal para que haga las adiciones que crea necesarias, á fin de que aparezcan íntegros los hechos ó las razones que contengan los procesos ó documentos.

4.º Los testimonios se expedirán con sujeción al señalamiento que se hiciere por el escribano á quien corresponda, tomando el que los pida los derechos con arreglo al arancel, y sin poder para ello extraerse de la escribanía los documentos originales.

5.º Si los testimonios de pleitos ó causas se sacasen para imprimirlos, se suprimirán en la impresion los nombres de los magistrados ó jueces y de las demas personas que en cualquier concepto hubiesen intervenido en el asunto, sustituyendo en su lugar letras ó números.

6.º La providencia judicial en que se mande franquear el testimonio, no eximirá de la pena en que incurra con arreglo á derecho á la persona responsable de la publicacion.

7.º Las peticiones que se dirijan á reconocer y sacar copias de los documentos y papeles no comprendidos en los artículos 1.º, 2.º y 3.º y que se custodian en cualquiera de los demas archivos dependientes de este ministerio, se elevarán á S. M. por conducto del mismo, y serán resueltas con sujeción á las reglas establecidas en la circular del ministerio de la Gobernacion de 20 de abril de 1844.

REAL DECRETO DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1847.

Creando en Madrid una junta superior directiva de los archivos del reino dependientes del ministerio de Gracia y Justicia, con otras subalternas de provincia para reunir y organizar del modo mas útil y conveniente los archivos generales de la fe pública.

En 6 del propio mes se publicó una real instruccion para la ejecucion del anterior real decreto.

En 26 de abril de 1848 se aprobó de real orden el reglamento interior de la junta directiva, propuesto por la misma.

Por real orden de 29 de abril del mismo año se aprobó y publicó de real orden el reglamento general para el régimen de las juntas subalternas de archivos.

REAL DECRETO DE 1.º DE DICIEMBRE DE 1848.

Se suprime la junta superior directiva de archivos, y se crea en su lugar y para el mismo fin una direccion general de los dependientes del ministerio de Gracia y Justicia en España y Ultramar.

REAL ORDEN DE 24 DE MAYO DE 1849.

Por ella se aprueba y publica el reglamento orgánico de la direccion general de archivos.

REAL DECRETO DE 22 DE FEBRERO DE 1850.

Consultada la conveniencia y necesidad de conservar íntegro y en toda su verdad y pureza el testo auténtico de las leyes y reales disposiciones, se creó en el ministerio de Gracia y Justicia un archivo especial ó regular que se denominara *Registro general y auténtico de las leyes y disposiciones reales*, en el que deben reunirse.

1.º Los originales ó matrices manuscritos de los códigos, leyes y disposiciones reales.

2.º Los códigos que convenga para la redaccion de los antiguos códigos ó copias auténticas de ellos.

3.º Un ejemplar impreso de la edicion oficial auténtica de los códigos, leyes y reales disposiciones, el cual en defecto de matriz se reputará tal en casos de cotejo ó comprobacion para todos los efectos legales.

4.º El expediente que haya servido para la formacion, redaccion de los códigos, leyes y reales disposiciones.

5.º Los testamentos de personas reales, actas de defuncion y reconocimiento, capitulaciones y demas documentos de los que

autoriza el ministro de Gracia y Justicia como notario mayor de los reinos.

6.º Uno de los tres ejemplares originales que S. M. sanciona de cada ley.

Prescribe este decreto las formalidades con que han de depositarse y conservarse los documentos de este archivo especial, y en su art. 8.º dispone lo siguiente.

«Para reputarse legítimas y fehacientes las certificaciones que se dieren, ó cotejos que se verificasen de las piezas ó documentos del registro, será circunstancia indispensable que se manden expedir ó verificar de real orden, y que además el subsecretario legalice la firma del archivero, y el ministro de Gracia y Justicia la del subsecretario. En las certificaciones ó compulsas se usará del sello general del ministerio y de ninguna manera del peculiar del registro, al tenor de lo dispuesto en el art. 4.º

REAL ORDEN DE 20 DE MARZO DE 1830.

Prescribe las reglas que han de observarse en la ejecución del real decreto anterior, por el cual se establece la formación del *Registro general y auténtico de las leyes y reales disposiciones*.

En su art. 13 se dispone que de las colecciones de leyes, decretos y reales resoluciones se remita un ejemplar auténtico al archivo de Simancas.

LEYES DE INDIAS.

LEY 31, TIT. 1, LIB. 2 DE LA RECOP.

El emperador D. Carlos y la reina en Valladolid á 24 de julio de 1530. El emperador D. Carlos y el príncipe gobernador en su nombre en Valladolid á 1.º de setiembre de 1540.

Ordenamos y mandamos á los cabildos y regimientos de las ciudades y villas, que hagan recoger todas las cédulas y provisiones por los señores reyes nuestros antecesores, y por Nos dadas en beneficio y privilegio de sus comunidades, y las demás escrituras y papeles que convengan, y hecho inventario de ellas las pongan en un archivo

ó arca de tres llaves, que la una tenga un alcalde ordinario por el año que ha de servir su oficio, otra un regidor, y otra el escribano del cabildo ó ayuntamiento, donde estén en buena forma, y un traslado del inventario esté fuera del archivo, para que fácilmente se pueda saber lo que contiene; y no pudiéndose hallar en la provincia algunas provisiones, cédulas, ordenanzas ó instrucciones, las pidan á los presidentes y oidores de las audiencias del distrito, los cuales les envíen traslados de ellas autorizados, y los cabildos nos avisen de las que conviniere enviar originalmente.

LEY 33, TÍTULO 7, LIBRO 8.

El emperador don Carlos y la emperatriz gobernadora en Madrid á 17 de octubre de 1553.

Mandamos que todas las cédulas, cartas y escrituras tocantes á nuestra real Hacienda, estén siempre guardadas en la caja real, y que nuestros oficiales no las saquen de ella; y si alguna vez constare que han contravenido, el gobernador ó justicia mayor las haga volver y guardar, para que siempre estén allí con toda seguridad.

LEY 50, TIT. 1, LIB. 2.

El emperador don Carlos y el cardenal gobernador en Madrid á 15 de abril de 1540. En Talavera á 15 de febrero de 1541. Don Felipe III en el Pardo á 21 de noviembre de 1600.

Mandamos que de todas nuestras cédulas y provisiones despachadas, y que se despacharen, y de las provisiones de nuestros vi-reyes y presidentes gobernadores, que tocaren al gobierno y bien de las ciudades, pareciendo á las audiencias, que son comunes á toda la tierra, hagan sacar copias autorizadas y signadas en pública forma, y las dar y entregar á las ciudades, villas y lugares de sus distritos que las pidieren pagando sus derechos, que justamente deben á los escribanos para que las pongan en los archivos y libros del cabildo, y lo mismo se guarde en las ordenanzas de las audiencias, para que se sepa y guarde lo que contiene.

ARCHIVO.

305

LEY 34, TIT. 7, LIB. 8.

El emperador don Carlos y los reyes de Bohemia gobernadores en Valladolid año de 1550. Don Felipe II en Madrid á 15 de junio de 1571. Don Carlos II y la reina gobernadora.

Mandamos que en cada una de nuestras audiencias, tribunales de cuentas y ordinarios de Hacienda, oficios de gobierno, archivos de la ciudad, villa ó lugar de las Indias é islas, haya y se guarde esta nuestra recopilacion de leyes, y que las cédulas y provisiones que despues se hubieren dado y despachado para el buen gobierno y administracion de justicia de nuestras audiencias, tribunales y juzgados se vayan asentando en un libro á parte, el cual esté dispuesto conforme á los libros, títulos y materias de esta recopilacion, guardando la misma orden, por haber parecido la mas conveniente, para que cese la confusion que puede ocasionar el desorden.

LEY 18, TIT. 9, LIB. 4.

El mismo, año de 1565. D. Felipe IV allí á 15 de junio de 1626.

Mandamos que todas las cédulas, provisiones, ordenanzas, é instrucciones particulares que se hubieren enviado á las Indias, y las particulares y generales para el buen gobierno de ellas, tratamiento y conservacion de los naturales, y buen cobro de nuestra real Hacienda, todas se recojan y pongan en las arcas de los cabildos de las ciudades, villas y lugares, para que esten con la decencia, guarda y custodia que conviene, dejando cada ciudad en un libro traslado de todas, para valerse de ellas como y cuando convenga.

LEY 27, TIT. 2, LIB. 4.

D. Felipe III en San Lorenzo á 17 de mayo de 1609.

Ordenamos y mandamos que se pongan originales en los archivos de las reales Audiencias las cédulas y ordenanzas que por nuestro consejo real de las Indias, se envi-

TOMO III.

ren á los tribunales de cuentas y á los contadores se les dé copia autorizada con fé de que las originales quedan en los archivos.

LEY 52, TIT. 7, LIB. 8.

D. Felipe III allí á 27 de febrero de 1620.

Ordenamos y mandamos que ningun oficial real saque los libros y papeles generales y particulares que en alguna manera toquen á nuestra real Hacienda fuera del archivo, caja real ni aposento del despacho, ni tenga su oficio de contador, tesorero, factor ó veedor donde los hubiéramos permitido, fuera de nuestras casas reales, y que allí se junten todos en el tribunal al despacho ordinario, y todo lo demas que se ofreciere tocante á su oficio y obligacion.

LEY 31, TIT. 7, LIB. 8.

D. Felipe IV en Madrid á 16 de octubre de 1634. En el Pardo á 16 de enero de 1638.

Los libros, tasaciones, fianzas, cédula reales y papeles tocantes á nuestra real Hacienda esten en un archivo en la sala de nuestra real caja, con tantas llaves cuantos fueren nuestros oficiales, si ya no estuviere espresamente ordenado que algunos esten dentro de la misma caja. Y mandamos que no se saquen de allí sino cuando fueren necesarios, y entonces se vean en la misma sala y archivo y se saque la razon ó testimonios que convinieren; y esto se entienda en los que pertenecieren solamente á la cuenta y razon de nuestra real Hacienda que deben tener nuestros oficiales.

LEY 29, TIT. 1, LIB. 2.

D. Felipe IV, en Madrid á 8 de diciembre de 1630.

Ordenamos y mandamos á los vireyes y presidentes, que hagan poner y pongan en los archivos, todas las cédulas y otros cualesquier despachos que por nos se les hubieren enviado á sus antecesores, y que se enviaren de aqui en adelante en libro aparte

para que nuestros fiscales pidan su cumplimiento y demas efectos que convengan.

LEY 26 DEL TIT. 2, LIB. 2.

D. Felipe II, en la ordenanza 48 y 56 del consejo. D. Felipe IV en la 26 de 1636.

Mandamos que en nuestro consejo de Indias haya un libro en que luego, como se acordare que algun negocio se nos consulte, demas de tomarlo por memoria el que hubiere de ordenar la consulta, se ponga la sustancia de lo que nos hubiere de consultar, y en él se pongan tambien los acuerdos del Consejo que al presidente pareciere, y haya otro en que se pongan todas las consultas que se nos hicieren, y despues en ellas lo que mandáremos y respondiéremos, todo reducido al estilo de los secretarios, como se practica en todos nuestros Consejos y tribunales que nos consultan, y el uno y otro libro estén guardados en el Consejo con mucho secreto, y haga otros dos libros de inventarios para cada secretario el suyo, donde por mayor y menor se pongan los papeles y pliegos que vinieren de las Indias, y se tenga razon de todos ellos, y por ella se puedan pedir y ver, y otro libro de las descripciones en la forma que se previene por la ley 6 de este titulo: y otro libro en que se pongan traslados autorizados de todas las bulas y breves apostólicos, y otros instrumentos y escrituras importantes que haya en el Consejo y pueda ser necesario verse algunas veces, y los originales estén en el archivo del Consejo, ó en el de Simancas, de los cuales asimismo haya algunos traslados sueltos, tambien autorizados, para que siendo necesario usar de ellos en alguna parte fuera del Consejo, se puedan llevar sin el dicho libro.

LEY 50, TIT. 4 DEL LIB. 2.

D. Felipe II en la ordenanza 48 del Consejo, y D. Felipe IV en la 165 de 1636.

Mandamos que todos los libros, bulas, breves y otras escrituras y papeles tocantes

al Estado y corona de las Indias, que en el Consejo de ellas y en la casa de contratacion de Sevilla se pudieren escusar, y no fueren menester originales, se vayan enviando al archivo de Simancas en sus legajos y cajas, y por la órden y concierto que los han de tener los secretarios, y en el dicho archivo se pongan en una cámara ó cajon aparte. Y mandamos al alcaide de él que lo reciba todas las veces que se le envíen, y que no dé ninguna cosa de ellos ni las consienta sacar sin cédula nuestra ó provision librada por el Consejo de Indias.

LEY 51 DEL TITULO 4, LIBRO 2.

Don Felipe II en la ordenanza 91 del Consejo. D. don Felipe IV en la 164 de 1636.

Porque haya diligencia en enviar los papeles á los archivos donde hubieren de estar; mandamos que los secretarios del Consejo en fin de cada un año, lean en los tribunales donde residieren los inventarios de los papeles que hubiere en su poder, para el cual tiempo, los tengan hechos y acrecen todos para que allí se declare los que se hubieren de poner en los archivos, á los cuales los envíen los susodichos á costa de gastos de justicia, y si así no lo hicieren, no se les pague su salario el tiempo que despues lo dejaren de hacer.

LEY 52, TIT. 4, LIB. 2.

Don Felipe II en la ordenanza 89 del Consejo. D. don Felipe IV en la 165 de 1636.

Demas de los memoriales é inventarios que ha de tener cada caja de los legajos é inventarios de los papeles de Indias que se pusieren en el archivo de Simancas, mandamos que de todos ellos haya dos inventarios con relacion cumplida de la sustancia y asignacion de la fecha de cada uno, y el índice de la caja ó legajo donde estuvieren, los cuales inventarios estén firmados del secretario del consejo á quien tocara, y de la persona á cuyo encargo estuviere el archivo: el uno de los cuales quede en la cá-

ARCHIVO.

507

mara ó armario donde quedaren los dichos papeles; y el otro esté en el Consejo.

LEY 68, TIT. 2, LIB. 2.

Don Felipe IV en el propio año, ordenanza 65.

Que en el archivo del consejo se depositen y guarden debidamente ordenadas las cartas de navegar, derroteros, mapas, descubrimientos y relaciones relativas á Indias y asimismo todos los libros que hubieren salido y salieren y se pudieran hallar que traten de asuntos de Indias, morales, políticos, naturales, de historia, de navegacion y geografia, relaciones, discursos, arbitrios, pareceres y cualesquier otros del mismo género relativos á las Indias asi impresos como manuscritos; que el conasego comisario del archivo, cuide de la adquisicion de dichos libros y documentos; que pueda apremiar y apremie á todos los que imprimieren libros y papeles de dichas clases á que entreguen un ejemplar para el archivo; del que no podrá sacarse ningun documento sin orden del consejo dada por escrito.

LEY 67, TIT. 2, LIB. 2.

D. Felipe IV, en 1636, ordenanza 64 del Consejo de Indias.

Habiendo demostrado la experiencia que por no haber archivo en el Consejo se han perdido muchos papeles importantes, y que por estar divididos otros en diversas partes se hallan con mucha dificultad, se ordena que en el Consejo haya un archivo cerrado y guardado, en que se conserven los papeles y documentos correspondientes al mismo, y que la llave y cuidado de él esté á cargo de uno de los consejeros, pudiendo haber otro ministro oficial que sea archivero ó bibliotecario, bajo sus órdenes, siendo ambos de nombramiento del presidente: que una llave del archivo la tenga el dicho consejero y otra el secretario mas antiguo, sin que las puedan fiar sino al archivero ó bibliotecario, y si no le hubiere á otro consejero ó secretario de S. M.

LEY 69. ID. ID.

D. Felipe II, en la ordenanza 90 del Consejo, y D. Felipe IV en la 66, año de 1636.

En el archivo del consejo habrá un libro donde se ponga y asiente en la forma que pareciere mas conveniente, la memoria de los libros, cartas, relaciones, consultas y otros papeles y despachos que estuvieren en él: y otro libro particular, con memoria y relacion de todos los papeles y cosas tocantes al dicho archivo que estuvieren fuera de él, así en el nuestro archivo general de Simancas, como en poder de los secretarios y otras cualesquier personas, y de los papeles que del archivo se sacaren, se tome conocimiento de las personas á quien se dieran y entregaren, y los conocimientos se asienten y pongan en el libro, para que por él se puedan ver los que faltan y saberse quien los tiene y á quien se han de pedir.

LEY 70. ID. ID.

D. Felipe IV en 1663, ordenanza 67 del Consejo de Indias.

Cuando pareciere que el archivo está muy embarazado de papeles, el consejero ó ministro á cuyo cargo estuviere, haga relacion de ello en el Consejo ó lo advierta, y con su parecer se desembarace de los papeles menos importantes los cuales se lleven y entreguen en el nuestro archivo de Simancas, quedando memoria particular de ellos en el libro que ha de haber en el del Consejo.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

- SEC. I. RESEÑA HISTÓRICA.
SEC. II. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE LOS ARCHIVOS: CLASIFICACION DE ELLOS: DEBERES DE LOS GOBIERNOS Y AUTORIDADES RESPECTO DE LOS MISMOS.
§. 1.º *Importancia y necesidad de los archivos.*

- §. 2.º *Clasificación de los archivos.*
- §. 3.º *Deberes de los gobiernos y de las autoridades respecto de los archivos.*
- SEC. III. DE LA FUERZA Y VALOR LEGAL DE LOS DOCUMENTOS ARCHIVADOS.
- SEC. IV. ATRIBUCIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ENCARGADOS DE LOS ARCHIVOS: ID. DE LAS PERSONAS EXTRAÑAS QUE ATENTAN CONTRA EL SAGRADO DE LOS MISMOS.
- §. 1.º *Atribuciones de los encargados de los archivos.*
- §. 2.º *Deberes de los encargados de los archivos.*
- §. 3.º *Responsabilidad de los encargados de los archivos.*
- §. 4.º *Responsabilidad de las personas no encargadas de los archivos que atentan contra el sagrado de estos.*
- SEC. V. OBSERVACIONES Y PRINCIPIOS GENERALES SOBRE ARREGLO DE ARCHIVOS.
- SEC. VI. NOTICIA DE LOS ARCHIVOS MAS NOTABLES DEL REINO.
- §. 1.º *Archivo del real palacio.*
- §. 2.º *Id. de las Cortes.*
- §. 3.º *Id. de los ministerios.*
- §. 4.º *Id. del Consejo de Castilla.*
- §. 5.º *Id. de la cámara de Castilla.*
- §. 6.º *Id. de la cámara de Aragón.*
- §. 7.º *Id. de la presidencia de Castilla.*
- §. 8.º *Id. de la Inquisición.*
- §. 9.º *Id. del consejo de las órdenes.*
- §. 10. *Id. del Real sello.*
- §. 11. *Id. del ayuntamiento de Madrid.*
- §. 12. *Id. de Simancas.*
- §. 13. *Id. de Barcelona.*
- §. 14. *Id. de Sevilla.*
- §. 15. *Id. de Valencia.*

§. 16. *Id. de Zaragoza.*

§. 17. *Indicación general de otros archivos que merecen consideración.*

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

Para formarse una idea exacta de la antigüedad de los archivos, es decir, de los medios de perpetuar los hechos y derechos de los hombres y de los estados, por depósitos de documentos, de piezas de recuerdo, de comprobación y de enseñanza, ordenadas de forma que puedan ser conocidas de la posteridad, es menester no perder de vista: 1.º la propensión del hombre á perpetuarse por la memoria de sus hechos y que siendo ingénita á cada uno, es por consecuencia la propensión del género humano; y 2.º los diversos medios conocidos y practicados, según el grado de civilización, para satisfacer esa tendencia, identificada con el instinto natural del hombre. Bajo el primer punto de vista, si preguntamos á la razón, nos dirá que ha habido archivos desde que ha habido medios y el grado de civilización necesarios para simbolizar las ideas y hacerlas imperecederas; si preguntamos á la historia, esta contestará la existencia de tales depósitos desde que ella recobró el lugar que por las inmensas vicisitudes del género humano le habia usurpado la fábula. Bajo el segundo concepto, no hallaremos archivos solamente donde encontremos una colección, ó depósito de documentos reducidos á la escritura común; sino allí donde la diligencia, la casualidad, ó la historia nos den á conocer, ordenados y conservados para precaver los efectos del tiempo, y del olvido, impresos, códices ó manuscritos, tablas, planchas, pinturas, geroglíficos, cualquier género de signos, de testimonios materiales del pensamiento, de los que la necesidad y el instinto han aconsejado y la ciencia ó el acaso han enseñado al hombre.

Conforme á esta base cardinal bien se vé

ARCHIVO.

509

cuan innecesario es el inquirir si la invencion de la escritura comun se debió á los fenicios, y la de la geroglífica á los egipcios, á los caldeos, ó á otros cuya memoria haya quedado sepultada bajo la huella del tiempo. Los lienzos, ó pinturas de los megicanos, las tablas de los romanos, los papiros de Pergamo, los geroglíficos y zodiacos de los egipcios, las planchas de los hebreos y babilonios, todos son, y han sido á su vez piezas á propósito para un archivo.

En tal supuesto diremos que no hay nacion que, presentando un cierto grado de cultura, no ofrezca tambien entre los rudimentos de su civilizacion el embrion al menos de esa institucion, sugerida por la razon para contrapesar la caducidad de la vida y que con justicia podriamos llamar émula de la eternidad y testimonio de la vida y vicisitudes del género humano.

«La existencia, dice Dalloz (1) de los establecimientos destinados, bajo una denominacion cualquiera, á la conservacion de las actas, y documentos públicos, es evidentemente una necesidad de todo órden social. Este era el único medio de perpetuar los hechos, de asegurar la ejecucion y cumplimiento de los derechos que encierran, de anudar la cadena no interrumpida de las obligaciones y principios que lo pasado lega al presente y el presente al porvenir.»

Y con efecto: no descuidaron los hebreos este medio de perpetuarlos hechos. San Jerónimo en su prólogo al libro de Ester dice haber recogido los datos de los archivos de aquellos. La misma arca santa que encerraba los testimonios de la alianza perdurable entre Dios y su pueblo, fuera de otros conceptos sublimes, era el archivo mas auténtico y mas sagradamente conservado que se haya visto jamás. Con veneracion y religiosa diligencia tambien se conservaban despues en el templo los libros y escrituras santas, el testo venerando de la ley, como testifica el profeta Esdras.

La antigüedad establecia los archivos en los templos, bien para significar la venera-

cion con que los consideraba, ó para que compartiendo la que al templo se tributaba, obtuviesen la de todo el pueblo. Segun los historiadores en el templo de Delos se custodiaba el archivo general de toda la Grecia; y en el de Minerva en Atenas el particular de esta república.

En Roma servian á este propósito el templo de Saturno, el de Vesta, el de Apolo, y el mismo Capitolio. Los emperadores romanos los tenian en sus palacios y hablaban de ellos con respeto y como de una cosa sagrada: *nostra sacra scrinia*, decia Justiniano, hablando de dichos archivos y en general de todos los públicos.

Igual al respeto con que los emperadores mismos hablaban de los archivos, era su solitud para que se formasen y conservasen. Ya hemos visto que los establecian en sus mismos palacios: procuraron que los hubiese tambien en las iglesias, segun lo demuestra el testo, entre otros, de la ley 50 ya citada del Código, de *episcopali audientia*: y por el capitulo V de la novela 15 reencargaba Justiniano se constituyesen en todas las ciudades, supliendo cualquier descuido ó morosidad que hubiese habido acerca de ello: *præcepta vero faciat tua Eminentia*, decia al prefecto, *per unamquamque provinciam, ut in civitatibus habitatio quædam publica distribuatur, in qua conveniens est defensores documenta recondere, eligendo quemdam in provincia, qui horum habeat custodiam, quatenus incorrupta maneant hæc, et velociter inveniatur á requirentibus; et sit apud eos archivum; et quod hactenus prætermisum est in civitatibus, emendetur.* Sabido es por otra parte cuan determinado estaba el oficio de los notarios, y la conservacion de sus registros, y tenemos que los archivos imperiales, los generales, los de la fé pública, los eclesiásticos y los municipales estaban encargados: recomendados y protegidos por la legislacion romana.

Así debian pasar, y así pasaron en efecto, á las naciones formadas de las ruinas de aquel imperio.

Durante la dominacion romana todavia, y sucesivamente en los siglos posteriores,

(1) Repertorio de legislación.

las vicisitudes de los tiempos, las alternativas de la civilización y la rudeza, presentan una serie de hechos ó periodos, que hubieran persuadido, si no existiera ya, la formación de los archivos, así como otros ocasionaron su destrucción. Entre los primeros, merecen especial mención:

1.º Las persecuciones de la iglesia, que dieron lugar á los sagrados depósitos de las actas innumerables de los mártires, recogidas y conservadas con religioso esmero, y de las cuales solía remitirse un ejemplar á Roma, para ser depositadas en el que podríamos llamar archivo universal.

2.º El derecho de adquirir, permitido á la iglesia, y que sucesivamente recibió colosales proporciones con la institución de las innumerables órdenes monásticas y fundaciones de iglesias, congregaciones, aniversarios y todo género de establecimientos de piedad y religión.

3.º La rudeza y perturbación de los siglos medios, en los que un instinto de necesidad hizo acumular las actas y testimonios de los hechos, y de los derechos, allí en donde la piedad y las ciencias hallaron su único asilo, esto es, en las iglesias y en los claustros de las corporaciones monásticas.

4.º Los capítulos y concilios, resultado necesario de la inmensa vida corporativa, digámoslo así, con que por todas partes se mostraba, combatida á veces, pero siempre triunfante y salvadora la sociedad cristiana.

5.º El feudalismo que imprimió un nuevo carácter á la propiedad, y multiplicaba hasta lo infinito cada día las sucesiones, las transmisiones y los títulos.

Además de estos hechos generales, comunes á la España con el resto de Europa, y que, como se vé, por su misma índole persuadían la necesidad de formalizar infinitos documentos y de su conservación, la legislación y la historia hacen fijar la atención sobre otros que son especies á nuestro país.

Es el primero, la obstinada guerra con los sarracenos que terminó con una reconquista general y gloriosa. No hay duda que en

la invasión la propiedad cambió de dueños y con una usurpación secular, los antiguos derechos se perdieron en el olvido. Con la reconquista, asentándose en el país trabajosa y lentamente sus dueños, como pudieran hacerlo en un país conquistado, nacieron nuevos y diversos derechos á la propiedad, que se extendieron y aun complicaron por el derecho de la guerra, que atribuía, según las leyes godas, una porción legítima al rey, gefes y caudillos: por las cartas pueblas: y por la largueza, hasta estremada y funesta no pocas veces, de nuestros reyes.

El segundo hecho es el de la institución de los mayorazgos, que introdujo todavía una nueva fase en la propiedad. Sobre esa base se levantaron las poderosas casas tituladas, cuyas glorias y derechos no podían ser conservados sino en un archivo especial, y cada casa tuvo el suyo, tan completo y ordenado, tan rico en documentos importantes, tan fastuoso á veces, que justamente algunos de ellos, no como quiera rivalizaban con los archivos públicos; sino que reprendían y acusaban la incuria, la negligencia ó la ignorancia de las autoridades, corporaciones y gobiernos, que tan mal comprendían un deber que por su importancia y trascendencia es, y ha debido serlo, de todas las civilizaciones, y de todos los tiempos.

El tercer hecho es el descubrimiento y conquista de un nuevo mundo, que activando el movimiento político, extendiendo y ampliando la administración, multiplicando los nombramientos, los repartimientos de las nuevas tierras, las relaciones, cartas, derroteros etc., produjo el importante archivo de Sevilla y demás de Indias, de esta y de la otra parte de los mares, y aquella solicitud de nuestros monarcas sobre este punto, como puede verse en la sección correspondiente de la parte legislativa de este artículo y en otras muchas disposiciones no copiadas por no tener hoy una aplicación práctica, como las relativas á los archivos de la casa de contratación de la mencionada ciudad, á los de los consulados de Ultramar, y á los del Consejo de Indias.

Los dos periodos anteriores, esto es, el de

los mayorazgos y el descubrimiento y conquista del nuevo mundo, produjeron un tercero que podríamos llamar por excelencia *de las fundaciones piadosas* por lo prodigiosamente que aumentó las ya existentes. Las riquezas importadas de las dos Indias, y las acumuladas por los mayorazgos, que en otras épocas hubieran determinado un movimiento industrial saludable, ó una corrupción general; hermanaron con las aberraciones del siglo una especie de sentimiento religioso, si se quiere alguna vez exagerado, y que se esplicó por nuevas é infinitas fundaciones religiosas y de beneficencia, como Iglesias, conventos, capillas, hospitales, memorias, aniversarios, capellanías laicales y de sangre, dotes, prestameras etc., todo lo cual tenía por base infinitas donaciones y desmembraciones de bienes, y por consecuencia necesaria los patronatos corporativos, los de autoridades y particulares, y los familiares activos ó pasivos, viniendo por complemento de esta universalidad de cosas, una profunda modificación en la propiedad y un inmenso movimiento en lo escriturario, pues que la negligencia, ó el olvido podían alguna vez importar la fortuna de muchas familias.

Añadiremos todavía á los períodos anteriores el de la creación de los cuerpos supremos administrativos y judiciales, como las dos Chancillerías, los diferentes consejos supremos y las cámaras de Aragon y de Castilla, período acaso el mas importante y decisivo, tanto para producir muchos y muy notables documentos políticos, judiciales, administrativos y de todos géneros, como en lo relativo á su arreglo y conservacion.

Bajo de este doble punto de vista, el órden cronológico, que el descuido, la ignorancia y las perturbaciones permitirían establecer en el largo trascurso de diez y ocho siglos, seria el siguiente:

Archivos eclesiásticos, que ya hemos visto empezaron casi con la iglesia, cuya política y fines han estado sometidos á menos contrariedades sobre el punto de que vamos hablando, pues vemos que aun durante los siglos medios las casas religiosas fueron

como hemos dicho ya, el asilo de la virtud, de la ciencia, y de los documentos que pudieron salvarse. Ocuparian el segundo lugar en este órden los archivos municipales, existentes ya en tiempo de los romanos, como lo demuestran la novela 13 de Justiniano y otras disposiciones, y puesto que ese elemento de organizacion social, bajo los *dumviros*, defensores, presidentes, condes, alcaldes y corregidores; ora denominándose municipios, comunes, consejos ó ayuntamientos, es el que no ha sufrido interrupciones esenciales. Seguirian los archivos de la fé pública, procedentes tambien de la legislación romana, y pues que, cualquiera que haya sido el estado general y político de la sociedad, siempre han existido las transacciones sociales y sus formalidades necesarias, mas ó menos esmeradas en los archivos públicos generales, pues si podemos hallar su base en los archivos de la república romana, ya mencionados, y despues en los de los emperadores, *in sacris scriniis*, tambien es cierto que siguen mas la suerte de la política y de las dominaciones, suministrando ejemplo de ello las invasiones gótica y sarracénica, aquella en un principio y esta por toda su duracion: y vendrian en último lugar los archivos de particulares que bajo de una forma conveniente empiezan realmente en España con los mayorazgos y la nobleza titulada.

Leyendo atentamente la historia, y fijando la consideracion en las vicisitudes de los archivos en general, veremos que su formacion, arreglo y conservacion ha debido mas al interés individual y á la conveniencia pública, mejor ó peor entendida, que á la solicitud oficial, ilustrada y perseverante de los gobiernos, y menos aun de las corporaciones y autoridades. Así es que hallaremos archivos, cuando apenas se dictaban órdenes terminantes para su formacion; y no tantos ni mejor arreglados, cuando aquellas se multiplicaban y repetian. Esta solicitud, de cien modos interrumpida, y no pocas veces abandonada, empieza en Francia, y por lo que hace á los archivos seculares ó civiles en Carlo-Magno: en España, salvas ligeras

excepciones anteriores, de que hablaremos en la sección VI, en los Reyes Católicos, porque sin duda no debía faltar tampoco ese título honroso á aquel glorioso reinado.

Y con efecto, cambiada la faz del país y de la administración general, muy especialmente con la creación de altas y memorables corporaciones y tribunales, no podía menos de alcanzar este movimiento á los archivos, hacia esta importante institución en que el período del comunismo, con sus conatos de destrucción de registros y documentos, como si por inutilizar el título, se aniquilara siempre el derecho, hizo ya pensar mas seriamente que antes á Carlos V, como veremos al dar noticia del archivo castillo de la Mota de Medina.

Sabido es cuán importantes disposiciones se contenían en las célebres ordenanzas de Medina, dadas en 1489, mandándose por una de ellas que en todas las audiencias hubiese archivos en que se custodiasen las reales órdenes, cédulas y los procesos fenecidos, encargando la custodia de ello al canceller. Casi al mismo tiempo por la pragmática de Sevilla se encargaba á los corregidores la formación de archivos en todas las casas de audiencia, custodiados bajo de tres llaves, sin que pudiera extraerse documento alguno, sino previa la orden competente, y siempre dejando recibo ó conocimiento. En 1501 por la pragmática de Granada se mandaba que los escribanos de los concejos llevasen dos libros en que se copiasen las cédulas y reales disposiciones, precedido cada uno de la correspondiente tabla alfabética de materias: debían también custodiarse con esmero los títulos, privilegios y ejecutorias de los pueblos, ordenando además que cada año se nombrasen visitadores para ver si la ley había sido cumplida en este punto. Un año después se disponía lo conveniente sobre el modo de poner en cobro el protocolo de los escribanos que fallecían: que es decir, que durante aquella administración se ve desenvolverse un sistema casi completo en que se comprendían los archivos judiciales, los municipales y los de la fe pública, y con poca

perseverancia y cooperación de las corporaciones y autoridades, las miras de aquel acertado gobierno hubieran sido mas eficaces.

Felipe II, además de haber establecido el archivo de Simancas, como se verá en la sección sexta, ordenó que en la secretaría del real patrimonio, se abriese y llevase un registro en que se anotasen todas las piezas eclesiásticas, remitiendo un duplicado ó copia igual á Simancas: prohibió que para ningún género de pruebas, ni con ningún motivo se sustrajesen de los archivos correspondientes, los protocolos y matrices, ni los libros sacramentales de las parroquias, con otras disposiciones sobre el particular.

Felipe III continuó la obra empezada, recargando en 1605 la obligación de poner en buen recaudo los protocolos y papeles de los escribanos que fallecían, ó fuesen destituidos, y consignando en 1604 en los capítulos de la concordia sobre el tribunal de la Rota, el muy notable sobre formación y arreglo del archivo de este tribunal.

En el siglo XVIII se dictaron también algunas disposiciones encaminadas á mejorar los archivos, siendo notables entre ellas, el encargo dado por Felipe V al celoso y entendido D. Santiago Agustín Riol, de visitar el archivo de Simancas, y que espusiese y propusiese de aquel y otros lo que creyese mas conveniente, lo cual produjo su excelente informe, mas curioso que conocido, de 16 de junio de 1726, el cual sin embargo no podía dar grandes resultados, cuando el mismo Riol se quejaba en él á la magestad de aquel monarca, manifestando había tenido que realizar dicha visita á sus propias expensas. Antes de eso, en 1717 el mismo soberano había ordenado una visita, hecha por magistrados, á los archivos judiciales, de cuyas resultas se remitiesen, como es sabido lo fueron en 1718, los papeles de negocios fenecidos á Simancas, y que igual visita se verificase cada año en lo sucesivo. Y es conocido por último, el bando del Consejo de 1763, sobre la formación del archivo de protocolos de Madrid, al cual se remitieran y remitieron hasta los originales ó matrices que obraban en poder de particular res.

ARCHIVO.

515

Grande era sin embargo, la negligencia y abandono de los funcionarios y altas corporaciones que debían cuidar de la ejecución de lo mandado, cuando tan dura censura se contiene sobre ello en el preámbulo de muchas de las mencionadas leyes, y cuando todavía en 1804 tuvo que prohibir Carlos IV que los consejeros sacasen documentos de los archivos sin cuenta ni razón.

En el reinado, en fin, de Isabel II, en medio de tantas turbaciones y contrariedades como ha corrido hasta el presente, se han dictado multiplicadas disposiciones, cuyos resultados podrán ser efímeros por falta de perseverancia, si bien probarán siempre que no se desconoce uno de los deberes que desde hoy podrán menos que nunca descuidar, ó abandonar los gobiernos.

Como puede verse en las diversas resoluciones contenidas en la parte legislativa, se han mandado formar archivos especiales del ministerio fiscal, y no se ha instituido un cuerpo, en cuyos reglamentos ó ordenanzas, como en las de las audiencias, no se prevenga la formación ó conservación y arreglo de los correspondientes archivos. Se ha creado en la corte, primero, una junta superior consultiva, y después una dirección general de todos los archivos dependientes del ministerio de Gracia y Justicia en España y en Ultramar, cometiendo á su celo, entre otras cosas, el proponer lo conveniente para la formación de un archivo general en Madrid, en que se reúnan las preciosas reliquias de mayor riqueza, hoy en gran parte ignorada y perdida: la clasificación y reunión de los residuos, todavía numerosos, de los antiguos archivos de los Consejos, cámara y presidencia de Castilla, de la cámara de Aragón y otros que existen aun en Madrid, bien que hacinados en sótanos y desvanes de casas particulares: la nueva planta y arreglo de los de la fe pública en todo el reino, y además de otros encargos de grande utilidad, la formación de colecciones y bularios generales y especiales; y por primera vez se pone en los presupuestos una cantidad para el fomento y conservación de los archivos: y se ordena

TOMO III.

por último, la formación de uno especial, ó sea del registro general y auténtico de las leyes y reales disposiciones, ya que en España, en este país que sobre otras singulares consideraciones, puede llamarse el pueblo histórico, y legislativo por excelencia, las leyes no tienen otra matriz en general, que los ejemplares oficiales en circulación. Ha sido, en fin, remesada cantidad considerable de papeles de Indias al archivo de Sevilla, y el resto de los de la inquisición al de Simancas.

Debemos, aunque de paso, hacer notar aquí una circunstancia. En 1850 ha sido remitido á Simancas el archivo de la extinguida inquisición, cuyos papeles, como otros muchos, subsistirán allí hacinados por falta ya de localidad aparente, motivo por el que se ha levantado mano en las considerables remesas que se pensaban hacer de los archivos de Gracia y justicia, lo que persuade mas y mas la necesidad de llevar á cabo la idea antes enunciada de preparar local en esta corte ó otros puntos para uno ó mas archivos generales.

En cuanto á Ultramar, fácil es ver en la parte legislativa que la organización de los archivos judiciales, municipales y de la fe pública, de un modo análogo á los de España, procede como casi era natural, del tiempo de los Felipes de la dinastía austriaca, señaladamente de Felipe II.

Concluiremos aquí esta reseña histórica, por cuanto por la índole de la materia de este artículo, y por la importancia que nosotros atribuimos á lo que es objeto de ella, habremos de volver todavía sobre varios pormenores relativos á la misma en algunas de las secciones ulteriores.

SECCION II.

IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE LOS ARCHIVOS:
CLASIFICACION DE ELLOS: DEBERES DE LOS GOBIERNOS Y AUTORIDADES RESPECTO DE LOS MISMOS.

Si los archivos no se han mirado en general como una ritualidad de oficinas, como una cosa á que se puede atender, ó de que se

(2)

puede prescindir, es un hecho que nosiempre han sido considerados bajo su verdadera importancia, y necesidad. Demostrar uno y otro extremo: hacer la clasificación de los diferentes archivos, para facilitar así la mas oportuna aplicación de la doctrina y de las disposiciones legales: reseñar los deberes de la administración, ya que por la índole de nuestra obra no sea dado otra cosa, es el objeto de la presente sección, en la cual trataremos cada uno de dichos puntos por el orden con que van indicados.

§. 1.º *Importancia y necesidad de los archivos.*

Si los derechos fueran efímeros, si fuera su destino caer en el olvido en el momento de su adquisición, no merecían la pena de afanarse por adquirirlos. Nada habría por otra parte mas opuesto al instinto y propensión natural del hombre, de las sociedades, del género humano, según hemos hecho notar en la sección anterior, como ni tampoco á la organización dada á la propiedad por las viejas y modernas sociedades, y á la facultad altamente eficaz y fecunda de transmitir nuestros derechos aun después de la muerte. Realza, pues, la importancia de los derechos, lo propio que la de los hechos y de las glorias, lo que los hace imperecederos, siempre ciertos, siempre fijos, siempre ejecutables, lo cual, entendido lo propio de las obligaciones y servicios públicos, es el eminente servicio prestado á las sociedades por la escritura, que aun sería ineficaz sin los archivos. Los archivos son á la escritura lo que la escritura al pensamiento, un medio necesario de transmisión, y hé aquí los archivos presentados bajo su verdadero punto de vista, como una necesidad, como una institución de la mas alta conveniencia social, como el medio de comunicación entre lo actual y el porvenir.

Es esta verdad de tal manera evidente, que no sería disculpable el empeño en esplanarla, si no nos propusiéramos poner de relieve el descuido ó falta de los gobiernos sobre este punto, y la negligencia y hasta el

abandono punible de las corporaciones y autoridades en la ejecución ilustrada y celosa de lo mandado; y menos que lo dicho, el estimular, el hacer una excitación enérgica hácia un deber, que si lo es de todas las civilizaciones, lo es con infinita mayoría de razones de la presente, multiplicadas por ella y diversificadas las relaciones políticas, las transacciones sociales, y por tanto, las obligaciones y derechos.

Y todavía tiene esta cuestión un punto de vista práctico que merece bien la atención de los legisladores y de los encargados de la ejecución de las leyes. No solamente los archivos producen la ventaja ya indicada de servir á la perpetuidad de los derechos: no solo atesoran una riqueza á cuyo disfrute son llamados con facilidad y comodidad los nacionales y extranjeros, las presentes y las futuras generaciones, todas las naciones y todos los siglos; no solo previenen los infinitos contratiempos que corren las escrituras é instrumentos públicos, en poder de particulares, menos fuertes y respetados siempre en este punto en las perturbaciones de los Estados, como lo demuestra la historia; sino que solo de ellos puede derivar la inapreciable circunstancia, que podríamos llamar de *subsanación*, y que los tratadistas denominan *supplementum loci*, esto es, que el lugar, el sitio subsana en los documentos archivados y conservados en regla, defectos é informalidades que de ninguna manera podrían serlo, hallados aquellos por acaso ó en poder de particulares, lo cual esplanamos convenientemente en la sección 4.ª

Y todo tenía que ser así, cuando una institución cuya necesidad solo se hace sentir prácticamente cuando con el desarrollo de la civilización se han multiplicado las relaciones y transacciones sociales, la vemos, sin embargo, identificada con el embrión de todas las civilizaciones, con el origen de todas las sociedades; cuando tal atención la han consagrado, aunque de cien modos interrumpida, los gobiernos, cuando ese homenaje de pública y privada atención lo vemos general y constantemente tri-

ARCHIVO.

515

butado en los reinados, en las naciones y por los soberanos mas prepotentes. Insigne ejemplo de esta verdad son entre nosotros los reinados de los reyes católicos y de Felipe II, de los cuales data el importante archivo de Simancas, y segun dejamos indicado en la seccion anterior, el formal y efectivo establecimiento de todos los del reino.

En cuanto á las naciones modernas, es, tal vez la Francia la que puede citarse como modelo de actividad y perseverancia en este punto entre las demas. Los reinados de Carlo Magno, Carlos el Devoto, Carlos el Calvo y de San Luis, presentan una época analoga á la de los reyes católicos entre nosotros. El *Tesoro de cartas*, especie de archivo general establecido primitivamente en la Torre de Louvre equivale al de Simancas, con ventajas de este, sin embargo. Pero la Francia debia todavia consignar pruebas mas ostensibles de la alta importancia por ella atribuida á los archivos, y en 1763 se la vé ordenar una visita y reconocimiento general de todos los archivos del reino, bajo la mira de su mejoramiento y de la formacion de un archivo central. Los encargados, que lo fueron los monjes benedictinos y otros eruditos, debian estender su atencion, no solo al conjunto de cada archivo, sino de cada pieza ó documento, mandando copia y facsimile al gobierno de la letra y de los sellos, lo que produjo, segun Macarell, la remesa de mas de cincuenta mil copias de documentos. Todavia el empeño se llevó mas al extremo, dando igual encargo á varios eruditos que debian desempeñarlo en Roma, en Inglaterra y otros puntos. El número de documentos y copias remitidos llegó á formar una coleccion de 430 volúmenes en folio. Todavia en 1782 se ordenó otra visita general á todos los archivos de los comunes, de corporaciones y hasta de particulares. Sabido es el empeño y disposicion, hasta de la convencion nacional, sobre la formacion de un archivo central, y bien puede asegurarse que un tomo de buen volumen no basta á contener las leyes, decretos y reglamentos dictados en

Francia sobre archivos desde 1790 hasta nuestros dias, por la convencion, por el imperio, por la restauracion, y por todos los gobiernos y poderes que allí se han sucedido en 60 años.

Los publicistas extranjeros elogian al gobierno de Prusia por haber proclamado en 1822 la importancia, necesidad y conveniencia de los archivos hasta el punto de anunciar como un principio práctico de legislacion y de gobierno *que la buena administracion de un Estado descansa sobre la perfecta organizacion de un archivo nacional*; habiendo dictado ademas, y como consecuencia de ello, medidas oportunas sobre establecimiento y clasificacion de archivos provinciales.

Citanse tambien con elogio las disposiciones de la Asamblea de Hesse en 1852, relativamente á la reunion de documentos y archivos parciales, formando uno central consignando en el presupuesto las sumas necesarias para la construccion de un edificio cual lo exigia lo estenso del pensamiento.

Algo, pues, de importante, de necesario y de grande hay sin duda en una institucion que así ocupa la atencion de la antigua y de la moderna civilizacion: de los reinados é imperios mas florecientes; de reyes benéficos y pacíficos, de las asambleas populares mas violentas, y de los grandes guerreros y conquistadores.

Terminaremos este párrafo con un ejemplo notable del grande hombre de quien menos al parecer podia esperarse; quien mas parecia destinado á destruir los archivos, que á plegar sus instintos guerreros á su establecimiento y mejora, siquiera esto se limitase, como era natural, á los de su imperio, aun á espensas de los demas: ya se habrá conocido que hablamos de Napoleon. «Las conquistas que la Francia realizó bajo el imperio, dice un escritor francés, facilitaron el mas notable acrecentamiento á sus archivos, que desde luego parecieron destinados á ser el gran depósito universal de todos los documentos del Mediodia y del Occidente de Europa. Desde 1810 á 1812 fueron conducidos al *hotel soubise* 102,425

legajos de los archivos pontificios: 12,049 de los del Piamonte: un número considerable de los de España: 35,249 de los de Alemania: y era parte del plan trasportar á París los archivos de Holanda, de Ginebra, de Parma, de Florencia, de Plasencia, de Pisa, de Sienna, de Espoleto, Perusio, Grenoble y otros estados. El *hotel souise* llegó á no bastar y hubieron de prepararse otros edificios. Impuesto de ello Napoleon, se propuso ocurrir á la dificultad por una de esas creaciones gigantescas en armonia con sus grandes empresas, dictando en consecuencia su notable decreto de 24 de marzo de 1812 por el cual se ordenaba: 1.º «Entre los puentes de Jena y de la Concordia.... se construirá un edificio de capacidad de cien mil metros cúbicos para contener todos los archivos del imperio: 2.º La planta se concebirá de modo que, construida una cuarta parte del edificio, se pueda utilizar desde luego, sin perjuicio de continuar la construcción de las restantes. Habrá patios intermedios, dispuestos de modo que el edificio pueda duplicarse con el tiempo: 3.º La fábrica será toda de piedra y hierro con total exclusion de madera.»

La teoría, pues, la historia y los mas insignes ejemplos cooperan; como se ve, á nuestro empeño de realzar esta parte importante del servicio público, y á recomendar con la poderosa energia de la evidencia, el cumplimiento de las leyes y reales disposiciones á los que estan encargados de su ejecución.

§. 2.º Clasificación de los archivos.

Los archivos pueden clasificarse práctica y teóricamente. En el primer caso hay un principio conocido que es lo que existe: en el segundo un principio indefinido que es lo que debiera existir, en el cual entra por tanto el sistema y modo de ver especial de cada uno. Siendo el objeto principal de la *Enciclopedia* el derecho y deberes positivos, nos atendremos al primer método, sin perjuicio de lo cual haremos las observaciones que creamos convenientes en el terre-

no de la teoría, como en el de la doctrina.

Todos nuestros archivos se hallan comprendidos en las seis clases y tres divisiones siguientes:

- 1.º Archivos públicos y privados.
- 2.º Seculares, ó civiles, y eclesiásticos.
- 3.º Generales y particulares.

Archivos públicos. En el orden político y administrativo no hay archivo que no pueda ser de alguna utilidad, que es lo que mas ó menos latamente, con mayor ó menor amplitud, los somete á todos á las leyes de la pública conveniencia. Pero en el derecho estricto, de todos los extremos que comprenden las anteriores divisiones y cualesquiera otras, el mas importante es el de archivos públicos, y han de entenderse por tales todos los establecidos por pública autoridad, puesto que solo los documentos en ellos conservados son los que hacen fé en juicio y fuera de él, como con la amplitud conveniente esponemos en la siguiente seccion.

Para ello es menester tener presente que para que un archivo se diga público, no es necesario que su formacion proceda precisamente de una ley especial ó mandato especial del gobierno. Basta que lo sea:

1.º Por una ley general, como las que ordenan, por ejemplo, que haya archivos en todos los tribunales, en todas las casas de audiencias de los corregidores, en todas las oficinas de Hacienda, etc.

2.º Por una ley especial, como la que mandase la formacion de un archivo único, ora político, ora de otro género, como el nacional y el central mandados formar en Francia en 1790 por la convencion, y despues por el decreto de Bonaparte.

3.º Por mandato general ó especial del gobierno.

4.º Por mandato y disposicion de un funcionario, ó corporacion, de los que gozan de autoridad pública, ó estan constituidos por pública autoridad, como una universidad, un instituto, un colegio, una academia aprobada, un banco, etc., y sus gefes.

5.º Se reputarán tambien archivos públicos, los que sin contradiccion mereciesen

ese concepto por la tradicion ó la práctica, aun cuando se ignorase su origen.

Como la clave de la cuestion es la calidad precisamente de archivos *públicos*, creemos oportuno añadir á nuestras observaciones la opinion que algunos publicistas alemanes, consignan en este punto, esplanando el tema que se encierra en la fórmula *jus archivi*. «Puesto que las actas, dicen, y los documentos tienen una particular autenticidad y fuerza probatoria si estan guardados en archivos y son estraidos de ellos para probar en juicio; viene comprendido bajo las palabras «*derecho de archivos*» la facultad de erigir archivos públicos, la de darles autoridad pública y la de establecer las presunciones legales de autenticidad que deban tener para la magistratura los documentos guardados y sacados de ellos. Pertenecce esclusivamente el citado derecho al soberano; pero puede este delegarlo espresamente á corporaciones y autoridades que le esten subordinadas.»

«Los jurisconsultos toman la espresion «*derecho de archivo*» ya en sentido *activo* ya en sentido *pasivo*. El primero es el que sabemos: el pasivo consiste en la fuerza probatoria dada en juicio á los documentos guardados en archivos. Los antiguos jurisconsultos, empero, no estan acordes, ni sobre la estension de este derecho en el primer sentido, ni sobre sus condiciones y efectos en el segundo. Hubo entre ellos gran variedad de opiniones, y no perdieron estas su fuerza, hasta que, merced á los trabajos de los jurisconsultos del Estado, despues de Moser y otros, las ideas sobre la estension de la soberanía y los límites de las prerogativas que la acompañan, fueron mejor apreciadas y mas determinadas. Hoy dia el derecho de fundar un archivo no es mas que una facultad inherente á la soberanía, ni menos que una derivacion de la misma. Hay archivos, sin embargo, cuyo establecimiento depende de un simple acto de voluntad de una corporacion ó de un individuo, y por esto conviene hacer distincion entre los *archivos privados* y los *públicos*. Son *públicos*, los fundados por los soberanos, como tales

ó por personas morales que gozan del carácter de autoridades públicas; son privados, los establecidos por particulares. Asi es que debemos contar entre los primeros los de los reyes, los de las municipalidades, los de los estados provinciales, los de las universidades, los de las iglesias y los de los conventos; y entre los segundos, los de las corporaciones de obreros, los de sociedades particulares y los de familias ya nobles ya plebeyas.»

«El no haber atendido debidamente á esta division ha sido la principal causa de los muchos errores y contradicciones en que sobre este punto han incurrido los jurisconsultos.» (1)

De lo dicho se infiere que la enunciativa general de *archivos públicos* se subdivide por necesidad en infinitas especies, ademas de las ya indicadas pertenecientes unas al órden secular ó civil, y otras al eclesiástico, de algunas de las cuales haremos mencion especial en esta y ulteriores lecciones.

Archivos privados. Son todos los de particulares, establecidos por interés y conveniencia propia ó familiar, y por tanto sin autoridad pública. En los paises feudales, y en los que, como el nuestro, la nobleza titulada ha jugado tan gran papel en la política, y su origen y vicisitudes se enlazan con todos los grandes hechos de la monarquía, los archivos privados tienen todavia una considerable importancia por los interesantes y clásicos documentos que encierran. Es muy comun hallarse en ellos códices, árboles, cartas pueblas y documentos de otros géneros, hasta autógrafos de los antiguos reyes, que ni por duplicado, ni en copia se hallan en los archivos públicos, ni aun generales del reino; y no es ya la primera vez, ni debe ser la última, que se mandan adquirir originales, ó en trasunto para completar nuestras descabadas colecciones en los archivos del gobierno. Asi hemos visto lo verificó la Francia en el siglo anterior, asi lo ordenaron nuestros reyes al disponer

(1) Vecker y Reitsch. Diccionario de ciencias morales y políticas.

la formación del archivo general de protocolos de Madrid, así, en fin, recientemente al acordarse el del registro de las leyes y reales disposiciones por el real decreto de 22 de febrero de 1830.

Archivos seculares. Los establecidos por autoridad secular, cualquiera que sea el género de documentos que contengan, y aun cuando su custodia esté confiada, ó deba estarlo por fundación, estatutos ú otra causa, á persona eclesiástica.

Desde luego se ve que pertenecen á esta clase la mayor parte de los archivos del reino, cuya muchedumbre impide una especificación arreglada y precisa, que por otra parte no vemos muy necesaria. De algunos de ellos hablamos en la sección 6.ª Entre los mas importantes comprendidos en dicha demostración, debemos contar los de la fe pública, ó sea del notariado, de los cuales, mereciendo, como merecen, un artículo especial, trataremos al hablar de los escribanos, escrituras públicas, protocolos y registros.

Archivos eclesiásticos. Para la clasificación de archivos pueden adoptarse diferentes bases, como por ejemplo la *autoridad* que ordena y autoriza su formación, la *clase* de documentos que contienen, el *fin* ú *objeto* de los mismos, etc.; pero sin que ninguna de ellas se preste á una completa exactitud, y cuando mas se hallarian en escaso los archivos especiales ó facultativos, como los militares, los de artillería, los de ingenieros, etc., y ni aun esos, pues en todos hay documentos de mas de un género, y todos pueden servir para diversos fines; motivo por el que hemos partido del principio de *autoridad*, como mas exacto. En tal supuesto, y siguiendo ya el principio establecido, archivos eclesiásticos son los erigidos ó establecidos por autoridad eclesiástica.

Sobre el origen de ellos y su necesidad hallamos pocas disposiciones canónicas terminantes; y si muchas que hacen supuesto de su existencia. Para probar que en todas las catedrales debe haber archivo citan algunos los capítulos *Quoniam contra* y *Cum*

causam, del título de *probatonibus* de las decretales de Gregorio IX y el título de *fide instrumentorum* de las mismas, en los cuales realmente no se habla una palabra del particular. Trátase en ellos de las pruebas judiciales: y el establecer, por ejemplo, que las copias de escrituras públicas no hagan fe en juicio, si no consta de sus originales, hace traslucir, cuando mas, el supuesto de archivos ó registros; pero esto no es el precepto espreso de que los haya. Si *scripturam authenticam non videmus*, dice, en suma, el cap. 1 del tit. de *fide instrumentorum* ya citado, *ad exemplaria nihil facere possumus*: ningún precepto terminante, como se ve, sobre establecimiento necesario de archivos.

Lo que hay de mas fundamental en esta materia es que, adoptadas en un principio por la Iglesia, en cuanto á la disciplina externa las leyes romanas, y preceptuándose en ellas, como ya hemos visto, la formación de archivos; siendo esta por otra parte una costumbre general, y erigida tambien en principio general la necesidad y conveniencia de archivos en toda sociedad bien arreglada, las iglesias, corporaciones y autoridades eclesiásticas siguieron esta marcha. Algunos opinan que San Silvestre estuvo ya encargado en Roma de los archivos eclesiásticos, reducidos en general entonces á las actas de los mártires. Puede verse lo que decimos sobre este punto en la sección anterior.

Hay que tener presente tambien que la potestad secular ha dictado siempre disposiciones relativas á la disciplina externa, y la Iglesia las ha adoptado, hallándolas conformes, siendo comun el que todos los códigos civiles, desde el de Justiniano, contengan un libro; y si no uno ó muchos títulos por lo menos, consagrados á asuntos eclesiásticos. Hay ademas de eso disposiciones especiales, puramente eclesiásticas sobre el particular, de algunas de los cuales hacemos mérito en el párrafo siguiente, como asimismo hechos notables de la autoridad eclesiástica que revelan su propósito y convicciones sobre este punto. Así en el siglo

16 Pío IV mandaba establecer el archivo del Vaticano: en el 17 Urbano VIII, el de los cardenales: y Clemente X en el 18 el de la dataria romana.

Es doctrina comun entre los canonistas que los obispos pueden visitar los archivos de las catedrales, si bien acompañados de algunos capitulares, *adhibit is tamen aliquibus ejusdem ecclesie canonicis*.

Bajo del punto de vista jurídico entre los archivos eclesiásticos tenemos por los mas importantes los parroquiales que encierran la filiacion y genealogia de todas las familias, y son, por tanto de una utilidad universal y de aplicacion cotidiana: son, en cuanto á personas, lo que los archivos de la fé pública son á los derechos y obligaciones, y merecen, como estos, un artículo especial, que será el de **LIBROS PARROQUIALES**.

Archivos generales y particulares. Son los primeros los que encierran documentos de todos géneros, formando como el centro ó depósito comun de otros archivos, en cuyo caso se encuentra, por ejemplo, el de Simancas, y tambien los correspondientes á cuerpos supremos y oficinas centrales. Este extremo de la clasificacion es hoy de la mayor importancia por las disposiciones del nuevo código penal, relativamente á archivos generales, por lo que volvemos á tratar esta cuestion en la seccion 4.ª al hablar de la responsabilidad y atentados contra los archivos.

Archivos particulares son los peculiares de una corporacion no central, como el de un tribunal inferior, un ayuntamiento etc.

§. 3.º *Deberes de los gobiernos y autoridades respecto de los archivos.*

Si hemos convencido algo en lo que llevamos escrito del presente artículo, es que los archivos son, no como quiera una necesidad pública, una institucion de conveniencia general, sino tambien un testimonio de civilizacion y de esmerado régimen social. En este caso, si los gobiernos perso-

nicilan los Estados: si es congénito á sus elevadas funciones el dirigir la civilizacion: si sus actos y disposiciones, como á su vez los de las autoridades y funcionarios que se mueven á su impulso, no pueden menos de reflejar la del país, bien se ve que es un deber capital de estos y aquellos el prestar especial y perseverante atencion al establecimiento, arreglo y conservacion de los archivos, ora generales, ora particulares, y de cualquier género de los que aconsejen la conveniencia y el mejor servicio público.

Hay todavia un nuevo y poderoso motivo que añadir á los indicados en el párrafo anterior, y en la seccion primera, y que es peculiar de la época presente, para que la administracion central no pueda menos de consagrar una especial atencion al fomento y arreglo de los archivos. Sabido es el cúmulo de riqueza que habia reunido el clero secular y regular; y toda con sus innumerables títulos ha pasado á poder de la nacion que la ha enagenado á particulares. Sabido es tambien el cúmulo de documentos que ntesoraban las innumerables casas religiosas suprimidas en la cuarta decada de este siglo. Todos tambien, no diremos que han pasado, sino que han debido pasar á las oficinas y archivos del Estado, sin que lo acervo de la revolucion política en aquellos días, y hasta en momentos supremos, permitiera, no solo un cierto método en la traslacion; pero ni aun conocer el destrozo unas veces, y el desfallo en las mas.

Es deber de los gobiernos y autoridades asimismo dispensar proteccion á los archivos privados; y no ya porque sean una propiedad como cualquiera otra; sino por las razones de pública utilidad que hemos indicado en su lugar.

Nace de estos principios la necesidad de dictar cuantas resoluciones conduzcan al caso, observarlas y hacerlas observar. No incumbe á nuestro propósito ser en este punto jueces tan inexorables, como lo es y tiene que serlo la historia, si es que puede haber increpacion, y censura mas seve-

ra que la contenida en las mismas leyes y disposiciones que hablan de la materia.

No debe establecerse corporacion, oficina ó dependencia, sin que espresamente se encargue la formacion de un archivo, y en todo caso, los gefes ó autoridades deben tenerlo por subentendido.

Como la uniformidad y el método facilitan la ejecucion y el mejor arreglo, en vez de fiar á la pericia ó capricho de cada encargado de archivos la planta ó formulario general ó especial en la distribucion de papeles, índices y registros, deben proceder del gobierno, único medio tambien de que sean útiles y eficaces las visitas ordinarias ó extraordinarias que establecen las leyes y que conviene se verifiquen.

En cuanto al derecho constituido, lo principal de lo mandado puede reasumirse en los puntos siguientes:

Archivos generales. Por diferentes leyes y disposiciones reales está mandado:

1.º Que los papeles escedentes de los archivos públicos se trasladen al de Simancas, aun cuando ya hemos manifestado que esta medida de regularidad no podrá tener efecto en lo sucesivo.

2.º Que en la oficina del Ingeniero general se forme un archivo general de trabajos topográficos, ordenando lo conveniente sobre la forma de verificarlo (1).

3.º Que se forme un archivo general de comercio, instruccion y obras públicas al que se incorporen los papeles de la direccion de caminos y los del archivo de la Inquisicion (2).

4.º Creacion en esta corte de un archivo general de todas las dependencias de Gracia y Justicia, visita especial á todos los archivos dependientes del mismo dentro y fuera de Madrid, arreglo y organizacion comun de los mencionados archivos, remesa de documentos que puedan pertenecer á los archivos de Simancas, Sevilla y Barcelona, creacion para todo lo dicho de una junta superior de archivos en la corte, deslinde y clasificacion de documentos que debe hacer,

propuestas sobre arreglo, uniformidad en todos los archivos, y formacion y publicacion de colecciones y bularios (1).

5.º Creacion y organizacion de un archivo general y auténtico de las leyes y reales disposiciones, y su organizacion (2).

Archivos judiciales y de la fé pública. Debe haberlos en todas las audiencias y tribunales supremos, incluso el de la Rota (3).

Debe haberlos asimismo en todos los tribunales inferiores. Mas como en estos son inseparables de los de la fé pública, y sobre ellos nos hemos reservado hablar en artículo particular, omitimos aquí los pormenores (4).

Archivos municipales. Debe haberlo en cada pueblo, y custodiarse en él las actas del ayuntamiento, expedientes, ejecutorias, cartas pueblas y todo género de documentos pertenecientes al mismo, exhortos, despachos y oficios de otras autoridades; y las leyes, decretos, reales cédulas y el cuerpo de las mismas leyes (5).

Los escribanos estan obligados á poner en el archivo del pueblo una copia autorizada de cada escritura que otorgue, pidiéndolo y pagándolo la parte (6).

Archivos eclesiásticos. En todas las parroquias deben llevarse y conservarse libros ó registros de bautismos, casamientos y defunciones (7).

Debe haber archivo en todas las iglesias y catedrales, y en la cámara, ó secretaria de todos los obispos y prelados (8).

En cuanto á disposiciones especiales, por lo que hace á los archivos de la administracion, diplomáticos y de cualquiera otro género, deben consultarse los decretos de

(1) Real decreto de 5 de noviembre de 1847; real instruccion de 5 y 6 del mismo mes y año; real decreto de 1.º de diciembre de 1848; real instruccion de 34 de mayo de 1849; circular de 3 de julio de idem.

(2) Real decreto de 22 de febrero y real instruccion de 20 de marzo de 1850.

(3) Ley 2, tit. 4, lib. 2, y 4 tit. 1.º, lib. 3 Nov. Recop.: párr. 4.º del real decreto de 7 de octubre, y artículo 121 y 143 de las ordenanzas de las audiencias de 19 de diciembre de 1835.

(4) Leyes 4, 10 y 11, tit. 23 Nov. Recop.

(5) Leyes 2 y 3, y notas 1, 2 y 3, tit. 2, lib. 7 Nov. Recop.: instruccion de corregidores.

(6) Ley 9, tit. 23, lib. 10, Nov. Recop.

(7) Concilio de Trento, cap. 1 y 2, ses. 24 de Reformat.

(8) Concilios de Rouen, y de Aix de 1581 y 1685; bulas de Sixto V de 1587, y de Benedicto VIII de 1726.

(1) Real orden de 2 de junio de 1815.

(2) Real decreto de 19 de setiembre de 1847.

ARCHIVO.

321

creacion, ordenanzas y reglamentos de cada oficina, corporacion, legacion ó consulado, debiendo tenerse por mandada en todo caso la formacion de archivos, aun cuando espresamente no se prevenga, y la omision ó negligencia en este punto no puede mirarse sino como indicio y testimonio de una administracion descuidada, y falta vituperable de celo.

SECCION III.

DE LA FUERZA Y VALOR LEGAL DE LOS DOCUMENTOS ARCHIVADOS.

La fuerza probatoria de los documentos archivados, puede considerarse bajo el punto de vista del criterio natural ó histórico, y del criterio jurídico. Lo primero es aquí ageno á nuestro propósito: lo segundo pertenece en rigor al artículo ó tratado de las pruebas judiciales escriturarias. Hay, sin embargo, observaciones que son peculiares y como inseparables del presente artículo, y siguiendo por otra parte el método comunmente adoptado por los autores que han tratado de esta materia, adelantaremos aquí las consideraciones que nos parezcan oportunas, sin perjuicio de desenvolverlas convenientemente en el lugar oportuno.

Todos los autores, antiguos y modernos, que han examinado esta cuestion, convienen en que los documentos archivados tienen el carácter de documentos públicos con fuerza probatoria en juicio: todos convienen tambien en que á tales documentos compete la indicada prerogativa por solo la circunstancia de estar archivados; aunque carezcan en sí de algunas formalidades, *etiam si careant solemnibus publici instrumenti*; pero al propio tiempo todos los autores tambien hacen tales escepciones, que los mencionados documentos apenas vienen á probar nunca, sino cuando les competiera esa fuerza y valor legal, aunque no estuviesen archivados; desapareciendo así la prerogativa contenida en la fórmula sacramental *supplementum luci*, por todos admitida desde Baldo, y es á saber: *que la circunstancia solo de ser archivado un documento,*

subsana en este la falta de algunas formalidades, que de otro modo perjudicarian á su validex.

La cuestion es grave, y por eso no podremos menos de esplanarla con alguna extension, si bien no recibirá su complemento sino en diversos artículos, que tienen una conexion necesaria con el presente, como el de biblioteca, escritura pública, copia ó traslado, prueba escrituraria, etc.

Para verificarlo con la posible claridad espondremos primero la opinion de los autores y sus fundamentos, y lo haremos despues de nuestra propia doctrina.

La base fundamental sobre que descansa la opinion de todos los tratadistas es la auténtica *Ad hoc*, comprendida en el título de *fide instrumentorum* del Código, la cual toda, dice así: *Ad hoc, ex his literis, quibus adversarius tuus utitur, et profert, reoté petis examinationem fieri. Item, et charta, que profertur ex archivo público, testimonium publicum habet.*

Si la segunda parte de la auténtica no ha de decir lo mismo que la primera, ni estar en contradiccion con ella, el sentido genérico y terminante de aquella es, que los documentos presentados en juicio de este ó de otro modo por una de las partes, pueden ser rechazados, y disputada su cualidad; pero no los que procedieren de un archivo, que por ese hecho, *testimonium publicum habent*, esto es, merecen fé y tienen fuerza de probar.

La auténtica, pues, apreciando el sentido incontestable de sus dos cláusulas, se prestaba á una opinion y regla absoluta, y si los tratadistas no la comprendieron así, así lo espresaban y espresaron sin duda por muchos siglos.

Al comentar Godofredo esta auténtica, dice únicamente: *fit etiam comparatio scripturæ judicialiter productæ ab adversario, et depromptæ ex archivo publico*, que es decir: que limita su glosa á hacer notar la diferencia de unas y otras escrituras producidas en juicio.

Los archivos, dice Pothier (1), no estando

(1) Tratado de las obligaciones, núm. 781

establecidos sino para conservar verdaderos títulos, garantizan por ese hecho la verdad de los que se compulsan ó producen de ellos. Y esta es la razón porque los documentos privados, depositados en un archivo, y dados por certificación del encargado de este, hacen fé, aunque se hayan compulsado sin citacion ó reconocimiento.»

Hablando nuestros tratadistas del valor legal de una segunda copia, ó sea copia de copia de una escritura, y despues de asentar que no hace prueba, dicen en general: *crcipe quando copia, sive transumptum hujus modi reperitur in archivo publico alicujus loci, vel comunitatis; quoniam tunc huic instrumenti fides est adhibenda* (1).

La opinion, pues, de los tratadistas puede reducirse, de acuerdo con la auténtica citada, en su segunda parte, á la enunciativa siguiente: un archivo público es un protocolo ó registro: los trasuntos de cualquiera de los documentos que contiene, dado por el archivero, ú oficial público encargado de su custodia, equivale á lo que en lo judicial y escriturario llamamos escritura original ó primera saca: esta por tanto hace fé y plena probanza; y eso, cualesquiera que sean las formalidades de que carezca el documento de que certifica el archivero.

Preciso es convenir en que si este pudo ser el sentido de la ley romana, podia dar y dió sin duda ocasion á fraudes, errores é injusticias; y se tocó por ello la necesidad de las escepciones.

Fué la mas radical la de suponer que la mencionada doctrina no tenia lugar sino respecto de archivos que fuesen, como se decia eran los de los romanos, esto es, que en ellos no se depositaban sino documentos auténticos.

Es de notar que en las doctrinas y opiniones, que dejamos manifestadas, los autores se limitan á los archivos de escribanos, y á escrituras de las que autorizan estos funcionarios. Pero en primér lugar, que eso no seria resolver la cuestion; sino parcial-

mente, puesto que es infinito el número de archivos de otro género á los que es preciso estender la doctrina, ó la dificultad y su solucion: y en segundo, que es de todo punto arbitrario suponer que en los archivos de Roma no se admitiesen mas que documentos auténticos. El pueblo romano corrió las mismas ó mas graves vicisitudes que los demas pueblos: y en sus guerras civiles, sus perturbaciones, la sustitucion de la república por el imperio, del paganismo por la religion cristiana y otros acontecimientos notables, los archivos no pudieron menos de sentir los efectos del error, de la negligencia, del abandono, y en fin, sufrir alternativamente acumulaciones y desfalcos, mezcla y confusion por tanto de todo género de documentos. En todo caso semejante doctrina no seria en ninguna parte aplicable en nuestros dias, porque en ninguna parte los archivos son como aquí se les supone. Hay algunos, es cierto, que pudieran reputarse en ese caso, tales son los protocolos ó registros de las escrituras públicas y los archivos públicos de escrituras públicas de Madrid. Pero aun en esos se comprende la existencia de documentos auténticos.

De condicion en condicion llegaron por último á exigirse las siguientes para que tuviera aplicacion la segunda parte de la auténtica romana.

1.ª Que el archivo fuese público, y ya hemos indicado los que merecen esa calificacion.

2.ª Que esté encomendada su custodia á un archivero ú oficial público.

3.ª Que este certifique que la copia que autoriza concuerda con el original, determinando las circunstancias de este, que pertenecen al archivo, y desde qué tiempo.

4.ª Que las llaves del archivo no hayan estado nunca, por poco ni mucho tiempo en poder del que tiene interés en que el documento haga fé.

5.ª Que en la cuestion no resulte interés á aquel, cuyo es el archivo.

6.ª Que aquel contra quien ha de producir sus efectos la copia de un original que carece de algunas solemnidades, esté sujeto

(1) Pareja, de *Instrumentorum editione*, tomo 1.º resoluit. 3, párr. 3, núm. 28.

á la jurisdiccion del punto en que radica el archivo.

7.ª Que la prueba para la cual haya de servir el mencionado documento sea en causa civil, y de ninguna manera en causa criminal.

8.ª Que si el documento de que se da certificacion fuese privado, sea muy antiguo, que se halle entre escrituras auténticas, y que se haya fallado alguna vez por su tenor, reputándolo verdadero.

La importancia de la materia: el deseo de tratarla del modo que mas puede conducir á la facilidad y al acierto: el severo criterio que caracteriza los escritos y opiniones de los escritores alemanes, nos induce á trasladar los pasajes principales del excelente artículo de Vecker, ya citado en la seccion anterior, encabezado *Derecho de archivos, jus archivi* en su diccionario de *Ciencias morales y políticas*.

«Para dar, dice, una preferencia legal en el orden probatorio á los documentos sacados de los archivos, es esencial é indispensable que estos tengan fé pública, para lo cual es preciso no solo que la persona moral que lo posea esté reconocida por el Estado como una autoridad pública, sino que tambien haya tomado medidas á fin de que no pierda el archivo esa fé ó crédito público. Son, pues, de absoluta necesidad dos circunstancias, á saber, la de que el poseedor del archivo sea una autoridad pública reconocida; y la de que haya en el archivo puesto por la misma autoridad un archivero debidamente juramentado y escrito.»

«Se puede, pues, buscar la verdadera base del derecho de archivo en que es este considerado como una institucion pública y administrado bajo la inspeccion de la autoridad por una persona tambien pública conocida con el nombre de archivero.»

«Del principio de la fé pública que se debe á archivos así organizados se deducen las siguientes reglas:

1.ª Todo original guardado en un archivo, sea cual fuere su primitivo origen, es considerado como un documento público.

Todo documento archivado, aunque haya sido privado en un principio, desde el momento en que ha sido estraido de un archivo, está revestido del carácter de público y de una fuerza tal, que aquel contra quien se emplea no puede apelar á la asseveracion jurada: porque contra esta solo tienen lugar las escepciones admisibles contra los documentos públicos, cuya fuerza probativa destruyen ó atenuan.

2.ª Todo documento archivado, si es auténtico, produce plena prueba. (Nov. III, capítulo 2.)

Tiene lugar esto partiendo de la suposicion de que sea original y auténtico el documento, cosa que no podrá dudarse cuando guardado el tal documento en un archivo público lleve consigo todos los caracteres de la fé pública segun la práctica de su tiempo, ni cuando el documento sea nuevo y vaya su contenido firmado por el proponente, visado por el director, y sellado por el que lo espida, es decir, cuando estén cumplidas en él todas las formalidades que prescriben el uso y las costumbres del país en que haya sido estendido. Con razon dice á propósito Gouner: «Un documento antiguo guardado en archivos ó registros públicos, tiene en favor suyo la presuncion legal y produce plena prueba cuando no militen contra su autenticidad razones muy particulares.

3.ª Si se duda de si un documento sacado de un archivo es original ó copia, tiene la fuerza probativa del original mientras no pruebe la parte contraria que es una copia.

4.ª Si está fuera de toda duda que el documento archivado no es mas que una copia, produce plena prueba á falta del original en el archivo, con tal que esté visada ó certificada por el archivero. Si falta este visto bueno, es preciso distinguir entre las copias antiguas y las modernas. Las copias antiguas pueden ser aducidas por prueba, hecha entera abstraccion del tiempo en que fueron archivadas; pero es preciso medir el grado de su fuerza probativa por las demas pruebas que se presenten. Las copias modernas no pueden tener fuerza probativa

sino cuando su conformidad con el original existente haya sido certificada por el archivero.

5.º Las palabras rayadas, las raspaduras, la circunstancia de estar escrito el documento por muchas manos, los de llevar algo al margen ó interlineado no quita á los antiguos documentos archivados el grado de fé que pierden los mismos cuando han sido encontrados en manos de particulares. Para la aplicacion de esta regla no debe sin embargo olvidarse que el documento ha de tener principio y fin, porque un documento que no reúne estas dos circunstancias no puede considerarse sino como el proyecto de otro que no llegó á ser estendido en la debida forma.

6.º La falta de algun requisito exigido por la ley á la costumbre quita algo de su fuerza á un documento antiguo, encontrado en manos de un particular; pero nada absolutamente cuando ha sido estraído de un archivo público.

7.º Tiene lugar la misma regla anterior con respecto á libros de feudo, censos y subsidios, en el caso de que sean antiguos y formados en tiempo en que ó no se cumplieren ó se cumplieren mal las formalidades que ahora se usan.

8.º Los documentos archivados no solo prueban contra un tercero; prueban tambien muchas veces contra aquellos en cuyo nombre fueron estendidos. Sucede esto particularmente con las anotaciones ó registros que para su uso llevan sobre las regalías ciertos funcionarios juramentados del Estado, registros que pasan luego á los archivos.

9.º Debemos advertir antes de concluir este artículo, que no hemos dado estas reglas sino refiriéndonos á documentos guardados en archivos públicos; los de los archivos privados no prueban sino lo que puede probar en general todo género de documentos.

En la opinion de Vecker, de Pothier y de Pareja tenemos realmente la de todos los tratadistas nacionales y extranjeros. No nos detendremos nosotros á analizar to-

das las condiciones y restricciones por ellos propuestas, de las cuales unas pertenecen á la crítica natural, otras á la legal, otras no se prestan á un exámen formal, otras, en fin, harían inútiles los archivos é imposible una resolución en un sin número de casos, si bien hallamos algunas sólidas y acertadas.

Trayendo nosotros con presencia de toda la cuestion á un terreno mas práctico, y acomodándola á lo que son hoy, y no pueden menos de ser los archivos: teniendo presente que no solo pueden suministrar medios de prueba los archivos especiales, sino tambien los generales en que se contienen por necesidad toda clase de documentos auténticos y no auténticos, públicos y privados, entendiendo por auténtico todo documento original que emane de una autoridad ó funcionario público con facultades para autorizarle, en cuyo caso se encuentran por lo tanto lo mismo el registro de un escribano, que la minuta rubricada de un real decreto, instruccion ó real orden; nuestra doctrina es:

1.º Todo archivo público debe ser reputado como un protocolo ó registro.

2.º Toda certificacion dada por un archivero, no oficiosamente, sino por mandato de su gefe ó superior competente, es documento público.

3.º Si este documento público tiene por matriz ú original en el archivo un documento auténtico, original y solemne, como el que fué protocolo de un escribano, una minuta rubricada de un ministerio, una orden ó decreto autógrafo de un soberano etc., hace fé y plena prueba en juicio, como una escritura original ó primera saca.

4.º Si la certificacion lo fuese de un documento no auténtico, privado ó que carezca de algunas solemnidades, la apreciacion de su valor y fuerza legal ha de determinarse por las reglas de la crítica racional y legal, y por la costumbre y práctica de los tribunales, lo cual ya corresponde esplanar en el artículo de las pruebas instrumentales, siempre supuesta la presuncion de legalidad y verdad en los documentos antiguos,

ARCHIVO.

323

al tenor de que se expresa en la regla 7.

5.º Siempre que fuese posible la citacion y cotejo, será prudente decretarlo á petición de parte, aunque hay archivos en que no siempre lo es, ú ofrecería greves dificultades, como el reservado de un monarca, ciertos documentos ó expedientes de gobierno, etc.

6.º Toda certificacion de archivero puede ser redarguida de civil, ó naturalmente falsa. El juicio que se forme al decidir acerca de estas cualidades es un criterio de verdad que ocurre á cualquiera inconveniente que pudiera resultar en teoría de la fuerza ó valor de privilegio dado á los documentos menos formales depositados en un archivo.

7.º La falsedad civil en estos casos será relativa á la certificacion ó al documento de que se certifica. Esta consistirá en carecer el que se dice archivero de esa cualidad; en certificar oficiosamente en vez de hacerlo de mandato superior; en no espresar las circunstancias del documento compulsado etc.; la relativa á este consistirá á su vez en la falta de solemnidades que en él concurren, notándose que el defecto de estos se subsana por el tiempo, esto es, por ser antiguo el documento y hacer mucho tiempo que esté en el archivo convenientemente conservado, y hé aquí el privilegio de lugar, el *supplementum loci* que nosotros reconocemos, siendo clara y positiva la razon. Un documento cualquiera en manos de un particular puede haberse preparado ó formado para el caso ó prueba para la cual se presenta; pero esa presuncion no tiene igual cabida en un documento archivado y de cuya antigua existencia consta. Un documento así es claro, como la luz, que no ha podido forjarse para un caso que nadie pudo prever; que es posterior una, dos ó mas generaciones á la vida del autor, y que ademas puede ser corroborado por circunstancias, confrontaciones y declaraciones oficiales, judiciales, críticas ó históricas que siempre recaen sobre una cosa de existencia cierta, lo que no puede verificarse igualmente respecto de un documento, digámoslo

así, ambulante y oficiosamente presentado por un particular. De este modo un documento privado puede hacer prueba en la opinion de los autores. Tal es la de Dumoulin en su comentario á las costumbres ó prácticas de Paris, el cual es citado como uno de los primeros que combatió y sometió á restricciones la antigua doctrina de los autores, fundados en la mencionada auténtica *Ad hæc*.

8.º Los papeles y registros de un archivo público no pierden esta cualidad, aun cuando el archivo haya estado cerrado y sin archivero por algun tiempo; aunque hayan sido trasportados ó estraidos, toda vez que al ser nuevamente reunidos por autoridad competente sea examinada y reconocida su legitimidad.

9.º Los documentos de archivos privados no hacen fé en juicio, á no ser que la hiciesen aun sin estar archivados, como sucedería respecto de una escritura original ó de una ejecutoria etc., y salvo que una parte los invoque contra su contrario, en cuyo caso es sabido probarian contra el producente.

10. Los archivos privados que se conservan en archivos públicos, como alguna casa titulada los tiene en el de Simancas; si, como es preciso suceda, hubieren sido en ellos recibidos por autoridad superior competente, y quedado bajo la custodia inmediata del archivero, aun cuando la persona ó casa propietaria conserve una de las llaves del armario ó caja que los contenga, gozan del carácter de archivos públicos, aun cuando para dar certificacion de ellos no bastara que se pida por un tercero y lo mande la autoridad, sin el beneplácito del dueño, á quien no despoja de sus prerogativas de tal el privilegio ó gracia real de acoger bajo la custodia pública su archivo privado.

10. Cuando en los casos citados y por razones legales el documento haga fé, la hará en cualquiera cuestion, sea civil ó criminal, y ora las partes estén sometidas á la jurisciccion de la localidad en que radique el archivo, ora no lo estén.

11. Lo propio hay que decir aun cuan-

do el citado documento menos solemne, de que hablan los autores en las reglas antes citadas, hubiere de producirse en contienda en que sea parte la persona á quien parece pertenecer el archivo, siempre que sea persona moral, como un ayuntamiento, una universidad, el gobierno etc.

Diremos, en fin, para concluir, que cuanto queda manifestado en la presente seccion ha de entenderse principalmente de los archivos en general, mas bien que de los del notariado, pues estos tienen reglas peculiares. son á la vez registro y archivo, y hemos indicado hablaremos especialmente de ellos en artículo particular.

SECCION IV.

ATRIBUCIONES, DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ENCARGADOS DE UN ARCHIVO; RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS EXTRAÑAS QUE DELINQUEN CONTRA EL SAGRADO DE LOS ARCHIVOS.

Hemos esplanado en la seccion anterior lo que llaman los publicistas estrangeros *derecho de archivos*: hemos visto en el terreno jurídico la suma importancia de estos, entre otras consideraciones de alta conveniencia social, por lo que se encierra en la fórmula usual *supplementum loci*: hemos visto que para ello entra como condicion indispensable la intervencion del oficial público llamado archivero. En la presente seccion corresponde tratar de las atribuciones y deberes de dicho funcionario, cualquiera que sea su denominacion, de su responsabilidad y de la de otras personas que puedan atentar contra estos depósitos establecidos para la utilidad de todos y bajo la salvaguardia del Estado.

§. 1.º Atribuciones de los encargados de los archivos.

Al tratar de las atribuciones, deberes y responsabilidad de los funcionarios públicos á que se refiere esta seccion, hemos usado de propósito de la denominacion genérica, *encargados de un archivo*, y no de los

archiveros; porque no todos los funcionarios de este género llevan el mismo nombre, y hay archivos y registros que por su índole se resisten á la nomenclatura general, como sucede, por ejemplo, en cuanto á los registros parroquiales, cuyo encargado privativo es el párroco, y él es, por tanto, el que dá y autoriza personalmente las certificaciones. Debe, pues, tenerse como un principio y regla práctica de jurisprudencia que las atribuciones, deberes y responsabilidad en la materia de que vamos hablando se derivan del cargo, y no de la denominacion del funcionario, que en este terreno legal es indiferente, asi como lo es que aquel sea temporal ó perpétuo, fijo ó accidental. Debemos notar asimismo que no vamos á tratar de las atribuciones, deberes y responsabilidad especial de los encargados de cada uno de los archivos, lo que seria interminable y no podria verificarse sino con presencia de los infinitos estatutos, reglamentos ú ordenanzas especiales, que son las que han de consultarse en cada caso que ocurra; limitándose, por lo tanto, nuestras observaciones á puntos cardinales, á lo que es comun á todo género de encargados de archivos, cualquiera que sea por otra parte la clase ó especialidad de estos.

En tal supuesto y en cuanto á las atribuciones del encargado de un archivo, estan reducidas las esternas á la facultad de certificar, de modo que su testimonio haga fé en juicio, cuya fé y autoridad se deriban de la cualidad de oficial público, jefe ó encargado de un ramo del servicio del Estado, como es el de archivos, entendiéndose, sin embargo, que tal testimonio no hace fé sino cuando se da, no oficiosamente, sino de mandato superior, lo cual ha de entenderse del mero archivero, pues si ademas fuese escribano ó notario, es claro que puede testimoniar muchas veces sin necesidad de mandato, en cuyos casos su testimonio hace fé en juicio y fuera de él, como sucede en lo escriturario, siendo la razon que asi expresamente lo autoriza la ley y la índole misma del oficio en cuanto á las primeras sacas. En qué casos y cómo las segundas, dadas

sin mandato, hacen fé en juicio, corresponde al tratado de pruebas judiciales. Diremos, sin embargo de paso que en este punto una certificacion oficiosa de un archivero, presentada en juicio, estaria en el caso de una copia por concuerda dada en la misma forma por escribano público, la cual no haria fé sin cotejarla con citacion.

Conviene tambien advertir que el mandato para certificar el archivero ha de ser precisamente de su gefe especial, al cual, y no á aquel, ha de dirigirse el réquirimiento, órden ó suplicatoria de los jueces, tribunales ó autoridades que por causas de servicio público piden el certificado que todavia no hace fé si no se observan en su expedicion las solemnidades esternas de visto bueno, legalizacion y demas que estan mandadas, ó autorizadas por la práctica.

En defecto de archivero se reviste de esta cualidad el funcionario público que recibe comision en forma para certificar de la autoridad competente, como algunas veces sucede en archivos, y aun protocolos cerrados, ó depositados, por muerte ó suspension del archivero ó escribano.

§. 2.º *Deberes de los encargados de los archivos.*

Nacen aquellos de las dos bases capitales que constituyen esencialmente el cargo de archivero, á saber: *custodia y arreglo*.

Del primer principio deriva la obligacion de procurar á todo trance, siendo como es el cargo de confianza, y voluntariamente recibido, la conservacion y absoluta integridad del archivo, evitando toda sustraccion y deterioro; nace del mismo principio la propia obligacion religiosa y sagrada de procurar y consultar en igual forma la verdad y legitimidad de los documentos y registros, evitando toda alteracion ó suplantacion. No compitiendo al archivero mas que la *custodia*, no disponiendo, por lo tanto, de una cosa que le pertenezca, carece absolutamente, por consecuencia, de la facultad de permitir la lectura, copias ni saca confidencial de documentos, ni realizarlo por sí

en el segundo y tercer caso, sino en la forma y en las ocasiones espresamente prevenidas en las leyes, reglamentos y reales disposiciones. La inobservancia de estos principios, la negligencia y el abuso, no pocas veces criminal, y por lo comun impune en esta parte, ha ocasionado en los archivos y bibliotecas del Estado pérdidas, confusion y desórden de difícil reparacion, ó que ya no repararán nunca los esfuerzos y la diligencia mas esquisita. En las tiendas y especerías, en poder de particulares y en los archivos estrangeros está el proceso de negligencia, el cuerpo de delito que clama justicia, alguna vez contra el tiempo, las mas contra funcionarios que no han correspondido al servicio ni á la confianza del Estado. Las pérdidas y el abuso han llegado así, no solo á justificar, sino que podrian hacer plausible en este punto el rigor de la autoridad eclesiástica, que no pocas veces ha condenado con escomunion la infidelidad y estraccion de documentos de archivos y bibliotecas, y el de la autoridad secular, que asimismo ha invocado este recurso.

Nace tambien del mismo principio la prohibicion general de no certificar, si no de mandato de autoridad competente, no solo porque, como ya queda observado, el archivero no es dueño, sino custodio del archivo; sino porque, mero mandatario, y prescindiendo de lo exigido en el órden probatorio y de la fé pública, no le compete el apreciar la oportunidad, conveniencia ó perjuicios de hacer comunicable el depósito y su secreto.

Si el mandato ó autorizacion de certificar fuese genérica, con la fórmula precaucional y acostumbrada de *lo que conste y sea de dar*, le incumbe el comprender y aplicar sin abuso ni error las reglas y restricciones de esta fórmula, como por ejemplo, que no se certifique en virtud de autorizacion ó mandato genérico de lo que cause deshonor: de asuntos que deban reservarse, como el de una negociacion pendiente: de documento que autorice á exigir una cantidad ó servicio tantas veces como órdenes ó escrituras se presenten, etc.

Del segundo principio de los dos enunciados nace el deber de ejecutar con puntualidad y perseverancia las órdenes é instrucciones de arreglo y organizacion, y de suplirlas con su celo y pericia si no las hubiere, esponiendo y proponiendo, sin perjuicio, como resultado de su estudio y diligencia, y con presencia del estado de los conocimientos sobre organizacion, arreglo y medios de utilizar los archivos, lo que crea conveniente y necesario, en vez de responder con la negligencia á un cargo trascendental de confianza.

§. 3.º *Responsabilidad de los encargados de los archivos.*

Ninguna parece podria ser bastante rigurosa para castigar debidamente el abuso y hasta la negligencia en un servicio público, no apreciado siempre en su verdadero valor, aunque bien se echa de ver, en cuanto así lo permite un artículo de Enciclopedia, cuál es su importancia.

Los códigos penales modernos despliegan en este punto un saludable rigor. El español lo lleva en algun caso hasta la pena de muerte, y siempre es severa su sancion, así respecto de los archiveros, como de delinquentes estraños; y esto nos determina á adelantar algunas consideraciones de práctica y de doctrina que coadyuven á ilustrar la nueva jurisprudencia á que ha de dar lugar la nueva ley penal, sirviendo las mismas como de preliminar necesario al presente párrafo y al siguiente.

En las secciones anteriores hemos manifestado lo que es archivo en la acepcion comun y genérica de la palabra. Pero al tratar ahora de la responsabilidad de los encargados de los archivos, preciso es determinar hasta dónde puede y debe estenderse en términos de derecho aquella acepcion.

Hasta la invencion de la imprenta, era difícil en infinitad de casos diferenciar lo que era biblioteca y lo que era archivo, pues un mismo depósito de documentos podia merecer uno y otro nombre. Despues de aquella época la diferencia parece mas fá-

cil. En general la biblioteca se compone de obras y documentos impresos ó publicados, y reducidos á libros. El archivo, por la inversa, se compone por lo comun de expedientes, códices y documentos manuscritos: en la biblioteca se consultan los conocimientos; en el archivo los derechos. La biblioteca tiene por fin principal la propagacion; el archivo la perpetuidad. En aquella el medio necesario de llegar á su fin es el uso, que lleva inevitablemente al deterioro y conclusion de lo que forma el cuerpo de la misma; en el archivo, por la inversa, conduce á su fin la conservacion y parsimonia en el uso.

Tan identificada está esta doctrina con el espíritu y hasta con el texto de nuestras leyes, que no pocas veces han dispuesto las mismas que de los documentos destinados á archivar se saque un duplicado que sirva para el uso necesario, á fin de preservar de deterioro el original; por eso otras veces han ordenado se dupliquen tales documentos, preservando uno de ellos de todo uso frecuente, remitiéndolo con este fin á un archivo general como el de Simancas: por eso, en fin, segun lo hemos notado ya, era comun en los siglos anteriores autorizar á un mismo tiempo tres, cuatro ó mas trasuntos de un mismo documento, haciéndolos depositar en diferentes archivos, uno de los cuales solia ser la parroquia, siendo indispensable tener presente esta circunstancia, ó mas bien de este hecho histórico indudable, al apreciar la fuerza y valor legal de los documentos archivados.

Es indudable que entre los archivos de España hay algunos que, segun lo dicho, se prestan al doble concepto de archivo y biblioteca. En este supuesto y llegado el caso muy posible de duda en la aplicacion de algunos artículos del código penal, de que en breve hablaremos, la regla de decidir se hallará en la doctrina asentada. En su consecuencia, y en caso de duda, un depósito documental de tal naturaleza se reputará archivo para todos los efectos legales que se deduzcan de la presente seccion: 1. si tu-

ARCHIVO.

329

vieren esa denominacion por la ley, órdenes ó reglamentos: 2.º si la tuvieren así bien por uso y costumbre: 3.º si aun llevando la denominacion de biblioteca, fuesen documentos de archivo los principales ó la mayor parte de los que contiene: 4.º si conteniendo documentos de biblioteca y de archivo el incendio, subtraccion ó daño ocasionado fuere en los segundos: y 5.º en cualquiera otro caso análogo á los anteriores ó de duda.

Puede esta darse tambien sobre si lo dispuesto acerca de archivos tendrá aplicacion, respecto de cualquier depósito público de documentos, aunque sea en poder de un particular, ó en un edificio privado. La resolucion afirmativa no parece dudosa, toda vez que el depósito esté hecho por autoridad pública y que esta circunstancia sea notoria.

En la legislacion francesa está así terminantemente declarado en el artículo 254 del código penal, exigiendo únicamente que el depósito esté fiado á un empleado público, cuyo carácter atribuye en nuestro concepto en el presente caso el encargo oficial de una autoridad pública, como sucederá con un depósito judicial de documentos públicos, como por ejemplo, el protocolo de un escribano que fallece. El código penal de las Dos Sicilias en su art. 250 equipara tambien para el efecto de que vamos hablando los depósitos de documentos públicos á los archivos; lo propio se estableció por el código español de 1822 en su artículo 437, y así, en fin, lo establece el código actual en su art. 281.

Viniendo ya á determinar la responsabilidad de un archivero ó encargado de un depósito de documentos públicos, como tal, puede aquella presentarse bajo el doble concepto de *negligencia* y *delincuencia*. Si la primera no estuviere penada espresamente por las leyes, su castigo estará solo determinado por las instrucciones ó reglamentos, ó penderá del juicio prudencial de la autoridad superior, y todos estos casos corresponden al orden gubernativo, lo cual ha de verse en cada uno de los que ocurran.

TOMO III.

Si la negligencia estuviere penada espresamente por los códigos, entonces ya es reputada delito, y los que podrian imputarse este supuesto á un archivero, serian delitos de *omision* y de *comision*, teniendo presente que, por la cualidad de funcionario público de aquel y por la índole del cargo, en todos sus delitos concurrirán las circunstancias agravantes de *abuso de poder* ó de *confianza*, señaladas como tales en los casos 9 y 10 del artículo 10 del código penal.

«La ley, dice Mr. Rogron tratando esta materia en su comentario al artículo citado del código francés, debe castigar al funcionario público, que investido de una confianza especial, no llena sus deberes estrictamente: su negligencia es un delito.» Et principio es cierto y saludable; pero la negligencia no será delito si la ley no la castiga como tal, y menos en aquellas legislaciones que escluyen toda pena arbitraria, y que como la nuestra adoptan y consignan especialmente el principio de que *no hayan de ser castigados otros actos ú omisiones que los que la ley con anterioridad ha calificado de delitos ó faltas* (1). Algunos códigos modernos castigan en efecto como delito la mera negligencia, y esa modificacion habrá de hacerse tambien en el español. El de 1822 lo establecia así: cuando la sustraccion ó destruccion de documentos, decia el artículo 442, se verifique por negligencia ú otra culpa del depositario, archivero, escribano ó encargado de la custodia, se suspenderá á este de su empleo y sueldo por espacio de dos meses á dos años, y pagará una multa de 10 á 50 duros. Por el ya citado artículo 254 del código francés en iguales casos la negligencia de dichos funcionarios es castigada con la pena de tres meses á un año de prision y multa de 100 á 500 francos: por el artículo 250, en fin, del código napolitano, con la de prision ó confinamiento de segundo grado y multa de 60 á 600 ducados. Por nuestra legislacion y jurisprudencia anterior, la negligencia seria penada tambien, porque admitian ó toletaban penas discrecionales, ó

(1) Art. 2 del Código penal.
67

por equivalencia y analogía de casos, y se aplicaban á todos aquellos que por bien de la sociedad se reputaba que no debían quedar impunes. Hoy el código penal nada especial, repetimos, establece en este punto. Hay, sin embargo, una sanción general respecto de los que por *negligencia* ó imprudencia temeraria cometen un hecho, que realizado con malicia, constituiría delito. Los imprudentes y *negligentes* deben ser castigados en los casos graves con prisión correccional, y en los leves con arresto mayor de uno á tres meses, y á esta regla general tendría que traerse la conducta de un archivero *negligente* ó *abandonado* (1).

Quiere decir que dichos funcionarios no quedarán del todo impunes; pero atendida la importancia de los intereses que se fian á su celo y cuidado, y la trascendencia del daño, el castigo es efímero en la mayor parte de los casos, y en todos ineficaz, pues ni advierte, ni contiene por su levedad.

En cuanto á los delitos de *comision*, el código español de 1822, al escribano, archivero ó encargado de un depósito de documentos públicos que se hacia reo de sustracción ó destrucción, hasta de una parte de un proceso, acta, legajo ó cualquiera otro documento de los que le estaban confiados, les castigaba con la pena de dos á ocho años de presidio ó inhabilitación absoluta para cargos públicos con el recargo de dos años mas en obras públicas con infamia, si mediase soborno: mediando fuerza ó violencia, la pena de prisión ó reclusión sería de obras públicas (2). El código del Brasil declara á tales funcionarios prevaricadores, y los castiga con la pérdida del empleo, inhabilitación de uno á seis años para todo cargo, prisión con trabajos de dos meses á cuatro años, y multa del 5 al 20 por 100 del daño causado por falsedad (3). El código austriaco impone en iguales casos la pena de prisión dura de uno á cinco años, que podrá estenderse á diez, según el grado de criminalidad

y el daño causado (4). El código napolitano, en fin, establece la pena de reclusión en los casos de ser los archiveros autores ó conniventes de tales delitos (5).

En el Código penal español hallamos las siguientes disposiciones especiales, aplicables al caso:

Art. 278. El eclesiástico ó empleado público que sustraiga á destruya documentos ó papeles que le estuviesen confiados por razón de su cargo, será castigado:

1.º Con la pena de prisión mayor y multa de 50 á 500 duros, siempre que del hecho resulte grave daño de tercero ó de la causa pública.

2.º Con las de prisión correccional y multa de 20 á 200 duros, cuando no concurrieren aquellas circunstancias.

En uno y otro caso se impondrá además la pena de inhabilitación perpétua especial.

Art. 281. Las penas designadas en los tres artículos anteriores (hablan el 279 y 280 del rompimiento de sellos y apertura de pliegos ó documentos cerrados) son aplicables á los particulares encargados *accidentalmente* del despacho ó custodia de documentos ó papeles por *comision* del gobierno ó de los empleados á quienes hubiesen sido confiados aquellos por razón de su cargo.

§. 4.º *Responsabilidad de las personas extrañas que atentan contra el sagrado de los archivos.*

Al hablar en el presente párrafo de las personas extrañas, ha de entenderse que merecen ese concepto para los efectos de la ley, los encargados de archivos ó depósitos públicos, que cometen los delitos de que haremos mención, los cuales por concretarse especialmente á los archivos, pueden llamarse especiales, sin perjuicio de que hayan de tenerse en cuenta otros comunes ó genéricos de que también haremos mención por conclusión de este párrafo.

1. Art. 481 del Código penal.

2. Art. 151 y 418.

3. Art. 129.

(1) Arts 88 y 87.

(2) Art. 250.

ARCHIVO.

531

Dice, pues, el artículo 467 del Código: «El incendio será castigado con la pena de cadena perpétua á la de muerte..... cuando se ejecutare en archivo general del Estado.»

Hemos dado bien á entender en el presente artículo cuánta importancia damos á la institucion de los archivos, cuán favorables somos al fomento de ellos, y cuán inexorables contra los abusos y delitos respecto de los mismos; y con todo tenemos que declarar que la pena de muerte impuesta en un caso posible al incendio de un archivo general del Estado, nos parece escesiva, y no así la de cadena perpétua, especialmente en el caso de que se haya consumado todo el efecto del delito, y que este haya sido cometido por el mismo encargado de custodiar el archivo abrasado. Es conveniente tambien que la imponencia de la pena retraiga de perpetuar un crimen de tal trascendencia para todo un Estado, y que puede no tener reparacion.

Aun la cadena perpétua puede ser tambien en algunos casos pena escesiva, segun la estension que se dé á la denominacion de archivos generales, y puesto que no es pena divisible, pues aun considerándola en la acepcion compuesta de ella y de la de muerte, forma el *minimum* de esta pena formidable.

No hay duda que son archivos generales los que por la universalidad de sus documentos, por la ley, ó por las disposiciones vigentes llevan y merecen esa denominacion. Tales son entre nosotros, por ejemplo, el de Simancas, los de Sevilla, Zaragoza y Barcelona, y los de los suprimidos consejos y cámaras de Castilla y de Aragon. Además de estos magníficos depósitos, digámoslo así pasivos, semejantes á las lenguas muertas que no son peculiares de ninguna nacion pero que todas las hablan, hay otros que tienen un principio permanente de incremento y de vida, y tales son los de todos los cuerpos y oficinas centrales y supremas. En este caso se hallan los de los ministerios, los de las Cortes, los de los tribunales supremos y Consejo Real y todos los análogos. Pero ¿ha-

brán de considerarse todos ellos comprendidos en el artículo 467? Por tremenda que sea la pena, exige una resolucion afirmativa.

Hay otros archivos que llevan la denominacion de generales, pero no proceden de una oficina central ó cuerpo supremo: sus documentos no son de todo el reino, sino de una provincia: su uso y utilidad se circunscribe principal si no esclusivamente, á una provincia ó distrito; no á todo el reino. Podríamos poner por ejemplo el archivo general de escrituras públicas de Madrid. En el caso de un crimen, como el prevenido en el citado artículo 467, ¿tendria justa aplicacion su tremenda sancion penal? El código usa de la expresion *archivo general del Estado*. Es menester, pues, que el archivo sea general en todo el rigor de la palabra, y que lo sea del Estado; no de una provincia ó distrito; que no haya provincia ni distrito que pueda reclamar su propiedad y uso esclusivo, y ni aun preferente. La pena es harto grave, para entenderle por interpretacion.

No por eso quedan sin proteccion dichos archivos, pues el delito comun de incendio á que habria que referir el de los mismos, tiene aun una pena no poco severa, pues comprende segun los casos y circunstancias desde el presidio menor á la cadena temporal.

El código francés condena á los reos de sustraccion, destruccion ó robo de documentos custodiados en archivo ó depósito público con la pena de reclusion y con la de trabajos forzados, si hubiere mediado violencia en las personas (1): el código napolitano con la de relegacion, y mediando violencia en las personas, con la de primer grado de cadena en presidio (2): el código español, en fin, de 1822 con la de reclusion de dos á ocho años, y si interviniera violencia en las personas con la de obras públicas.

Todavia en cuanto á los daños ocasionados en archivos y documentos públicos de-

(1) Art. 255 y 256.
(2) Art. 250 y 252.

termina el código español vigente lo que sigue:

Art. 475. Serán castigados con la pena de prisión menor los que causaren daño cuyo importe exceda de 500 duros..... en un archivo ó registro.

Art. 476. El que con alguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior (en cuadrilla ó despoblado: por venganza: arruinando al perjudicado) causase daño cuyo importe exceda de 5 duros, pero que no pase de 500, será castigado con la pena de prisión correccional.

Art. 477. El incendio ó destrucción de papeles ó documentos cuyo valor fuese estimable, se castigará con arreglo á las disposiciones de este capítulo. Si no fuese estimable, con las penas de prisión correccional y multa de 50 á 500 duros.

Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando el hecho no constituya otro delito mas grave.

Art. 478. Los daños no comprendidos en los artículos anteriores, cuyo importe pase de 10 duros, serán castigados con multa del tanto al triple de la cuantía á que ascendiere, no bajando nunca de 15 duros.....

Las disposiciones de este capítulo solo tendrán lugar cuando al hecho, considerado como delito, no corresponda mayor pena, al tenor de lo determinado en el artículo 457 (habla del hurto).

Estableciendo ahora la conveniente comparacion entre la legislación penal española y la extranjera sobre archivos y depósitos de documentos públicos, es preciso hacer á la nuestra la justicia de que no es la que menos ha considerado la importancia de tales establecimientos, marchando en ello de acuerdo en este punto con la opinion ya dominante en los pueblos civilizados, como hemos visto en la seccion 2.^a

Debe notarse que en los delitos que pueden cometerse respecto de archivos, registros y depósitos de documentos públicos, de que hablan las disposiciones legales de que hemos hecho mencion, no se habla sino de la sustraccion y destrucción de papeles y en algun caso de incendio de archivos.

Es porque no hemos hecho mérito sino de las que espresamente hablan de aquellos, siendo referibles los demas casos punibles que puedan ocurrir á los delitos comunes de falsedad, defraudacion, hurto, robo, incendio, etc., lo cual ha de verse en sus artículos respectivos.

Notatase asimismo que no hemos hablado sino por incidencia de los registros. Es porque nos proponemos hacerlo en artículo especial; pero en todo caso, ó el registro solo constituye el archivo ó depósito, ó solo es parte de él, y en ambos casos es aplicable cuanto hemos espuesto sobre archivos.

Observaremos en conclusion que cuanto queda manifestado es aplicable á los archivos y personas eclesiásticas, ya porque así lo persuade la identidad de las cosas, fines y reglas de la institucion de archivos, ya porque, como hemos visto, el código habla especialmente de las personas eclesiásticas encargadas del arreglo y custodia de documentos, como son, los párrocos respecto de los libros y asuntos parroquiales y las muchas personas de orden encargadas de archivos eclesiásticos y aun mistos, como sucedia respecto de los de universidades.

SECCION V.

OBSERVACIONES Y PRINCIPIOS GENERALES SOBRE FORMACION Y ARREGLO DE ARCHIVOS.

En las secciones anteriores hemos espuesto el derecho constituido acerca de archivos, y hemos reseñado los deberes de la administracion respecto de ellos: en la presente nos proponemos ilustrar los esfuerzos que la misma está obligada á prestar, estableciendo algunas reglas y principios teóricos que puedan contribuir á hacerlos eficaces, persuadidos, como lo estamos, de que si el éxito no ha correspondido siempre á los fines del legislador, ha sido menos por falta de instituciones y mandatos, que de perseverancia y de sistema. No es posible la primera cuando la ejecucion de lo mandado puede ser abandonada impunemente, ni es dado hallar el se-

gundo en disposiciones aisladas é incoherentes, cuyo cumplimiento se encomienda en el mayor número de casos al celo individual y á la suficiencia comun y casi siempre supuesta, en vez de serlo especial y probada.

«Los archivos, dice Berni (1), han padecido mucho por la ignorancia, malicia, envidia, robo, vanidad, pobreza, tiempo, polla, incendio y guerra; y, á Dios gracias, se han tomado eficaces providencias para el posible remedio, y en cada reino se procura recoger papeles útiles y ponerlos en los correspondientes archivos regentados por personas habilísimas.»

En los daños y sus causas convenimos nosotros; en lo que se llaman medidas ó remedio eficaz, de ninguna manera; pues no puede serlo el mandar recoger papeles extraviados, quedando en pié ó sin corregir la causa del extravío, ni con nombrar alguna vez, no siempre, personas habilísimas, mientras que en todo ello no haya sino un proceder casuístico, en vez de un sistema fijo y todo lo general que permita la naturaleza diferente de los archivos.

Examinada bajo de este punto de vista nuestra legislación, es cierto que no hallaremos semejante sistema. Encontramos, sí, excelentes disposiciones al lado de otras que las contradicen ó desvirtúan, y siempre falta de una pauta general que ayude ó supla la suficiencia de los encargados, de reglas que las determinen y que aseguren el acierto en los nombramientos, de una autoridad central convenientemente ramificada, que promueva y asegure la ejecución de lo mandado.

No tenemos nosotros el empeño de formular ese sistema, ni se presta fácilmente á ello un artículo de Enciclopedia; pero si á establecer algunas bases y principios generales que contribuyan á prepararlo, utilizando para ello algunas disposiciones acertadas esparcidas en nuestra legislación, lo que dicta la razón, consultando la naturaleza de las cosas, y lo que creemos mas

aceptable de lo mucho que con loable celo se ha escrito sobre el particular.

En este supuesto, no siendo todos los sistemas y planes de organización, sino medios que conducen á un fin, aun cuando siempre haya una diferencia notable entre los fines y los medios, pudiendo aquellos ser sencillos y de fácil comprensión; y estos, por la inversa, complicados y difíciles en su ejecución; conduce siempre sobre manera para coordinar y subordinar los medios, conocer los fines, y el de la institución de los archivos no puede ser mas sencillo. Justiniano en la ya citada novela 13, capítulo 3, después de preceptuar y reencargar el establecimiento de archivos provinciales lo formula de esta manera: *quatenus incorrupta maneant* (los documentos), *et velociter inveniantur á requirentibus*: que los documentos, dice, se conserven incorruptos y que puedan ser hallados en el momento en que se necesiten. Efectivamente no es otro el fin cardinal de los archivos.

En cuanto á los medios de conseguirlo puede haber infinitos sistemas, y solo el resultado práctico seria la regla mas segura para apreciar la bondad de cada uno; pero esta regla hay que esperarla aun por mucho tiempo, puesto que no hay un sistema general ensayado que pueda servir de precedente, y la existencia y organización actual de los archivos es un obstáculo para plantear á priori fácil ni brevemente ningún sistema, pues habria que empezar destruyendo.

Mas en todos ellos ha de haber algo comun: principios que todos hayan de reconocer, y á esos vamos á limitar nuestras observaciones. Puede adoptarse para ello uno de dos medios: ó establecer una serie de reglas, dando por supuestos los principios de que deriben; ó, por la inversa, consiguiendo estos y deduciendo las reglas que nacen de ellos. El primer método es mas fácil y cómodo, pues releva de dar razón, ó se da en vez de esta la propia autoridad; el segundo, aunque mas difícil, es mas científico, y, por tanto, mas conveniente y oportuno, y nos decidimos por él; y en conside-

(1) Antigüedad y privilegios de los títulos de Castilla.

ración á todo lo dicho, hé aqui nuestra doctrina.

En todo sistema de arreglo de archivos debe consultar por lo menos la administracion central las cinco bases siguientes.

- 1.^a *Localidad.*
- 2.^a *Organizacion.*
- 3.^a *Arreglo.*
- 4.^a *Publicidad.*
- 5.^a *Personal.*

Las reglas que de cada una, comprendida y desenvuelta cual conviene, se deducen naturalmente, constituirán un sistema general, que no rechazará; y antes admitirá y necesitará para su perfeccion algunas reglas especiales.

Localidad. Hemos dicho al principio de este artículo que no es la localidad la que esencialmente y en rigor constituye el archivo, sino los documentos constituidos bajo el sagrado de la pública autoridad y dotados asimismo de fé pública. Hay archivos y registros que no tienen en rigor localidad circunscrita. El protocolo, por ejemplo, de un escribano puede estar en su casa ó en otro edificio, y no por eso pierde la fé. Los libros parroquiales deben estar en la iglesia; muchas veces, sin embargo, están, aun por seguridad, en casa del párroco; no pocas se llevan á las casas consistoriales para cuestiones de filiacion en los actos de reemplazo para el ejército, y siempre conservan su fé. La hacian tambien los archivos ambulantes como la corte de la antigua monarquía; y lo propio sucederia hoy mismo si la guerra ó el incendio, por ejemplo, obligase á depositar ó trasportar los documentos de un archivo público.

Pero esta es la teoría en un caso extraordinario y posible de haber de resolver una cuestion jurídica ó de derecho en cuanto á la fé pública de los documentos archivados. Pero la fé pública es una cosa distinta de esto; es una de las dos grandes ventajas de los archivos, á saber: *fé pública* y *perpetuidad*; pero bien se ve hasta qué punto penden una y otra en cuanto á los fines de los archivos, de la condicion de *seguridad*. Por eso la localidad entra como elemento nece-

sario en la buena constitucion de archivos públicos; por eso el órden normal de estos es estar *localizados*.

Pero en este punto las reglas individuales no caben sino en un tratado especial. Si el archivo es tan reducido é inalterable ademas, ó no sujeto á incremento, que le cuadre el *archium forte*, *armarium* ó *cartophilatium* de los antiguos, no hay que hablar mucho de la localidad; cualquiera de los muebles espresados constituye solo el archivo. Pero en el dia son otras las condiciones y exigencias de esa institucion. Y si, como hemos manifestado ya, no compete á nuestro propósito descender á los detalles, si creemos, no que la administracion vaya á usurpar sus veces á la arquitectura, sino que la llame en su apoyo para que en una escala proporcional le ayude á satisfacer en lo que de ella pende, al reducir á un hecho la primera de las cinco bases antes prefijadas, las miras cardinales siguientes:

Fijeza.

Seguridad.

Capacidad.

Comodidad.

La primera es exclusiva de la administracion. Deben por la misma establecerse reglas que *localicen*, digámoslo así, los archivos con la mayor independencia posible de la voluntariedad ó descuido de los encargados, y que en un caso de visita hicieran responsables de infraccion y abandono á los mismos. Así no seria potestativo en un escribano, por ejemplo, tener el protocolo arrojado en un desvan ó hacinado en cestos, lo cual nosotros hemos visto; órdenes, en fin, que prohiban la ambulancia voluntaria ó no necesaria de los documentos de archivo, ni que estos puedan los encargados retenerlos en su poder y sin archivar en el local de instruccion en el período que debe fijarse, segun se previene por el capítulo 8.^o de la Concordia sobre establecimiento de la Rota y por otras leyes: reglas, en fin, de localizacion tan estrictas é inalterables que por nadie pudieran ser dispensadas. Así no sucederia, entre otros abusos, que mientras por un lado

ARCHIVO.

333

las leyes del reino mandaban localizar los archivos, prohibiendo la extracción de los documentos, una orden especial permitía al célebre conde-duque de Olivares reunir cuantos pudiese en su archivo privado y vincularlos en su familia.

La Seguridad no es solo la común que constituye uno de los tres fines generales de la arquitectura, sino la especial y en la que respectivamente puede ser aplicada la que se llama *contra el fuego y el agua*: la que vemos consultar á Napoleon en su proyecto de archivo central y la que suele consultarse en edificios públicos de primera importancia: el fuego de mano airada, el de casualidad ó el del rayo: el agua y hasta la humedad, siendo como es, el papel tan en alto grado combustible como absorbente é igrométrico.

La capacidad decide del arreglo y utilidad de un archivo, pues que la falta de ella no conduce sino al hacinamiento, en vez de la distribución ordenada.

La comodidad no es la interior que pende de la condición de capacidad, sino la relativa al servicio público y á la utilidad del mayor número. Los archivos generales, por ejemplo, podrán estar reducidos á uno; pero donde pueda ser visitado, conocido y utilizado: los de la fé pública necesitan acercarse al que diariamente tiene que recurrir á ellos. Si el protocolo de la generación que vive debe radicarse en la misma localidad, el de una generación anterior inmediata podrá estarlo en la cabeza de partido; el de dos en la de provincia ó distrito de audiencia, los de generaciones ya mas remotas en un archivo general.

Organización. La organización es realmente toda la institución. Abraza dos puntos principales: el número y clase de los archivos, y la autoridad á quien debe cometerse la inspección y dirección de ellos. La administración debe determinar *a priori*, y no esperar á que lo exija la necesidad, si ha de haber ó no archivo central: si habrá uno ó muchos generales: los particulares y especiales que haya de haber, cómo han de establecerse, cómo, en fin, contribuirán los

particulares al aumento de los generales y todos en algún caso al central.

Debe asimismo *centralizarse y erigirse en una verdadera institución la autoridad que ha de vigilar sobre los archivos* de un modo compatible entre las diversas clases de ellos, y su índole respectiva. Todas las instituciones de la administración del Estado están organizadas, esto es, tienen sus categorías, su término y sus atribuciones determinadas, menos la de archivos. Esta institución pública termina en el tribunal supremo de justicia, aquella en el consejo real: cada una, en fin, tiene un centro común además del supremo, que es el gobierno central: la de archivos no tiene sino individualidades. Es verdad que por los reales decretos, circulares é instrucciones citadas en el lugar correspondiente de este artículo, creando la junta superior consultiva, y después la dirección general de archivos, con las juntas subordinadas de distrito y de partido judicial, se ha dado á la autoridad de archivos una organización que se acerca á la que conviene; pero no es perfecta, puesto que es parcial, limitada, á los archivos dependientes de gracia y justicia, primero de la Península y hecha después extensiva á los de Ultramar: es en suma un principio loable, pero no la autoridad general organizada, no la institución. Esta necesita que la autoridad sea universal con sus categorías ó clases subordinadas, y un centro de autoridad: autoridad perpetua que obedezca una idea fija, y que obedezca y respete con precisión, no á su arbitrio. En este centro debe residir la superior inspección: de él debe partir la dirección y el impulso: de él las visitas ya extraordinarias, ya periódicas, y las propuestas de correcciones y mejoras: en este término, en fin, deben centralizarse los precedentes y tradiciones; y de él ha de derivarse la uniformidad en las prácticas, arreglos, disciplina y jurisprudencia de la institución de archivos.

Arreglo. Este es en gran parte mecánico é interior en cada archivo. Comprende cuatro bases cardinales, á saber: *orden, conser-*

vacion, entradas y salidas. En cuanto al orden no le habrá nunca, mientras penda de todo punto, como hasta aquí, de la aptitud y laboriosidad individual y de la casualidad en la elección del funcionario. La administración central, pues, debe formular, consultando los principios de la ciencia y el dictamen de capacidades competentes, la pauta general que ha de observarse precisa é inalterablemente; mientras la misma administración no ordene y publique otra cosa, en todos los archivos del reino según sus clases y su índole de generales, particulares, especiales, municipales, de la fe pública, eclesiásticos, etc. Dada la pauta general, y la autoridad que inspeccione y vigile, son menos temibles los defectos de la incapacidad, de la negligencia y de una mala elección por cualquiera otro título. No es de nuestro propósito esplanar aquí los pormenores teóricos sobre registros é índices, ni si es preferible el método *alfabético* al *cronológico*, el *tópico*, ó el *lógico* ó de materias: esos son ya pormenores que requieren mayor extensión; pero es lo cierto que ni cada uno, ni todos combinados, serán aplicados cual conviene, mientras se fie á la aptitud, al arbitrio y al capricho individual. Nosotros conocemos archivos muy antiguos é importantes en los cuales no están aplicados, ni todos ni ninguno de esos métodos, y sin embargo no puede realmente hacerse cargo á los que se hallan al frente, ni se les hará; porque ni hay regla preceptiva que se diga infringida, ni autoridad inmediata y especialmente obligada que infaliblemente lo note y corrija. *Nosotros hacemos depender el éxito y resultados de la institución de archivos, de una pauta general y de una autoridad gerárquica, ó perfectamente organizada.* Con las dos indicadas condiciones está asegurado el orden de los archivos: sin ella es lástima dar ese nombre al hacinamiento de papeles, que cada nuevo encargado altera ó abandona á su arbitrio.

Cualquiera que sea el sistema que se adopte, debe ser tal, que el archivero puede dirigir el archivo desde su mesa, y el gobierno y las autoridades desde su despacho.

De esto dependería la *integridad* de los archivos, porque hará imposible la sustracción, destrucción y suplantación de documentos, puesto que se evitaba con la facilidad de conocerlos y autoridad especial é inmediata para notarlo y corregirlo, lo cual hoy, aun cuando sea doloroso el decirlo y salvas honrosas escepciones, no es posible.

No es menos indispensable reglamentar las entradas y salidas de los documentos en los archivos, así de los que tienen aneja una oficina que continuamente trae en movimiento el archivo, como de los que se hallan en otro caso, como los de Simancas, Barcelona, Valencia, etc. Hablamos en primer lugar de unos y de otros de la saca de documentos aislados, que no deben salir nunca para ningún caso, ni judicial ni no judicial, ó por lo menos, y siendo de todo punto inevitable otra cosa, con las mas esquisitas precauciones: y hablamos asimismo de las remesas ó traslaciones á otros archivos, que no subordinadas á reglas fijas producen confusión á donde van, y confusión, descalabramiento y desfallo en el archivo de donde salen; y no una, sino muchas veces ha sucedido, y aun sucederá entre nosotros, que tratando de aligerar un archivo, no se han hallado ni aun matriculas de documentos; y no dando tiempo la urgencia ó la necesidad, ha habido que verificar las traslaciones poco menos que á granel, no solo aumentando la confusión, sino haciéndola irremediable, contribuyendo á ello no poco el que habiendo una autoridad común de archivos, como dejamos indicado, no teniendo una misma dependencia el archivo de que sale la remesa y el que ha de recibirla, la primera, apremiada por la urgencia, decreta la remesa cuando no aun está preparada la localidad en que ha de recibirse.

Publicidad. No todo lo que encierra un archivo puede ser comunicable; pero no todo deja de serlo, ni conviene que lo sea. Arduo y delicado sería el trazar en abstracto, y aun prácticamente, la línea divisoria, y por demas peligroso, si como en algunas de nuestras disposiciones sucede, se fia á la

prudencia del encargado del archivo. Si se pide una certificación, el que manda suele proveer que se dé de lo que conste y sea de dar. Si se pide que para fines literarios u otros se permita el reconocimiento de un archivo, suele proveerse que se permite con las precauciones acostumbradas; pero es lo cierto que nada de ello está competente y explícitamente determinado, entregando así el archivo al criterio y diligencia, ó negligencia del encargado; y á la sagacidad y fidelidad no siempre á prueba, del que ha de visitarlo.

Nosotros podríamos citar entre otros muchos desfalcos dolorosos é irreparables, el del original de una historia importante que no creemos oportuno nombrar, recogido por un extranjero á quien se permitió reconocer uno de nuestros archivos. Viéndolo en su poder en la capital de Portugal, contestó á la reconvenção que no habia hallado reglas, ni restricciones que le retrajesen, ni matrícula que hiciese notar la falta, y que de todos modos podria señalarse persona que recogiese el manuscrito de su poder: cuando hubo de verificarse en Londres, punto señalado por él, el extranjero habia muerto, sin que se diese con el paradero del precioso documento.

Pero en la base de *publicidad*, comprendemos el doble concepto de *comunicar* y *publicar* documentos. Ibamos diciendo que lo primero no debe quedarse en poco, ni en mucho, á la prudencia del archivero; y ahora añadiremos que mucho menos lo segundo. El encargo delicado y sobremano útil de formar colecciones y proponer su publicación en una forma análoga á la prevenida en la real instrucción de 6 de noviembre de 1847, requiere fuerzas y criterio mayor que el de un hombre, no sometido por otra parte á ningunas pruebas, ni dádolas él para su nombramiento, y tal cargo ha de estar cometido á la autoridad central de archivos, que debe ser un cuerpo en que se reúnan capacidades de diversos géneros.

Personal. Llegamos, en fin, á la última de las cinco bases generales, inferior á todas al parecer, segun su enunciativa, y sin

embargo de ella pende en último trance el resultado de las demas y de todo cuanto se mande. Pero no es este el valor que se ha dado jamas al personal de archivos. Escarago, ó lo es por oficio, ó se sirve por nombramientos personales, pero arbitrarios, no sujetos á ningun sistema. Alguna vez se ha buscado una especialidad: esta en su esfera peculiar ha correspondido; pero el resultado es efímero, porque no es general ni duradero. Es, pues, indispensable, y concluiremos nuestra reseña de indicaciones generales, que es lo que nos hemos propuesto en esta seccion, establecer estudios especiales para optar á plazas de archivos, en cuyos estudios debe figurar muy principalmente la lengua latina por lo menos, y la paleografía general, y en mayor escala la española: deben exigirse algunos años de práctica y servicio en archivos: y debe para las provisiones abrirse oposicion pública, segun en 1849 se ha practicado por la direccion de archivos dependientes del ministerio de Gracia y Justicia.

Abrigamos la mas profunda convicción de que desenvolviendo la teoria, elevando á institucion sobre las bases indicadas el régimen de los archivos, los habrá en el reino; de otro modo, en este pueblo, clásicamente histórico, no habrá en general mas que hacinamientos de papeles, tesoros de riquezas no conocidas, inútiles para nosotros y para los extranjeros, para la administracion y para las ciencias, para la actual y para las ulteriores generaciones.

SECCION VI.

NOTICIA DE LOS ARCHIVOS PRINCIPALES DEL REINO.

En las secciones anteriores hemos enca-recido la importancia de los archivos, no para demostrarla, lo cual no seria preciso, sino para persuadir la necesidad de elevar esa parte notabilísima del servicio público á una institucion completamente organizada, como debe serlo. Hemos hecho á este propósito graves y acervas censuras so-

bre el estado de los archivos en general, que al parecer van á ser desmentidas al reseñar por vía de apéndice en esta sección última los principales archivos del reino. Sin embargo, mientras hallemos esa censura consignada en las leyes: mientras veamos, por ejemplo, que muerto desgraciadamente un rey de Portugal, y habiendo de alegar derechos á aquella corona el rey de España, no solo no tiene á mano y en orden los títulos en que ha de fundar su reclamación, sino que se ve en la necesidad de ordenar una pesquisa hasta en los archivos de los monasterios y conventos, por si en ellos se encontrasen: cuando el mismo monarca, queriendo fundar el culto y veneración de ciertos objetos religiosos, en vez de pedir nota directa á los encargados de los archivos, se ve en la precisión de ordenar una visita especial á todos los de Leon, Galicia y Asturias, en averiguación de si habia documentos ó auténticas, cual fue la cometida al célebre Ambrosio de Morales por real cédula de 18 de mayo de 1572: mientras sea un hecho que en cuantas ocasiones los gobiernos han pensado en prestar alguna atención á los archivos, han empezado por acordar iguales visitas para examinar el estado de los mismos, lo que prueba que no puede ser de otro modo conocido y hasta qué punto este notabilísimo servicio está descuidado, siempre empezando, y hasta emancipado del gobierno supremo, las censuras y las escitaciones á la administración serán fundadas. Hemos hecho tambien justicia á los gobiernos que la han merecido; hemos asentado que el acierto en algunos nombramientos y el celo y especial suficiencia de los nombrados ha suplido alguna vez la falta de sistema y de perseverancia de los gobiernos y autoridades, y esa y no otra cosa es lo que vendrá á demostrar la siguiente reseña histórica, aunque sucinta, de los archivos principales.

§. 1.º Archivo del Real Palacio.

Algunos escritores opinan, y de varias legislaciones, y aun de la fuerza natural de las cosas se desprende, que los archivos en ge-

neral pudieran clasificarse en *archivo de la Corona*, *archivo nacional*, archivos generales, particulares y especiales, siguiendo luego la numerosa subdivision de los diversos ramos de la administración general. El archivo de la *Corona* contendría entonces los documentos familiares de las diferentes dinastías, los títulos de propiedad de las fincas patrimoniales y todo lo que mirase á las franquicias y prerogativas de la real casa y familia. Entre nosotros, hasta hoy, por las formas de gobierno, por la ambulancia frecuente de nuestra corte, por la participación que han tenido en el ejercicio de los supremos poderes, cuerpos casi soberanos: por haberse despachado por largo tiempo los asuntos de la real casa por el ministerio de Gracia y Justicia, y alguna vez por el de Estado: por la confusión normal y prolongada del patrimonio y casa real y del Estado, los infinitos documentos, que habian de formar el *archivo de la Corona*, han corrido esparcidos en las secretarías del Despacho, Consejos, Cámara é infinitas dependencias, y hoy parte de ellos continúan diseminados ó se hallan reunidos en los archivos generales. Hay, sin embargo, en el palacio de nuestros reyes un principio de archivo, que es lo que hoy puede llamarse *archivo de la Corona ó del Real Palacio*, poco conocido en realidad, ya por su propia índole, ya porque lo que de él pudiera serlo, tiene relación con el Estado y particulares y se halla en general en otras dependencias. En el ministerio de Gracia y Justicia radica el archivo de la notaría mayor de reinos, por la prerogativa del ministro de ese ramo, como notario mayor, de autorizar las actas y listas de las capitulaciones matrimoniales, nacimientos y defunciones de las reales personas; si bien en cada caso, por lo menos de algun tiempo á esta parte, se remite un testimonio al real palacio por medio del mayordomo mayor para ser allí archivado. El *archivo de la Corona ó del real palacio* recibió una nueva forma por resolución de 22 de mayo de 1814, mandando reunir en él numerosos documentos, entre ellos los que existían en la antigua oficina del contralor y grefier de

la real casa y patrimonio. Hay en él documentos que datan de 1516; pero por las razones indicadas anteriormente, el incendio del antiguo archivo del Buen Retiro y las vicisitudes posteriores de guerras y perturbaciones, las colecciones están descabaladas. Hay á su frente un archivero con varios oficiales; pero las solicitudes, los requerimientos de compulsas, especialmente en el interés del patrimonio, se dirigen por el intendente de la real casa. Este archivo está en la planta baja de Palacio, y en él se nota esmero y regularidad. Separado absolutamente por el régimen constitucional el régimen del Estado de la real casa y patrimonio, S. M. despacha todos los asuntos relativos á este con los gefes de Palacio, y por tanto, el archivo del mismo no está destinado á recibir documentos de trascendencia política, salvos los relativos á la notaría mayor de reinos.

§. 2.º *Archivo de las Cortes.*

Este se aproxima á lo que podría llamarse *archivo político nacional*; esto es, el que contuviese todos los documentos constitucionales. No hablamos por supuesto del de las antiguas Cortes españolas. Ese no existe sino esparcido en muchos otros. Nos referimos al de las Cortes modernas, y que data por lo mismo de 1812. Eso, no obstante, reúne documentos mas antiguos, aunque no tantos, ni tan preciosos como llegó á encerrarlos, y han desaparecido por la fatalidad de los tiempos. Forman lo principal de él los ejemplares auténticos de las diversas constituciones políticas y de todas las leyes, pues ya hemos dicho en otro lugar que de estas sanciona siempre S. M. tres ejemplares, depositándose uno de ellos en cada cámara legislativa, y el otro en el ministerio á que corresponde la ley: las actas, diarios y expedientes á que dan lugar sus actos y funciones legislativas, y un ejemplar de los tratados y disposiciones notables del gobierno, que este remite á cada una de las dos cámaras. Fue único mientras las Cortes se componían de un solo cuerpo. Hoy se halla dividido, ó por mejor decir

son dos, teniendo cada cuerpo colegislador el suyo desde la institución de ambos por la constitución política de 1837.

§. 3.º *Archivos de los ministerios.*

A primera vista ocurre la idea de que, habiendo sucedido los actuales ministerios á las antiguas secretarías del Despacho, habrán recogido su herencia, y los archivos de los primeros serán de los mas importantes del reino, como tambien los mejor conservados y arreglados, pues ningunos están mas cerca del supremo gobierno; y, sin embargo, nada de esto es así, por causas de diversos géneros, unas recientes, otras tan antiguas como las mismas secretarías de que toman origen. Sabido es que los secretarios del Despacho, no como quiera retenían con frecuencia los papeles en su casa, sino que, no una sola vez, los reyes tuvieron que hacerlos recoger hasta del poder de sus herederos y aun de un tercero á quien de cualquier modo habian sido traspasados; y no pudo conseguirse ni aun eso: de las secretarías se han hecho remesas á los archivos generales: otras veces han recibido ellas en sus archivos los papeles de consejos y de dependencias suprimidas, como ha sucedido especialmente de veinte años á esta parte: reducido en ciertos periodos el número de ellos y variadas sus atribuciones: aumentado otras veces el número de las mismas; todo ha producido la inevitable confusión, ya que no entren por nada las causas generales y comunes á otros archivos, como guerras, incendios, disturbios políticos, etc. Eso, no obstante, hay algunos ministerios que tienen archivos todavía considerables, y en la actualidad con bastante esmero y arreglo.

Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras públicas. Este ministerio es de creación tan reciente, que eso revela desde luego cuál puede ser su archivo. Reúne ya, sin embargo, considerable número de papeles, ora creados por él, ora recibidos de corporaciones, cuyas atribuciones ha acumulado, si bien en 1850 se desprendió de no pocos

de los antiguos, remitiéndolos á Simancas. Hoy se está acomodando este archivo en piezas bien acondicionadas en lo que fue convento de la Trinidad, al cual se ha trasladado el ministerio, y si alguno pudiera empezar, por lo tanto, con regularidad y ser archivo modelo, sería este.

Ministerio de la Gobernacion. - Aunque de moderna creacion, tambien este ministerio ha recogido considerable número de documentos de los suprimidos consejos y direcciones, como los relativos á propios y á arbitrios, pósitos, montes y plantíos, sanidad, beneficencia y obras pías, inclusa la de los Santos lugares, etc. Hoy se está colocando tambien este nuevo archivo en suntuosa estantería establecida en el piso principal de la casa de Correos, adonde recientemente se ha trasladado el ministerio, y aunque con alguna mas dificultad que el anterior por el mayor cúmulo de documentos, y muchos que todavía tiene que recoger, aun podría montarse de modo que sirviera de modelo tambien.

Ministerio de Hacienda. Por el vasto movimiento de este ministerio y por haber reunido muchos documentos del extinguido consejo de Hacienda y otras dependencias, su archivo es numeroso y sería uno de los primeros, si las circunstancias que acompañaron á la supresion de las comunidades religiosas hubieran permitido recoger y utilizar convenientemente cuanto se ha perdido. Reune los papeles de la suprimida superintendencia de Hacienda y de la secretaría de lo de Indias, y, por tanto, contiene documentos de consideracion, aunque no antiguos. Despues de varias traslaciones, como todos los demas, se halla hoy colocado en el cuarto entresuelo de la casa de la Aduana, en la calle de Alcalá, en donde está el ministerio. Ocupa 26 ó mas piezas, y contiene cerca de veinte mil legajos, no obstante que por falta de localidad acomodada se hizo una remesa de papeles de Indias al archivo de Sevilla en 1827, y á Simancas de los de Hacienda, anteriores al año de 1800, en 1850.

Ministerio de Marina. El archivo de este

ministerio existe en la planta baja de la casa llamada de los Ministerios, y en la cual ha quedado ahora solo el de Marina, por haber salido de allí en los tres últimos años el de Guerra, el de Hacienda y el de Gracia y Justicia. No obstante, la remesa de documentos de todos los ministerios verificada al de Simancas en 1826 en virtud de la real orden de 19 de junio del propio año, contiene considerable número de documentos, y no pocos de importancia, por la índole del ministerio, y por haber reunido alguna vez los tres conceptos de Marina, Comercio y Gobernacion de Ultramar.

Ministerio de la Guerra. Importantísimos documentos encerraba el archivo de este ministerio, que, como es sabido, se abrasó lastimosamente en la noche del 30 de noviembre de 1846, lo que hará imposible en mucho tiempo su reparacion y arreglo, en que se ha trabajado y trabaja con afán. De resultas del mencionado incendio el archivo se trasladó con el ministerio de la plazuela de los mismos al convento de Sto. Tomás, y despues al palacio de Buena-vista.

Ministerio de Gracia y Justicia. Apenas puede decirse hoy lo que será el archivo de este ministerio, llamado á ser uno de los mas importantes del Estado, por reunir lo eclesiástico y judicial, y por tanto, lo concerniente al real Patronato, y ademas la notaría mayor de reinos, los títulos de Castilla y otros diversos ramos de España y Ultramar, y por estar para recibir el archivo moderno gubernativo y lo judicial del Consejo de Castilla, como se dirá al tratar de estos. El suyo peculiar hasta 1849 estaba reducido á los numerosos documentos que produce y ha producido el despacho corriente desde la última remesa á Simancas en 1826, aunque los hay tambien del siglo pasado.

Cuenta hoy con 508 libros solo de registros de órdenes y decretos y 418 de memoriales ó entradas.

De negocios de Ultramar reúne como 7,000 legajos, contando con que son duplicados, porque así van todos los documentos que se dirigen á aquellos dominios.

ARCHIVO.

341

Como alguna vez este ministerio ha sido universal, su archivo contiene papeles de guerra y de otras clases. La seccion correspondiente á la notaría mayor de reinos contiene originales las capitulaciones matrimoniales, partidas de nacimiento y defuncion y testamentos de nuestros reyes y personas reales, aunque no de todas. Trasladado el ministerio en 1830 al que fue palacio de la Inquisicion en la calle de Torija, se está colocandó el archivo en toda la planta baja del mismo, y no bastará, aunque no bajará de 15 ó mas piezas regulares que se están cubriendo de buena estantería cerrada. Los papeles de las escribanías de cámara del consejo de Castilla, que, ademas de lo gubernativo del mismo, van á recogerse de varias casas particulares y á trasladarse al mismo por no poder ya ser recibidos en el de Simancas, son tantos, que se calcula no bajará su peso de 25,000 arrobas. Si se llevase á efecto el real decreto de 1848 sobre formacion del registro general y auténtico de las leyes y reales disposiciones, reuniendo originales ó en copia, segun puedan procurarse todos los códices y originales de donde los códigos se han formado, con otros documentos mencionados en el citado decreto, este archivo, no solo será de primera importancia, sino especial en el reino, y fuera de él.

Ministerio de Estado. Este ministerio tiene un archivo en la planta baja del real palacio con buena y aun rica estantería. Encierra importantes, aunque muy heterogéneos documentos, pues ademas de los negocios de Estado y diplomáticos, esta secretaría ha sido tambien universal, han corrido por ella las concesiones de grandezas de España, lo concerniente al tribunal de la Rota, el ramo de correos, caminos, canales, puer-tos, etc., y reúne parte de los papeles del consejo de Estado. Está descabulado, como en general todos los archivos; pero muy especialmente los de los demas ministerios, por ser los que estuvieron mas espuestos y sujetos á estraccion de documentos, durante la guerra del gobierno intruso de José Napoleon. Dícese haber en él documen-

tos de tres ó mas siglos de antigüedad.

En este archivo radican tambien los papeles de la presidencia del consejo de ministros cuando el presidente no ha tenido cartera; pues si la ha tenido, han quedado y quedan en su propio ministerio.

§. 4.º *Archivo del Consejo de Castilla.*

Quien recuerde lo que ha sido en España el consejo de Castilla: quien sepa por la historia que de los trabajos de este cuerpo, casi soberano, de competencia universal, que ha existido por el asombroso trascurso de 384 años, y que ha reunido con frecuencia en su seno las primeras eminencias del saber, no se ha llevado documento alguno al archivo de Simancas, pues á nada equivale alguna centena de expedientes judiciales: quien vea, en fin, por las espresiones y relaciones de los mismos encargados del archivo de este elevado cuerpo que sus documentos no han sufrido desfallo por las guerras y turbaciones del reino, pensará encontrarse con el primer archivo del país, y en cuanto á su forma con un archivo modelo. Y si lo hubiera de haber: si un pueblo eminentemente histórico, cuyas glorias y vicisitudes llenan la historia de muchos siglos, hubiera de tenerle; y si hubiera de presentar como podía, un emporio clásico de los testimonios de su administracion, de sus títulos de gloria y poderío, al estudio y admiracion de las naciones, seria el archivo del Consejo de Castilla. Pero, aunque sea doloroso el decirlo, el Consejo de Castilla no ha dejado archivo; firmes nosotros en nuestro propósito de no dar un nombre, que no debe espresar sino el resultado práctico y bien entendido de una verdadera institucion, á un hacinamiento de papeles, mermados, desordenados y mal conocidos.

Hacemos solo notar los males, el desarreglo, la falta de un sistema necesario que nos sale al encuentro en todas partes, lejos siempre nuestras manifestaciones de toda censura personal. Segun se deduce del texto en nuestras leyes y de documentos

históricos, en un principio se despachaba todo en el Consejo por las escribanías de cámara, y quedaban confundidos y confiados á diversas manos los documentos judiciales y gubernativos, siendo el resultado necesario que no había archivo. Así debía de ser cuando vemos á los Reyes Católicos disponer en 1480, es decir, 228 años después de creado el Consejo, disponer, que en atención á los graves asuntos de gobierno que en él se trataban, hubiese un secretario que diese y llevase cuenta de ellos, y cuidase de la conservación de los documentos; resolución que aun no fue del todo puesta en planta hasta el reinado de Carlos I, en términos, sin embargo, que todavía en 1622, es decir, otros 142 después, el presidente del Consejo don Francisco de Contreras, esponía sentidamente á Felipe IV, que cuando los documentos del Consejo debían ellos solos formar un archivo, como el de Simancas, no había sino muy pocos, y en tal estado además, que nada se encontraba cuando era menester, lo cual provenía en gran parte de no recoger los papeles de poder de los ministros y fiscales cuando fallecían, ni del de sus herederos.

Mandado estaba que los papeles no se sacasen sin cuenta ni razón de los archivos; pero sin duda lo estaba, para que no se ejecutase nunca, pues que nunca lo ha sido, aun cuando se ha repetido la prohibición.

«Estaba persuadido antes de entrar á servir en el Consejo, dice Riol su su informe al núm. 55, de que el número de sus papeles sería tan grande, que el archivo de Simancas sería estrecho ámbito para contenerlos..... Pero con admiración me desengañé de este error, y aun no creía lo mismo que estaba viendo y tocando;» y añade que las cosas llegaban á punto de que los asuntos mas graves, y las cuestiones de regalia, en vez de decidirse por documentos auténticos, pues los había; por no hallarlos ni conocerlos, lo eran por el buen sentido y datos tradicionales, con exposición de error, y faltando la uniformidad y fundamento seguro del acierto.

Asienta, en fin, al núm. 61, que en solos

tro años que duró el nuevo arreglo hecho por Felipe V sobre el antiguo Consejo, a saber, desde 10 de noviembre de 1713 hasta 10 de enero de 1717, había producido la mera secretaría de gobierno mas de tres mil consultas, que él entregó por su mano á los ministros nombrados para recogerlas, mientras del antiguo Consejo no había otras tantas en el trascurso de tantos siglos.

Viniendo ya al archivo del Consejo, tal cual ha llegado á nosotros, después de cerca de 600 años de existencia de aquel alto cuerpo, comprende dos partes: la judicial y la gubernativa. La primera se compone de los papeles de las escribanías de cámara, esparcidos, como hemos dicho, en diversos locales de la propiedad de particulares.

La parte gubernativa, que es la que lleva el nombre del archivo, comprende lo que se llama *archivo antiguo* y *archivo moderno*, aunque la denominación no corresponde á ninguno de los dos. Está el primero en la casa llamada de los Consejos, residencia hoy del Tribunal Supremo de Justicia, y del Consejo Real, en la pequeña sala llamada de *relatores*, porque allí, á falta de otro local, se reúnen estos y los abogados. Esta pequeña sala cuadrada, que tendrá treinta pies de base y cuarenta de altura, está cubierta de una estantería de pino cerrada, debida al celo de Campomanes. Contendrá 700 legajos rotulados por años, sin mas epígrafe que el de *consultas*, *provisiones*, etc.; lo cual no enseña nada, y sin embargo, no hay casi otro medio de saberlo. Hay algunos papeles del tiempo de Carlos V, y los mas son del siglo pasado. Las series no están completas por las estracciones y traslaciones de documentos que sufrió este depósito durante el gobierno intruso de José Napoleon. Hemos visto en él el *marco de Castilla*, mandado fundir, como se sabe, por los Reyes Católicos: de ébano embutido en caoba, un patron auténtico de la vara castellana, contrastado con la de Burgos: una copia auténtica en latín del célebre espediente de Caspe: el sello real en lacre del reinado de Carlos IV: varios cajones

ARCHIVO.

543

cerrados de documentos recogidos á la muerte de algunos de los presidentes del Consejo, y se cree que formado registro de los legajos, no podrán menos de contener documentos importantes.

El denominado *archivo moderno* del Consejo, se halla hoy colocado en la casa llamada de Villena, núm. 5: de la plazuela de las Descalzas. Ocupa ocho piezas y un sótano, que encerraba numerosos documentos, desatados y amontonados á granel. Haciendo una visita á este archivo el ministro de Gracia y Justicia en 1848, los mandó sacar y tender en habitaciones ventiladas, para que tomando consistencia y cesando el hedor de la humedad, pudiesen ser reconocidos.

La estantería es abierta, y eso revela el estado de conservacion en que estarán los papeles. Estos serán sobre tres mil legajos, muchos de ellos de ejemplares impresos, de cédulas y decretos. La rotulata genérica también como en el *archivo antiguo*, y hay registros interrumpidos, que es como sino los hubiera. Los documentos mas antiguos datan del reinado de Felipe V, y versan sobre los asuntos gubernativos sometidos al Consejo, como propios y arbitrios, abastos, valdíos, imprenta, competencias, universidades, seminarios, sucesos de 1808, juntas gubernativas del tiempo de Napoleon, recibimientos de abogados, etc.; y hay papeles del consejo de Napoles, relativos á los asuntos del Estado de Piombino.

Esto es, en suma, el archivo del celeberrimo consejo de Castilla. En sus diversas partes está sometido al Tribunal Supremo de Justicia, aunque todo va á variar de aspecto. No habiendo podido procurarse el ministerio de Gracia y Justicia el local á propósito para el establecimiento del archivo general que ya queda dicho proyectó en 1848, ha preparado anchurosas piezas, con buena estantería cerrada, en el piso bajo de su nuevo local de la calle de Torija: y sobre otras razones de seguridad y mejora, deseando hacer cesar la especie de baldon de que los archivos del Estado estén pagando alquileres y esparcidos en casas, sótanos y

desvanes de particulares, en el momento en que escribimos este artículo, esto es, en marzo de 1881, se están trasladando y concentrando en el nuevo local los papeles de las escribanías de cámara del Consejo, como ya hemos dicho, y el *archivo moderno*, debiendo continuar el *antiguo* en el ya indicado local que le preparó Campomanes.

§. 3.º *Archivo de la cámara de Castilla.*

Sabida es la antigüedad é importancia de la cámara de Castilla, y que fue suprimida como los demas consejos supremos en 1834, recayendo la mayor parte de sus atribuciones en el ministerio de Gracia y Justicia, salvo las contenciosas, que pasaron al Tribunal Supremo de ella. De la cámara de Castilla se han hecho diferentes remesas de papeles al archivo de Simancas, y, sin embargo, existe todavía gran número de ellos en esta corte, formando lo que se llama *archivo* de la Cámara de Castilla. De pocos años á esta parte, haciendo dos archivos de lo que no es ni puede ser mas que uno, se denomina este depósito de documentos *archivo de la Cámara de Castilla y patronato eclesiástico*, como si este fuera distinto del de la cámara, siendo así que una de las mas importantes atribuciones de ella era el real patronato.

Otras veces se dice *archivo de la Cámara, patronato eclesiástico y de la corona de Aragon*, en lo que hay todavía mayor inexactitud. Nace todo ello de que lo gubernativo de la cámara ocupa dos piezas en la casa de los Consejos, dos diferentes la seccion relativa al patronato real, y dos las de la cámara de Aragon, cuyos tres depósitos han estado á cargo de un solo archivero.

Los papeles de la cámara, esto es, los de lo gubernativo y de patronato eclesiástico, forman todavía un archivo importante. Contiene documentos de mediados del siglo XVI, aunque la mayor parte de ellos son del siglo anterior y del actual.

En un informe dirigido al gobierno en 21 de octubre de 1847, el encargado de este archivo decia: «el desconcierto en que se

han encontrado estos papeles en todas épocas, según informe de los propios archiveros que los han manejado, y principalmente desde la guerra de la Independencia, ha sido tan lastimoso que no merecía esta oficina tan importante el nombre de verdadero archivo, sino el de depósito ó almacén de papeles, es-puesto á la intemperie. En 1813 el propio funcionario daba conocimiento al gobierno de haber hallado en los rincones del archivo, es decir, por casualidad y entre lo perdido, una copia auténtica del testamento y codicilo de Isabel la Católica, mereciendo por ello una real orden de gracias (27 de setiembre del mismo año), con encargo de que *diera cuenta* al ministerio de cualquiera otro documento importante *que encontrase*. No parece puede darse mayor prueba del lastimoso desorden. El mencionado funcionario, sin embargo, D. Lesmes Hernando, ha hecho en su tiempo importantes trabajos y mejoras, hasta á sus propias expensas, aunque ya en un caso así son pocas las fuerzas y recursos de un hombre solo. Una de las cuatro piezas de este archivo es grandiosa por su capacidad de 67 pies de largo, 26 de ancho y 13 de altura. Contiene 50 magníficos estantes cerrados, de la misma altura de la sala, la cual con otra de las cuatro mencionadas, que contiene otros diez estantes iguales, vienen en esa forma del tiempo de Carlos III. Todo el archivo contendrá 4,500 abultados legajos, siendo muchos de ellos libros forrados y rotulados. Las diversas clases de sus documentos se infieren, recordando los asuntos de que conocía la cámara. Este vasto archivo tiene para su servicio un solo oficial ó encargado con un mozo de oficio.

Los papeles de este archivo se trasladaron en 1813 á la casa llamada de las Niñas de Leganés, donde estuvieron almacenados y mal acondicionados hasta 1839 en que fueron trasportados al lugar que hoy ocupan.

§. 6.º Archivo de la cámara de Aragon.

Consiste en dos piezas sitas en la casa de los Consejos, como ya queda indicado, lle-

nas de papeles, cuyo contenido se ignoraba, hasta que la inteligencia y laboriosidad de una persona, recientemente nombrada para encargarse de ellos, los ha puesto algun tanto en orden. Según sus informes, hay en este depósito documentos de suma importancia, pertenecientes á lo gubernativo y eclesiástico de Aragon, por lo que se denomina tambien á este archivo *del patronato eclesiástico y corona Aragon*.

§. 7.º Archivo de la Presidencia de Castilla.

Así como el cúmulo de negocios hizo que la cámara tuviese que conocer de muchos de los que antes conocía el Consejo, sucedió lo propio con la presidencia, ó sea despacho especial y privado del presidente del Consejo. El archivo de estos documentos está asimismo en la casa de los Consejos, y ocupa dos piezas desaseadas con estantería abierta. Constará de 2,000 legajos pequeños, rotulados por años, con la rotulata genérica de *memoriales, provisiones, etc.*, según costumbre antigua. Debe haber algunos papeles de interés, por cuanto á los presidentes se les cometían á veces asuntos importantes y reservados; pero realmente no se sabe. Se vé, si, que las series están descabaladas, ya por los desfalcos comunes á otros archivos, ya por haber separado documentos del ramo de sanidad y de otros, para remitirlos al archivo del ministerio de la Gobernacion.

Este archivo, los de la cámara de Castilla y de Aragon, y el antiguo y moderno del Consejo estaban á cargo del Tribunal Supremo de Justicia, á cuyo presidente habia que acudir con las solicitudes de certificaciones, cotejos ó compulsas; pero ya queda dicho en su lugar que el moderno del Consejo y lo contencioso del mismo se están incorporando al archivo de Gracia y Justicia.

§. 8.º Archivo de la Inquisicion.

La mayor parte de los papeles de este tribunal se hallaban en el archivo de Si-

ARCHIVO.

345

mancas. Habia todavia considerable número de ellos en esta corte en la ya citada casa de la calle de Torija. Ocupaban en ella tres piezas. El odio que ha seguido siempre á estos papeles, la curiosidad que siempre han escitado, y el hallarse colocados en estantes abiertos revela desde luego lo que seria este archivo. Ya hemos insinuado antes de ahora que en 1849, al salir de aquel local el ministerio de Instrucción pública para el convento de la Trinidad, fueron trasladados todos sus papeles á Simancas, y allí están ya, por tanto, todos los que procedian de la Inquisición.

§. 9.º *Archivo del Consejo de las órdenes.*

Este archivo se halla, como el tribunal especial de las órdenes que ha sucedido al consejo de las mismas, en la planta baja de la casa de los Consejos. Puede aplicarse á este archivo, como á todos los de los suprimidos consejos, cuanto hemos dicho del de el consejo de Castilla. Antes que los maestrazgos de las órdenes se incorporasen á la corona, cada uno de aquellos tenía un archivo en sus conventos ó casas matrices respectivas. Incorporados los maestrazgos y creado el Consejo de órdenes, todo quedó sometido á la autoridad de este, bajo la cual estuvieron los archivos de Santiago, de Velez, Calatrava, Alcántara, los del hospital de caballeros de Santiago, y casa priorato de Calatrava de la ciudad de Toledo, el de Uclés y el peculiar del Consejo. En este, como en el de Castilla, se despachaban al principio los asuntos de gracia y de justicia por las escribanías de cámara, quedando los papeles por consecuencia en poder de cada uno de los encargados de ellas, lo que equivalia á no haber archivo, no habiendo podido despues tampoco reunir esos papeles, ya por la dificultad de deslindar lo de justicia de lo de gobierno, ya porque siendo las escribanías oficios enagenados, sus dueños alegaban propiedad sobre el protocolo. Al fin en 1691 se creó una secretaría de gobierno y de gracia; pero todavia

TOMO III.

los papeles corrieron por mucho tiempo á cargo y en poder de cada uno de los oficiales de ella, lo cual, á pesar de diversas órdenes posteriores, destruye toda idea de unidad y regularidad de un archivo central. Muchos papeles de las órdenes se hallan en el archivo de Simancas y algunos tambien en los de Gracia y Justicia y de la cámara de Castilla, especialmente los relativos á la orden de Montesa, del tiempo en que sus asuntos fueron despachados por el estinguido consejo de Aragon, hasta que en 1744 pasaron al de las órdenes; y respecto del citado ministerio, cámara y aun consejo de Castilla, por su intervencion en los asuntos eclesiásticos en general, y muy especialmente por lo que hace á la incorporacion de los maestrazgos á la corona y á las empeñadas cuestiones de fuero y jurisdiccion. El archivo de las órdenes con todo reúne hoy considerable número de papeles de importancia histórica y nacional, como en todo lo relativo al ramo de bulas y reales gracias. Contiene una seccion que puede llamarse nobiliaria, designada *archivo reservado*, y es la que encierra las pruebas de recepcion de los caballeros. Es sabido, por último, que alguna vez, cuando el archivo del consejo de las órdenes se halló sobrecargado de papeles, se llevaron á los conventos ó casas matrices respectivas.

§. 10. *Archivo del real sello.*

Existe en la calle de Silva núm. 14. Se llama tambien *archivo del registro del real sello*, y algunas veces *cancillería*. Es la oficina en que se pone el sello real á las cédulas y provisiones de justicia y de gobierno. Es importante este archivo, porque en él se registran y copian por consecuencia las innumerables expediciones de los dos ramos indicados, y por tanto por los cuerpos supremos ó especiales con carácter de tales, como los Consejos, cámara de Castilla, Tribunal supremo de Justicia, Tribunal mayor de Cuentas, juntas del real patrimonio, de competencias, de correos, inspeccion de instruccion pública, sala de alcaldes y de

69

las secretarías de Estado y Ministerios. En diciendo que así esta cancellería como la de Indias, la de la cámara y la de las estinguidas chancillerías y tribunales superiores eran oficios enagenados, cuyos propietarios, que eran personajes de la primera nobleza, nombraban tenientes que los servían y sirven los que existen, se vé bien que archivos de tal naturaleza han estado emancipados del gobierno central, y por tanto, que el arreglo y medios de conservación que haya en ellos son debidos únicamente al celo y suficiencia individual. De este archivo hay en el de Simancas muy considerable número de papeles, y aun conserva gran copia de ellos que datan desde 1690.

§. 11. *Archivo del Ayuntamiento de Madrid.*

Uno de los archivos notables que encierra Madrid, es el de su ayuntamiento, el cual ocupa cinco piezas regulares, tres de ellas en el piso principal de la casa llamada de Villa, en la que dicha corporación celebra sus sesiones. Este archivo, como todos, ha sufrido infinitos desfalcos y estravíos de documentos. Entró en regularidad por un decreto de Fernando VI de 22 de setiembre de 1746, habiendo llamado la atención de aquel monarca los importantes documentos que debía contener y el deplorable estado en que se hallaba. Hoy es uno de los archivos que se pueden visitar en Madrid. Se compone de mas de 1,200 legajos, sin contar los muchos que ocupan las dos piezas de la parte alta del edificio, retirados allí por creerlos menos interesantes. En medio de sus series interrumpidas contiene documentos del siglo 12, cuales son los albalas de Alonso VII y Alonso VIII, confirmando á Madrid sus términos, como testimonio de la lealtad y esfuerzo contra los moros.

§. 12. *Archivo de Simancas.*

Es el primero y mas importante de los generales de España, y no solo capaz de rivalizar con todos los archivos extranjeros, sino que acaso no tiene igual.

En los párrafos anteriores hemos hecho indicación del desorden y abandono en que estuvieron los papeles del Estado hasta el tiempo de los Reyes Católicos. En tiempo de don Juan II sin embargo, se dictaron providencias encaminadas á contener el desorden, y de sus results se trasladaron al alcázar de Segovia varios documentos públicos, que se conservaban en cofres ó cajones, que quiere decir que se estableció, no un archivo, sino un mero depósito.

Lo propio tuvo efecto en tiempo de Enrique IV, cuyo reinado no aumentó poco el número de documentos públicos por las innumerables gracias y mercedes del monarca.

Formaban aquel depósito de papeles diferentes tratados y concordias con los potentados de Europa, con los reyes moros de España, con los príncipes de Navarra y de Aragon, grandes y caballeros de Castilla y con los maestros de las órdenes militares, que tal era la suerte de los reyes de España, que frecuentemente tenían que capitular con sus súbditos.

Los reyes católicos, habiendo elegido por punto casi habitual de residencia á la entonces rica y comercial Villa de Medina del Campo, hicieron trasladar los papeles del alcázar de Segovia al castillo de la mencionada Villa, denominado de la Mata, espidiendo al mismo tiempo diversas órdenes y cédulas para que se recogiesen cuantos papeles oficiales existían en poder de los oficiales públicos ó sus herederos. Ordenaron asimismo que la oficina del real sello se fijara en Valladolid, mientras podia llevarse á efecto el pensamiento, que ya abrigaban, de establecer un archivo general. Pusieron desde luego los ojos, aunque no con una mira definitiva, en la fortaleza de Simancas, que, como la Villa, pertenecía á los almirantes de Castilla, de quienes adquirieron una y otra poniéndola ya al cuidado de encargados de la real casa.

Cárlos V acogió el mismo pensamiento de formalizar el archivo general, y definitivamente decidió lo fuese en el alcázar de Simancas, haciendo trasladar á él los papeles del castillo de la Mata de Medina, nota-

ARCHIVO.

347

blemente aumentados con los libros de los contadores reales, espidiendo órdenes al propio tiempo para recoger los infinitos que segun costumbre se hallaban en poder de los secretarios, y oficiales reales, ó de sus herederos, que apareció residian, no ya en Castilla, sino en Aragon, en Andalucía y en todos los dominios de la Corona, lo cual comprometia, como en gran parte comprometió, el resultado. Ordenóse tambien la reunion de las cartas y documentos que obrasen en el Monasterio de San Benito el Real de Valladolid, y otros, y estendiéndose la diligencia hasta á los papeles que hubiese en poder de particulares, ausiliando el requerimiento de presentacion con bula pontificia de excomunion.

Felipe II recibió bajo de secreto la revelacion de un oculto depósito de documentos de la mayor importancia en Valladolid, los cuales el monarca hizo recoger y trasladar á Simancas dando comision para ello al licenciado Bribiesca, de su consejo, y á Diego de Ayala oficial mayor de la secretaria de Estado, dictando al propio tiempo disposiciones terminantes para verificar igual traslacion de documentos de los consejos, tribunales y oficinas superiores del reino, resultando así que no solo completó, sino que hizo perpétuo el empeño y resolucion sobre establecimiento de aquel archivo general, habiendo tenido acierto y fortuna en encarar su direccion y arreglo en 1631 al citado Diego de Ayala á cuyo apellido, como despues al de Gonzalez, debe tanto el mencionado archivo. En 1588 dictó el reglamento que habia de observarse en el gobierno del archivo, y estableció la remesa sucesiva de papeles al mismo. La riqueza que encierra no es, ni puede ser bien conocida, y si ya lo confesaba así don Santiago Agustin Riol en su citado informe á principios del siglo XVIII, ¿qué será en el día despues de tantas vicisitudes y turbaciones del país, de las remesas de papeles sin el debido orden, por lo cual resulta que no obstante la general de 1718, la casi general de 1826, y otras particulares, no hay archivo en la corte en que aun no se hallen

documentos de aquellas épocas y anteriores: despues, en fin, de las sacas ó traslaciones de papeles verificadas de aquel archivo á otro, como el de Sevilla por ejemplo?

Es sin embargo, este archivo, el primero ó de los primeros de Europa. La fortaleza ocupa, aislada, la parte mas alta estramuros de la Villa, y por tanto con buenas luces y ventilacion, y preservada de la humedad. En su reconstruccion presenta trozos de obra del célebre Herrera, de Francisco Mora y de Berruguete. Conserva en buen estado su foso, torres y muralla, y aun se señala la almena de la que, por tradicion, se dice haber sido ahorcado el célebre don Antonio Acuña, obispo de Zamora. Contiene mas de 40 piezas de variada estension, todas llenas de papeles, y tantos aun por distribuir, que ya no han podido ser recibidas las remesas que en 1830 ha tratado de hacer el ministerio de Gracia y Justicia.

§. 13. *Archivo de Barcelona.*

Si algun archivo general pudiera competir con el de Simancas, por el número, diversidad, antigüedad é importancia de los documentos que encierra, seria el de Barcelona, llamado tambien de la Corona de Aragon. Allí están reunidos desde 848, los papeles del condado de Barcelona y de la poderosa Corona de Aragon que tantos dominios llegó á reunir dentro y fuera de España. Riol al número 79 de su informe dice de este archivo, *que es el mas antiguo y completo de los que entonces existian en Europa*. Para formar una idea completa de él, es necesario ver el informe antes citado, los opúsculos publicados por don Próspero de Bofarull y sus esposiciones al gobierno, señaladamente la de 25 de diciembre de 1843, y la de 31 de diciembre de 1849, dirigida al ministro de Instruccion pública, al pedir y obtener su jubilacion, despues de 53 años de esmerados é infatigablos trabajos como encargado del archivo. Ya Riol se lamentaba de que los documentos de este archivo, aunque excelentes y numerosos, pues en aquel tiempo

ocupaban cinco salas, estaban atados en sacos, ó sueltos, sin orden ni registros en forma. Bofarull, al encargarse del archivo en 1814, hace todavía una pintura mas lamentable: *los encontré, dice, envueltos en polvo, corroídos de los insectos, y sin un dependiente siquiera que diese noticia ó razón de alguna cosa.* Hoy por su celo y fatigas este archivo es de los mejor arreglados de la Península.

Segun relacion del mismo Bofarull, la primera sala encierra, entre otros documentos, 17,333 escrituras en pergamino, que empiezan en el primer conde soberano de Barcelona Wilfredo el Belloso, en el siglo IX y llegan hasta la eleccion del Rey don Martin de Aragon en 1410, con mas de 2,400 libros abultados de registros que empiezan en 1238. En cuanto á bulas originales solo en la segunda sala espresa Bofarull haber coordinado y colocado 838. Y todavía este inmenso archivo que en un magnifico salon y cuatro piezas menos estensas contiene los papeles de Aragon, Cataluña, Valencia, Baleares, Sicilia, y Consejo de Aragon, salvo los que á la estincion de este en 1707 se trasladaron á Simancas, ha sido enriquecido con importantes adquisiciones de los tiempos modernos. Bofarull en la última de las esposiciones citadas dice haber incorporado los numerosos papeles de la Junta suprema de Cataluña, entregados por el duque de Bailen para ilustrar la historia de la guerra de la independencia: 235 preciosos códices que dice pudo salvar en el incendio del monasterio de Benedictinos de Ripoll: todo el importante archivo de San Cucufate del Vallés, en el cual son notables 244 códices dignos de estima, su famoso cartulario ó libro becerro, y las bulas en *papiro* egipcio que tanto han ocupado á célebres escritores: otros 170 códices recuperados del convento de Agustinos de Barcelona: otros tantos del de la Merced, con 128 bulas y pergaminos ademas: y entre otras cosas que harán siempre recordar el celo infatigable de aquel empleado, 148 tomos en fólío y varios legajos de la casa de moneda de aquella capital.

§. 14. Archivo de Sevilla.

Este archivo, llamado tambien de Indias, lleva en su nombre toda su importancia, ya que por su lujo y esmero ocupa un primer lugar entre los de la península.

En la parte legislativa hemos visto que en cuanto á los papeles y archivos de Indias, sin duda por el tiempo en que las cosas sucedian, por la novedad y general escitacion de tamaños descubrimientos, y porque algo habian enseñado la incuria y las pérdidas lamentables respecto de otros archivos, se desplegó por nuestros monarcas un notable celo. Pero los papeles de las audiencias y vireinatos del Nuevo Mundo, de los consulados, y casa de contratacion de Sevilla, los de las secretarías del despacho, y del consejo de Indias, creado en 1511, existian en sus infinitas dependencias, ó habian sido en gran parte trasladados á Simancas, sin formar por tanto una unidad que correspondiese al descubrimiento y dominacion de mas importancia y estension de las que presenta la historia moderna. Carlos III concibió esa idea, y en 1778 ordenó que en el mismo archivo de Simancas se preparase un local independiente que constituyese el archivo de Indias. No pudo realizarse, y de sus resultados se mandó establacer en Sevilla, dando este encargo en 1781 al entendido canónigo de Cuenca D. Antonio de Lara. Sus trabajos y despues los de D. Agustin Cean Bermudez, han dado por resultado en pocos años el magnifico actual archivo de Indias, establecido en la casa-lonja de la mencionada ciudad, ocupando en ella tres grandes salones, en los cuales se ven empleados con buen gusto el ébano, la imitacion de caoba, y buena cristalería, asi como los jaspes en la escalera y dependencias que conducen á este rico y vistoso depósito, que no deja de visitar ningun extranjero de los que llegan á Sevilla.

Dióse, pues, orden de reunir allí todos los papeles relativos á Indias, esparcidos en las respectivas dependencias, incluso los que ya existian en el archivo de Simancas. Co-

ARCHIVO.

849

mo la operacion era casi un imposible, no se resolvió completamente, ni con la exactitud que se deseó, así como tampoco sin pérdidas, y confusion inevitable. Reuniéronse sin embargo en el nuevo archivo mas de treinta mil legajos ó volúmenes de importantísimos ó curiosos documentos, que aumentarían diariamente por necesidad, ya por los que ocasiona el gobierno de los restos que aun conservamos de nuestra vasta dominacion, ya porque no hay oficina general en que todavía no se hallen papeles de Ultramar, segun puede verse por las secciones anteriores.

Señaladamente quedaron en Madrid los papeles de la antigua cámara de Indias, sin contar los muchos que en 1834 se trajeron sin grande orden del archivo de Simancas. Existían en cuatro piezas altas y desabrigadas de la casa de los Consejos. Informando al gobierno en 26 de noviembre de 1846 el encargado interino de este archivo decia: «en él se encuentran hacinados los legajos, y de tal manera involucrados, que bien puede compararse su confusion al depósito miserable que ofrece la ley á los desgraciados que son víctimas de un incendio.» Por resultas de ello estos documentos que en diez años habian estado encargados sucesivamente al ministerio de Estado, al de Gracia y Justicia y al Consejo real, han sido recientemente trasladados á Sevilla.

§. 13. *Archivo de Valencia.*

Aun cuando hemos visto formalizado en Barcelona el archivo general de la antigua corona de Aragon, no se opone eso á que cada uno de los estados de la misma haya conservado su archivo particular, como sucede en Valencia, Mallorca y Zaragoza.

El de Valencia reúne considerable número de papeles, formando como parte de él los del archivo real ó de Palacio, los de la diputacion, de la antigua audiencia, del justicia civil, los de gobierno y los de la bailía general, aunque en rigor este archivo pertenece al real patrimonio. Los antiguos privilegios de los reyes de Aragon con-

cedidos á la ciudad se conservan en el archivo particular del ayuntamiento.

§. 16. *Archivo de Zaragoza.*

Segun hemos indicado en el párrafo anterior, Zaragoza, como Valencia, tiene su archivo particular que encierra muchos y excelentes documentos del antiguo reinado de aquella corona.

En la visita privada á algunos archivos, encargada en 1849 al actual director general de los dependientes de Gracia y Justicia, don Pedro Sainz Andino, el de Zaragoza mereció una mencion honrosa por su riqueza de documentos, esmero y arreglo.

§. 17. *Indicacion general de otros archivos que merecen atencion.*

Hemos querido presentar en esta seccion una muestra, aunque sucinta, de la riqueza mal conocida, que en punto á archivos y documentos encierra este pais, y en ello una gran razon para escitar enérgica y vivamente la atencion de la administracion central, que es lo que nos hemos propuesto, así como interesar la de nuestros sábios hácia un emporio de riqueza tan mal aprovechada. Con este fin añadiremos aun por conclusion á esta reseña algunas páginas que no dejan de aumentar el interés del cuadro general.

Todavía dentro de Madrid tenemos dignos de atencion:

1.º El archivo ó registro de la real estampilla, existente en el piso alto del real palacio.

2.º El de la antigua cancelleria de la Cámara, hoy agregado á Gracia y Justicia, y existe en la casa de los Consejos.

3.º El del nuevo Consejo real que existe en la misma casa, aunque de moderna creacion, como el cuerpo, pues el de Indias que se le agregó, queda ya indicado se trasladó al de Sevilla.

4.º El del tribunal especial de Guerra y Marina, sito en la calle de Atocha en el que fué convento de Santo Tomás. Tiene docu-

mentos de mas de dos siglos de antigüedad, procedentes del antiguo consejo de la Guerra, cuyo archivo tuvo el encargo de arreglar el célebre D. Tomás Iriarte.

5.º El del tribunal mayor de Cuentas que estuvo en el real palacio, luego en la casa de los Consejos, despues en la casa llamada de los Niños de Leganés, junto á Santa María de la Almudena, y por último, en la casa llamada del Platero, al fin de la calle Mayor. Contiene papeles de mediados del siglo XVI.

6.º El de la direccion general de la Armada. Contiene papeles desde principios del siglo pasado.

7.º El del establecimiento hidrográfico, en la calle de Alcalá. Contiene importantes manuscritos y relaciones inéditas de viajes y descubrimientos, cartas y derroteros.

8.º El de cruzada, en la plazuela del Conde de Barajas, núm. 8. Contiene bulas y breves pontificios bien conservados.

9.º El de la Nunciatura, en la calle del Nuncio, núm. 13, en la casa destinada para los nuncios y enviados de Su Santidad. Sus papeles son judiciales, y bulas y breves causados por la secretaria ú oficina llamada *abreviatura*.

10. El de la vicaría y visita eclesiástica, calle de la Pasa, núm. 3. Contiene, como es de suponer, documentos relativos á los contratos matrimoniales, y por tanto interesantes, como que encierran el origen y sucesion de las familias. Contiene tambien los de lo judicial y correccional.

11. El de escrituras publicas de Madrid, en la Carrera de San Francisco, núm. 16, aun cuando habrá de trasladarse, por amenazar ruina el edificio. Hoy está agregado al ayuntamiento. Fue mandado formar por Carlos III con el fin de recoger los protocolos dispersos de los escribanos reales, á cuyo propósito el Consejo publicó un bando en 7 de julio de 1776 mandando que todo el que tuviese papeles ó escrituras de dicho género, fuera particular ó persona publica, los presentase. Los escribanos están obligados á remitir testimonio de cada una de las escrituras que otor-

gan. Ha tenido pérdidas é interrupciones en su arreglo. Hoy reúne sobre 9,000 legajos, ó protocolos, de los cuales 3,000 están arreglados y registrados. Es un archivo de suma utilidad, y así se ordenó los hubiere en todas las capitales, aunque no se ha cumplido.

12. El de Monserrate, en fin, en el monasterio de ese nombre. Contiene excelentes crónicas y documentos para ilustrar la historia.

Aunque ya dependiente del ministerio de Comercio, Instruccion y Obras públicas, haremos mencion del archivo de la suprimida inspeccion de estudios, notable por su arreglo, bajo cuyo punto de vista es tal vez uno de los primeros de la corté.

Fuera de esto la reseña no tendria término, pues que no hay villa, ciudad, catedral, ni hubo convento, que no tenga ó haya tenido el suyo, sin que apenas haya uno que por la ambulanca de nuestra antigua corte y las vicisitudes del pais no contenga documentos interesantes bajo del punto de vista histórico. En el municipal de Valladolid, por ejemplo, se ve asentado en un antiguo libro de actas una cantidad para la adquisición del *Fuero Real*, como necesario en la corporacion, lo que ha hecho creer á algunos críticos si estuvo mandado adquirir á todos los comunes, lo cual revelaria el propósito de hacerle admitir en el reino como código general: en un humilde convento de monjas de Toledo fue encontrado el testamento auténtico del rey D. Pedro: en San Isidro de la ciudad de Leon se conserva el original latino de la que se cree verdadera y genuina historia del Cid, publicada por el P. Risco, y así de otros infinitos.

Merecen entre ellos consideracion el de la catedral de Toledo, el archivo-biblioteca del escorial, los de las ciudades de Pamplona, Mallorca y la Coruña: el de Covarrubias, mandado construir de nueva planta por Felipe II, el cual contenia los papeles del adelantamiento de Castilla y otros muchos interesantes: y los de la catedral y ayuntamiento de Burgos, el segundo de los cuales empieza con el fuero de poblacion dado

ARCIPRESTE.

331

á la ciudad por el rey D. Alfonso el VI en 1076.

Y entre otros infinitos ¿qué ha sido de los archivos de monjes de Sahagun, de Es-lonza, de San Millan de la Cogulla, y de San Pedro de Cardeña, en el cual, segun Berganza, empezaban los documentos, cartas y privilegios rodados, originales, desde el siglo IX? Todavía una visita general, encomendada á personas entendidas y fieles, de acuerdo con las juntas provinciales, científicas y artísticas, encargadas de recojer y conservar los libros, pinturas y monumentos de las comunidades religiosas suprimidas, salvaria infinitos y preciosos restos de una riqueza, casi perdida ya, y que pasados pocos años, lo habrá sido sin remedio y para siempre.

ARCIPRESTE. ARCIPRESTE-TAZGO. «Arcipreste tanto quiere decir (segun la ley 8, tit. 6, Part. 1) como *cabdillo de Prestes*, é esto es, porque tienen poder sobre ellos en las cosas que adelante diremos.» El origen de los arciprestes se remonta á la época primitiva de la Iglesia, en que los obispos presidian la reunion ó *corona* de los presbíteros de su iglesia, á lo que se daba el nombre de presbiterio. Pero como muchas veces no podian presidir estas reuniones, ora por enfermedad, por ocupaciones graves, ó por tener que asistir al concilio provincial, cuando estos se celebraban con mucha frecuencia, en tales ocasiones presidia á nombre del obispo el presbítero mas antiguo, no por edad, sino por ordenacion. Gran importancia dió á los arciprestes una atribucion tan honorífica, y de aqui el que llegasen á ser grandes sus prerogativas, considerándose, como lo eran en efecto, vicarios natos del obispo en todas las cosas espirituales. La citada ley de Partida esplica sus atribuciones en esta forma.

«E los arciprestes son en tres maneras: «las dosson en las Egleſias cathedrales, que «tienen logares como Deanes; en otras «Egleſias cathedrales ay otros que non tienen tamaños logares, como ellos; é sin estos ay otros arciprestes menores, que son «puestos por las villas de los obispados. E

«los primeros arciprestes que tienen logares «de Deanes, son mayores que arcedianos, «deven fazer su morada continuadamente en «la Egleſia cathedral, mas que en los otros «logares. E han de tener en guarda todos los «Prestes dessas mismas Egleſias, donde fueren arciprestes, é á todos los otros de la «ciudad, segund la costumbre usada de cada «logar. E quando el obispo non fuere en la «Egleſia, ellos deben cantar la misa en su «logar, ó mandar á otros que la digan. E los «otros arciprestes, que son en las Egleſias «cathedrales, como quier que non tengan «tan grand logar, como deanes, esso mismo «han de fazer de su oficio, como los otros, «fuera ende que son menores que los arcedianos, é son tenundos de los obedescer.»

Ademas de las atribuciones consignadas en esta ley de Partida, tenían tambien á su cargo la bendicion de las fuentes bautismales, y aun la bendicion del pueblo, en ausencia del prelado, y tambien la predicacion y confesion, y en los casos en que hubiese de administrarse al obispo el Viático y la Estremauncion, era el arcipreste el que desempeñaba estas funciones, costumbre que aun se observa en muchas catedrales. Ademas el concilio de Mérida, cán. X, les prescribió, que asistiesen al concilio provincial, cuando su obispo no pudiera presentarse en él.

Este gran cúmulo de atribuciones, y la jurisdiccion que era consiguiente á su ejercicio, hicieron que se variase la disciplina acerca de ellos, y que se principiara á nombrar arciprestes por los obispos, no á los que designaba la casual antigüedad de la ordenacion, sino á los que se creia mas á propósito para este cargo por sus virtudes, saber y enérgia. Los griegos fueron los primeros que principiaron á variar la disciplina acerca de este punto, innovacion que no fue bien mirada en un principio, ni tampoco por los latinos. San Gregorio Nacianzeno refiere de sí mismo, que no quiso acceder á que San Basilio le nombrase su arcipreste (1).

El arcipreste entonces era uno solo en to-

(1) Oracion 20.

da la diócesis, como se colige de aquellas palabras de San Gerónimo, que es el primero que de él hace mencion (1). *Singuli Ecclesiarum Episcopi, singuli Archipresbiteri, singuli Archidiaconi*. Según el concilio IV de Cartago, cán. XVII, el obispo tenía derecho para nombrar al arcipreste, ó al arcediano, para cuidar de los enfermos, viudas, pobres, huérfanos ó peregrinos, funciones que tenían analogía con los respectivos cargos de uno y otro. En aquella época indudablemente se consideraban como superiores los arciprestes á los arcedianos, siendo tanto mas nobles las funciones de aquellos, cuanto lo son las cosas espirituales, sobre las temporales, y el presbiterado sobre el diaconado. Cuando posteriormente principiaron á crearse arciprestazgos rurales, se consideraron los arcedianos como superiores á los arciprestes: mas antes de tratar esta interesante cuestion, hablaremos de estas distintas clases de arciprestes urbanos, ó de ciudad, y foráneos ó del Campo.

Arciprestes urbanos. La ley de Partida trae, según hemos visto, tres clases de arciprestes, á saber: los mayores ó de primera clase de que hasta el presente hemos hablado; y los segundos, acerca de los cuales dice «que son en las Iglesias catedrales, como quier que no tengan tan grand logar como deanes, esso mismo han de facer de su oficio como los otros, fueras ende que son menores que los Arcedianos, é son tenudos de los obedecer.» Quizá esta division de las Partidas sea mas exacta y adecuada, que la seguida hoy generalmente por todos los canonistas, que ya no hacen distincion entre unos y otros arciprestes urbanos, confundiéndolos en una misma categoría, porque habiendo caducado sus atribuciones, han venido á quedar iguales unos á otros y reducidos á una mera dignidad de la iglesia catedral. La ley de Partida llama á los primeros arciprestes urbanos, *deanes*, nombre que se dió efectivamente en un principio á los arciprestes foráneos y que se aplicó despues igualmente y como sinónimo á los arcipres-

tes urbanos, encargados de la presidencia del cabildo de la iglesia catedral en ausencia del obispo. Mas á pesar de eso en algunas de nuestras catedrales se hallan todavía arciprestes, que por una confusion de disciplina, existen en ellas supeditados á los deanes.

Reducidos hoy día, como hemos dicho, los arciprestes urbanos á la condicion de meras dignidades de la iglesia catedral, apenas les resta alguna atribucion de las que gozaron en otro tiempo (pues de los respectivos á los *deanes* hablaremos en esta palabra), antes bien se les han derogado espresamente algunas de las que tuvieron en otro tiempo. Así es que aun en los cabildos en que la presidencia corresponde espresamente al arcipreste, no puede encargar á otro que diga sus misas, ni sustituir sus facultades, como hacian antiguamente y estaba en sus atribuciones, tanto por las decretales, como por la ley de Partida. Aun en el caso de que le corresponda celebrar las misas solemnes en ausencia del obispo, tiene obligacion de celebrarlas por sí mismo, según lo dispuesto por la sagrada congregacion de ritos, y caso de que no pudiere ó no quisiere celebrarlas, se dirán por turno entre todos los prebendados, pues considerándose esto sumamente honorífico, tienen derecho todos á que se reparta entre ellos este honor por igual. Según otras varias disposiciones de la misma congregacion, en consulta de casos particulares, se prohíbe á varios arciprestes urbanos exigir sillón á parte, modo de incensar distinto del que se use con los demas canónigos, ser preferidos al canónigo celebrante, entrometerse en el gobierno del coro, que corresponde al chantre, y que se dé al sustituto del arcipreste los honores de incienso y paz, como á él: mas en cambio puede y debe preceder al vicario del obispo (cuando aquel sea canónigo), en el coro y procesiones y tambien al arcediano en los entierros, aunque aquel sea primera dignidad, ni puede el vicario del obispo quitar al arcipreste el derecho que tuviere para cantar las misas solemnes en ausencia del obispo. Todas estas disposicio-

(1) Epist. ind. Rust.

ARCIPRESTE.

333

nes de la sagrada congregacion de ritos pueden verse en los autores, que tratan especialmente la materia, en especial Barbosa y Fagnano, en sus respectivos comentarios, y á Ferrari que las presenta compendiadas.

De todas maneras las reglas que deberán tenerse en cuenta sobre esta materia son bien sencillas, á saber; que con arreglo á las decretales y disposiciones pontificias, en todas estas materias se esté á la costumbre y práctica de las iglesias, y segunda, que en los casos en que no haya acerca de esta práctica, ni prescriba el derecho lo que se deba hacer, se tenga en cuenta el origen de esta institucion, cuyo objeto era el ayudar al obispo á soportar la carga de las cosas espirituales, y si fuere cosa análoga á las atribuciones, que en esta parte disfrutaban segun la antigua disciplina, se favorezca la causa del arcipreste, debiéndose acudir en último resultado á la sagrada congregacion de ritos.

En España son muy pocas las iglesias catedrales que tienen arciprestes urbanos, desde la época de la restauracion. En las iglesias de Castilla y Galicia, apenas hay arciprestes urbanos, no existiendo en las de Toledo, Burgos, Santiago y Sevilla, ni sus sufragáneas, á escepcion de Cuenca, única que tiene arcipreste en Castilla, al paso que las diócesis están comunmente divididas en arciprestazgos foráneos. Tampoco los hay en la de Tarragona ni en sus sufragáneas, que comprenden todo el principado de Cataluña, pudiéndose decir, que la única provincia eclesiástica de España en que existen arciprestes urbanos, es la de Zaragoza con sus sufragáneas. La metropolitana de Zaragoza tiene dos arciprestes, inferiores á los dos arcedianos titulares de sus iglesias catedrales: igualmente los tienen las sufragáneas de Tarazona y Teruel y las colegiadas de Daroca y Belchite, cuyos arciprestes residen en la del Pilar de Zaragoza; pero postergados todos ellos á los arcedianos de dichas colegiadas. En la de Tarazona reside el arcediano de Santa Maria de Calatáyud, mas no el arcipreste, que reside en esta última, pero como inferior al dean.

TOMO III.

Creemos que esta ligera reseña de la organizacion actual de los arciprestazgos urbanos en nuestra patria, no desagradará á nuestros lectores, ora como muestra de lo existente, y quizá en su dia como recuerdo histórico.

Arciprestes rurales ó foráneos. Al aumentarse las diócesis y recibir mayor estension, idearon los obispos dividir las en varios distritos, encargando la direccion de los asuntos espirituales de aquella comarca al presbítero mas antiguo, ó mas idóneo, para que la administrase bajo su inmediata vigilancia. A la manera que en la milicia romana, al cabo que mandaba diez soldados se le llamaba *decurion*, dióse á estos arciprestes rurales el título de *decanos*, porque se les encargaba la direccion de diez presbíteros, ó párrocos. Los adjetivos *rural* y *foráneo*, significaban su separacion de la iglesia matriz, ó su residencia en el campo, así como el nombre de *plebanos*, que tambien recibieron en algunas partes, indicaba que presidian á la *plebe*, ó aquella parte del pueblo de los campos, menos culta, en lo general, que la de la metrópoli. Mas esta organizacion no duró por mucho tiempo, y continuaron los arciprestes rurales usando indistintamente el nombre de decanos ó deanes, aunque fuesen ya muchos mas de diez los presbíteros ó párrocos que tenían á su cargo. Como los arcedianos de la catedral tenían que salir con frecuencia á recorrer la provincia, para arrendar las heredades de la iglesia, recaudar los intereses y vigilar por los bienes de ella, solian los obispos encargarles que visitasen y residenciaran á los arciprestes rurales, y de aquí vino el que los arcedianos se llegasen á considerar como gefes natos de ellos. Nuestra ley de Partida arriba citada dice hablando de estos:

«La tercera manera de los otros (*Arciprestes*) que son puestos por las villas de los obispados, son menores que los de las Iglesias catedrales; é cada uno es tenudo de obedecer á su Arcediano, é destos atales se entiende lo que dize la quarta ley ante desta, que deuen ser puestos por el obispo, é por el arcediano, é ellos los deuen tirar,

70

«quando fizieren porque. E las cosas que
«aquestos han de fazer, son estas: deuen
«requerir é visitar todas las Egleſias de sus
«arciprestazgos, tambien las de las villas,
«como las de las aldeas; é saber como vi-
«ven los clérigos, é como fazen su oficio: é
«otrosi de que vida son los legos, é si falla-
«ren que alguno destos á fecho algun yerro,
«deuégelo fazer enmendar, é castigarlos
«que lo non fagan dende en adelante: é si
«los yerros fuesen atales, que ellos non
«los puedan castigar, nin fazer enmendar,
«deuénlo dezir á los Arcedianos, ó á los
«obispos, que los castiguen: é pueden des-
«comulgar, é vedar, segund que dize en la
«cuarta ley ante desta, que lo pueden fazer
«los arcedianos.»

Los cargos y atribuciones de los arciprestes rurales se hallan consignados aun mas estensamente en el tit. 23, lib. 1 de las decret. de *offitio Archipresbiteri Cap. 4*, (*ut singulae plebes*), que dice así: «que cada
«plebe tenga su arcipreste, para que cuide
«asiduamente del pueblo de Dios, esten-
«diendo su solicitud, no solamente al vulgo
«ignorante, sino tambien vigile de continuo
«sobre el modo con que viven los demas pres-
«biteros que habitan en las parroquias, ó ti-
«tulos menores, y avise al obispo la forma en
«que cumple cada uno con el servicio divino.
«Y no mire solamente el obispo que la plebe
«no necesite de arcipreste, porque se crea
«él con fuerzas para gobernarla toda, por-
«que aunque pueda hacerlo conviene que
«reparta sus cargos, y así como él preside
«en la iglesia matriz, deje que los arcipres-
«tes presidan á las plebes, para que así no
«ande vacilando su cuidado pastoral; pero
«ellos deben referirlo todo al obispo, y guar-
«dénse de obrar nada contra su mandato.» De esta decretal se infiere claramente qué clase de atribuciones eran las que ejercian los arciprestes rurales ó foráneos. Mas puntuales en el ejercicio de su pequeño cargo, no merecieron tampoco las inectivas que los arcedianos, y así los vemos subsistir todavia en nuestra patria, casi en la misma forma que en la antigua disciplina, subdividiéndose la mayor parte de nuestras dió-

cesis en arciprestazgos foráneos, con jurisdiccion particular.

Tales son, por ejemplo, entre los sufragáneos del arzobispado de Toledo, el de Sigüenza, que se divide en diez arciprestazgos; el de Cuenca que tiene ocho, y Osma catorce; Santiago tiene treinta y seis; Salamanca once, y Tuy quince. El arzobispado de Búrgos se divide en cuarenta y seis arciprestazgos, que comprenden cincuenta y cuatro vicarios; la sufragánea de Pámplona tiene diez y ocho arciprestazgos, y la de Palencia treinta y tres y cinco vicariatos.

En Cataluña, ó lo que es lo mismo, en Tarragona y sus sufragáneas, no se conocen arciprestazgos urbanos, ni foráneos, y solo existe el de Ager, de que hablaremos despues, y por lo que hace á las metropolitanas y sufragáneas de Zaragoza, aunque tienen arciprestes urbanos, segun queda dicho, no tienen foráneos: lo mismo que en Aragon sucede en Granada y sus sufragáneas, que tienen arcedianos superiores á los arciprestes urbanos en categoria, pero no foráneos; vestigio quizá de la parte que en su organizacion pudiera tener D. Fernando el Católico, como rey de Aragon.

Mas en otros obispados sucedieron á los arciprestes y arcedianos los vicarios foráneos, ó oficiales, ora porque los obispos hallaran quizá abusos que corregir en los arciprestes, ó bien porque creyesen mas conveniente poner oficiales amovibles *ad nutum*. En nuestra patria pudo tenerse en cuenta ademas para estas divisiones, hechas quizá en la época de las reconquistas, la práctica adoptada en otras iglesias mas antiguas.

Como á veces suele suceder que se reúnan en un punto de la diócesis el vicario foráneo, puesto por el obispo, y el arcipreste titular de la colegiata ó parroquia principal del distrito, la sagrada congregacion de ritos se ha visto ya en el caso de dirimir en algunas ocasiones las competencias que se originaban de esa reunion, fallando por lo comun á favor del vicario: así, por ejemplo, el dispensar acerca de la observancia de los dias festivos, no corresponde al arcipreste,

ARCIPRESTE.

333

sino al vicario; mas en el caso de que este no se halle en el pueblo, podrá hacerlo el arcipreste, segun varias declaraciones de dicha congregacion. Igualmente le está prohibido al arcipreste foráneo exigir honores y distinciones, no solamente en la iglesia catedral, donde no tiene carácter ni dignidad alguna, sino tampoco en su respectiva iglesia, exigiendo de sus presbíteros los honores que reciben de su cabildo los prebendados. Mas con respeto á este punto, como igualmente al ejercicio de la jurisdiccion, deberá estarse á la costumbre de las iglesias, mucho mas si han sido introducidas por concordias particulares, como sucedia con frecuencia, para cortar antiguos litigios.

Arcipreste nullius. No podemos menos de hacer aquí mención de esta singularidad de nuestra disciplina, no consignada, ni en las divisiones que generalmente hacen los decretalistas al hablar de los arciprestes, y que tampoco corresponde á ninguna de las divisiones consignadas en la ley de Partida ya citada. Tal es el arcipreste de Ager en Cataluña, que no solo es prebendado *vere nullius*, con su colegiata y correspondiente cabildo de canónigos, racioneros y beneficiados, sino que forma territorio separado, con 38 parroquias y 13 anejas, para cuya direccion tiene tribunal y nombra vicario general y demas dependientes.

Es tambien notable, aunque no igual á este en categoría ni jurisdiccion propia, el arcipreste de Valdonsella, que siendo en lo antiguo dependiente del obispado de Pamplona, se unió en 1783 al de Jaca, por bula de su Santidad, expedida en 16 de diciembre. Con este motivo se dividió desde aquella época la diócesis de Jaca en dos partes, llamada la primera obispado Viejo, y la segunda Nuevo; ejerciendo la jurisdiccion en aquella el provisor del obispo, y en esta otra generalmente el arcipreste de Valdonsella, que tenia su residencia en aquella villa.

Arcipreste del Vaticano. Benedicto XIV en la constitucion 36 del tomo 2.º de su Bulario, despues de hablar de los arciprestes de las basílicas de Roma, que fueron elevados á la categoría de cardenales y con motivo de

tratar de aquellos cuando son nombrados obispos *in partibus*, inserta el siguiente curioso párrafo relativo al arcipreste del Vaticano, al cual damos cabida en este artículo, no tanto por dar á conocer las atribuciones extraordinarias de tal arcipreste cuanto por explicar el carácter de las que restan á los demas en la disciplina vigente.

«Entre los arciprestes de las patriarcales (dice aquel eruditó pontífice) solo el que desempeña este cargo en la basílica de San Pedro, en atencion á sus grandes privilegios, dá á los clérigos agregados á su basílica, dimisorias para recibir órdenes, y tambien administra el sacramento de la Confirmacion: pero ni él, ni los demas arciprestes, tienen jurisdiccion alguna para conocer y juzgar las causas que se suscitan entre los canónigos y demas, que sirven en las basílicas mismas, habiéndoseles quitado esta facultad por una constitucion de Inocencio XII, que Nos confirmamos en otra nuestra, dada en 13 de febrero de 1742, y consignada en el tomo 1 de nuestro Bulario, con el núm. 44, que empieza: *quantum ad procurandum*. Finalmente, despues de estas constituciones no se deja á los arciprestes mas jurisdiccion que la paterna y económica, en aquellas cosas que corresponden al culto y reforma de costumbres.»

Superioridad de los arciprestes sobre los arcedianos. Al hablar de los arcedianos, omitimos esta cuestion por parecernos mas conveniente ventilarla en este otro paraje. Aunque los canonistas le dieron gran importancia en otro tiempo, al presente, reducidas casi á la nulidad las atribuciones de unos y otros, no creemos necesario, ni aun oportuno, insistir demasiado en esta cuestion.

Hemos manifestado ya, que en un principio los arciprestes eran superiores á los arcedianos, no solamente por su dignidad presbiteral, sino tambien por la importancia de su ministerio. Las visitas que solian hacer los arcedianos á los arciprestes rurales, por comision de los obispos, principiaron á darles una influencia grande sobre aque-

llos, la cual llegó con el tiempo á supeditar tambien á los arciprestes urbanos, cuando los arcedianos consideraron ya como propia la jurisdiccion que ejercian. La administracion y manejo de los caudales y bienes de la iglesia, les daba gran importancia á los ojos de los hombres mundanos, y esto hizo que no les faltaren aduladores. Así como la ambicion de los magnates se sacia con fabulosas genealogías, la de los que ejercen cargos públicos suele saciarse tambien con falsos privilegios. De aquí las ficciones acumuladas á San Isidoro y á un concilio de Toledo (no se dice cual), para suponer que los arcedianos eran superiores á los arciprestes, lo cual consignó igualmente Graciano (*Distinc. 25 de Ecclesiasticorum officiiis*), y siguiéron despues varios papas, de buena fé, apoyándose en ellos para decidir é incluyéndolos en el cuerpo de las decretales. En especial, Inocencio III recorre todos estos monumentos, fundándose en San Isidoro, en la constitucion del orden romano, en la epístola del papa Clemente y en otras decisiones suyas, para probar la superioridad del arcedianos. Pero García de Loaisa asegura, que San Isidoro no dijo lo que le imputó Ivon de Chartres, y todos los canonistas y críticos y los correctores mismos de las decretales, convienen en que no se halla tal cosa en ningun concilio de Toledo, y finalmente, Antonio Agustín prueba, que aquellas palabras no estaban en el orden romano. Además el mismo Graciano habia compilado en la distincion 94, la que lleva por epígrafe: *Archidiaconi super Presbiteros jurisdictionem non exercent*; en la que por cierto no queda muy bien parada la pureza de los antiguos arcedianos: y si no podian ejercer jurisdiccion sobre los presbíteros ¿cómo sobre el arcipreste? Se ve pues con cuanta oportunidad dijo nuestra ley de Partida, sin alucinarse por aquellos falsos documentos. «E los primeros arciprestes que tienen logares de deanes, son mayores que arcedianos,» palabras que dan honor á la perspicacia de sus redactores, manifestando que no en todo fueron serviles copistas de las decretales. Sobre esta cuestion puede

verse á Berardi *In jus Ecclesiasticum*, tomo 2, part. 2, observacion 1.

ARCONTE. Voz griega que equivale á la de gobernador ó magistrado superior. Ciceron traduce la palabra arconte en la de pretor.

Suprimida en Atenas la monarquía, se encargó el gobierno supremo á cierto número de gobernadores ó altos funcionarios, que por el significado natural de la voz se llamaron arcontes. Eran nueve y se repartian el gobierno del país. El segundo de ellos tenia la administracion de justicia. Los arcontes, elegidos en un principio por el sufragio popular y despues por la suerte, y confirmacion del Senado, fueron primero perpetuos, despues decenales, y por último, siempre suspicaz el pueblo ateniense, y temiendo la monarquía, anuales.

Equivaliendo la denominacion de arconte, como queda dicho, á la de gobernador, jefe, pretor, etc., se extendió en la Grecia romana y posterior á todos los ordenes, esto es, al eclesiástico, al militar, al municipal, etc. De aquí el llamar alguna vez arcontes á los obispos, á los jefes del palacio imperial, á ciertos comandantes de fuerzas militares, á diferentes eclesiásticos con cargos especiales, como el de guardar el libro de los Evangelios, á los *dumviro*s de los pueblos, etc.

ARDITE. Moneda catalana, llamada tambien *dinero* y *dinerillo*. Un real de arditos ó dineros, contiene 24 de estos, que equivalen á 36 maravedises y 47 de maravedí de la moneda castellana. Cada ardite por lo tanto vale 1 1/2 maravedí de los de Castilla.

AREA. Voz de la geometría que expresa el espacio que ocupa una figura. Por traslacion significa en el lenguaje jurídico el espacio ó la parte superficial del suelo, circunscripta ó determinada, que ocupa un edificio. Hemos dicho que la *parte superficial*, porque si no se espresase otra cosa, en la palabra *area* no se comprende mas que la mera superficie.

ARENZAZGO. Contribucion antigua, ó cuota pecuniaria que en lo antiguo exigian los alcaldes á los reos de homicidio

ARGOLLA.

357

con título de propinas y dotación del empleo.

ARGIENZO. ARIENZO. La primera es voz catalana, la segunda aragonesa. Significan una pesa equivalente en un todo al *adarme* castellano.

ARGOLLA. Entiéndese por argolla un collar ó círculo de hierro, dispuesto para ser aplicado al cuello de los que deben sufrir esa pena ó suplicio. Antiguamente solía pender ó estar fija en los rollos de las ciudades y villas ó en el muro de las casas capitulares u otro paraje público. Hoy debe estar asida á un madero fijo sobre el patíbulo. Dáse también el nombre de argolla á la misma pena, y bajo este concepto vamos á ocuparnos de ella en este artículo.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Código penal.

Legislación extranjera.

CÓDIGO PENAL.

Art. 24. Las penas que pueden imponerse con arreglo á este código y sus diferentes clases son las que comprenden la siguiente escala general.

*Penas accesorias.**Argolla.*

Art. 29. Los que hayan sufrido la pena de argolla, no pueden ser rehabilitados sino por una ley especial, aunque obtengan indulto de las penas principales.

Art. 31. Las penas de argolla etc., llevan consigo las de inhabilitación absoluta perpetua y sujeción á la vigilancia de la autoridad durante la vida de los penados.

Art. 32. La pena de cadena perpetua lleva consigo las siguientes: Primera. Argolla en el caso de imponerse la pena de cadena perpetua á un co-reo del que haya sido condenado á la pena de muerte por

cualquiera de los delitos de traición, regicidio, parricidio, robo ó muerte alevosa ó ejecutada por precio, recompensa ó promesa. Esta pena no tendrá efecto cuando el que haya de sufrirla sea ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano del reo sentenciado á muerte, mayor de sesenta años, ó mujer.

Art. 113. El sentenciado á la pena de argolla precederá al reo ó reos de pena capital, conducido en caballería y suficientemente asegurado. Al llegar al lugar del suplicio se le colocará en un asiento sobre el cadalso, en el que permanecerá mientras dure la ejecución asido á un madero por una argolla que se le pondrá al cuello.

LEGISLACION EXTRANJERA.

No es ésta una de aquellas penas á que han apelado con mayor frecuencia las leyes de los diferentes pueblos y de la que nos presenta muchos ejemplos la historia. Dicese que es muy antigua y que ya se usó entre los romanos con el nombre de *collare ferreum* y de *colliatrigium*; sin embargo, si bien pudo ser la argolla una de las muchas vejaciones que hacía sufrir el acreedor al deudor que no le pagaba, es lo cierto que no aparece clasificada entre las penas que se habían señalado para la represión de los delitos. Omítela las XII Tabas; no se sabe de ley alguna posterior que la autorizara, ni tampoco se encuentra entre las diversas de que hacen mérito el cuerpo de derecho de Justiniano.

En cuanto á los códigos bárbaros puede decirse que no se valieron de ella, siendo lo mas probable que este fuera uno de los suplicios que nacieron en la edad media.

Viniendo ahora á las legislaciones de nuestra época hallaremos consignada en algunas la argolla. Así sucede en la China, según refiere un eminente historiador contemporáneo (1). Por lo tocante á los códigos modernos, la han rechazado los

(1) Cantó, Hist. Univ. Lib. 4, cap. 27.

de Nápoles, Parma, Dos-Sicilias y tambien el del Brasil; y solo sabemos que se haya admitido en el austriaco. Concretando este la esposicion pública á algunas infracciones graves de policía, impone la argolla á los reos de ciertos delitos, como los que abandonan el estrañamiento para volver al pais, los que cometen fraude acompañado de perjurio, y en general siempre que se condene á pena que llegue al menos á diez años de prision. Ejecútase la argolla poniendo al delincuente con pesadas cadenas en pies y manos y con un cartel en el pecho á público espectáculo durante tres dias consecutivos y una hora en cada uno de ellos.

En Inglaterra se usaba el *pilori*, que viene á ser lo que entre nosotros la argolla, para el castigo de ciertos delitos, tales como el pacto hecho entre el delator y el que iba á ser objeto de la delacion y la publicacion de folletos políticos subversivos. Pero este pais, en medio de ser apegado á sus prácticas y tradiciones, ha suavizado notablemente su legislacion penal, y actualmente se halla en él abolido el *pilori*.

Lo mismo ha venido á suceder en la vecina Francia. Vigente allí la argolla, constituyendo una de las señales de poder jurisdiccional de los señores de alta justicia, fue admitida en el código de 3 de brumario del año IV republicano, y pasó tambien al del año 1810 de nuestra era. En este ocupaba el primer lugar entre las penas infamantes y era preliminar indispensable de los trabajos forzados, perpétuos ó temporales y de la reclusion; la ejecucion debia hacerse en la plaza pública, quedando espuesto el condenado durante una hora con un cartel en la cabeza que anunciara su nombre, profesion, domicilio, la pena y el delito. Mas entre las muchas reformas que se hicieron al Código penal en 1832 con objeto de ampliar las garantías del acusado y de templar el excesivo rigor de qué se usaba para la represion de los delitos, fue una muy importante la abolicion de la argolla, dejándose tan solo en pie la esposicion pública como consecuencia de ciertas condenas aflic-

tivas é infamantes. Los espositores del derecho francés elogian la citada reforma y abrigan la esperanza de que se complete del todo, suprimiendo tambien la esposicion.

Considerando ahora en conjunto la legislacion estrangera hallamos que presenta dos hechos dignos de atencion. Es el primero que la argolla se ha impuesto por lo general como pena principal ó accesoria de otras, rara vez única y aisladamente. Es el segundo que las legislaciones en que se ha admitido la argolla, han sido las mas severas y las que han adoptado otras penas que hoy dia prescribe la ciencia. Respecto á la China, sabido es que su derecho penal raya en cruel, y así como la argolla, figuran en él el tormento y la amputacion de miembros. El código austriaco pone en la misma categoria que la argolla, como agravaciones de la pena de prision, el apaleamiento, que puede ser repetido varias veces, el ayuno á pan y agua, y el estrañamiento con la marca. Ultimamente, cuando en Inglaterra y Francia se empleaba la argolla coexistian como penas, en la primera los azotes y el descuartizamiento de los criminales, y en la segunda la marca y la confiscacion.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

- SEC. I. INTRODUCCION HISTÓRICA.
- SEC. II. NATURALEZA DE LA PENAL DE ARGOLLA Y CASOS EN QUE TIENE LUGAR.
- SEC. III. EFECTOS DE LA ARGOLLA.

SECCION I.

INTRODUCCION HISTÓRICA.

Enumerada la argolla en la escala general de penas contenida en el código vijente, no será inoportuno investigar cuándo se ha introducido en nuestro pais. Para proceder acertadamente en esta investigacion conviene distinguir entre la pena de esposicion y la pena de argolla propiamente tales;

ARGOLLA.

539

ambas penas tienen ciertamente un fondo de semejanza, pero tambien tienen sus caracteres peculiares. La esposicion, ó sea la vergüenza pública á que eran sacados los criminales, es sin duda alguna antigua entre nosotros, y ha sido aplicada hasta tiempo no muy lejano del actual; pero no es igualmente cierto que la esposicion acompañada de la argolla se encuentre formalmente establecida como pena en nuestros códigos, pues si bien puede citarse en contrario la ley 4.ª, tit. 31.ª, Part. 3.ª, esa ley no dice mas que es una pena el poner en la picota al delincuente para deshonra suya: *in publicum ad spectaculum positio*, segun entiende Gregorio Lopez en su resumen, lo cual, como á primera vista se conoce, no es sino la pena de vergüenza, de simple esposicion. Esto se ve confirmado y puesto fuera de toda duda por la definicion que de la picota da el Dicoionario de la lengua. «El rollo ú horca de piedra» dice, «que suele haber á las entradas de los lugares á donde ponen las cabezas de los ajusticiados ó los reos á la vergüenza.»

Las leyes recopiladas imponen con harta frecuencia esta pena (nunca la de argolla). El código de 1822, y es cosa muy notable, á pesar de la severidad que le distinguía y á pesar de haber tomado sin duda alguna por uno de sus modelos al francés, que tenia admitida la argolla, no prescribió semejante pena. Solamente se encuentra entre las corporales la de ver ejecutar una sentencia de muerte, para lo cual era conducido el reo con el principal condenado á muerte, descubierta la cabeza, atadas las manos, con un cartel en el pecho y la espalda; debiendo permanecer al pie del cadalso mientras sufría aquel la pena de muerte.

El proyecto de código criminal mandado formar en los últimos tiempos del gobierno absoluto, pero terminado al comenzar el representativo por una comision nombrada al efecto por S. M., incluyó entre las penas corporales y despues de la muerte la de argolla, que no podia exceder de cuatro horas; iba siempre unida á otras penas, y no

se imponia á los que gozasen de nobleza hereditaria ó personal, á los mayores de setenta años y menores de diez y siete, ni á las mugeres embarazadas. Los condenados á ella debian ser conducidos al sitio donde estuviera colocada; poníansela al cuello dejándoles la cadena de que pendia una vara de largo, y así habian de permanecer en pie las horas que mandara la sentencia. Esto disponia el proyecto de 1834; mas como no llegó á alcanzar fuerza de ley, siguieron vigentes las leyes antiguas y la jurisprudencia que se habia ido formando, si bien ya entonces se encontraban en desuso muchos de los rigores que aquellas habian introducido.

Apareció en 1848 el nuevo Código penal y quedó con él establecida la pena de argolla, pena, segun hemos visto, no admitida antes en España, y que puede decirse causó una verdadera novedad en el derecho penal pátrio. Verdad es que algunos espositores del Código; al hablar de la argolla, aseguran que es antigua entre nosotros, aunque sin esta denominacion; pero no citan razon ni ejemplo alguno en pro de su aserto, ni nosotros hemos podido hallarlo; y es muy probable que los comentaristas á que nos referimos hayan aludido á la pena de vergüenza, vijente en épocas anteriores en la forma antes esplicada, pero diferente de la que describe el Código en su artículo 113.

SECCION II.

NATURALEZA DE LA PENA DE ARGOLLA Y CASOS EN QUE TIENE LUGAR.

Al incluir el Código penal la argolla en la escala general de penas, no la ha dado tal carácter por sí propia, ni la ha impuesto en caso alguno aisladamente, sino que la ha clasificado entre las penas accesorias. Tal es, pues, su naturaleza esencial.

Veamos ahora cuándo se impone y de qué pena ó penas debe ser accesoria. Varios requisitos se hacen indispensables para la imposicion de la argolla.

Es uno de ellos que el reo haya sido con-

denado á cadena perpétua, porque de esta y solo de esta pena es accesoria la de que tratamos.

Es preciso además que haya un co-reo condenado á la pena de muerte, caso que puede presentarse con frecuencia: tal sería el de dos co-autores de un delito, uno de los cuales mereciera pena capital por mediar circunstancias agravantes, siendo ordinarias las del otro; ó si tratándose de delito castigado con pena de muerte, aquel las tuviera ordinarias y este atenuantes; y, últimamente, podría resultar igual diferencia, si concurriera con el autor un cómplice: aquel sería condenado á la pena capital señalada para el crimen y este á la de cadena perpétua. A todos estos casos se extiende la disposición del Código, porque usa de la voz co-reo, y como tal se considera tanto al co-autor como al cómplice, y por cierto que esta necesidad de que haya un co-reo condenado á muerte produce la anomalía de que su indulto lleva consigo el de la argolla que había de sufrir el otro co-reo, aunque no entrara en las intenciones del monarca hacer á este partícipe de su gracia.

Otro requisito que ha de concurrir además con los anteriores para que se pueda condenar á la argolla, y consiste en que los delitos que hagan merecedor á un co-reo de la pena de muerte y al otro de la de cadena perpétua han de ser precisamente «traición, regicidio, parricidio, robo ó muerte alevosa ó ejecutada por precio, recompensa ó promesa.» Estos se han creído los crímenes mas odiosos, y efectivamente, si se exceptúa el robo, que creemos no figura oportunamente entre los demás, todos ellos suponen gran perversidad en el delincuente, gran alarma en la sociedad y todos son merecedores de la severidad del legislador. Y ya que el Código ha adoptado la pena terrible de la argolla que tanto se presta á censuras desfavorables, ha sido prudente en reservarla para pocos, pero graves delitos.

Por lo que hace á la duración de la pena, es inútil ocuparse de ella, porque si bien el código da la regla de que las penas acce-

sorias han de durar lo que las principales, no puede referirse sino á las susceptibles de mayor ó menor duración, es decir, á las divisibles, y por ningún concepto á las que se ejecutan y se consuman de una sola vez. Tal es la de argolla que, según el Código penal, no dura cierto número de horas, dentro del que pudiera atenuarse ó agravarse, sino precisamente lo que tarde en ejecutarse la pena de muerte en el co-reo.

Pero conviene saber si todos los co-reos habrán de sufrir la pena de argolla, una vez que concurren los requisitos que dejamos explicados, sin escepcion alguna. Si así fuera, podría algunas veces darse el caso de que los co-reos fueran parientes muy próximos, quizás ascendientes y descendientes. Entonces un hijo mientras estuviera espuesto á la pública vergüenza, á la animadversión y á la befa de la muchedumbre, sujeto el cuello con la ignominiosa argolla, habría de estar presenciando las angustias de la muerte del que le diera el ser, habría de estar contando los últimos instantes de su agonía. Tan horroroso caso no estaba previsto en el Código, tal cual le dejó concluido la comisión y fue aprobado por los cuerpos colegisladores; mas al cabo se reconoció su posibilidad y la repugnancia que en sí llevaba, pues que en las últimas reformas hechas al Código en 7 de junio de 1850, se ha dejado sin efecto la argolla cuando el que haya de sufrirla sea ascendiente, descendiente, cónyuge ó hermano del reo sentenciado á muerte, mayor de sesenta años, ó muger.

¡Justo y humanitario tributo rendido á los vínculos sagrados del parentesco, á la veneración de la vejez y á la debilidad del sexo!

Últimamente, el Código describe el triste espectáculo de la ejecución de la pena de argolla. El de 1822 al describir otro análogo (el de ver ejecutar una sentencia de muerte), preveía el caso de que el reo blasfemare ó cometiere cualquier otro acto de escándalo, y mandaba que si no se contuviera á la primer advertencia, se le pusiera en el acto una mordaza.

Nada dispone sobre el particular el Código vigente, y esto sin duda debe ser por-

ARGOLLA.

361

que este medio u otro análogo de evitar escándalos y reprimir la osadía, no se impone como pena, sino como correccion necesaria del momento.

SECCION III.

EFECTOS DE LA PENA DE ARGOLLA.

Para acabar de conocer suficientemente la índole y estension de esta pena, segun la ha organizado el Código, debemos decir cuáles son sus efectos y cómo cesan, ocupándonos de las penas accesorias á la argolla, y de la rehabilitacion que puede obtener el delincuente.

Para comprender bien el primer extremo se hace preciso recordar que la pena de argolla solo puede ser accesoria de la cadena perpétua. Ahora bien: esta lleva consigo otras tambien accesorias; y ademas la argolla tiene bajo cierto aspecto carácter de principal, llevando tras sí algunas que el Código designa. Segun su artículo 51, la argolla produce inhabilitacion absoluta perpétua y sujecion á la vigilancia de la autoridad durante la vida del penado; lo cual ninguna dificultad ofrece, por mas que en esta parte se equipare al condenado á argolla con el reo indultado de la pena de muerte (véase el art. 50): la ley ha creido que quien ha llegado á merecer la pena inmediata á la capital, quien ha sido ya entregado á la pública execracion, no debia compartir derechos y honores con los demas ciudadanos ni quedar exento de las precauciones que para proteger á estos deben tomar las autoridades. Pero el artículo siguiente fija las penas accesorias de la cadena perpétua, y á mas de la argolla, que ya sabemos lo es, enumera la degradacion y la interdiccion civil juntamente con la inhabilitacion absoluta perpétua y la sujecion á la vigilancia de la autoridad en el caso de haberse obtenido indulto de la pena principal. Aquí ya pudiera caber alguna duda en la combinacion de ambos artículos, á saber: si habia necesidad de espresar que la inhabilitacion y la sujecion á vigilancia eran accesorias de

TOMO III.

la argolla, cuando la cadena perpétua produce tanto esta como aquellas, si era justificable esta redundancia. Indudablemente no puede explicarse sino por el diferente modo de cesar los efectos de la argolla y los de la cadena perpétua, porque aquellos, como luego veremos, no concluyen sino por una ley especial, al paso que para borrar estos basta un indulto. Era por tanto preciso hacer distincion de lo que correspondia á la argolla y de lo que á la cadena perpétua, aunque aquella fuera tambien accesoria de esta. En tal supuesto los dos artículos citados pueden entenderse de este modo: el reo de argolla, que lo ha de ser á la vez de cadena perpétua, sufrirá la degradacion, la interdiccion, la inhabilitacion; caso de ser indultado de la cadena perpétua, pena principal, seguirá padeciendo los efectos especiales de la argolla, á saber: la degradacion y la inhabilitacion, cesará la interdiccion civil, y comenzará á sufrir la sujecion á la vigilancia de la autoridad, todo lo cual desaparecerá cuando venga una ley bastante á rehabilitarle. En una palabra, el artículo 52 alude al caso general de sufrirse la cadena perpétua; y el 51 al caso especial del indulto, si bien es cierto que en rigor no habia necesidad de espresar en aquel que la argolla lleva consigo la sujecion á la vigilancia de la autoridad, puesto que ya en el otro se declara que esa pena procede cuando se ha concedido el indulto de la cadena perpétua, pues que á la vez no pueden ser compatibles.

Espuestos los efectos especiales de la argolla, y deslindados de los de la cadena perpétua, resta saber cómo podrá quedar libre de ellos el reo. Necesítase en el caso de que tratamos una ley especial de rehabilitacion, lo cual puede á veces hacer mejor la condicion del reo de muerte que la del de argolla: el condenado á aquella pena á pesar de toda su gravedad, á pesar de ser la última de todas, si fue indultado, puede ser rehabilitado sin necesidad de una ley: y la pena de argolla, aun cuando es accesoria de otra inferior á la capital, no admite rehabilitacion hasta que se dé una ley.

71

La comision de códigos, segun han relevado dos de los individuos que la compusieron al escribir sus comentarios habia en un principio acordado que de la argolla nunca hubiera rehabilitacion; principio severo, riguroso, pero indudablemente mas lógico, mas consecuente con la idea de la pena, que el que se adoptó en la última revision del Código y que despues se sancionó con este; porque en verdad será escasa la influencia de la ley en la opinion pública, cuando esta haya relegado ya entre los hombres indignos al que fue presentado en público espectáculo para que en él perdiera su fama y reputacion.

Ocorre tambien otra consideracion con respecto al punto que examinamos y es, qué objeto pudo tener el espresar que una ley eximie de los efectos de la argolla, siendo un principio inalterable que la ley posterior deroga la anterior. Parece que aunque el Código no hubiera hecho semejante advertencia, podria haber surtido su efecto una ley de rehabilitacion. Haciéndose cargo de este reparo algunos comentadores, que pertenecieron á la comision que formó el Código, dicen que se ha querido quitar ocasion á los escrúpulos de si dicha ley hubiera estado ó no en contradiccion con el espíritu de aquel. Sin duda que entra por mucho el prestigio que las leyes codificadoras merecen sobre todas las demas: pero aun creemos que se explicaria mejor el artículo á que vamos aludiendo por otra conjetura, y es que la intencion del legislador pudo ser la de dejar consignado el principio, de que á diferencia de las demas penas en que no se necesitaba un acto legislativo para la rehabilitacion, este era de necesidad absoluta en la de la argolla.

De notar es, por último, que no se limite el Código penal vigente á exigir una ley de rehabilitacion, sino que exige mas: una *ley especial*, palabras cuya exacta inteligencia conviene dejar averiguada. ¿Habrà esa ley á que se alude de circunscribirse al delito de determinada persona que haya sufrido la argolla, haciendo mencion particular de ella y de su rehabilitacion? ¿O bas-

tará que se conceda la de las penas de ciertos delitos, habiendo sido la argolla una de ellas? Teniendo presente la huella que deja impresa la argolla en el que la sufrió, la triste posicion á que este queda reducido, y atendiendo á las palabras que emplea el Código, parece lo mas natural que en la ley rehabilitadora deba contenerse el nombre de la persona ó personas que van á disfrutar de ese beneficio, y que no podrá considerarse como bastante cualquiera otra ley que se aparte de estos términos concretos.

ARISTOCRACIA. Viene de las palabras griegas *αριστος* principal, grande, mejor, y *κράτος* imperio, gobierno. Por cuya razon la define Martini en su diccionario filológico: *status Reipublicæ, quæ gubernatur ab optimatibus*: ó lo que es lo mismo, la forma de gobierno en virtud de la cual se halla confiado el de un Estado á los principales ciudadanos. Por manera, que en la palabra aristocracia va envuelta, no solo la idea de la principalidad, sino la del gobierno desempeñado por las personas que de ella gozan. Aunque es verdad que se ha hecho de esta voz un uso demasiado incierto y vago, y se le ha dado una aplicacion mas estensa de la que en rigor corresponde á su significacion, y de la que le fue propia y peculiar en su origen, en este artículo vamos á considerarla bajo aquél primer aspecto, esto es, como fundamento unas veces, como elemento otras de gobierno; pues no de otra suerte podria ser materia de nuestras especiales tareas en esta obra.

Mucho podriamos decir en otro caso de una institucion que es casi coetánea á la existencia del mundo, que se asocia á todos los fenómenos de la vida moral de los pueblos, y que se halla en primer término en los acontecimientos notables que forman la historia de las vicisitudes de la humanidad en sus varios periodos de decadencia, de elevacion y de progreso. Mas este trabajo que tendria su lugar oportuno en los estudios del historiador y del filósofo, nos parece ageno de nuestro plan, y por lo mismo nos limitaremos á escasas observaciones.

Por de pronto y como una de las mas

ARISTOCRACIA.

365

importantes, diremos, que las definiciones dadas hasta ahora por los publicistas de la aristocracia como principio constitutivo y fundamental de gobierno, no han sido iguales, ni han podido serlo, si se atiende á la variedad de ideas y de condiciones que entran en la expresion y calificacion de las formas conocidas. Solamente ha podido adoptarse esta denominacion, como contrapuesta á las mas conocidas en la historia, la monarquía y la democracia. Pero sabido es que en la primera de estas, se admite generalmente como una de sus condiciones de existencia, el elemento de la aristocracia, á cuyo propósito decia Montesquieu con su acostumbrada profundidad: *Ponit de noblesse, ponit de Monarchia*, es decir, sin nobleza no hay monarquía; y que aun en la segunda forma, la democracia se tuvo tambien en mucho la idea aristocrática de que participasen del ejercicio de sus funciones los principales ciudadanos, siendo buena prueba de ello la prohibicion que Solon impuso en sus leyes á los atenienses pobres, de tener participacion en las funciones públicas, y á los esclavos en estas y en el ejercicio de los derechos políticos.

De aquí deducimos la consecuencia de que la aristocracia debe considerarse, no tanto como forma especial de gobierno con sus condiciones propias y naturales, mas tambien como elemento de tal en otras formas: á cuya perfeccion contribuye, si se ha aplicado con sobriedad y oportunidad en los fenómenos políticos que le constituyen, y á cuya imperfeccion y mal estar sirve de incentivo, cuando el elemento aristocrático se ha aplicado con exceso y sin la discrecion niveladora, que dá por resultado la felicidad pública. Para fijar mejor las ideas y su relacion con las palabras, podremos distinguir la aristocracia, en aristocracia absoluta, que es cuando ella constituye la base esencial del gobierno, dándole su nombre y su carácter especial y propio, y en aristocracia relativa, que es cuando no sirve de único fundamento al gobierno, sino que es admitida en él, co-

mo elemento mas ó menos poderoso é influyente.

En rigor, la primera forma absoluta de la aristocracia, no ha sido conocida, ni se conoce en el gran cuadro de los gobiernos antiguos y modernos: en todos ó en la mayor parte de ellos, se advierte una combinacion mas ó menos acertada de otros principios: y lo mas que puede asegurarse es, que los ha habido en que el elemento aristocrático ha sido mas preponderante, tan preponderante, que bastó á dar nombre y carácter aristocrático á dichos gobiernos, y á oscurecer por demasiado subalternos ó poco influyentes, los demas principios que en ellos tenian accion ó representacion constitucional.

Por el contrario, en los demas sistemas, se reconoce como elemento indispensable, que no es fácil negar á las tendencias de la humana naturaleza y á las ideas con que juzga los hechos y merecimientos de los individuos, el principio aristocrático, en cuanto se ha entendido comprendida en él la preferencia reservada siempre á los mejores ciudadanos. En todos los que la antigüedad nos ha transmitido, con el nombre de monarquías ó de repúblicas, ha tenido participacion ó ejercido una influencia mas ó menos preponderante, ya la aristocracia sacerdotal, ya la militar, ya la de nacimiento ó de sangre, ya la de riqueza; ya en fin, una combinacion mas ó menos útil y feliz de estos agentes de gobierno.

Para prueba de lo primero nos suministra la antigüedad el ejemplo del gobierno aristocrático de Cartago; en el cual y á pesar de la oscuridad de los monumentos y memorias que de este pais existen, encontramos varios elementos populares que debieron neutralizar la fuerza del principio aristocrático, al paso que el espíritu comercial de aquel Estado y sus continuas guerras con Roma, su rival, contribuirían eficazmente á debilitarle. En los siglos medios encontramos el feudalismo, que aunque fundado en una base eminentemente aristocrática, estuvo asociado y marchó al par de la monarquía, y de otros elementos que

acabaron por destruirlo, como que carecía de la robustez necesaria que dan los principios y la intervencion de la razon y del derecho, únicos fundamentos de fuerza sólida y de duracion.

Pero el ejemplo mas notable que podemos aducir es el que nos ofrece el estado de Venecia, que si bien es reconocido como aristocrático, y así se le denomina, no puede con verdad asegurarse que fuese este principio único y esclusivo el que constituia la trabazon y completaba el conjunto de su constitucion política y civil. Creemos conveniente detenernos algo mas en la descripcion del gobierno de Venecia, por ser el comprobante mas positivo que de nuestra asercion puede presentarse. En efecto, el estudio de la constitucion de esa república aristocrática es importante, por lo mismo que fue el terror del Mediterráneo, la dueña en sus mejores tiempos del comercio del Asia, la reina de las islas y ciudades de importancia que bañaban las aguas de ese mar con que la habia desposado Barbaroja. Fue en su primera época enteramente democrática; residia la soberania en el pueblo, que entraba sin distincion en la asamblea y elegia al Dux, jefe del gobierno; mas la influencia de la nobleza no tardó en sentirse. Suprimióse la asamblea: cada cuartel debió nombrar doce electores, y estos á los 480 miembros de un *gran consejo*. De los 480, pronto no se renovaron por año mas que 100, cuya eleccion estaba confiada solo á cuatro ciudadanos. El consejo elegia al Dux; pero no directamente. A fines del siglo XII, solo tenia la facultad de designar cuatro comisarios, cada uno de los cuales debia nombrar 10 electores; desde mediados del XIII fue la eleccion tan complicada que para el nombramiento de esos se habian de hacer cinco sorteos y otros tantos escrutinios. Entre la Señoría y el Consejo habia el tribunal de los Cuarenta, compuesto probablemente de los jueces que hubo en las diferentes islas que componian el Estado. Tenia el Dux para el mejor despacho de sus negocios sus consejeros nobles, y para la decision de asuntos áridos y sus precedentes, podia convocar

el Consejo de los Notables, Consejo que de extraordinario pasó á ordinario, componiéndose de sesenta individuos nombrados por el gran Consejo. La Señoría de la ciudad proponia, el tribunal de los Cuarenta discutia, el gran Consejo deliberaba; la ejecucion correspondia á los que para cada negocio designaba la asamblea: al Dux, á los consejeros, á los Cuarenta, á la Señoría. El Dux apenas era mas que un director de los asuntos de la república; en lo interior casi nada, en el exterior la verdadera personificacion de Venecia; los Cuarenta era un tribunal supremo al que pertenecia la resolucion de todas las cuestiones del Estado; el gran Consejo era el centro de todos los poderes, el depósito de la soberanía. El Consejo de los Notables no era un cuerpo político, era un consejo puramente administrativo, que consultaba el Dux sobre cualquiera dificultad que tuviese en materias de industria, comercio y crédito público. Completaba el cuadro de los funcionarios políticos el gran Canciller, en cuyas manos estaba el sello del Estado y tres *abogados*, cuyo veto suspendia por un mes y un dia los actos de todas las magistraturas. La autoridad del gran Canciller era efimera; la de los abogados escesiva, pues ademas de tener á su cargo vigilar sobre la conservacion de la legalidad y del orden, sobre la recaudacion de los impuestos y el nombramiento de los magistrados, podian por tres veces consecutivas oponer el veto á un mismo acto sin necesidad de esponer motivo alguno antes de haber pasado los tres meses y los tres dias. Tal era la constitucion de Venecia á fines del siglo XIII. La marcha del Estado sobre la base de la aristocracia, es manifiesta. Todo conspiraba á concentrar el poder en pocas manos y á la inmutabilidad aristocrática. Solo el gran Canciller era un magistrado puramente popular, y ya hemos dicho que su autoridad era ilusoria. Cuando fue, sin embargo, rápido el ascendiente de la aristocracia, fue despues de la toma de Constantinopla. Venecia poseia entonces importantes colonias, cuyo gobierno habia acomodado al suyo. Era grande en ellos el

ARISTOCRACIA.

565

número de las magistraturas, cuya concecion pertenecía exclusivamente al Dux. Los nobles las solicitaban con empeño, codiciosos de las mayores riquezas que suelen alcanzar los funcionarios públicos en los pueblos recién conquistados; y el Dux, que deseaba siempre tener á los mas poderosos de su parte, se las otorgaba fácilmente.

Enriquecíanse allí al par que solian distinguirse por lo eminente de sus servicios; y concluida su magistratura regresaban á su patria con el prestigio quedado ordinario á los hombres el ejercicio de altos cargos, el heroismo y la riqueza. Solia por otra parte Venecia conceder á feudo el territorio nuevamente reducido, haciendo la distincion de feudos, de caballeros y de escuderos; y esta es una de las no menores causas á que debemos atribuir la preponderancia de la aristocracia. Contribuyeron tambien á fomentarla el hábito del mando en los nobles y las generosas maneras con que sabian cautivar los ánimos del pueblo. La constitucion sufrió reformas esenciales. La eleccion del gran Consejo pasó de las manos del pueblo á la de los Cuarenta. Estos procedieron á una votacion por escrutinio para cada uno de los individuos que lo habian sido de la asamblea en los cuatro años anteriores; el que obtuvo doce votos fue de derecho miembro del Consejo. Dentro de poco se prohibió la entrada en ella á todos los demas ciudadanos. Sobretesto de que no pudiesen ser perjudicados por los nobles los mercaderes que no pertenecian á su clase, se les prohibió á aquellos el ejercicio del comercio, pero reservándoles en cambio todos los cargos públicos. Hereditario el Consejo, en manos de los nobles los empleos, ¿qué podian ya contra la aristocracia, el Canciller ni los abogados? Apelóse á las conspiraciones; pero sin resultado. Contra ellas se estableció el terrible tribunal de los Diez, investido de la facultad de disponer arbitrariamente del tesoro público y hasta de los bienes y de la vida de los ciudadanos. Apoderada del poder la aristocracia, libre de los tumultos populares que tantas veces bañaron en sangre las calles y las pla-

zas de Venecia, volvió los ojos á si misma como todo gobierno de su clase. Vió enemigos en su propio seno, cobró temor, celos, y ejerció para consigo misma la severidad de que habia usado para con el pueblo; el tribunal de los Diez se ensangrentó mas con ella que con la plebe; los inquisidores de Estado fueron para ella una dictadura permanente. El noble fue acechado hasta en el hogar doméstico, sus pisadas seguidas á la sorda, sus mas insignificantes acciones sujetas á censura. Cualquiera podia acusarle bajo juramento: el testigo declaraba y desaparecia. El reo iba tal vez al cadalso sin conocer al acusador, sin saber siquiera su nombre. Los inquisidores pertenecian á los Diez, y estos y aquellos velaban noche y dia por la conservacion de la república.

Para atar mas las manos al Dux, crearon cinco nuevos magistrados, conocidos con el nombre de corregidores de la promision ducal. En cada interregno examinaban estos las condiciones que habian de imponerse al nuevamente electo, hacian en ellas las modificaciones oportunas, proponian las reformas que creian conducentes en el gobierno. La eleccion de los consejeros pasó del Dux al Senado; su confirmacion al gran Consejo. Con ellos pasaron á reunirse tres individuos de los Cuarenta para que ni en la administracion pudiera atentarse contra los intereses del Estado. Los consejeros fueron el verdadero Dux. Abrian las cartas que del interior le dirigian, las remitian á los empleados subalternos para el despacho de los negocios, tenian la iniciativa en el Senado y en el Consejo, asistian á la recepcion de las embajadas, entendian de todas las peticiones de los súbditos, á quienes no podia contestar el Dux sin haber antes oido su dictámen. Estuvo este, al fin, sujeto á mil privaciones que fueron luego prescritas á toda la nobleza.

Tal es y ha sido en todos tiempos la aristocracia, esclusiva para la plebe, severa para el patriciado. Temió la democracia y mas la tiranía. Sacrifica sin vacilar el individuo á la clase: ser es la razon de todos sus actos. Así pudo durar siglos esa tímida república

de Venecia, que sin oprimir ni vejar mucho al pueblo, con una constitucion sencillísima, sin disturbios, sin agitacion, llegó á ser uno de los mas ricos y de los mas poderosos estados del mundo. La conservacion de las leyes le dió regularidad y fuerza: tranquila en el interior, pudo dirigir sus miradas al exterior y dominar el mar y luego el continente.

De estos tres ejemplos se infiere con claridad la primera de nuestras aserciones, á saber; que no se encuentra en la historia de los gobiernos uno solo, en que el principio aristocrático y la forma de tal, haya sido absoluta y esclusiva; antes por el contrario; en todos ellos se ha encontrado este elemento, á lo sumo como preponderante y mas influyente que los demas que entran en la constitucion de los que la ciencia enseña y tiene generalmente admitidos.

La demostracion de lo segundo es mas fácil todavía, encontrándose en la historia de todos los gobiernos conocidos comprobantes irrefragables de que no hay uno solo, cualquiera que haya sido su nombre y su forma mas ó menos genérica ó especial, en que al lado del principio característico y fundamental que le dá el nombre, no aparezcan otros elementos conocidamente aristocráticos que contribuyen á su desarrollo y estabilidad en unos, y sirven de disolvente en otros, por el desnivel con que se adoptaron. Nadie desconoce el nombre y el carácter de republicano que tenia el gobierno de Atenas; y es sabida la division hecha por Solon de todo el pueblo en nobles, agricultores y artesanos pudiendo solo los primeros ser elegidos arcontes y arcopagitas. La república romana se ha estudiado demasiado para que tengamos necesidad de entrar ahora en un análisis minucioso de aquel Estado y de las clases de que se componia. Las luchas constantes y sostenidas entre patricios y plebeyos, la preferencia que se concedió en el uso de ciertos derechos á los ciudadanos romanos, son una demostracion de la existencia de la aristocracia en aquella república á que pueden agregarse las prerogativas que con el

tiempo fue adquiriendo la clase militar, singularmente cuando de ella salieron los emperadores, que si bien de hecho tuvieron en su plenitud el ejercicio mas amplio del poder, estaba este coartado por la sombra de influencia que todavia se aparentaba atribuir al Senado y á otras clases de la sociedad romana. No citamos ejemplos de monarquias en que la idea de la aristocracia y la existencia de las clases han sido una de sus bases dominantes ó de sus elementos auxiliares. Quizás no haya una sola que pueda presentarse como ejemplar contrario, porque la historia en esta parte es decisiva y convincente.

Pero mas que los ejemplos y los hechos históricos está de acuerdo con las proposiciones que hemos tratado de demostrar la idea natural y sencilla que tenemos de la constitucion de las sociedades, en cuyo origen y vicisitudes vemos siempre reservada la participacion en el gobierno, en los mandos militares, en las funciones del sacerdocio y demas que se revisten del carácter de funciones públicas, á los ciudadanos mas distinguidos por su valor, por sus talentos, por sus costumbres, por su edad y otras condiciones que les dan superioridad y natural influencia entre sus conciudadanos. De donde inferimos que bajó este concepto no hay clase de gobierno que no sea aristocrática; ó, para decirlo mejor, que la aristocracia no es una forma especial y exclusiva de gobierno, sino mas bien un elemento de todos ellos; que la aristocracia solo puede ser considerada como forma propia de gobierno ante la ciencia y la teoria, no ante la historia: la cual no presenta ningun estado de condiciones puramente aristocráticas, de manera que pueda llamarse tal, á no ser en el sentido de que la aristocracia es principio preponderante, al lado de otros que existan á mayor distancia y que con diversa denominacion ejerzan tambien alguna influencia en ellos. Con este motivo recordamos la expresion feliz de un escritor (1) que distinguiendo la aristocracia del

(1) *Rottsch y Wecker*, Diccionario de ciencias políticas y morales.

ARISTOCRACIA.

567

principio aristocrático ó del *aristocratismo* atribuye á aquella en su genuina significacion la de ser la realizacion del principio aristocrático en su mayor estension, por cuanto sirve de fundamento, comunica su espíritu y tendencia á todas las funciones de gobierno, cosa que rara vez sucede, como no sea en la manera ya manifestada.

De lo dicho se infiere que únicamente á la sombra de la confusion de las ideas y guiados los publicistas por un principio de alarma cimentada en otros motivos, es como han podido abusar de una manera tan fastidiosa de la palabra aristocracia, fulminando contra ella severos anatemas. Basta leer el artículo de Mr. Duclerc, *Aristocratie*, en el Diccionario político para convencerse de esta verdad: empieza asegurando que la aristocracia es el peor de los gobiernos; y como precisamente el mismo Rousseau, y antes que él Aristóteles, había afirmado que la aristocrática lleva preferencia á todas las demas, se revela contra el segundo y trata de salvar la opinion del primero, poniéndose en una manifiesta contradiccion, é incurriendo en las mas extrañas aberraciones. Consiste el error de este escritor y de otros que han declamado contra el gobierno aristocrático en atribuir tanto á esta forma de gobierno como á las demas en que se le da participacion suficiente, los defectos y los vicios que son inherentes á la desigualdad de clases y condiciones, á los privilegios que han solido gozar y al origen muchas veces vicioso de donde procedieron. Es decir, que si el gobierno aristocrático es gobierno de los mejores ciudadanos, ciertamente será uno de los gobiernos mas aventajados, si la idea de la preferencia y de la superioridad que requiere la cualidad de aristocrático que tenga el gobierno va de acuerdo con la razon y la justicia, con los derechos naturales y con el verdadero mérito del hombre, gérmen legítimo y fuente fecunda de los hechos que son honrosos y útiles á la humanidad. Por lo tanto, Aristóteles y Rousseau tuvieron razon, si la calificacion de los mejores

ciudadanos es exacta y justa; y Mr. Duclerc se equivoca cuando al rebelarse contra la aristocracia no tiene en consideracion que el vicio y el error consiste en conceder tal título y los privilegios consiguientes contra las leyes de la naturaleza y los principios eternos de la razon y del orden.

Segun estos principios, se llega fácilmente al conocimiento del derecho; pero ténganse en cuenta las palabras del mismo escritor antes citado, que dice: «La inteligencia y la virtud, únicos títulos que la razon considera dignos de privilegio ó de supremacia, no tienen señal alguna exterior por la cual se las pueda conocer con seguridad y exactitud jurídica, resultando de aquí la necesidad de un criterio de preferencia que pueda servir por regla general al juicio; esto es, una distincion que se haga por clases y no por individuos de mayor ó menor capacidad para gobernar.»

Mas al determinar los publicistas las clases de personas y de individuos á quienes el derecho, la costumbre histórica y otras razones mas ó menos plausibles de conveniencia pueden dar autoridad y participacion en el ejercicio del poder público, abren el campo á una discusion eterna en que cada cual, segun sus ideas y su alicion á esta ó aquella forma de gobierno, dan la preferencia al género de aristocracia que mas se acomoda á la suya. Por lo tanto, puede decirse que las cuestiones políticas tienen un íntimo enlace con las relativas á las diversas clases de aristocracia, que la decision de estas se resuelve por la de las primeras, como inseparables de los elementos que cuadran á su composicion mas usual y conocida.

Por tanto, y para examinar aquí las ventajas é inconvenientes de dichos géneros de aristocracia, nos veriamos precisados á hacernos cargo de las muchas controversias á que dá margen la esposicion de la teoria en punto á constituciones políticas, cosa agena de este artículo y que tiene su lugar oportuno en varios otros de esta obra.

No es, sin embargo, tan ageno de él el conocimiento de las principales que se co-

nocen, y que tienen patronos y defensores: bien entendido que al exponer la idea que califica á cada una, lo hacemos bajo el segundo aspecto que indicamos mas arriba, esto es, como elementos de gobierno, en otras formas diferentes de la que lleva su nombre.

En este análisis tomamos las sociedades como nos las presenta la historia desde su origen.

Cuando vemos en ellas al guerrero imponiendo por la fuerza de las armas y la influencia de la victoria su yugo y dominación sobre un pueblo conquistado, al momento se nos presenta la supremacía del triunfo, como título de superioridad y preeminencia, no solo en el jefe y conquistador, sino en sus inmediatos caudillos, los cuales comparten con él los frutos de la conquista y ejercen un poder aristocrático ó de principalidad, que habiendo nacido de la fuerza acaba por hacerse tradicional y constituir una posesión de mando y predominio que generalmente no se niega ni combate. Esta será y se denominará con razón *aristocracia de conquista*. Por mas que esta sea una aristocracia creada contra derecho y fundada en títulos que jamas puede reconocer la razón como legítimos, ello es que trayendo su origen de hechos que no pueden borrarse de la historia y que se identifican despues de realizados con las costumbres, las ideas y la existencia toda del pueblo que fue vencido y sufre el yugo, aquella supremacía continúa ejerciéndose con mas ó menos autoridad y prestigio, segun es ilustrada, moderada y prudente la conducta de los invasores, ó por el contrario tiránica y ominosa.

Esta aristocracia fundada en la conquista y transmitida de generación en generación á los sucesores, como igualmente la que procede de otros sucesos legítimos y gloriosos en las armas, de grandes servicios prestados al Estado en otras carreras y de señalados beneficios hechos á la humanidad, fueron las que dieron origen á la aristocracia de sangre ó hereditaria, siendo unas veces ciertas y laudables las causas que dieron lugar á la exaltación de las personas que

las fundaron, siendo otras veces falsas y quizás punibles aquellas causas; pero que deslumbraron á los coetáneos, y envolviendo casi siempre en el prestigio de su influencia y autoridad el germen reproductivo que perpetúa el nombre y el predominio de clases, de familias y de individuos. Al lado de hazañas dignas de premio y de renombre vemos que se ha hecho valer el derecho hereditario, ora por medio de la astucia, ora por medio de la fuerza. Frecuentemente, y en particular en algunos Estados, se fue introduciendo el derecho hereditario por bondad y gracia de los monarcas que le concedieron á los hijos y demas descendientes, otras fue arrancada por la habilidad ó coacción de cortesanos preponderantes, otras por causas menos morales todavía, hasta que insensiblemente se fue erigiendo la sucesión en derecho consuetudinario y se vió afianzada por las mismas leyes. En general todas las aristocracias, pero principalmente la de nacimiento ó de sangre, tienen inclinación y tendencia natural á perpetuarse, y de aquí el que se halle tan profundamente arraigada en las leyes, costumbres é instituciones de todos los pueblos. No seremos nosotros los que celebremos el dicho ponderado de Marmontel: «*La nobleza es un adelanto que el Estado hace á los sucesores, de hombres beneméritos de la patria, con la esperanza de volverle á recobrar con usura en el porvenir.*» Este aserto supone resuelta la cuestión que está ventilando la ciencia en la actualidad, en la que no se trata solo de la importancia ante el derecho y la política de la aristocracia, sino mas bien de fijar los medios de obtener la influencia en el gobierno de los que son positivamente los mejores ciudadanos ó de los verdaderos aristócratas, considerados con relación á todas las necesidades y fenómenos á que el cuerpo social está sujeto. No por desaparecer la nobleza de sangre han de faltar elementos de gobierno, menos contrarios que ella al orden comun y á las prescripciones y exigencias del derecho, como no faltaron á Roma sus *optimates* despues de la abolición del *patriciado*.

ARISTOCRACIA.

369

La sociedad no ha podido dejar de reconocer otras superioridades, entre las que se nos presentan como de mas bulto, la que procede de la riqueza y de las dotes del entendimiento. La primera, ó la aristocracia de riqueza, puede alegar algunos títulos á la superioridad que le dan el brillo, los gozes, la educacion ordinariamente mas esmerada, la facilidad de repartir algunos bienes y prestar á poca costa servicios y gracias á sus semejantes. Ademas, como está sujeta á una medida posible de la fortuna del que la goza, puede la ley llamar á los ciudadanos que la poseen con la casi seguridad de que no se ha de equivocar mucho en la designacion de los individuos comprendidos en la clase de los ricos. Por otra parte, si se atiende á que la naturaleza y la sociedad abren sus fecundos senos á la especulacion y al trabajo, cuando la ley no opone barreras á la libertad de los bienes y á su adquisicion legitima, es evidente que este título de superioridad es el que mas se presta al estímulo y al deseo, el que mas facilita la renovacion de las clases, al tenor de la mayor aplicacion y economía de los individuos, y que esta aristocracia será la menos odiosa, si los ricos saben ser dispensadores de los bienes, y no funestos opresores de los pueblos. Por esta causa dicen publicistas respetables, hablando de la aristocracia de riqueza, que no solo tiene á su favor una razon natural y un título de derecho, sino tambien un fin político bueno. Pero conviene que no esceda de los justos limites la influencia y participacion que se la conceda: lo cual requiere alguna explicacion. Una consecuencia necesaria de los derechos de propiedad, que existen por derecho natural y civil, es la desigualdad de la fortuna ó sea la division de los ciudadanos en ricos y pobres, á la que se agrega todavía la clase media, que es aquella que tiene lo necesario para vivir, pero no abundancia. El rico naturalmente y sin que las leyes le ayuden, tiene una superioridad sobre el pobre, que se revela en todas las relaciones civiles, él es quien dá al segundo el pan para comer, y por eso le tiene

TOMO III.

en dependencia de su voluntad, y adquiere poder é influjo en la sociedad civil por el número de sus dependientes. Esto supuesto la ley debe ser sumamente circunspecta en la concesion de derechos políticos, y en facilitar el ejercicio de funciones públicas, tomando por norma y tipo la riqueza, y se debe concretar por el contrario á otorgar lo que los verdaderos intereses del Estado hagan absolutamente indispensables; bien que facilitando por todos los medios que estén á su alcance la proteccion del pobre, y ayudando con todos sus estímulos y recompensas la adquisicion de los medios que constituyen su riqueza y la consideracion que va aneja á la misma.

Entre las aristocracias hay otra que podremos llamar del talento ó de la capacidad, que por sí misma se justifica, y que sería indudablemente la regla mas segura del acierto ó del buen criterio político; si esta capacidad estuviera sujeta á la medida ó calificacion que es tan difícil cuando se trata de apreciar el mérito intelectual de los hombres. Por eso las leyes en general y aparte de la influencia personal y aislada y de los recursos inagotables que proporciona á cada individuo su talento y su cultura, han ido concediendo algunos determinados títulos de influencia ó de participacion en los fines políticos, á los hombres que suponen dotados de cierta capacidad conocida. Decimos conocida, porque no pudiendo esta valuararse como hemos indicado, ha tenido que escoger ciertos signos exteriores, mas ó menos seguros; pero siempre probables de calificacion, cuyos signos comprenden á las clases y no á los individuos; porque á ellas se las concede la prerogativa ó la superioridad, segun condiciones fijas y circunstancias justificables.

La aristocracia sacerdotal no necesitamos definirla. La influencia de los ministros de la Divinidad, como oráculos de su voluntad y de sus revelaciones, ejerció siempre en el mundo una notoria superioridad de que es testigo la historia de todos los siglos: especialmente en tiempos de rudeza y de barbarie, esta aristocracia fue utilísima por lo

general al mundo, porque el sacerdote detuvo en su corriente los ímpetus y violencias del guerrero desapiadado, y se anunció como medianera entre los dioses y los hombres. Crímenes tiene sobre sí, sin embargo, aquella influencia, pero debidos mas bien al error y á la preocupacion y á las falsas creencias del politeismo y de las religiones paganas. Los ministros de la religion verdadera han adquirido por el contrario títulos innumerables á la gratitud del mundo, y la supremacía que ejerció en determinadas épocas contribuyó grandemente á la civilizacion general, destruyendo el carácter de rudeza y de violencia que los distinguieron. Hay que lamentar algunos errores y algunos hechos ofensivos á la humanidad; pero todavía está por demostrar cuál fue la causa de ellos, siendo quizá ocasionados por el destino fatal que ha dominado en ciertos periodos á las sociedades europeas. El estado actual de las luces, la tendencia que han tomado las ideas políticas y la resolucion en general del clero despues de su eficaz cooperacion en la santa proclamacion de la verdad y de la igualdad del hombre, de ceñirse á lo mas augusto de sus funciones y de su mision, han reconcentrado y limitado mucho la aristocracia ó superioridad sacerdotal, habiéndole quedado únicamente una pequeña parte en los Consejos de los monarcas y en los altos cuerpos del Estado.

Todo título ó razon de supremacía dá lugar en las sociedades á una distinta clase de aristocracias. Por su propia autoridad la tiene la vejez ó la ancianidad; la tiene la circunstancia del matrimonio; la de tener mayor ó menor número de hijos y otras de que seria prolijo ocuparnos, y que conceden á las personas que se hallan en estas clases ciertas y positivas preeminencias de que nos ocupamos en el artículo **ELECCIONES** y en otros lugares de esta obra.

Mucho se nos ofrece que esponer acerca de las ventajas é inconvenientes del gobierno aristocrático; pero esta discusion nos parece inútil, si atendemos á que la forma

puramente aristocrática no ha existido, segun mas arriba hemos demostrado, y á que el esfuerzo de la ley política debe dirigirse á que en el gobierno resulte una buena y útil combinacion de las superioridades que mas favor y beneficio pueden hacer á los súbditos y al Estado.

Por lo demas, como cánones ciertos y como advertencias útiles, será bien que en este punto se tenga presente: 1.º Que el gobierno aristocrático, y la tendencia de las clases aristocráticas, se encaminan á adquirir mayor ensanche cada vez y mayor superioridad, siendo su principal peligro el que esté espuesta á dejenerar por plétora de poder ó de autoridad. 2.º Que uno de los mayores inconvenientes que lleva en su seno esta influencia gubernativa, es su calificación legítima y conveniente; porque si la aristocracia es de nacimiento, su destino es acrecentarse infinitamente y absorber cada vez mayor suma de poder y de supremacía, y si se deja á la eleccion de los demas ciudadanos, hay el riesgo de que se estravie y bastardee el principio y la aplicacion de él con el transcurso del tiempo, y la mediacion de otros agentes, ó influencias estrañas al sincero deseo de hacer la felicidad pública. 3.º La preponderancia de las clases aristocráticas pone en divorcio á estas de los demas ciudadanos ó clases inferiores, cuyos intereses toca á las primeras fomentar y proteger. 4.º Tienen interés en no mezclarse con las clases y personas inferiores; porque eso seria quitar la barrera que las separa, debilitando su mismo principio de estabilidad y de subsistencia y predominio. 5.º Hay en medio de estos inconvenientes una gran ventaja en estos gobiernos, y consiste en que siendo muchos y poderosos los que constituyen el núcleo de la aristocracia, son mas inaccesibles á la adulacion y á otras pasiones pequeñas, las cuales suelen como la carcoma debilitar y enflaquecer los elementos constitutivos de las demas formas de gobierno.

ARMADOR. El que equipa una nave para emplearla en su servicio ó en el de un tercero. V. **NAVIERO**.

ARMAMENTO. El equipo y provision de una nave para el servicio á que se la destina. V. **NAVE**.

Si se arma con autorizacion del gobierno para apresar los buques de comercio y las mercancías de una nacion enemiga, se llama armamento en corso. V. **CORSO**.

ARMAMENTO. Todo el moviliarío que sirve á la ofensiva y defensiva de las gentes de guerra. En las cuestiones de estradicion, si espresamente no se ha estipulado otra cosa, es un principio general del derecho de gentes que cuando uno ó muchos hombres de guerra desertando de sus filas se refugian á un pais estranero no enemigo, se devuelve el armamento, en caso de reclamacion, á la nacion de que proceden, pero no la gente. En este caso el armamento comprende las armas de todo género, municiones, pertrechos, trenes, acémilas, caballos de fila, y todo en fin lo que se llama material de guerra. Fúndase lo dicho en que solo las personas pueden ser castigadas, y por eso ellas solas tambien son las que necesitan asilo y proteccion. Ellas, por otra parte, no van á hacer la guerra en su asilo, ni deben permanecer como enemigos armados, consentidos en un pais amigo del que reclama. Si ya han faltado á su pais, para nada necesitan las armas y medios de guerra, como no sea para ofenderle, lo cual no pueden ni deben consentir las leyes recíprocas de la amistad y buena correspondencia. La palabra armamento tiene otras acepciones de menos importancia en el terreno del derecho.

ARMAR. Entre las diversas acepciones de esta palabra tiene una histórico-jurídica, y es la de *armar caballero*, cuyo acto consistia en entregar con cierta solemnidad al que se consagraba á la profesion de las armas las que habia de usar, sirviendo el ceremonial para inspirar al neófito ideas de prudencia y de respeto en el uso de ellas, teniendo presente sin duda el dicho sentencioso del poeta de Mantua: *nec sat nationis in armis*. Nuestras leyes de Partida, algunas recopiladas, y varias constituciones y reglamentos hablan del acto de armar

caballero, lo cual en general ha caído en desuso. Subsisten todavía algunas reminiscencias y aun prácticas autorizadas en algunos actos solemnes, que parece tienen por objeto conservar en vigor aquel recuerdo. Hace poco aun que en algunas universidades de España, al conferir el grado de doctor, se entregaba al candidato un par de guantes, se le calzaban las espuelas y se le daba el espaldarazo con un estoque. Algo análogo se practica al vestir el hábito los caballeros de las órdenes militares, y lo propio cuando el rey cruza ó viste las insignias á los caballeros grandes cruces, que aun practica la ceremonia del espaldarazo con un pequeño estoque. V. **CABALLERO**.

ARMAS. Todo instrumento que sirve para defenderse ó ofender.

Entre las varias etimologías de esta palabra parece la más probable la que presentan Festo y San Isidoro. Segun ellos, *arma propriè dicuntur ab ARMIS id est HUMERIS dependentia: ut scutum, gladius, pugio, sica et ea quibus propè præliatur; sicut telu quibus procul*. Justifica esta etimología el hecho de significar *arm* brazos y armas en lengua celta y tener igual sentido en el idioma inglés.

La acepcion jurídica de la palabra *armas* es mucho mas lata que la que comunmente se le dá, puesto que no se concreta á los instrumentos de materia y forma determinada á que en el comercio se dá el carácter de armas, sino que comprende todos aquellos que pueden emplearse para ofender ó defender. Ulpiano decia: *«Arma sunt omnia tela, hoc est et fustes et lapides, non solum gladii, hastæ, frameæ, id est, romphææ (1). En el mismo sentido se espresa Gayo: «Teli autem appellatione et ferrum, et fustis, et lapis, et denique omne quod nocendi causâ habetur, significatur (2). Y en otra parte «Armorum appellatione non utique scuta, et gladios, et galeas significat, sed et fustes et lapides (3).»*

Con estos testos del Digesto se halla del

(1) Ley 3. párr. 2. tit. 16. lib. 43. del Dig.

(2) Ley 34. párr. 2. tit. 2. lib. 47 del Dig.

(3) Ley 41. tit. 16. lib. 50 del Dig.

todo conforme la ley 7, tit. 33 de la Part. 7, que entre otras cosas dice: «E por esta palabra armas, non tan solamente se entienden los escudos, e las lorigas, e las lanças, e las espadas, e todas las otras armas con que los omes lidian, mas aun los palos e las piedras.» De los códigos modernos citaremos el art. 101 del penal francés, que se expresa en estos términos: «Compréndense bajo la palabra armas todas las máquinas, instrumentos ó utensilios cortantes, punzantes ó contundentes. Los cuchillos y tijeras de bolsillo y los bastones sencillos no serán reputados armas, sino en cuanto se haya hecho uso de ellos para matar, herir ó golpear.»

Varias son las clasificaciones que pueden hacerse de las armas. La principal es en ofensivas y defensivas, segun que sirven para el ataque ó la defensa: sin embargo, no á todas puede atribuirse uno de estos caracteres con exclusion del otro, porque á veces concurren ambos á la vez. En general puede decirse que la legislacion debe mirar con mas precaucion á las ofensivas.

Tambien pueden ser aparentes y secretas, segun que se pueden llevar ó no ocultas: las que á su cualidad de secretas reunen la de ofensivas, pueden dar lugar á sospechas fundadas contra el que las lleva.

Desde el siglo XIV data otra division bien conocida de todos: las armas son ó blancas ó de fuego. Antes eran estas desconocidas: cuando su uso se generalizó se las miró por las leyes de un modo desfavorable, y se impusieron graves penas á los que las llevaban; en Francia llegó á imponerse por su uso hasta la pena capital.

Las que son de uso de la milicia se llaman de guerra: las demas se entienden con la denominacion de armas de comercio.

Tambien encontramos una clasificacion nueva hasta cierto punto y que se halla consignada en el código de las Dos Sicilias, cuyo artículo 148 dice: «Son armas propiamente dichas aquellas cuyo destino principal y ordinario es la defensa de sí mismo ó de otro: é impropriamente se llaman armas los demas objetos solo en cuanto real-

mente sirvieran para la defensa ó agresion de alguno.»

Pero cuantas divisiones hemos indicado hasta aquí son demasiado generales para que se adopten en una legislacion con buen éxito; lo mas conveniente es que atendido el carácter y uso de las armas y consideradas especialmente, se permitan ó se prohiban. Por esto la division mas importante en el derecho es la de permitidas y prohibidas.

ARMAS. En sentido figurado la palabra *armas* expresa alguna vez el servicio de ellas, ó sea el servicio militar. Sabido es que este puede ser voluntario, obligatorio, como contribucion de sangre, y por pena. Por mucho tiempo ha estado en práctica entre nosotros, y aun ha sido deley el condenar á ciertos delincuentes al servicio de las armas, cuya práctica y legislacion han tenido no pocas vicisitudes, segun la época y el favor en que han estado las teorías sobre el modo de reclutar para los ejércitos. Lo relativo á cada una de las tres acepciones á que, segun lo indicado, se presta la palabra metafórica *armas*, ha de verse en sus artículos respectivos.

ARMAS. En el sentido nobiliario ó del *blason*, son los signos ó distintivos que acostumbran á usar, ordenados segun regla de la *heráldica* ó del *blason*, en los escudos los principes eclesiásticos y seculares, las personas y familias nobles, y las naciones, provincias, ciudades y villas, para dar á conocer y diferenciarse entre sí, sin mas que la presentacion del escudo. V. **BLASON, HERÁLDICA, REYES DE ARMAS.**

ARMAS PROHIBIDAS. Aquellas cuyo uso es reprobado. Hablando con toda exactitud y precision, no pueden llamarse prohibidas las armas que si bien reciben generalmente esa calificacion y á veces hasta en las mismas leyes, son de uso lícito en numerosos casos de escepcion introducidos por la clase á que pertenecen las personas ó por otras circunstancias. Mucho menos podrán conceptuarse tales las armas de por sí permitidas, pero cuyo uso se halla restringido en ciertos lugares ó en ciertos

ARMAS.

375

momentos. El carácter distintivo del arma prohibida consiste en estar vedado su uso siempre ó con muy rara escepcion; las demas deben estimarse permitidas.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

- SEC. I. RESEÑA HISTÓRICA.
- SEC. II. IDEAS GENERALES ACERCA DE LAS ARMAS.
- §. 1.º *Armas prohibidas.*
- §. 2.º *Armas permitidas.*
- §. 3.º *Consideraciones comunes respecto á las armas permitidas y prohibidas.*
- SEC. III. DISPOSICIONES VIGENTES SOBRE LA PROHIBICION DE ARMAS.
- §. 1.º *Prohibiciones del uso de armas y sus penas.*
- §. 2.º *Fabricacion y expendicion de armas y sus penas.*
- §. 3.º *Autorizacion para el uso de armas.*
- §. 4.º *Abuso de armas.*
- §. 5.º *Autoridades competentes en materia de armas prohibidas.*

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

La fabricacion, el comercio, porte y uso de armas, han producido en la legislacion patria disposiciones especiales, que si bien en su mayor parte no se hallan en vigor, son dignas de conocerse y apreciarse, porque ocupan un lugar importante en la historia legal de España.

Los godos son los primeros que ofrecen á nuestra consideracion sus leyes y sus costumbres acerca de este punto. Nadie ignora la vida primitiva de los pueblos de que eran originarios; toda puede decirse que estaba consagrada á la guerra y solo mantenida por la guerra: asi que, hombres que se habian hecho de ella una necesidad y que por otra parte se hallaban bien lejos del refinamiento de la civilizacion moderna, que

con la perfeccion de la industria ha producido tan diversos medios de destruccion; hombres en fin, que se distinguian por la pureza de sus sentimientos, lejos de dictar prohibiciones respecto al uso de las armas, debieron apreciarlas como su mas honrosa condecoracion. *Nihil autem, decia Tácito, neque publicæ, neque privata rei nisi armati gerunt.* Establecidos en la Península, cambió su fisonomia y su carácter: ya no era su ocupacion habitual la guerra, ya iban abandonando su sencillez antigua, y con nuevas necesidades y nuevos deseos venian tambien otras pasiones, exaltadas á veces hasta el crimen, que iban estrechando los límites de la moralidad y virtud que les habian distinguido. Sin embargo, las armas no por eso llegaron á ser objeto de restricciones y de precauciones legislativas: al menos el Fuero Juzgo, obra y resumen de la legislacion goda, no nos presenta ninguna, y solo al ocuparse de la inviolabilidad del asilo, nada estraña en aquella sociedad influida por el clero cristiano, autoriza se saque por fuerza al que se refugió en la Iglesia cuando se defendiere con armas, y aun eximia de pena al que le mataba (1). ¡Severa repression del que así turbaba el respeto y santidad de tan augustos lugares!

Vino despues la reconquista, periodo dilatado que abarca en sí la edad media, y durante él hubo algunas disposiciones notables respecto al porte, uso y comercio de armas casi todas contenidas en el Código mas completo y célebre de aquellos tiempos. Era entonces tan comun y generalizado llevar armas que hasta los clérigos se servian de ellas dando ocasion á prohibiciones esplicitas y severas por parte de la iglesia, bien conformes al verdadero espíritu que debe animar á los ministros de un Dios de paz y de mansedumbre y que tan exactamente retrató San Ambrosio en sus conocidas palabras trasladadas en el decreto de Graciano (2). *Dolor, flatus, orationes lachrymæ fuerunt mihi arma adversus milites; talia enim munimenta sunt sacerdotis.* Las san-

(1) Leyes 1 y 2, tit. 2, lib. 9, del Fuero Juzgo.
(2) C. 3, Quæst. 8, Caus. 22.

ciones eclesiásticas fueron adoptadas por las Partidas; la ley 59 del título 6.º de la 1.ª declara decaídos de todos sus privilegios á los clérigos que dejando su hábito y llevando armas, no se enmendasen á las tres amonestaciones de sus preladados. Las demás disposiciones especiales dictadas en este Código acerca de armas, fueron solo efecto de las circunstancias de aquella época y por tanto carecen hoy de interés: así, por ejemplo, se consideraba reos de traición y sufrían excomunión, confiscación y pérdida de su libertad los que suministraban armas, de cualquier modo que fuera, á los enemigos de la fe (1); así también el Código Alfonsino se ocupaba de las armas que habían de emplearse en las lides (2). Por lo demás, ni en las Partidas, ni en Código alguno de la época que examinamos, se encontrará prohibición de armas determinadas: era esto todavía objeto que pasaba desapercibido ó mas bien era indiferente para el legislador, y patrimonio esclusivo de los usos sociales. «La impotencia ó falta de leyes generales» dice un acreditado publicista de nuestros días «las pretensiones de supremacía y «exención profesadas por todo el mundo, la nulidad del poder social, el continuo recurso á la fuerza, aquel estado, en fin, que era de una guerra permanente, todo explicaba la presencia continua de la espada y del puñal entre cuantos valían como personas en aquellos siglos. Solamente hay que advertir de esta costumbre que era un derecho de los caballeros, y que los que no pertenecían á esa clase no podían llevar la espada ni confundirse con la nobleza..... Como quiera que sea, no había á la sazón lo que se ha llamado despues armas prohibidas: si acaso quieren aplicarse estas expresiones, solo podrá ser en sentido contrario. La espada, el arma verdaderamente noble, era la que no se permitía usar á los hombres del pueblo.» Fuera de este caso particular que en realidad no recaía

sobre arma prohibida, las leyes de la edad media, lejos de dar por ilícitas algunas armas, suponían que era habitual el llevarlas, y concedían cierta garantía á los que se encontraban sin ellas, y quedaban de este modo en una posición escepcional. Bajo tal concepto se dieron sin duda las leyes 2 del tit. 1 del libro 2 del Fuero Viejo de Castilla, y la 24 del tit. 52 del Ordenamiento de Alcalá, que prohíben á los fijosdalgo matar á hombre ó labrador «que se non de-»fienda por armas.»

Encuéntanse también algunas disposiciones además de las ya mencionadas, dadas por los reyes de Castilla de los siglos XIV y XV, concernientes al uso y comercio de las armas, de las que haremos indicación como lo exige la reseña histórica que vamos trazando. D. Alonso XI, según las ordenanzas reales de Castilla (1), ó don Enrique III, según la Nueva Recopilación (2), mandó que el que fuera á atacar la morada ajena «yendo armado con «hombres de fuste y de hierro,» además de la pena corporal, le fueran confiscados la mitad de sus bienes; es decir, que el uso de armas era un hecho que producía agravación en la pena del allanamiento. Otra ley inserta también en las Ordenanzas Reales (3), como de don Alonso XI y en las Recopilaciones Nueva (4) y Novísima (5), como de don Enrique III, contiene una agravación de penalidad igual á la anterior respecto al que matare ó hiriere con saeta, aunque la herida no produjere la muerte: sin embargo no se declara esa arma como prohibida, ni se castiga su simple porte ni su fabricación y expendición. En una ley de la Recopilación formada de disposiciones de don Alonso XI y don Enrique II, se manda cortar la mano al que en la corte sacare cuchillo ó espada para reñir con otro (6): la razón de esto se encuentra en las primeras palabras de la ley: «porque «la nuestra corte, como fuente de justicia,

(1) Leyes 38, tit. 9, de la Part. 1 y 23, tit. 5, de la Part. 2.

(2) Ley 2, tit. 4, de la Part. 7.

(1) Ley 43, tit. 19 del lib. 8.

(2) Ley 2, tit. 26 del lib. 8.

(3) Ley 33, tit. 19 del lib. 8.

(4) Ley 5, tit. 23 del lib. 8.

(5) Ley 8, tit. 21 del lib. 12.

(6) Ley 5, tit. 21 del lib. 12 de la Nov. Rec.

ARMAS.

575

«debe ser segura á todos los que á ella vi-
nieren y á todos los que en ella estuvie-
ren.» Una pragmática de don Juan II del
año 1427 (1) contaba las armas entre las
cosas que no podían sacarse del reino, dan-
do las disposiciones oportunas á los alcal-
des de sacas para la observancia de seme-
jante prohibición, una de las infinitas que
habían producido los mezquinos principios
de economía que dominaban por entonces.
Otra resolución de D. Enrique IV dada á pe-
tición de las Cortes de Toledo de 1452 (2),
nos revela que si no había armas prohibidas,
por lo menos se prohibía su porte en algu-
nos lugares, puesto que comienza con las
siguientes palabras; «porque en algunas
ciudades, villas ó lugares de nuestros rei-
nos, donde ay castillos y fortalezas do
las armas están vedadas.» La parte dis-
positiva se reduce á que los allegados de
los alcaides de las dichas fortalezas no lle-
ven armas «de las que fueren prohibidas
traer en los tales pueblos» á no ser sus
criados y familiares yendo con ellos.

También se deben varias disposiciones
en la materia á los reyes católicos, tan vi-
gilantes y celosos en cuanto podía afectar
á la buena administración de sus Estados.
Cuando aun no se había dado cima á la re-
conquista, si bien ya se acercaba momento
tan glorioso en el año 1480, y á petición de
las Cortes de Toledo dictaron aquellos reyes
medidas para impedir la «gran contratación
que algunos christianos hazen en tierra de
moros, metiendo y llevando á los moros
armas,» según las palabras de la ley (3),
de lo que resultaban graves daños para los
naturales de sus dominios y especialmente
para los de Andalucía y reino de Granada.
En igual fecha y en las mismas Cortes apa-
rece otra ley (4) dirigida á evitar que en las
poblaciones se sacaran á ruido ó pelea, «true-
no ni espingarda ni serpentina, ni otro tiro
ninguno de pólvora ni ballesta:» impónese
por el mero hecho de sacarlos destierro

perpetuo del lugar y confiscación de la mi-
tad de los bienes; y por tirar con ellos cau-
sando muerte ó herida, pena capital y con-
fiscación de la tercera parte de los bienes.
Esta ley aparece importante bajo diferentes
aspectos: es la primera de cuantas hasta aquí
se ha hecho mérito que habla espresamente
de armas de fuego, y que las declara de uso
prohibido; sin embargo, no era esto tan ab-
soluta que no tuviera sus restricciones, se-
gún indica la misma ley: era preciso que
las armas que menciona se sacaran, se ma-
nifestaran, se prepararan para hacer dispa-
ros, que se sacaran en lugar poblado y, por
fin, que fuera en ocasiones de ruido ó pe-
lea; de todo lo cual se infiere palpablemen-
te que no sufría castigo alguno el que las
guardaba ocultas en su casa ó las llevaba
fuera de población, y aun dentro de esta
cuando se hallaba tranquila y pacífica: hé
aquí por qué no es todavía la ley á que nos
referimos la que comenzó á declarar ciertas
armas como prohibidas en si mismas, si
bien demuestra que los legisladores estaban
ya prevenidos y recelosos. Hizose también
en tiempo de los reyes católicos (1) una de-
claración relativa á que la prohibición ge-
neral de armas «en los lugares donde estu-
vieren vedadas» comprendía tanto las
ofensivas como las defensivas, declaración
que nos revela las prohibiciones especiales
del uso de armas en determinados lugares,
que hubo ocasión de mencionar cuando se
habló de la ley de Enrique IV. Lejos de de-
terminarse posteriormente por los reyes ca-
tólicos ser ilícitas algunas armas, se dieron
dos pragmáticas estimulando y hasta man-
dando se proveyesen de ellas los particula-
res: la primera del año 1452 (2) imponía pe-
nas á los armieros que deshicieren armas; la
segunda, dada en 1495 (3), se ocupa dete-
nidamente en especificar las armas que cada
cual debía tener, según su clase y situación.
Propontábase los reyes católicos con estas
medidas poner en disposición á todos sus
vasallos de concurrir con éxito al llama-

(1) Ley 10, tit. 16 del lib. 9 de la Nov. Rec.

(2) Ley 8, tit. 6 del lib. 6 de la Nueva Rec.

(3) Ley 10, tit. 2 del lib. 8 de la Nov. Recop.

(4) Ley 14, tit. 21 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(1) Ley 1, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(2) Ley 2, tit. 6 del lib. 6 de la Nov. Recop.

(3) Ley 3, tit. 8, del lib. 6 de la Nov. Recop.

miento que se les hiciera para la ejecución y defensa de las órdenes del monarca, persecución de malhechores y servicios semejantes. Otra providencia tomaron los reyes católicos en 1501 (1): recelando de los nuevamente convertidos del reino de Granada, y queriendo alejar la posibilidad de que se levantara de nuevo la media luna que acababa de ser abatida, se les prohibió llevar armas algunas y las tuvieron pública ó secretamente: las penas eran severas como dictadas por un legislador que había triunfado á costa de afanes, católico por excelencia, y que todavía no se creía esento de peligro; consistían en confiscación y dos meses de prisión por la primera vez, y por la segunda pena de muerte.

Don Carlos y doña Juana adelantaron la tarea comenzada por sus antecesores de poner limitaciones al uso de las armas. De resultas de las contiendas que se suscitaban con las justicias, permitieron por regla general que cada uno pudiera traer una espada y un puñal: esta ley, dada en 1525 (2), concluye con unas palabras que merecen notarse por aludir á cierta prohibición anterior de que no se había hecho mención en código alguno. «Y que en la corte no traya armas hombre de pie ni mozos de espuela, como está mandado.» A los dos años dieron los mismos don Carlos y doña Juana otra ley (3), por la que, deseosos de evitar que el porte de las armas ocasionase de noche reyertas y choques y favoreciese la perpetración de delitos como había sucedido, prohibieron llevar espada ó puñal de noche, como no fuera con hacha, linterna ó candela encendida despues de tañida la campana de queda, esto es, á las diez de la noche: quedaban, sin embargo, exceptuados de esta prohibición los que tenían que madrugar para ir á sus oficios ó al campo. El año siguiente de 1526 publicaron los reyes citados dos pragmáticas: una (4) declarando que los convertidos antes de la toma de Granada

podrían llevar armas, y que los convertidos nuevos que tenían licencia de los reyes católicos solo trajeran una espada, un puñal y una lanza. La otra (1) mandaba que las personas que recibieran órdenes sagradas no llevasen arma alguna pública ni secreta, so pena de perderla y pagar seis mil maravedises de multa.

Don Felipe II, al comenzar su reinado, año de 1556 mandó (2) que nadie llevara daga ó puñal si no llevaba además espada; prohibición que induce á creer que se reputaban aquellas armas como poco nobles, ó mas bien que iban declinando el prestigio de esta y se quería sostenerle. En 1558 (3) se prohibió que en lo sucesivo se fabricaran en el reino ni se importaran del extranjero arcabuces cuyo cañon fuere menor de vara, bajo pena de perderlos y diez mil maravedises de multa; disposición notable por varios conceptos, entre ellos el de haber tomado un rumbo nuevo: hasta entonces se había restringido el uso de varias armas, se habían prohibido á ciertas personas en algunos lugares en determinadas circunstancias; pero no se había declarado formalmente prohibida tal ó cual arma, como lo hizo don Felipe II respecto á los arcabuces pequeños. Esta, pues, puede decirse que es la primera ley que se ocupó de armas prohibidas, propiamente tales y la que inauguró un camino que habían de frecuentar incesantemente los legisladores. Dióse á petición de las Cortes de Valladolid de 1558, y ella misma manifiesta su motivo: «Que á causa de haber arcabuces pequeños, con ellos se farían muertes secretas, matando los hombres á traición, y que no servían para otro efecto;» es decir, que el legislador encontraba en ello graves inconvenientes y ninguna ventaja, y los exceptuaba como destinados precisamente al abuso. De notar es, sin embargo, que las penas se limitaran á los fabricantes é importadores de estas armas, no imponiéndose ninguna á los que se servían de ellas. Posteriormente el Consejo en

(1) Ley 8, tit. 2 del lib. 8 de la Nov. Recop.

(2) Ley 4, tit. 6 del lib. 6 de la Nov. Recop.

(3) Ley 5, tit. 8 del lib. 6 de la Nov. Recop.

(4) Ley 9, tit. 2 del lib. 8 de la Nov. Recop.

(1) Ley 3, tit. 10 del lib. 4 de la Nov. Recop.

(2) Ley 10, tit. 6 del lib. 6 de la Nov. Recop.

(3) Ley 2, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

ARMAS.

577

su auto acordado de 27 de junio de 1562 (1) prohibió el uso de estoques, imponiendo ciertas penas mas ó menos rigurosas, segun el infractor fuera de alta ó baja esfera. En cuanto á los arcabuces ó pistoletes, Don Felipe II mandó en el siguiente año (2) que cualquiera que matase ó hiriese con ellos fuera tenido por alevoso é incurriera en confiscacion: la ley no se limita á los pequeños; habla en general de todos y á todos comprende en su deshonrosa censura. En 1564 (3) quedaron prohibidas las espadas, verdugos y estoques cuya hoja escudiera de 5 cuartas, siendola clase de penas multa, cárcel y destierro; la prohibicion ofrece una notable particularidad, á saber: que versa sobre armas largas, al paso que las anteriores y en general todas las de su especie recaen sobre armas cortas. En el año 1591 (4) se conoció la necesidad de castigar el porte de pistoletes de cañon menor de vara y se señalaron al efecto penas de dos años de destierro y multa de cien mil maravedises; las impuestas para la importacion y fabricacion quedaron en pie, puesto que lejos de ser incompatibles con las nuevas, concurrían al mismo fin de hacer verdaderamente prohibidos los pistoletes pequeños.

D. Felipe III hizo una pragmática (5) sobre el porte de armas en 7 de abril de 1611, mandando que nadie pudiera llevar cuchillo suelto ni de otro modo, concediendo (6) á los soldados sin restriccion alguna todas las armas permitidas y la daga y la espada aun por la noche despues de queda en los puntos donde se hallaran destinados, con tal que no anduvieran mas de dos juntos, y en fin, prohibiendo (7) á los cocheros llevar espada cuando fueran en los coches, dejándoles solo un cuchillo como de monte para lo que se los ofreciera en su oficio. El mismo monarca dió otra pragmática en 1618 (8)

en la que desplegó gran severidad, multiplicando penas con que desterrar á toda costa los arcabuces pequeños. Quejábale en el preámbulo, y esto se presta á interesantes reflexiones, de que á pesar de los graves castigos que puso su padre para prohibir los mencionados pistoletes «arma traidora», nada se habia conseguido, antes bien de pocos años á aquella parte se habian hecho con ellos muchas muertes; y verdaderamente que no de otro modo se conciben las excesivas penas con que se amenazaba á que los llevase ó disparase, al armero que los fabricase ó compusiese, á los mercaderes que los introdujesen ó comerciasen con ellos, previniendo que para impedirlo se visitaran los navios que llegaran á los puertos. Pero lo mas duro que contiene la pragmática, es el originar en delito la simple detencion de un pistolete sin sacarlo en público, con lo cual se hizo una verdadera innovacion, discurrida para cortar á todo trance el uso de tales armas: hé aquí las palabras de la ley: «el que lo tuviere en su casa, aunque no se le pruebe haberle sacado á ríña ni pendencia, por solo hallársele, incurra en pena de destierro del reino y confiscacion de la mitad de sus bienes.»

En 1652, D. Felipe IV (1) renovó las penas contra los que llevaran pistoletes pequeños, añadiendo que las justicias podrian en estos delitos proceder á prevencion contra personas exentas de la jurisdiccion ordinaria: el motivo de la pragmática fue que á pesar de todo el rigor de que habia hecho alarde D. Felipe II, cada dia iban creciendo los delitos y muertes violentas y alevosas, concurriendo por otra parte la pretension que tenian ciertas personas de estar autorizadas para llevar pistoletes cortos por estar exentas de la jurisdiccion ordinaria. Un auto acordado del Consejo de 1654 (2) aumentó el catálogo de armas prohibidas, declarando que nadie pudiera llevar espada con vaina abierta ó con inventos para desenvaíarla prontamente, ni estoque ó verdugo

1) Nota 1 de la ley 3, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

2) Ley 12, tit. 21 del lib. 12 de la Nov. Recop.

3) Ley 3, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

4) Ley 4, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

5) Ley 18, tit. 23 del lib. 8 de la Nueva Rec.

6) Ley 19, tit. 23 del lib. 8 de la Nueva Rec.

7) Ley 20, tit. 23 del lib. 8 de la Nueva Rec.

8) Ley 18, tit. 23 del lib. 8 de la Nueva Rec.

(1) Ley 17, tit. 23 del lib. 8 de la Nueva Rec.

(2) Ley 7, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

huido; se señalaron penas á los fabricantes y se derogó todo fuero ó privilegio de los contraventores. Por pragmática de 1663 (1) se dictaron varias disposiciones para la exacta ejecución de las leyes sobre pistolas cortas, se fijaron los casos en que se permitían á los militares, y se dió facultad de conocer á las justicias ordinarias: se prohibió también á los tribunales que moderaran las penas impuestas en los reinados anteriores y que se hiciera consulta sobre ello al monarca, «pues son justas y proporcionadas en consideración de la paz, seguridad, defensa universal y estado público que ofenden y turban las pistolas y su introducción.»

Mas á pesar de todas esas penas y de su continua reiteración no se lograba desarraigar el uso de las armas cortas de fuego; razón por la que D. Carlos II volvió á prohibirlas y señaló castigos graves y ejemplares, conceptuando insuficientes y cortos los que su padre había calificado de justos y proporcionados. Después de haber declarado por real decreto de 1673 (2), que quedaba derogada toda cédula dada en dispensa de la pragmática dada en 1663, promulgó otra en 1687 (3) por la que imponía seis años de presidio de Africa al noble, y seis de galeras, susceptibles de agravación de azotes, al plebeyo, cuando fueran aprehendidos con arma de fuego corta fuera de su casa, «sin que sea necesaria otra causa ni razón mas que la aprehensión, y sin admitir sobre ello escusa ni defensa alguna por justa y legítima que sea.» Todavía se agravó tanto rigor, pues en otra pragmática de 1691 (4) se hicieron extensivas las penas anteriores á los que tuvieran las pistolas cortas dentro de sus casas, y se añadió la inhabilitación para oficios y puestos honoríficos, castigándose á los arcabuceros que las fabricaren ó compusieren con seis años de galeras y doscientos azotes. Estas disposiciones del último monarca de la casa de Austria, patentizan cuánto se había adelantado la

obra que comenzó D. Felipe II: este prohibió la fabricación é introducción de arcabuces pequeños con diez mil maravedís de multa; aquel castigó la sola aprehensión con años de presidio ó de galeras y con azotes sin admitir siquiera escusas justas y legítimas. El contraste es bien manifiesto; se había llegado á un punto de donde no era fácil pasar: allí donde había un arma prohibida se daba por hecha la acusación, el proceso y la prueba para fulminar una pena de las mas graves. Tal quedaba acerca de este punto la legislación española al concluir la dinastía austriaca.

Varias fueron las vicisitudes que sufrió bajo los reinados de la casa de Borbon. En tiempo de D. Felipe V se castigó (1) la aprehensión de puñales ó cuchillos, llamados rejonos ó giferos, se permitió (2) á los visitadores y guardas de las rentas reales el uso de las armas de fuego prohibidas (año 1713) y también (3) á los ministros, visitadores y guardas de las sisas y millones de la corte (1714): se declaró (4) qué armas podían usar las distintas clases de militares, permitiendo el desembarco de fusiles, pistolas y carabinas largas, así como su fabricación, excepto en Cataluña, Aragón y Valencia (1716): se señaló (5) pena de seis años de presidio ó de galeras al noble ó plebeyo aprehendido con puñal y demas armas cortas blancas (1721): se resolvió (6) que los militares no perdieran su fuero por el uso de armas prohibidas, si no precedía su aprehensión real; y se castigó (7) á los cuchilleros que hicieran las armas cortas blancas y á los prenderos que las vendieran (1722): se concedió (8) el uso de armas prohibidas á los correos y conductores de baliijas durante sus viajes (1729): se prohibió (9) la introducción, uso y fabricación de las

(1) Ley 8, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(2) Nota de la ley 8, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(3) Ley 9, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(4) Ley 10, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(1) Ley 11, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(2) Nota de la ley 11, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(3) Ley 12, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(4) Ley 13, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(5) Ley 14, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(6) Ley 15, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec. y su nota.

(7) Nota primera de la ley 15, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(8) Nota segunda de la ley 15, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Rec.

(9) Nota segunda de la ley 15, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

ARMAS.

579

navajas largas de muelle (1732); y últimamente, se concedió (1) á los empleados y dependientes de las rentas del tabaco y conduccion de sus caudales el uso de armas prohibidas (1739). Entre todas estas disposiciones, de las cuales algunas declararon prohibidas algunas armas como se ha podido notar, ninguna agravó, ninguna quizás igualó las penas tan severas que se dictaron en el reinado de D. Carlos II.

En 1748 D. Fernando VI (2) negó el uso de armas blancas prohibidas, aun á los empleados de las rentas reales, pues según dice la pragmática, les bastaban las cortas de fuego y las no prohibidas de todas clases, y reiteró la derogacion de fuero en estos delitos, estendiéndola á los testigos que fuere preciso examinar. Motivó esta pragmática el esceso con que se usaban en la corte las armas blancas prohibidas, «habiéndose cometido muchos homicidios alevosos en el discurso de poco mas de un año:» nueva prueba de la ineficacia del rigor de los legisladores acerca de esta materia. Una real orden del mismo año (3) concedió á los gobernadores de Cádiz y Málaga facultad para prohibir el uso de toda arma corta, lanca ó de fuego, y entender esclusivamente de las causas que de ese uso resultaran.

Al siguiente año (4) se prohibieron los cuchillos con punta, las navajas de muelle con golpe y virola y armas cortas blancas bajo pena de seis años de presidio al noble, y seis de minas al plebeyo que las llevaran ó usaran, imponiéndose tambien castigo al que las fabricase ó vendiese. Por una real orden de 1753 (5) se comprendieron varias armas blancas entre las prohibidas, y por otra de 1754 (6) se declaró cuándo lo seria la bayoneta en el soldado. En 1757 (7) se renovaron por una pragmática las penas prescritas contra el uso de armas blancas cortas,

mandándose inutilizar las aprehendidas, y que no fuera lícita su introduccion. Obsérvese en el reinado de D. Fernando VI, y aun puede decirse esto tambien del anterior, que todas sus medidas se dirigieron contra las armas blancas; de este hecho puede deducirse que ya no era tan frecuente y temible el uso de las de fuego, que fueron las que habian ocupado principalmente la atencion de los legisladores anteriores.

D. Carlos III (1) por real orden de 1760, previno que á falta de escribano bastaran tres testigos para justificar la aprehension de armas prohibidas, á fin de que no quedaran impunes estos delitos. En 27 de abril del siguiente año de 1761 dió una pragmática sancion (2), la mas importante sin duda de todas las disposiciones sobre la materia, porque fijó la legislacion y ha continuado en pie sin derogarse por otra ley hasta nuestros dias. Mandábase en ella que se observasen «en todo y por todo» las leyes prohibitivas de armas cortas blancas y de fuego, bajo la pena de seis años de presidio á los nobles; y seis de minas á los plebeyos que las usaran, y cuatro años de presidio por la primera vez, y la pena anterior por la segunda á los armeros, mercaderes ú otras personas que las vendieran. Se advertia tambien que ningun tribunal dispensara de lo mandado en la pragmática y se hacia una declaracion importante en prueba de la confianza que al Trono inspiraba la nobleza, permitiendo á todos los caballeros nobles fijos-dalgo, el uso de las pistolas de arzon cuando fueran montados en caballos y en traje decente interior. Últimamente, prohibia la pragmática sancion que los cocheros, lacayos y demas criados de librea, escepto los de la real casa, trajeran á la cinta arma blanca bajo las penas arriba expresadas. Esta última prohibicion se estendió por bando de 1780 (3) á los llamados cazadores y cualesquiera otros bajo pena de seis años de presidio al noble, y seis de arse-

(1) Nota primera de la ley 12, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(2) Ley 16, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(3) Nota segunda de la ley 31, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(4) Ley 17, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(5) Nota primera de la ley 17, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(6) Nota segunda de la ley 17, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(7) Ley 16, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(1) Nota primera de la ley 31, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(2) Ley 19, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(3) Nota primera de la ley 19, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

les al plebeyo. La circular de 28 de julio de 1785 (1), hizo extensiva á los gobernadores de todas las plazas marítimas la facultad concedida á los de Cádiz y Málaga por real orden de 1748, y reiteró lo mandado en la de 1760. En el mismo año de 1785 un auto de la sala plena de alcaldes (2) prescribió visitas mensuales de las tiendas de armeros y mercaderes, para que se cumpliera exactamente lo dispuesto en la pragmática sancion de 1761.

Reinando Don Carlos IV y por real resolución de 1791 (3) quedaron exceptuados de la referida pragmática los empleados que para diligencias del real servicio llevasen cuchillos con licencia escrita de los gefes de la tropa destinada á perseguir contrabandistas y malhechores. También es digna de mención la real orden circular de 1803 (4) por la que se hicieron varias declaraciones fijando el modo de proceder los gobernadores de plazas marítimas en las causas sobre uso de armas prohibidas.

Posteriormente en el reinado de don Fernando VII se dieron varias disposiciones sobre el comercio, uso y prohibición de armas: de ellas unas carecen hoy día de todo interés porque fueron motivadas por circunstancias que pasaron; las demás que pueden ser de alguna aplicación, así como las que han sido dictadas en el actual reinado acerca de la licencia para el uso de armas, y del efecto que producen en los delitos, corresponden á la tercera sección del artículo, destinada á esponer la legislación que rige al presente en la materia, y no á esta que ha tenido por objeto hacer una reseña histórica.

Lo único que debemos añadir por conclusión es, que en las Cortes de 1842, habiéndose presentado al Congreso una proposición sobre fabricación, venta y uso de armas prohibidas, se discutió este punto con detención, y después de las varias vicisitudes

que sufrió el proyecto de la comisión nombrada en aquel cuerpo colegislador, quedó votado el 27 de abril lo siguiente:

«Art. 1.º El gobierno, como encargado de la seguridad, tranquilidad y orden público, dictará en esta materia los reglamentos que considere necesarios según el caso y las circunstancias lo exijan.

«Art. 2.º Todo delito en que de cualquier modo se haga uso de alguna de las armas que prohiban los reglamentos, tendrá por esto contra sí una circunstancia agravante.

«Art. 3.º Se deroga la legislación existente sobre fabricación, venta y uso de armas prohibidas.»

Este proyecto de ley, votado por el Congreso, no llegó á serlo por el Senado, y por tanto nunca pasó á ser ley.

SECCION II.

IDEAS GENERALES SOBRE EL USO DE ARMAS.

Está fuera de toda duda que el uso de armas debe ser uno de los objetos á que consagra su atención el legislador. El individuo tiene derechos é intereses así como los tiene la sociedad, y toda la dificultad consiste en el modo de conciliarlos, de hacerlos compatibles, porque no fuera justo ni posible sacrificar por completo los unos á los otros. Los particulares dedican su industria á diferentes objetos, y uno de tantos es la construcción de armas; estas aseguran la defensa propia, constituyen un medio de rechazar ataques dirigidos contra la persona ó contra los bienes, proveen la satisfacción de necesidades perentorias y prestan servicios importantes, aparte del recreo y placer que dan procurando distracciones lícitas. Pero las armas pueden emplearse en otros usos distintos que lastimen los derechos de los ciudadanos ó el interés de la sociedad; á los primeros la ley debe garantizar su seguridad individual, al mismo tiempo que debe conservar á la segunda su orden y tranquilidad. De aquí la conveniencia, mas aun, la necesidad de que el legislador sea vigilante

(1) Ley 21, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(2) Nota segunda de la ley 19, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(3) Ley 30, tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.

(4) Ley única del tit. 19 del lib. 12 del suplemento á la Nov. Recop.

por tan sagrados intereses, alejando peligros y reprimiendo abusos. Y no de otro modo lo han comprendido los pueblos cultos, en todos los cuales se han dictado medidas propias á contener dentro de ciertos límites los derechos de los particulares á la fabricación, comercio y uso de armas. Para comprender cuáles deban ser estos límites haremos algunas consideraciones generales.

§. 1.º *Armas prohibidas.*

¿Debe haber armas prohibidas? Esta es la primera cuestion que merece un detenido exámen, porque su resolucion trae consecuencias distintas, pero siempre importantes y graves, segun que sea afirmativa ó negativa. Ha habido quienes no han encontrado fundamento alguno para la prohibicion de las armas. Los criminales, se ha dicho, no se detienen ante esa prohibicion cuando tratan de poner por obra sus odiosas maquinaciones, porque siempre encuentran recursos para consumarlas; y en cuanto á los hombres honrados ningun medio debe negárseles para su defensa y para contrarrestar los ataques violentos de los malvados, ataques que pueden ser y son las mas veces traidores y alevosos. Esta libertad dada á los ciudadanos de llevar las armas que tuvieran por conveniente, seria una garantía para ellos, detendria y amedrentaria á los criminales que correrian el riesgo de ser rechazados, y produciria aminoracion en los delitos. Sobre todo, añaden, el legislador no tiene derecho á hacer prohibicion de arma alguna, puesto que solo podria basarla en el abuso, principio erróneo é inadmisibile, porque el abuso de una cosa no constituye su malicia intrínseca, y de prohibir ciertas armas, habrian de estenderse tales prohibiciones á mil otros objetos, cuyo abuso tambien induce desastrosas consecuencias.

Todos estos argumentos, si bien se presentan á primera vista como exactos y parecen desprenderse de lo que generalmente sucede, no son suficientes, en nuestro con-

cepto, á probar lo que se proponen sus autores. Si alguna fuerza tuvieran seria en el supuesto de ser las leyes demasiado severas, y suspicaces y exageradas las prohibiciones. Mas en tésis general, hecha abstraccion del derecho escrito, carecen de toda fuerza é importancia. Es indudable que no debe dejarse al hombre honrado indefenso ante un ataque violento y á merced de los criminales; su derecho de propia defensa debe ser respetado y mantenido porque es legitimo; solo podrian ser innecesarios los medios de defensa en el caso inverosímil de que fuera tal la organizacion de la policia de un pais, tal la proteccion de la seguridad personal del ciudadano, que se hicieran imposibles las agresiones de los malvados. Mas para garantizar ese derecho de los particulares, no se necesita llegar hasta el extremo de declarar lícitas toda clase de armas. Semejante libertad seria cuando menos inoportuna, porque en tanto se puede censurar con fundamento la prohibicion de un arma, en cuanto el individuo no pueda disponer de otras para su seguridad. Un sistema, pues, de prohibiciones racionales y equitativas no puede nunca vejar á los hombres honrados; por el contrario, puede afianzar mas su tranquilidad enfrenando á los malévolos. Que estos se hallen tan azeados al crimen que no reparen ni se detengan ante la barrera que les opone la sociedad, no es una razon para que el legislador deje dedictar medidas represivas, para que se dé por vencido, para que venga á confesar que es impotente é incapaz de atajar males que afectan á la sociedad entera. Si los malvados discurren medios para hacer triunfar sus intentos, el poder social debe tambien redoblar su celo y sus esfuerzos para hacerlos fracasar. Decir que no deben declararse ciertas armas prohibidas, porque á pesar de esto no desisten los criminales, seria tanto como decir que no deben subsistir las penas porque tambien á pesar de ellas se perpetran delitos. Las leyes prohibitivas en este punto descansan, por lo tanto, en principios de conveniencia y de justicia que tienden á proteger la sociedad y

á los hombres, y á enfrenar el crimen quitándole medios de que pudiera echar mano para desarrollarse y afianzarse. No se deben prohibir las armas porque sean susceptibles de abuso: si esta fuera la razón, ninguna arma, ninguna cosa sería lícita. Se prohíben ciertas armas porque no son susceptibles de buen uso, ó lo son rarisimas veces, porque están destinadas al abuso por su naturaleza misma: el abuso en general no debe ser causa de prohibiciones, pero cuando es frecuente, cuando se halla inherente á la cosa, las prohibiciones están en su lugar.

Si el legislador tiene derecho á prohibir algunas armas, si puede decirse que á veces hasta tiene obligación de prohibirlas, no es menos cierto que debe obrar en este punto con mucha prudencia y circunspección, porque tan fatales consecuencias traería un rigor excesivo, y quizá por lo tanto ineficaz, como la libertad absoluta que queda ya censurada. No porque un arma haya dado ocasión á delitos, no porque sea de un éxito seguro, no porque se pueda llevar oculta deberá ser declarada prohibida; todo esto no es bastante: es menester además que no tenga en la mayor parte de ocasiones uso alguno provechoso para la guerra, para las labores del campo, para las necesidades domésticas, para el ejercicio de las artes, ni para otros servicios que aprovechen al hombre; es preciso que revele su destino alevoso, que sea propia para poner por obra con seguridad designios criminales y reprobados: tales son en primer término los puñales, después las navajas grandes de muelle, usadas en algunos puntos de España, las pistolas de viento y otras que pudieran citarse.

Desde luego se conoce que no es posible designarlas todas, porque los inventos varían al infinito; podrán designarse en su mayor parte, pero nunca deberán ser objeto de una enumeración nominal en los códigos ó en leyes generales, porque en aquellos y en estas debe haber firmeza y estabilidad, caracteres que es imposible distinguir á las designaciones de armas prohibidas. Estas cambian á menudo, según las costum-

bres, según los adelantamientos de la industria y hasta según los caprichos de la moda: el lugar oportuno de tales prohibiciones son los reglamentos de policía que pueden y deben tomar en cuenta todas aquellas causas variables y pasajeras. Algo, sin embargo, está reservado á las leyes en esta materia: pueden fijar ciertos principios acerca de las consecuencias que haya de producir el uso de las armas prohibidas, la penalidad de este uso y de la fabricación y otras cosas semejantes; todo esto cabe en las prescripciones de las leyes, por ser susceptible de mas estabilidad.

Habiéndose ya manifestado el carácter y tendencia de la prohibición de armas, parece deducirse que el retenerlas ó el llevarlas son actos que revelan cierta criminalidad. Así es, en efecto; para usos lícitos bastan las armas permitidas: el que tiene ó lleva otras, excita contra sí una presunción que le es poco favorable y puede dar lugar á que se crea que abriga intenciones de causar algún daño, de perpetrar algún delito. Deben, por lo tanto, ser justiciables tales hechos: pero ¿en qué términos? ¿se pueden considerar como delitos? En nuestro concepto no llegan á esta esfera; para que exista un delito no basta la intención dañada; menester es además que lleve tras de sí un mal causado á la sociedad, ya directa, ya indirectamente, y que este mal no hallándose precavido de modo alguno, exija su represión por las leyes penales. Ahora bien: el que lleva armas, el que las guarda, todavía no ha inferido un mal: la retención, el porte de por sí no le constituyen, si bien anuncian su proximidad; por esto es que su castigo debe reservarse á los reglamentos ó cuando mas incluirse en las infracciones de policía que castigan los códigos con penas correccionales. Dar mayor importancia á aquellos hechos es desnaturalizarlos, es hacer alarde de un rigor estemporáneo.

No quiso caer en este escollo el código penal de Francia; y así es que á pesar de la severidad que le distingue, á pesar de ser inclinado á penas excesivas, no consideró al que llevara armas prohibidas digno de mas

ARMAS.

383

castigo, aparte de la confiscacion de las mismas, que el de una multa de diez y seis á quinientos francos (art. 314). Mas dura la ley de 24 de marzo de 1854, impone, ademas de la multa, prision de seis dias á seis meses. El artículo 297 del código del Brasil castiga el servirse de armas ofensivas, que se hayan prohibido, con prision de quince á sesenta dias y una multa igual á la mitad de la duracion de la pena, ademas de la pérdida de las armas; las escepciones consignadas en el siguiente artículo para tal penalidad nos hacen creer que no se refiere á armas prohibidas en el genuino sentido de la palabra. Lo mismo puede decirse del artículo 3 de la ley de 26 de octubre de 1831, dada para el Brasil, que impone prision con trabajo de uno á seis meses al que usare de pistoletes y demas armas que designa, puesto que en ese artículo lo que se castiga es el uso «sin permiso.» Tampoco en el artículo 151 del código de las Dos Sicilias se castiga verdaderamente el uso de armas prohibidas, por mas que use de esta denominacion, como lo demuestran sus mismas palabras: el que llevar arma prohibida, dice, «sin permiso escrito de la policia» será castigado con prision del segundo al tercer grado y multa correccional ó con la pena de tercer grado de confinamiento y máximum de la multa correccional. Añade el artículo que: la detencion de armas prohibidas en una casa «sin permiso escrito de la policia» se castigará con penas de policia y confiscacion de las armas. De cuantas citas hemos hecho puede deducirse con fundamento que solo el código francés ha penado el uso de armas verdaderamente prohibidas.

En la época que alcanzamos se ha reconocido la conveniencia de la libertad fabril; sin embargo, no se opone á ella, sino que la circunscribe dentro de sus legítimos límites la prohibicion de que se estiendan á objetos peligrosos. Esto sucede respecto á la fabricacion de armas prohibidas: como que su uso está vedado á toda clase de personas, claro y natural es que no pueden reputarse lícito objeto de industria. Seria inconcebible que al paso que nadie pudiera

usar determinada arma, cualquiera pudiera fabricarla: esto equivaldria á declararla lícita é ilícita á un mismo tiempo é implicaria una verdadera contradiccion. Bajo ningun concepto, pues, debe consentirse la fabricacion de las armas prohibidas: el ocuparse en ella podria muy bien reputarse como un delito, porque semejante hecho presenta un carácter mucho mas grave y trascendental que el porte del arma, sobre el cual dejamos ya dicho que no puede considerarse sino como una infraccion de policia. Así vemos en el código penal francés (art. 314) que se castiga mas fuertemente la fabricacion que el porte, á saber: con prision de seis dias á seis meses, á mas de la confiscacion de las armas, siendo de notar que posteriormente la ley de 24 de mayo de 1834 impuso prision de un mes á un año y multa de diez y seis á quinientos francos. El código austriaco, en su artículo 126 de la segunda parte destinada á las graves infracciones de policia, castiga con arresto de tres dias á un mes al que fabrica un arma prohibida ó sospechosa, según su naturaleza, ó al que habiéndola recibido para componerla no hace denuncia al magistrado; y si con ella se ha matado ó herido á alguno, la pena pasa á ser el arresto rigoroso de uno á tres meses. El artículo 150 del código de las Dos Sicilias señala prision del primero al segundo grado y multa correccional al que fabrica armas prohibidas «sin autorizacion escrita de la policia;» pero esto mismo nos revela que propiamente se habla de armas prohibidas.

Probada la necesidad de impedir la fabricacion de armas prohibidas, nada debe añadirse para demostrar que existe la misma necesidad de declarar ilícita su introduccion é igualmente ilícito su comercio.

§. 2.º *Armas permitidas.*

Los particulares tienen derecho á usar de las armas permitidas y proveer con ellas á su seguridad personal y á sus necesidades. Seria tiránico el legislador que aboliera este derecho, al paso que se le podria tachar

con razon de apático y descuidado si no marcará sus límites y su verdadera estension. Ambos extremos ha querido evitar sin duda la ley inglesa al consagrar el principio de que todo ciudadano está facultado para usar armas con objeto de defender su persona de violencia, ó su morada de un ataque de malvados *férons*; pero que no está autorizado á usar armas de fuego ú otras mortales para impedir la realizacion de un delito.

Los particulares son libres en usar de las armas que la ley no haya prohibido: esta debe ser la regla general; fúndase en que la presuncion no es el abuso, sino el uso. Cuando los hechos vengán á demostrar lo contrario, entonces cesará la presuncion, entonces nacerán las escepciones de la regla general. Sin embargo de eso, como hay países, y entre ellos el nuestro, donde por efecto de circunstancias particulares, domina el principio de que el uso de armas solo es lícito á los que, ofreciendo confianza á la autoridad local, obtienen una autorizacion, diremos algo en este supuesto.

La licencia es obligatoria: sin ella se conceptúa ilícito el uso de armas. Con esto no se quiere imponer una vejacion á los particulares sino establecer una garantía en su favor que tienda á hacer respetable su derecho y á precaver males que de otro modo pudieran originarse. Con este fin han admitido algunas legislaciones, así antiguas como modernas, el principio de la autorizacion. En la época de los emperadores romanos, Valentiniano I dió para la Campania una ordenanza en que prohibia generalmente el porte de armas sin autorizacion especial del príncipe, ordenanza á que Justiniano dió el carácter de ley general: *ut armorum usus incio prince interdicitur sit*. De los códigos modernos los que exigen la autorizacion han cambiado su forma, no ya de la autoridad suprema, sino de las inferiores encargadas de vigilar por la seguridad personal y por el mantenimiento del orden público.

Grande sería la ventaja de que las licen-

cias de que hablamos se dieran gratuitamente: habria mas escrupulosidad en su concesion y se causaria menos perjuicio á los que tienen que sacarlas. Mas ya que no pueda ser así, la retribucion debe ser muy corta para que se halle al alcance de todos y se haga apenas sensible.

Aun donde se exija por punto general la licencia, justo será que los reglamentos autoricen para el porte de armas sin necesidad de obtenerla á aquellas personas en quienes concurren circunstancias que sean de por sí suficiente garantía. Así debería suceder con los empleados que necesiten llevar armas para el desempeño de sus cargos y con los que obtuvieren pasaporte; porque ni puede recelarse de aquel á quien el gobierno confiere un empleo, y un empleo que exige el porte de armas, ni tampoco la autoridad que, satisfecha de una persona, le da una autorizacion para viajar, tiene motivo para negarle aquello que puede necesitar para la seguridad de su mismo viaje. En estos y otros casos análogos debe sobreentenderse la licencia, debe estimarse concedida por la misma ley. Por eso en Roma cuando César y Augusto impusieron pena capital á los que se presentaran con armas públicamente, exceptuaron por la misma ley á los que las tenían para caza, viajes ó navegacion, así como tambien á los que eran hábiles para comerciar con ellas. Nuestras leyes recopiladas presentan igualmente, como se ha visto en la seccion primera, concesiones para el porte de armas: y de los códigos extranjeros tenemos un ejemplo de estos casos en la facultad concedida á los oficiales de justicia y á ciertos militares por el art. 298 ya citado del código brasileño.

Las personas inhábiles para obtener la autorizacion, atendido el objeto de esta, habrán de ser aquellas que no ofrezcan garantía ó las que tengan un estado incompatible con el porte de armas. Pertenecen á la primera clase los que han sido procesados por delitos de violencia contra las personas ó los bienes, y no han cumplido todavía su condena, los que acostumbran á embriagarse, los vagos, y en general los que tienen

ARMAS.

585

malos antecedentes: entregar armas á estas personas seria tanto como estimular sus malas inclinaciones y sembrar la alarma en la sociedad. Tambien deben ser inhábiles los dementes, pues no son dueños de sus acciones. Por razon de su estado son incapaces los clérigos, á quienes veda el porte de armas el carácter del sagrado ministerio que desempeñan. De esta última incapacidad se hizo indicacion en la seccion primera del presente artículo: aquí solo debe añadirse que la prohibicion hecha á los clérigos por el derecho canónico, no es tan inflexible que no admita algunos casos de escepcion: así es que conforme al espíritu de una constitucion de Clemente V (*Clem. si furiosus: de Hom. vol.*) se ha considerado permitido á los clérigos el uso de armas para su seguridad personal, cuando temen por su vida ó van de viaje.

La licencia, una vez obtenida por las personas capaces, lleva consigo ciertas restricciones, tanto en circunstancias normales, como en momentos dados. Seria siempre inútil, y frecuentemente podria degenerar en peligroso el porte de armas en las ferias, espectáculos y diversiones públicas: aquí no se halla espuesta la seguridad personal, y por otra parte es mas inmediata la vigilancia de la autoridad. Tampoco debe entrarse con armas en las iglesias, lugares destinados á la oracion y á las prácticas religiosas, que son actos de por sí pacíficos y de recogimiento; ni en los tribunales, que son el templo de la ley.

Igualmente deben asistir desarmados los ciudadanos á las reuniones y juntas electorales ó en que se trate del ejercicio de un derecho político, de donde debe alejarse todo motivo de violencia ó intimidacion. Garantía es esta cuya necesidad se ha reconocido desde los tiempos mas antiguos. El célebre Solon impuso multa al que apareciese armado dentro de la ciudad sin tener para ello causa legítima, disposicion igual á otra que se atribuye al rey romano Servio Tulio. Tambien refiere Valerio Máximo de los Thurios que su legislador Carondas mandó sufriera pena de muerte el que

asistiera con armas á las asambleas públicas, y que al poco tiempo, como él mismo infringiera inadvertidamente la ley, para no hacerla perder su ejemplaridad, se dió por su propia mano la muerte. Otras restricciones pudieran mencionarse á propósito del porte de armas, pero seria enojosa su enumeracion, una vez sabido que se establecen para que no peligre la seguridad del individuo, y por razones de respeto y orden público.

A veces sucede que se teme por la tranquilidad general; que ha sido amenazada; que se trata de reprimir una insurreccion; en estas circunstancias escepcionales justo es que cedan ante el peligro comun los derechos de los particulares. Y entre las medidas que cumple entonces tomar á las autoridades es una de ellas suspender el porte de armas con las que pudiera estallar ó fomentarse la insurreccion, amenazando con penas eficaces á los contraventores.

Finalmente, hay casos en que debe quedar privado del porte de armas el que lo adquirió por licencia, á saber: todos aquellos que consisten en un abuso de la autorizacion, ya por haberla estralimitado de su objeto natural, ya por haberla convertido á fines reprobados. Una licencia de porte de armas no justifica, por ejemplo, hacer un depósito de ellas; y aquel á quien le fuese hallado en su casa se hace acreedor á la pérdida de la licencia y aun á algun castigo. Del mismo modo el que autorizado para llevar armas hace alarde de ellas en público, amenaza, infiere daño, causa heridas ó comete cualquier otro delito, dá á entender que mas se propuso ofender á los demas que defenderse á sí propio, y por tanto, debe retirársele el derecho que se le concedió. Porque cuando se obtiene una licencia es con la condicion tácita de hacer de ella un uso lícito, condicion sin la que no se concibe su existencia. No es esto decir que el que abusa, sin producir consecuencias graves, no debe sufrir otro castigo; á veces convendrá imponerle una pena leve, como lo hace el código de las Dos Sicilias con el que se sirve de armas contra una

persona, sin causarla golpe ó herida, á quien, considerándole como reo de contravencion de policía, castiga con multa y comiso de las armas.

Conviene hacer aquí una observacion importante respecto al derecho de llevar armas, á saber, que como tal derecho y por tanto, beneficioso, puede utilizarse por el legislador como materia de penalidad. Sabido es que la pena consiste en una privacion y que tanto puede recaer sobre la vida, la libertad y la fortuna del ciudadano como sobre sus derechos. De la inhabilitacion del de llevar armas podria, pues, resultar una pena apta para la espiacion y represion del delincuente y para hacer mas difícil la posibilidad de dañar. Esta pena llenaria cualidades importantes, seria moral, seria personal, divisible, ya por razon de las armas sobre que recayera, ya por el distinto tiempo que durara; tendria tambien ejemplaridad y seria tranquilizadora y remisible: en fin, empleada con tino y discrecion podria hacérsela análoga y proporcionada á los delitos porque se impusiera. Ya los Francos habian concebido y realizado esta idea: así vemos que el que mataba injustamente á su muger, sufría la privacion temporal del uso de armas, y el que mataba á un monge ó eclesiástico la perpétua. En el código francés de 1810 tambien se dispuso que el condenado á trabajos forzados temporales, á destierro, reclusion ó argolla perderia el derecho al porte de armas (art. 28), y se permitió tambien á los tribunales, juzgando correccionalmente, inhabilitar en todo ó en parte del mencionado derecho (art. 42). Sin embargo de todo lo dicho, fácilmente se conoce que la pena á que nos referimos no debe tener el carácter de principal, porque no es tanta su importancia de por sí, sino el de accesoria. Imponiéndola aisladamente, pocos serian sus resultados, corta su eficacia; imponiéndola con otras, puede ser un recurso fecundo en la ley penal.

Respecto á la fabricacion de armas permitidas escusado es decir que debe tambien ser permitida; pero si se hiciera sin prévia

licencia pedida á la autoridad administrativa, cuando estuviera mandado pedirla; ó con infraccion de lo prevenido en los reglamentos de policía respecto á los establecimientos fabriles, el dueño de la fábrica se haria acreedor á castigo, siquiera fuese correccional.

Tratándose de armas permitidas, su importacion habrá de considerarse lícita, si otra cosa no aconsejan circunstancias particulares ó la proteccion debida á la industria nacional; y por lo que hace á su comercio, deberá quedar libre y desembarazado de toda traba.

§. 3.º *Consideraciones comunes á las armas permitidas y prohibidas.*

Punto interesante es la averiguacion de los efectos que deben atribuirse al empleo de las armas en la perpetracion de un delito. Esos efectos ¿deben ser iguales aunque sean diferentes las clases de armas? ¿Deben consistir en una agravacion de la pena que el delito merezca? ó ¿deben conceptuarse indiferentes? Todo esto es digno de atencion detenida por parte de los legisladores y digno tambien de exámen cuidadoso por parte del jurisconsulto.

En nuestro concepto, está fuera de toda duda que cuando las armas se hacen instrumento de un delito, no puede este abuso ser indiferente, no puede pasar desapercibido para la ley penal. Lejos de eso, creemos que en tales casos se origina una causa de agravacion de la pena que al delito por sí corresponde: la culpabilidad del agente aparece mas cierta, y su intencion, su premeditacion se revelan mas á las claras: valiéndose de armas, como medio de conseguir la realizacion de su propósito, imprime á sus acciones una violencia de que bajo ningun concepto puede prescindirse; hace mas temible su agresion y asegura su éxito; se constituye, para decirlo de una vez, en una posicion ventajosa, en una superioridad que al paso que le favorece á él, aumenta los peligros del ofendido y quita la facilidad que este pudiera tener

ARMAS.

587

para eludir el daño que le amenaza. Y la ley, que debe castigar los delincuentes, debe tambien tomar en cuenta las circunstancias que les hacen mas temibles, que descubren una intencion mas depravada, y conceptuarlas como una causa suficiente para una agravacion de pena. Tal es la regla general, el principio en abstracto; para que la legislacion le adopte preciso es que mida su extension, que señale la forma bajo que ha de aplicarse, que aprecie las distintas causas que pueden modificarle.

Necesario es hacer diferencia entre las armas prohibidas y las permitidas; para el caso de que se trata las separa una gran distancia. El legislador que confundiera unas con otras y las hiciera producir iguales consecuencias, incurriria, á nuestro juicio, en un grave desacierto. Quien se procura armas ilicitas y las dirige á un fin de la misma manera ilícito, pone fuera de duda su premeditacion: su conducta nunca puede ser efecto de un momento de arrebato, de una deviancion repentina de la senda de la moralidad: forzosamente hubo de tener resuelta de antemano la perpetracion del crimen; hubo de discurrir los medios de dejarlo concluido y de asegurar su éxito. Por el contrario el que se valió de armas permitidas, si bien las mas veces pudo hacerlo por efecto de premeditacion, en otras pudo haberlo verificado sin ánimo de hacer mas violento su delito, y solo escogiendo aquellas armas como pudo escoger cualquier otro instrumento: quizás echó mano de ellas porque fué el medio que le sugirió primeramente su imaginacion, sin cuidarse de si era el mas seguro; quizás las llevaba para un uso lícito, y acometiéndole el pensamiento de delinquir las hizo servir á su ejecucion; quizás una provocacion escitó su cólera, y para vengarse las empleó llegando hasta cometer un delito. Todo esto es posible que acaezca respecto de las armas permitidas, al paso que no es aplicable á las prohibidas, y de aqui la necesidad de distinguir las.

No habrá, pues, lugar á admitir como principio lo que alguno pudiera imaginar

engañado por la esterioridad de los hechos y sin penetrar en sus causas, á saber: que muerta, herida ó dañada una persona, poco importa saber el arma con que se le mató, hirió ó dañó, y que el delito siempre es el mismo. Semejante modo de discurrir falsearía las nociones fundamentales de la legislacion penal, porque esta no se concreta á saber lo que hizo el delincuente, sino que entra á graduar su intencion, su mayor ó menor culpabilidad, las causas y modificaciones del delito: hechos morales que han de reunirse á los materiales y tangibles para conseguir una acertada aplicacion de la pena.

Ahora bien: si no tienen igual consideracion, si no significan lo mismo las armas prohibidas que las permitidas, como instrumento de un delito, esa diferencia debe hacerse sentir en la legislacion, por mas que unas y otras constituyan por regla general una circunstancia agravante. A este efecto podria atribuirse á las prohibidas una agravacion en dos grados y á las permitidas en uno mas de la pena señalada al delito: ó, si esto pareciera demasiado rigoroso, podria seguirse otro camino, que es el que nosotros juzgamos mas acertado: dar al uso de las armas prohibidas el carácter de circunstancia agravante en todo caso, sin admitir escepciones ni pruebas en contrario, en una palabra, constituir una presuncion *juris et de jure* de reconocida premeditacion en el delincuente: y en cuanto á las armas permitidas hacer una presuncion *juris tantum*; porque ya dejamos dicho que pueden darse ocasiones en que no haya premeditacion, y sobre esto justo es admitir la prueba del reo. Por igual razon debe dejarse al juez cierta facultad discrecional para estimar cuándo y hasta qué punto será circunstancia agravante el uso de armas permitidas; porque en estas mismas caben ciertas distinciones; tal sería, por ejemplo, el uso sin haber sacado la oportuna licencia cuando fuere precisa, ó habiéndola sacado. Otros casos pudieran presentarse en la práctica, lo cual conviene que la legislacion para evitar el casuismo ha de confiar en las

lucos y criterio del poder judicial, permitiéndole cierta libertad en la aplicación de la circunstancia agravante á que aludimos.

Ha habido personas respetables por sus conocimientos jurídicos que han pretendido encontrar una contradicción entre ser ciertas armas permitidas y constituir una circunstancia agravante para la pena del delito con ellas perpetrado. Si su uso es inocente, han dicho ¿cómo puede originarse una circunstancia de criminalidad? Si hay una circunstancia de criminalidad, ¿cómo es posible sea lícito lo que la motiva?

Sin embargo, no es difícil comprender cuán poca fuerza tiene este argumento. No por tener una circunstancia el concepto de agravante ha de provenir de un hecho ilícito de por sí; aunque sea lícito, su aplicación al delito puede dirigirse á asegurar su éxito, á dar ventaja al delincuente, á aumentar el peligro de la víctima. No es ciertamente un hecho reprobado andar de noche por una población ni ir por un despoblado; y en tales casos se produce una agravación de pena. También es inocente y hasta meritorio entrar en una iglesia y cuando en ella se comete un delito, presenta este un carácter de gravedad mayor que si se hubiera cometido en otro sitio. En fin, podrían citarse otros muchos ejemplos, todos los cuales vendrían á demostrar la idea que dejamos enunciada: que el hecho se ha de estimar por su relación con el proyecto del criminal. Ahora bien, lo mismo es aplicable á las armas permitidas: su porte es lícito y nunca por sí puede constituir circunstancia agravante; pero cuando su uso se convierte á un fin ilícito y degenera en abuso, puede y debe constituirse porque lleva todos los requisitos y caracteres que distinguen á las circunstancias agravantes en general. Citaremos á este propósito los códigos de las Dos-Sicilias y del Brasil. El primero declara acompañado de violencia pública todo crimen cometido por tres personas á lo menos reunidas con intención criminal y de las cuales dos llevaren armas *propias*. (Véase el significado de esta calificación en la

palabra *armas*). El segundo concebía circunstancia agravante abusar el delincuente de armas, de modo que el ofendido no pueda defenderse con probabilidad de rechazar la ofensa.

Más debe huirse el peligro de que la circunstancia agravante, cuya justicia hemos demostrado se haga aparente y ficticia, y mucho más de que degeneren en injusta como sucedería si se pretendiera que el uso de armas permitidas fuera en todo delito una circunstancia agravante. Ya que el legislador no puede designar todos los casos de excepción, porque estos penden del modo peculiar con que se presentan los crímenes, el juez debe obrar con mucha prudencia y examinar para sus fallos si la regla general consignada en las leyes es aplicable al delito de que se trata. En los delitos de heridas, por ejemplo, habrá veces en que sea indiferente el uso de las armas permitidas: en el de duelo será hasta un requisito esencial: cuando el ofendido se había valido de armas, tampoco las del reo agravarian el delito. En una palabra, la regla de ser circunstancia agravante el uso de armas permitidas tiene tantos casos de excepción cuantas ocasiones se presenten en que no constituya una ventaja para el delincuente, una desventaja para la víctima. Aunque no lo dijera el legislador, lo dictaría la equidad natural.

SECCION III.

DISPOSICIONES VIGENTES EN ESPAÑA SOBRE LA PROHIBICION DE ARMAS.

No es tan claro como fuera de desear el derecho que hoy rige acerca de armas prohibidas. Las leyes de la Recopilación hace tiempo que en parte han caído en desuso: el reglamento de policía de 1824, si bien se halla vigente en algunos puntos, se limita en sus disposiciones á la licencia para el uso de armas. Fuera de esto, solo existen medidas aisladas, tomadas por el gobierno en casos determinados, que no tienen entre sí enlace ni unidad, y que están muy lejos de fijar la legislación en la materia. Ul-

timamente, en el Código penal se ha considerado alguno que otro principio, para cuyo desarrollo son precisos nuevos reglamentos en la insuficiencia de las antiguas leyes; mas no habiendo aun estos sido publicados, pueden originarse dudas acerca del derecho que en la actualidad debe considerarse como vigente. Por tanto, aun no tenemos un sistema acabado; aun nos faltan reglas constantes y seguras, y nos hallamos en una situacion que no conviene se prolongue demasiado. Así que, para hacerla menos embarazosa, todavía debe recomendarse el uso equitativo é ilustrado del arbitrio judicial y la prudencia de las autoridades administrativas. Por nuestra parte nos proponemos esponer lo que se halla establecido y hacer algunas indicaciones sobre su inteligencia y sobre la aplicacion mas oportuna que sea capaz de recibir.

§. 1.º *Prohibiciones de armas y sus penas.*

Segun derecho de la Recopilacion, son armas prohibidas: las de fuego, cuyo cañon no llega á cuatro palmos, y entre las blancas los puñales, gíferos, almaradas, navajas de muelle con golpe ó virola, las dagas solas, cuchillos de punta chicos ó grandes, espadas mayores de cinco cuartas, ó cualesquiera con vaina abierta y los verdugos buidos. Por dos reales órdenes de 1753 tambien se declaran prohibidos los estoque y los cutóes.

Esta enumeracion no es hoy tan precisa ni tan completa como en los tiempos en que se estableció: algunas de las armas citadas tienen un uso bien poco frecuente y podria prescindirse de su prohibicion sin riesgo alguno; otras se han generalizado entre toda clase de personas, y lejos de ser empleadas esclusivamente por los criminales, se miran como un medio lícito de seguridad personal ó como instrumentos de uso necesario, diario y doméstico: por el contrario, algunas armas peligrosas de que puede echarse mano con éxito para ofender y co-

meter delitos, y que no son bien vistas por los hombres honrados, no se encuentran en la clasificacion mencionada. De aquí es que en nuestros dias, si bien no derogadas espresamente las leyes de la Recopilacion en este punto, habian en parte cedido ante una costumbre que diferenciando las armas cuya aplicacion era á las necesidades de la vida, especialmente cuando estaban en poder de personas que por sus antecedentes garantizaban su buen uso, de aquellas armas que tienen por objeto principal ofender, consideraba como prohibidas estas, al mismo tiempo que toleraba las primeras: el artículo 1.º del real decreto de 22 de setiembre de 1848 no tiene por objeto que las leyes Recopiladas recobren un completo vigor, sino que hasta la publicacion de los nuevos reglamentos rijan respecto á la clasificacion de armas prohibidas, como venian rigiendo al tiempo de darse el Código penal.

Consignan tambien las leyes de la Recopilacion otras prohibiciones; tales son que los lacayos y cocheros no pueden traer á la cinta ningun arma blanca, ni los cocineros los cuchillos de que se sirven para su oficio cuando no estan ocupados en él: desde luego se conoce cuán insignificantes son esas prohibiciones. En cuanto á la que algunos mencionan de las armas permitidas, por la noche despues de tocar á queda, ni siquiera la vemos figurar en las leyes de la Novisima Recopilacion.

Como el Código penal no ha derogado indistintamente cuantas disposiciones contenia el derecho anterior acerca de armas prohibidas, es indudable que subsisten las concesiones hechas á los empleados que mencionan las leyes 12 y 20 del título 19 del lib. 12 de la Nov. Recop., y asimismo, en cuanto estén en uso las reglas establecidas para los militares por la ley 13 del mismo título y libro. Igualmente no han sufrido alteracion el art. 2, tit. 2 del tratado 8 de las Ordenanzas del ejército, en que se faculta para el uso de armas prohibidas á los militares que van disfrazados con encargos del servicio; la real orden de 1760, que declara lícito el uso de cuchillos fla-

mencos que llevan los marineros y gente de mar, pero solo mientras se hallen á bordo; y los artículos de la Ordenanza de correos que permiten el uso de armas prohibidas á los correos y maestros de postas (tít. 16, capítulo 10, y tít. 11, cap. 18). Ultimamente, está en todo su vigor la real orden de 18 de marzo de 1843 por la que se conceptuaron comprendidos en el espíritu de la escepcion de la ley 20 del tít. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop., que acaba de citarse, los dependientes de proteccion y seguridad pública y todos los empleados que por razon de sus destinos tengan que perseguir malhechores, velar por el orden y tranquilidad pública, y custodiar ó conducir caudales del Estado. Semejante interpretacion no se aparta de la mente de la ley Recopilada; y es su motivo, como declara la real orden, que de otro modo no podrian los citados empleados, agentes ó funcionarios ejercer bien sus respectivos cargos. Pero es de notar que para usar de este privilegio deben hallarse competentemente autorizados por la respectiva autoridad superior política.

Segun indicamos en la seccion primera de este artículo, la célebre pragmática del Sr. D. Carlos III concedió á los nobles el uso de pistolas de arzon cuando fueran montados en caballo y con trage decente interior. Hoy dia, habiendo sido abolidos los privilegios de esta clase, y no existiendo diferencia alguna entre nobles y plebeyos, respecto al disfrute de derechos, claro es que la escepcion referida ó ha cesado ó se ha hecho una regla general para todos los ciudadanos: ó los nobles no pueden llevar pistolas de arzon ó las pueden llevar nobles y plebeyos. En nuestro concepto, debe estarse por lo último: trátase de armas que no hay motivo para prohibir, que la opinion no rechaza; por tanto, puede asegurarse que han pasado á la clase de permitidas.

En cuanto á las penas con que nuestras leyes reprimian el uso de armas prohibidas, sabido es por todos que eran en extremo severas: su misma desproporcion y el cambio que nuestra sociedad ha sufrido desde que se dictaron, las habia dejado en un

desuso casi completo; y á pesar de estar mandado que no se hiciera rebaja alguna al imponerlas, los tribunales, siguiendo la marcha de la opinion, dictaban penas discrecionales. El art. 7.º de la real orden de 14 de julio de 1844 tiene dispuesto que al que use ó tenga armas prohibidas se le impongan las multas señaladas respecto á las permitidas, y ademas se le sujete á formacion de causa por el tribunal competente. Ahora bien: el nuevo Código penal ha derogado esplicitamente la penalidad prescrita en la legislacion anterior; y por otra parte no ha contado entre los delitos el uso de armas prohibidas, habiendo reservado para los reglamentos las disposiciones concernientes á esta materia. Pero como esos reglamentos no han aparecido todavia, conviene averiguar hasta dónde llega el castigo que al presente puede recaer sobre los actos de que vamos tratando. Primeramente, en cuanto á la formacion de causa á que alude la real orden, claro es que hoy será improcedente cuando se trata de un hecho que no se halla calificado por el Código de delito, ni aun siquiera de falta. Y si bien es cierto que no se han publicado los reglamentos que han de tratar del uso de armas prohibidas, estos en nada podrán influir en que se consideren como delitos hechos que las leyes no califican como tales.

Pero por mas que creamos esta inteligencia exacta, no por eso puede ser nuestra intencion sostener que el uso de armas prohibidas se haya de dejar sin represion ni tampoco que por él se impongan solamente las multas á que se refiere el art. 7.º de la real orden de 1844; esto sería proclamar una impunidad inconcebible ó equiparar las armas prohibidas á las permitidas, lo cual equivaldria á omitir el castigo del mismo acto que se trataba de castigar. Lo que se recomienda como mas justo y adecuado es que al que use de armas prohibidas se le imponga por la autoridad política una multa mayor que la correspondiente al que usa sin autorizacion armas permitidas, y que espondremos en el párrafo tercero de esta seccion, multa que queda dentro de los

límites de sus atribuciones. Indudablemente el medio que proponemos es el único que cabe adoptar conforme al espíritu y letra del art. 303 del Código penal; pues si bien en este se dice que en los reglamentos administrativos que se formen no se podrán imponer mayores penas que las designadas para las faltas, también debe notarse que añade no se entienden por esto alteradas las atribuciones que competen á los agentes de la administración por las leyes de 8 de enero y 2 de abril de 1843. Ateniéndose en consecuencia á estas disposiciones, el uso de armas prohibidas no se elevará al rango de delito ni se rebajará hasta confundirse con el uso sin autorización de las permitidas.

Dicho esto del uso en general de armas prohibidas, veamos la regla que dá el Código penal para el caso en que con ellas se haya perpetrado un delito. Según el artículo 10 es circunstancia agravante: «22. Ejecutar el delito haciendo uso de armas prohibidas por los reglamentos.» El Código, que no ha comprendido el mero uso de armas prohibidas, como hemos visto, lejos de incurrir en contradicción al establecer esa circunstancia agravante, ha tenido toda la consecuencia que exigía la notable diferencia de usar simplemente de armas prohibidas y usarlas como instrumento de un delito. La agravación de pena en este caso es muy conforme á las buenas doctrinas de legislación penal; y si por algo pudiera tacharse al Código sería por haber prescindido de declarar también alguna agravación cuando se empleasen para la realización de un delito armas permitidas; pero tal vez se haya creído que hubiera sido algún tanto rigurosa semejante declaración. La misma palabra «delito» de que el Código se vale revela desde luego que no será considerada circunstancia agravante de una falta el ejecutarla con armas prohibidas; esta doctrina se explica más oportunamente al hablar de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. V. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE.

Advertiremos también que de las pa-

labras del Código: armas prohibidas «por los reglamentos» no se debe inferir que no causan agravación las armas prohibidas en las leyes Recopiladas; por el contrario, estas leyes, como antes hemos manifestado, siguen vigentes, salvo en aquellos puntos que hayan caído en desuso por ser inaplicables en nuestra época. El art. 1.º del real decreto de 22 de setiembre de 1848 tiene declarado terminantemente, y tomando por ejemplo el caso mismo de que hablamos, que: «siempre que el Código penal se refiera á disposiciones de reglamentos, como en la circunstancia 22 del art. 10, si estos forman el todo ó parte de alguna ley anterior, regirán como tales hasta que se publiquen otros.» Pero, como se vé, la declaración que se ha hecho en favor de las leyes Recopiladas en punto á designación de armas prohibidas tiene el carácter de transitoria. Por esto conviene que se formen pronto los reglamentos á que se alude en el Código, porque de ellos pende la aplicación acertada de la circunstancia agravante.

§. 2.º *Fabricación y expendición de armas y sus penas.*

La ley Recopilada había vedado la fabricación y expendición de las armas prohibidas y había impuesto graves penas con el objeto de impedirlo. Los armeros, cuchilleros, mercaderes ó vendedores incurrían por tenerlas á despacho en la pena de cuatro años de presidio por la primera vez y seis por la segunda, si eran nobles; y en los mismos años de minas, siendo plebeyos. Aparte de esta distinción de clases, que caducó con el establecimiento del régimen constitucional, la pena en sí había caído en completo desuso, arbitrando los tribunales otras más benignas, ó no imponiendo ninguna; y era tan cierto al mismo tiempo lo funesto de aquel desuso, que el gobierno no pudo menos de reconocerle y de quejarse de él en una resolución expedida en 9 de marzo de 1842, si bien por otra parte desistió de combatirlo porque le conceptua-

ha hijo de la misma desproporcion de la ley. Hé aquí el testo de la referida resolucion: «En virtud de una comunicacion que ha dirigido el capitan general de Madrid, relativa á las frecuentes riñas que ocurren entre los soldados de la guarnicion y paisanage, heridas y muertes que se ocasionan; todas ellas con armas prohibidas y mortíferas, lo cual tiene origen en que estas se venden públicamente como se trabajan en la capital de Albacete, contra lo prevenido terminantemente en las leyes; el gobierno ha tenido á bien mandar que se comuniquen las órdenes oportunas á fin de que se impida la venta de las referidas armas interin se propone á las Córtes la modificacion de la pena que previenen las leyes vigentes en el particular, como demasiado rigurosa y poco conforme con el estado actual de la civilizacion.» Por este documento puede conocerse cuán urgente se presentaba la necesidad de salir de situacion tan incierta y vacilante: por una parte se hacia públicamente la fabricacion de armas prohibidas en contra de las leyes; por otra estas leyes no podian restablecerse en su vigor sin incurrir en un anacronismo: el remedio mas eficaz, el mas indicado era una decision del poder legislativo; y si bien se ofrecia pedirla en la real orden citada, es lo cierto que no llegó á dictarse y que siguió el mal como antes. El nuevo Código penal tampoco se ha ocupado en atajarle ni ha disminuido toda su gravedad y consideracion, porque aboliendo en su último artículo las leyes antiguas sobre fabricacion y venta de armas prohibidas, no establece ninguna disposicion que las sustituya, dirigida á tan importante objeto. El artículo 486, que castiga con multa de cinco á quince duros á los que abrieren establecimientos sin licencia de la autoridad cuando fuere necesaria, como bien se conoce, no puede ser aplicable para el caso á que aludimos: es una disposicion general que supone una desobediencia de corta significacion y que mira á establecimientos ó fábricas en que se venden ó trabajan objetos de lícito comercio.

A primera vista, pues, hay una omision importante en el Código; parece que no se ha tenido presente la fabricacion y venta de armas prohibidas; sin embargo, tal vez no se hayan echado en-olvido estos hechos ilícitos, pero no se les haya dado cabida en el Código por creerlos propios de los reglamentos. En este caso todavía pudiera decirse que no se ha apreciado toda la inmoralidad que encierran, toda la trascendencia peligrosa que les distingue: seria sostenible que debieran haber sido elevados al carácter de delitos, con tanta mayor razon cuanto que muchos de los que el Código tiene consignados no suponen intencion tan dañada, ni originan males tan positivos.

En el silencio de la ley lo que procede es una declaracion del poder legislativo; interin se hace, y esto mismo revela su necesidad, la fabricacion y venta de armas prohibidas si bien no son actos lícitos, si bien no están exentos de represion, solo pueden considerarse como infracciones, cuyo castigo toca correccionalmente á los agentes de la administracion: un juez no puede aventurarse á castigar, porque solo tiene esta facultad cuando la ley declara delito. Por tanto creemos que debe tomarse el partido que indicábamos al tratar del uso de armas prohibidas igualmente omitido por el Código, á saber; que á la autoridad política toca imponer en uso de sus atribuciones una multa proporcionada á las circunstancias, que sin pasar del límite de la cantidad que cabe en sus atribuciones, sea mas crecida que la que se impondria por infracciones de menos gravedad que la fabricacion de armas prohibidas.

Por lo que mira á la fabricacion de armas del ejército y armada se mandó en diciembre de 1827, á consecuencia del abuso de algunos maestros armeros de las Provincias Vascongadas, y reiterando lo prevenido por otras sobre la materia, que la fabricacion de las precitadas armas correria por las reales fábricas, y que los fabricantes particulares solo podrian construirlas por orden ú autorizacion espresa del director de artillería. A los contra-

ARMAS.

593

ventores se conminaba por la primera vez con la pérdida de las armas y multa de 100 á 500 ducados; por la segunda con la misma pérdida y seis años de presidio, y por la tercera con igual pérdida y presidio á voluntad de S. M. Pero estas penas desproporcionadas se han hecho inaplicables desde la aparición del nuevo Código penal; este prescinde de tal delito, y por tanto no pueden sostenerse hoy día las prescripciones contenidas en la real orden de 1827, habiendo quedado tan solo una infracción que se reprime gubernativamente.

Tampoco pueden importarse en España las armas de guerra: terminantemente lo prohíbe la real orden de 14 de octubre de 1831. Otra de 12 de marzo de 1856 mantuvo en pie esta prohibición por no fomentar las facciones que entonces combatían al gobierno legítimo, y decía además que como no bastaban las fábricas del reino á proveer de armas á la Guardia nacional, el gobierno concedería permisos especiales de importación con las garantías necesarias. Sin embargo de que la prohibición de importar aparece en esta real orden como sostenida á causa de la existencia de las facciones, aun después de haber estas desaparecido la prohibición no se levantó, y en el día tampoco ha cesado, pues que los aranceles de 1849 la declaran subsistente.

Resta manifestar las obligaciones impuestas á los armeros respecto á la venta de armas permitidas. Si bien pueden hacerla libremente, los reglamentos de policía de 1824 mandan que lleven un registro diario de las armas de fuego que vendan, expresando en él el nombre y domicilio del comprador: precauciones tomadas sin duda con el objeto de que no se provean de armas personas que las adquieran para fines reprobados, ó al menos, que si las adquieren puedan tener de ello conocimiento las autoridades; precauciones también con las que se dejan consignadas noticias que pueden ser datos de mucho interés para aclarar cuál sea el delincuente de un crimen perpetrado con ciertas armas. Por las razones espuestas se previene en el mismo reglamento que

las autoridades encargadas de vigilar por la seguridad pública, puedan examinar el mencionado registro cuando lo estimen oportuno; y para que no descuiden los armeros este deber, se les impone multa de cincuenta ducados cuando vendieren armas sin hacer la anotación. Posteriormente la real orden de 14 de julio de 1844 dispuso en su artículo 9.º y último, que los armeros deberían presentar á los jefes políticos respectivos en los ocho primeros días de cada mes una razón de las armas que hubieren vendido en el anterior y de las que todavía conserven, disposición que no se halla sancionada con multa ni castigo alguno. ¿Ha derogado esta nueva obligación impuesta á los armeros la antigua que les impuso el reglamento de policía de 1824? No lo creemos: porque el registro por este prescrito es mas minucioso, mas completo, y hasta inspira mas confianza de autenticidad: en él ha de constar el día de la venta, quién fué el comprador y en donde se hallaba domiciliado, mientras que en la razón que manda dar la real orden solo se exige el número de armas vendidas en el mes. No se juzgue por esto que es inútil la disposición de la real orden subsistiendo la del reglamento: en primer lugar aquella obliga á presentar la nota á la autoridad en un término fijo; este solo manda que los armeros franqueen su registro cuando la autoridad quiera examinarlo; aquella no distingue de armas y por lo tanto se refiere así á las blancas como á las de fuego; este se concreta á las de fuego.

§. 5.º *Autorización para el uso de armas.*

Por regla general no es lícito el uso de armas sin la correspondiente autorización, principio consignado en la real orden de 14 de julio de 1844 cuando en su artículo 1.º dispone conforme á las leyes y reglamentos que, «nadie podrá usar armas sin estar autorizado por las leyes ó sin obtener previamente licencia.»

Esta licencia se entiende siempre para el uso de las armas permitidas: solo se estien-

de al de las prohibidas en ciertos casos de que hicimos mencion en el párrafo primero. La licencia de que ahora corresponde tratar parece que debiera comprender la que autoriza para la caza, puesto que esta se verifica usando de armas permitidas; sin embargo, no deben confundirse ambas licencias: la primera es general, la segunda especial; la una mira principalmente á la seguridad y defensa de las personas, la otra se refiere al derecho de propiedad. A pesar de tan distintos caracteres no puede negarse que ambas clases de autorizaciones presentan ciertos puntos de semejanza.

Bastante rigoroso es el castigo que el reglamento de policía de 1824 imponia por el uso de armas sin licencia; no creyendo suficiente una multa de cien ducados, añadió á ella una pena corporal, que consistia en treinta dias de prision. Este castigo nos parece demasiado severo y nada proporcionado con el acto sobre que recae: se trata de armas permitidas y de una infraccion reglamentaria, que no encierra una malicia conocida, que no supone intencion dañada, que no produce alarma alguna. Sin embargo, sea de esto lo que quiera, fueron reiteradas, así la pena pecuniaria como la corporal, en el artículo 3.º de la real orden de 14 de julio de 1844 para «los que usen ó tengan armas sin autorizacion debida,» palabras que hacen estensivo el rigor de la penalidad, no ya solamente al que saca y al que usa armas sin autorizacion, sino al que las posee, al que las tiene. Equiparando de este modo el uso con la posesion, y haciendo á esta punible, se fue en nuestro concepto mas allá de lo que recomendaba la equidad. El esceso de pena antes censurado ha quedado sin efecto desde la publicacion del Código penal, sobre lo que haremos al final de este párrafo una observacion estensiva á otros casos que aun tenemos que mencionar.

Conocida la regla general que en España se halla establecida respecto á la necesidad de la autorizacion, veamos quiénes están exentos de ella; quiénes son hábiles, quiénes inhábiles para obtenerla. No necesitan de autorizacion á causa de tenerla concedi-

da por las leyes ó reglamentos todos aquellos que llevan las armas como parte de sus uniformes, porque se reputan inherentes á estos, ni los individuos del ejército, los matriculados y aforados de marina y los dependientes del resguardo público y municipal, quienes por razon del servicio á que están destinados, han de llevar las armas que necesiten (1). Tampoco se exige licencia á otras personas que, si bien no tienen carácter militar, ni se hallan sujetas á la misma disciplina que las anteriores, han menester sin embargo de ciertas armas para el cumplimiento de los cargos que les están confiados; tales son los conductores (2), y con igual razon á nuestro juicio los depositarios de caudales públicos: los empleados en el ramo de proteccion y seguridad pública (3), entre ellos los celadores y serenos á quienes el artículo 89 de la ordenanza de policía urbana de Madrid manda llevar de noche un chuzo ó lanzon: los guardas de los montes, así del Estado y de propios como comunes y de establecimientos públicos á quienes para su custodia y vigilancia se permite el uso de una carabina (4); los empleados y dependientes de los portazgos (5), y últimamente, los ordenanzas de telégrafos (6).

Todas las demas personas que no se hallan comprendidas en las escepciones que acaban de enumerarse, están obligadas á sacar licencia si quieren tener el uso de armas, licencia que deberá serles concedida teniendo la capacidad suficiente. Se entiende que son capaces los que se hallan empadronados en los registros de los barrios respectivos, y que al propio tiempo inspiran completa confianza de que no harán de las armas que solicitan un uso punible, cuyas dos circunstancias exige la real orden de 1844, tantas veces citada, en su artículo 2.º En tésis general no se recomiendan ambas del mismo modo, y ofrece algunos inconve-

(1) Real orden de 18 de febrero de 1833.

(2) Real orden de 30 de noviembre de 1838.

(3) Real orden de 12 de febrero de 1846.

(4) Artículo 36 del reglamento de 24 de marzo de 1816.

(5) Real orden de 20 de mayo de 1846.

(6) Real orden de 26 de marzo de 1844.

ARMAS.

393

nientes el haberlas hecho inseparables. Quizás pudiera en ciertos casos favorecerse el abuso de las autoridades, dándoles ocasion de satisfacer sus afectos y enemistades particulares. Oportuno y prudente es que quien solicita el uso de armas se halle inscrito en el padron general de habitantes; sin esto sería sospechoso; pero en todo rigor esa circunstancia debiera reputarse por bastante para la concesion de la licencia: ¿qué peligro podrá temerse cuando por una parte los reglamentos tienen señaladas ciertas incapacidades y cuando por otra el abuso de armas nunca puede quedar impune? Parece que exigir del vecino empadronado que inspire completa confianza, es dar poca garantía á los particulares y permitir demasiada latitud á la autoridad que ha de hacer las concesiones, dificultando su responsabilidad; porque no puede definirse con precision quiénes inspiran confianza ni cuando esta llega á ser completa. Sin embargo de que estas razones son indudablemente de bastante peso, no sería justo censurar la citada real orden como injusta y arbitraria: atendida la época en que se dió y hasta su mismo contesto se comprende que hubo motivos de conveniencia pública para dictarla; que se quería alejar algun mal que amenazaba y tomar precauciones quizás oportunas en el estado del país. Así que su disposicion está justificada como una medida de circunstancias.

El reglamento de policía de 1824 designaba á algunas personas como incapaces de obtener la autorizacion para el uso de armas; tales eran los pobres de solemnidad y los simples jornaleros, los que no podian hacer constar un modo de vivir conocido, los que se dedicaban á profesiones ambulantes, como los titiriteros, saltimbanquis, etc., y últimamente los condenados á presidio por el espacio de seis años, á contar desde la condena, y aun pasado este término, si durante él no habian observado buena conducta y no habian sido procesados, encarcelados ó perseguidos por la justicia. Apenas son sostenibles estas prohibiciones en la actualidad, ya porque el régimen constitu-

cional no es tan receloso como el que dominaba en el año 1824, ya por el espíritu de la mencionada real orden de 1844 que no se hace cargo de ellas. Sin embargo, creemos subsistentes: 1.º La de los pobres de solemnidad, no porque la pobreza vaya unida á la criminalidad, ni sea un motivo de desconfianza, sino porque el que nada tiene que inspire envidia á los demas, el que solo vive de la caridad pública no es probable se vea espuesto á los ataques de los malvados para quienes pasa desapercibido, ni que necesite defender propiedades y bienes de que carece: 2.º La de los que no tienen modo de vivir conocido, porque estos dan á entender bien claramente que se dedican á ocupaciones ilícitas é infunden justas sospechas. Pero el vivir honradamente de un jornal ó de una profesion lícita, aunque ambulante, no debe ser causa de prohibicion: la posicion de los que así ganan su sustento será de las mas inferiores de la sociedad; pero por eso no es deshonorosa y no debe acarrear una privacion de derechos que los demas disfrutan. En cuanto á los que fueron condenados á presidio esta incapacidad entra ya en el dominio del Código penal; y el que hoy rige no hace mérito de ella tal cual la dictó el reglamento de 1824, si bien creemos que cuando el penado queda sujeto á la vigilancia de la autoridad, no puede disputarse á esta el derecho de negar la licencia. Últimamente, una real orden de 30 de agosto de 1843, en conformidad á otra de 1841, prohibe conceder licencia á los procesados por delitos de fraude, y á las personas conocidas en el país como corredores de contrabando y contrabandistas, prohibicion que se encuentra hoy en vigor.

Para que la licencia surta todos sus efectos, además de la capacidad de la persona, de que acabamos de hablar, se necesita hacer expresion del número de armas, pagar la retribucion señalada y que no haya fenecido el término de su duracion. En la licencia debe anotarse el número y clase de armas para que se conceda, y esta es una medida que dicta el buen sentido y sin la que no podría conse-

guirse el objeto á que se dirige la necesidad de la autorización. Aquel en cuyo poder se hallare mayor número de armas incurre en multa de 50 ducados ó inhabilitación por un año del derecho de usarlas, conforme á las disposiciones contenidas en el reglamento de 1824 y trascritas en el artículo 4.º de la real orden de 1844. Segun ellas la multa y la inhabilitación recaen sobre el que escediera el número de armas; y en su consecuencia no podrán ser aplicables al que guardando el número designado fuere hallado con armas de otra clase distinta de la que espresare la licencia, pero permitidas: interpretación que autoriza el contesto de la real orden, en la que ni aun se exige que la licencia espresase de qué clase han de ser las armas.

Cuando se llegare á formar un depósito de armas de que no tuviere circunstanciada noticia la autoridad, es considerado por la real orden de 1844 (art. 8.º) como un delito contra el sosiego y el orden público, y los culpables han de ser encausados en tal concepto. Pero hoy día no puede ser así, porque el Código penal no reconoce semejante delito; y aun prescindiendo de esta consideración la medida del año 1844 puede conceptuarse como transitoria, como dictada en circunstancias especiales. «Mediante á los avisos,» decia el citado artículo, «que el gobierno recibí de que se acopian armas con el criminal designio de alterar el orden y la quietud general.»

Toda licencia supone que el interesado ha satisfecho una retribución. Esta retribución asciende á treinta reales, cantidad fijada por el reglamento de 1824, cantidad no módica atendiendo á los escasos recursos de algunas personas que necesitan el uso de armas, particularmente no sirviendo la licencia, como luego veremos, sino para un término corto; pero sin descender á casos especiales no es una retribución tan escasa como á primera vista pudiera parecer. Algunos hay que se hallan exentos de pago, á saber: los que viven en caseríos aislados ó posesiones rurales, para cuya seguridad necesiten las armas, escepcion consignada

en el reglamento de 1824. Segun la real orden de 3 de diciembre del mismo año, reiterada por otra de 16 de abril de 1844, sacan tambien gratis la licencia los rabadanes, mayoresales, pastores y zagales de ganado.

Las licencias caducan de derecho al concluir el año desde que se espirieron, y por lo tanto el que quiera continuar en el uso de armas, antes de concluir aquel plazo debe renovar la licencia, volviendo á pagar la retribución que álgimos se exigia. Si siguiera usando armas sin hacer la renovación, habria de pagar la multa de cien ducados segun dispone la real orden de 1844 de acuerdo con el reglamento de 1824: este ademas declara á los contraventores incapaces para obtener nueva licencia hasta pasado un año, inhabilitación que parece no puede imponerse hoy día habiéndose pasado en silencio por la citada real orden que es la que propiamente contiene la legislación moderna sobre uso de armas.

Todas las multas de que hasta aquí se ha hecho mérito en este párrafo tienen destino marcado, así por el reglamento como por la real orden, distribuyéndose por terceras partes, en esta forma: una al denunciante, otra al aprehensor y la restante al Tesoro público. El premio concedido á los denunciantes y aprehensores tiene por objeto la mas exacta ejecución de lo mandado en los reglamentos, estimulando el interés individual: sin embargo, no nos parece muy adecuado á la época actual en que la policía tiene una organización mas perfecta, y en que el espíritu de la legislación no se muestra tan propenso como antiguamente á interesar á los particulares en el descubrimiento de las infracciones contra las leyes.

Otra observación nos ocurre hacer sobre las mismas multas de que hablamos, y en particular sobre la que se impone, juntamente con la prisión de treinta días, á los que usan armas sin autorización. Conforme al espíritu del ya citado artículo 503 del Código penal no pueden autorizarse hoy por ligeras infracciones, como lo son en realidad las mencionadas en este párrafo, penas mas

ARMAS.

397

graves que las de quince días de arresto y quince duros de multa, máximo de las señaladas para las faltas. Sería disonante que se aplicaran las multas que dejamos referidas por el uso de armas sin licencia por la no renovación de esta y otros actos semejantes, cuando los traficantes que tienen medidas ó pesos falsos, por ejemplo, solo sufren arresto de cinco á quince días y multa de cinco á quince duros (1), y los que ejercen sin título profesion que lo exige ó despachan medicamentos sin autorizacion competente, son castigados únicamente con arresto de cinco á quince días ó multa de cinco á quince duros (2). Por esto fundados en el mismo artículo 503, que deja vigentes las leyes de 8 de enero y 2 de abril de 1845, creemos que los casos de que se ha tratado en este párrafo deben regirse por la primera, que autoriza á los alcaldes (3) para imponer multas hasta cien reales en los pueblos que llegan á 500 vecinos, hasta trescientos en los que no llegan á 5,000, y hasta quinientos en los restantes. Con estas atribuciones pueden los alcaldes reprimir suficientemente las infracciones sobre uso de armas permitidas.

§. 4.º *Abuso de armas.*

Cuando se emplean las armas de modo que con ellas se cause algun daño ó se irrogue algun perjuicio, existe un abuso digno de represion, que unas veces degenera en delito, otras en falta, segun la gravedad mayor ó menor con que se presenta.

Vimos ya en el párrafo primero de esta seccion, al hablar del número 22 del artículo 10 del Código penal, que las armas permitidas, como medio de perpetrar un delito, no constituyen circunstancia agravante. Hay delitos que se pueden cometer, que se cometen con armas; pero el Código entonces solo atiende á la índole, á los elementos del delito, no á los medios: así sucede, por ejemplo, en las lesiones corporales que el

Código castiga; se fija en si ha habido mutilacion, golpes, heridas, etc.; pero conceptúa indiferente el instrumento, el arma con que se produjeron. Por esto no nos corresponde hablar aquí de semejantes casos.

Pero á veces el abuso de armas constituye la naturaleza, el carácter distintivo del delito, de modo que no se puede concebir tal delito sin que se haya hecho un uso ilícito de las armas. Así sucede en el artículo 200 del Código, que dice: «El que penetrare armado en un colegio electoral ó en cualquiera junta dispuesta por la ley para las elecciones populares, será castigado con una multa de cincuenta á quinientos duros é inhabilitacion temporal del derecho electoral;» es decir, de tres á ocho años. No creemos pueda suscitarse con respecto á este artículo objecion alguna contra su justicia ni duda sobre su inteligencia. Solo haremos notar que con la palabra «penetrar,» que se ha usado con preferencia á la de entrar, introducir ú otra semejante, no revela mas el Código sino que ha querido ser escrupuloso en el language, porque se dá por supuesto que impidiéndose la entrada en los colegios ó juntas á los que van armados, estos solo pueden entrar con fraude ó violentamente y con desprecio de los avisos dados por los encargados de conservar el orden. Por lo demas el artículo del Código, como lo demuestra su letra, se refiere solamente al hecho de entrar con armas. El abuso que con estas se hiciera dentro del colegio ó junta coartando la libertad de la eleccion, amenazando á los electores ó cometiendo otros excesos, será penado segun los artículos del Código aplicables á estos casos.

Ocasiones hay en que el abuso de armas toma el carácter de falta. Prescindiendo de las lesiones, malos tratamientos y otros hechos en que las armas son un medio indiferente, y concretándonos á aquellos en que el Código las menciona especialmente, solo son dignos de atencion los artículos 484 y 494. El primero en su número 5.º castiga con arresto de cinco á quince días y multa de cinco á quince duros á «los que amena-

(1) Artículo 464 del Código.

(2) Artículo 485.

(3) Párrafo 3 del artículo 73.

»zaren á otros con armas blancas ó de fuego
 »y los que riñendo con otros las sacaren
 »como no sea con motivo justo.» Con razon
 ha equiparado el Código las armas blancas
 á las de fuego, puesto que unas y otras pro-
 ducen igual efecto para el caso á que se re-
 fiere; pero esas mismas palabras nos advier-
 ten que no debe estenderse el texto del ar-
 tículo á toda clase de armas en el sentido
 lato de esta palabra, que como se dijo en su
 lugar oportuno (V. **ARMAS**), comprende
 todos los instrumentos servibles para la
 ofensa ó defensa. Ocúpase tambien el artícu-
 lo del hecho de «sacar armas en riña» y nada
 dice de los golpes, heridas, etc., porque
 estan previstos en otros artículos, que los ca-
 lifican ya de delito, ya de falta. En cuanto
 á la escepcion «como no sea con motivo
 justo» al juez tocará graduarla, examinando
 las diferentes circunstancias que en el he-
 cho concurren. Para completar la intelligen-
 cia de esta falta, y saber cuando la ame-
 naza constituye delito véase **AMENAZA**.

El artículo 494 (en su número 6.º) se di-
 rige á castigar otro abuso de las armas, im-
 poniendo arresto de uno á cuatro dias ó
 multa de uno á cuatro duros al que «dispa-
 rare arma de fuego, cohete, petardo ú otro
 proyectil dentro de la poblacion.» Este he-
 cho que antes era objeto de bandos ó de
 reglamentos de policía, solo puede castigarse
 en lo sucesivo del modo que el Código
 establece. El motivo de la disposicion es
 evitar que con los disparos pueda ocasio-
 narse incendio, causarse alguna desgracia
 y particularmente turbarse el sosiego públi-
 co, produciendo alarma entre los vecinos.
 Si se llegara á presentar algun caso en que
 nada de esto hubiera sucedido, el juez de-
 berá tomarlo en cuenta y considerar el he-
 cho segun su ilustrado arbitrio moderando
 el arresto ó la multa que corresponde á los
 infractores. Cuando la autoridad concedie-
 re licencia para hacer los disparos, ya indi-
 vidual, ya generalmente, no tendrá aplica-
 cion el artículo, lo cual aunque no espresa
 el Código, es una regla de buen sentido. En
 cuanto á la costumbre que hay en muchas
 poblaciones de hacer disparos el sábado san-

to cuando se toca á gloria, habia cesado,
 respecto á Madrid antes de la publicacion
 del Código en virtud del artículo 17 de la
 ordenanza de policía urbana de 1846 que
 dice: «Se prohíbe que el sábado Santo al
 »toque de gloria se disparen armas de fuego,
 »cohetes ni petardos.» Esta costumbre, abo-
 lida en Madrid, deberá eximir de toda pena
 en los demas pueblos donde se halle con-
 sentida por las autoridades.

Disposicion comun al caso de haberse co-
 metido un delito y al de haberse cometido
 una falta es la pérdida de las armas de que
 se valió el agente. En cuanto á los delitos
 el artículo 24 del Código cuenta entre las
 penas accesorias: «la pérdida ó comiso de
 »los instrumentos y efectos del delito,» de-
 claracion terminante tan clara y equitativa
 de por sí que no ha menester de interpre-
 tacion ni justificacion. La pérdida de las
 armas que sirvieron á la ejecucion de un
 delito, nunca puede por otra parte tener el
 carácter de pena principal porque no seria
 ejemplar, ni proporcionada, ni reuniria
 otras muchas cualidades que al efecto se
 requieren; por eso se la ha calificado del
 único modo que era posible: como pena ac-
 cesoria.

Tocante á las faltas se halla establecido
 por el artículo 502 del Código que caerán
 siempre en comiso las armas que llevare el
 ofensor al cometer un daño ó inferir una in-
 juria, si las hubiere mostrado. Segun el
 contesto de esta disposicion no en todas las
 faltas, sino solo en aquellas que consisten
 en daño ó injuria puede tener lugar el co-
 miso de las armas: y no se necesita que con
 ayuda de estas se haya cometido el daño ó
 inferido la injuria, sino que es suficiente
 que el ofensor las haya sacado; razon por la
 que no caerán en comiso las que llevare
 ocultas sin dar á entender que las tenia.
 El siguiente artículo 503 dispone que el co-
 miso de los instrumentos y efectos de las
 faltas lo decretarán los tribunales á su pru-
 dente arbitrio segun los casos y circunstan-
 cias. Esto no admite otra inteligencia sino
 que en tanto habrá ó no comiso de armas
 en cuanto lo estime conveniente el juez. Y

ARMAS.

599

siendo así debe entenderse limitada por este artículo la frase general y absoluta del anterior «caerán siempre:» de otro modo habria una contradiccion inconciliable.

Resta ahora hacer indicacion de algunas diligencias judiciales que se deben practicar en la sustanciacion de las causas por delitos en que se han empleado armas. Desde luego el juez ha de proponerse con el mayor celo averiguar cual fue la que sirvió para perpetrar el delito y proceder á su aprehension, con lo cual se puede llegar á apreciar mas exactamente el delito y facilitarse el descubrimiento del verdadero delincuente. Por esto, caso de verificarse la aprehension del arma, debe acreditarse por el escribano, espresando con minuciosidad la clase á que pertenezca, las señas particulares que la distinguan, el estado de servicio en que se encuentre, y siendo de fuego si se encontró cargada ó descargada. El arma deberá quedar en poder del escribano durante la causa y considerarse como unida á la misma, como que es el instrumento del delito. Ademas de la descripcion que dejamos indicada, la práctica ha adoptado otro medio muy eficaz y recomendable con objeto de que no se pueda dudar cuál fue el arma aprehendida, y alejar toda equivocacion: acostúmbrese á hacer su diseño en los autos con toda exactitud, indicando las manchas de sangre si las tuviera, y á hacer una señal en el arma y la misma en el diseño. Pero á veces el diseño no se puede hacer, como sucederia, por ejemplo, si el arma fuera bastante mayor que la dimension del papel sellado: en estos casos es suficiente la descripcion detallada de que se ha hablado. Cuando el reo dá á entender haber cometido el delito ó lo declara esplicitamente, y aun cuando lo niegue si hay motivos para creer que el arma era suya, ó que habia estado en su poder, se le debe presentar para que la reconozca y diga en su caso si fue la que le sirvió para su crimen, diligencia que debe ser estensiva á los testigos que dicen haberle presenciado. Ultimamente, resultando que el arma aprehendida fue el instrumento del delito, debe sujetarse al

reconocimiento pericial de dos maestros armeros, los cuales, con arreglo á su arte y á las disposiciones vigentes de que se les enterará previamente, han de declarar si es de las prohibidas: averiguacion importante, porque ha de servir al juez para considerar una circunstancia agravante y un aumento en la pena que haya de imponer con arreglo al Código.

§. 3.º *Autoridades competentes en materia de armas prohibidas.*

Para concluir la esposicion del derecho español que rige en punto á prohibiciones de armas, corresponde hacer las oportunas indicaciones acerca de las autoridades que son competentes para declarar prohibidas ciertas armas, para conceder licencias y para reprimir los abusos que se cometan.

Manifestamos ya en la segunda seccion de este artículo las razones que militaban para que el legislador abandonara á los reglamentos las prohibiciones, atendido el carácter variable que estas tienen: principio que se ha adoptado recientemente entre nosotros, cuando el Código penal ha declarado circunstancia agravante el uso de armas «prohibidas por los reglamentos.» Estos reglamentos podrán ser ó generales, espeditos por el gobierno, ó en su defecto en momentos dados y por circunstancias extraordinarias los bandos que publiquen los agentes superiores de la administracion dentro del círculo de sus atribuciones: tanto en uno como en otros casos cabe hacer la designacion de las armas prohibidas. Creemos, por lo tanto, que ha quedado revocada la facultad absoluta y privativa que concedió la real orden de 13 de octubre de 1748 á los gobernadores de las plazas de Cádiz y Málaga para prohibir el uso de toda arma corta de fuego ó blanca; lo que fue siempre un privilegio peculiar á aquellas autoridades, porque si bien la ley 21 del tít. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop., hizo estensiva la citada real orden á los gobernadores de todas las plazas marítimas, fue únicamente en cuanto al conocimiento privativo de las causas en

que interviniesen armas prohibidas, sin decirse nada de la facultad de dictar prohibiciones.

Por lo que hace á las licencias para el uso de armas prohibidas, la regla general es que su concesion corresponde a los gobernadores de provincia como sucesores de los gefes políticos. Dedúcese así de la real orden de 18 de marzo de 1843, la cual al permitir á los empleados que mencionan el uso de armas prohibidas, añade que se han de hallar competentemente autorizados por el respectivo gefe político. Con esta real orden ha venido á quedar sin aplicacion la ley 20 del tit. 19 del lib. 12 de la Nov. Recop.: esta fijaba una escepcion general en favor de los empleados en diligencias del servicio nacional, y exigia la autorizacion de los gefes de la tropa destinada á perseguir malhechores: aquella designó qué empleados se hallaban comprendidos en la escepcion y exigió la autorizacion de los gefes políticos. Seria, por lo tanto, inútil hablar de la ley Recopilada.

Lo que debe tenerse presente en este punto es la prevencion hecha á los gefes políticos por real orden de 23 de enero de 1843 sobre la concesion de las licencias que acabamos de indicar. Recomendáseles que las den con gran circunspeccion y cuando obligue á ello la necesidad, mandándoseles que se espresen en ellas las circunstancias y señas del individuo y la calidad y número de las armas, abriéndose para anotar dichas licencias un registro en las secretarías de los gobiernos políticos. De todo lo cual bien claramente se infiere que solo á los empleados que designan las reales órdenes en la materia y no á otras personas, es á quienes pueden concederse las autorizaciones.

A pesar de ser la regla general la que ya hemos dicho, los militares encargados de la persecucion de malhechores, yendo disfrazados, ó de otro asunto del servicio nacional usan las armas prohibidas, bastándoles los despachos de la comision que llevan. Asimismo los oficiales de graduacion inferior á la de coronel cuando van de viaje fuera de su regimiento, de su compañía

ó destacamento pueden llevar armas prohibidas con licencia de sus gefes.

La concesion de las licencias que en España se exigen para el uso de armas permitidas corresponde á las autoridades locales, como encargadas de velar por la seguridad de los particulares; pero circunstancias especiales han dado lugar á que actualmente se refunda esa atribucion en la autoridad local superior. Así lo establece el art. 1.º de la real orden de 14 de julio de 1844, segun el cual la única autoridad competente para otorgar los permisos es la del gefe político ó al presente la del gobernador de provincia.

Ultimamente, resta manifestar cuál es la autoridad que debe entender de la contravencion que resulta del uso de armas prohibidas ó de las permitidas sin licencia. Cuando la primera de estas contravenciones estaba elevada á la clase de delito por las leyes, hallábase mandado que, mediando la aprehension de las armas, se perdiera todo fuero y correspondiera el conocimiento á las justicias ordinarias, escepto en las plazas marítimas donde tenian los gobernadores facultad de conocer privativamente. Pero hoy día, en que no se dá aquella importancia exagerada al uso de armas prohibidas, corresponderá el castigo de esta infraccion á las autoridades políticas y administrativas, quienes impondrán la multa correspondiente dentro de los límites que tenemos manifestado en su lugar oportuno. Respecto al uso de armas permitidas, tambien digimos que daba lugar á una multa impuesta gubernativamente, la cual deberá imponerse por las mismas autoridades. Por último, siempre que del abuso de armas resultare un delito ó una falta, entenderán en su represion los tribunales ó los alcaldes en la forma que se espone en sus respectivos lugares.

ARMERO. El que construye y compone armas. V. **ARMAS**, **ARMAS PROHIBIDAS**.

ARMISTICIO. De las palabras latinas reunidas *armis*, las armas, y *statio*, parada, detencion. Significa, por tanto, deten-

ARQUEO.

601

cion ó suspensión en el uso hostil de las armas entre dos ó mas combatientes, sean individuos, cuerpos armados ó naciones en guerra. El armisticio se llama tambien *suspension de hostilidades y tregua*. De cualquier modo que el hecho se denomine, es siempre el resultado de un convenio mútuo que produce obligaciones sagradas, tanto mayores, cuanto que suelen interesarse y comprometerse á la vez la humanidad, la paz y hasta la suerte de las naciones. Véase el punto tratado en toda su estension en el artículo **TREGUA**.

ARQUEO. Se llama así el reconocimiento de caudales existentes en las arcas públicas que los reglamentos administrativos prescriben se haga periódicamente por los tesoreros ó depositarios. Esta operacion es de necesidad mercantil para todo encargado de manejar caudales; pero cuando se trata de fondos del Estado tiene el doble objeto de facilitar el buen orden de la contabilidad y de precaver la distraccion ó malversacion de los caudales públicos. El abuso contra el cual se ha establecido semejante precaucion no es solo el de la distraccion de fondos, si no tambien el de su viciosa aplicacion, en cuanto impide que se hallen fuera de arcas, figurando en ellas; que se negocien en interés privado con lo que es del público, y que no se encuentren disponibles para las atenciones del servicio en el momento dado en que los necesite la administracion. Tambien tiene el arqueo por objeto facilitar á la administracion central el conocimiento de las existencias de caudales en cada tesorería y en cada período de tiempo limitado, para arreglar el movimiento y giro de los fondos, á cuyo fin se dirige principalmente la frecuencia y repetition periódica de los arqueos. Por lo demas para que la operacion corresponda á sus fines, desde muy antiguo ha venido regularizándose por las instrucciones y reglamentos de Hacienda pública. Nació con la creacion de las tesorerías y depositarias: siguió naturalmente al establecimiento de las arcas de tres llaves que habian de custodiar otros tantos funcionarios bajo su responsa-

TOMO III.

bilidad, y fue siempre acompañada del precepto de que se repitieran los arqueos en períodos determinados, de que se verificaran con asistencia de los clayeros, y de que se levantase acta formal del resultado, de que habia de darse cuenta á la superioridad. Desde la instruccion general de rentas de 4 de julio de 1718, hasta la provisional vigente de 13 de junio de 1843, todas han preceptuado los arqueos en períodos fijos y con mayores ó menores formalidades. Así la ordenanza de intendentes de 13 de octubre de 1749, la instruccion de 10 de noviembre de 1760, la de 4 de octubre de 1799, la de 30 de julio de 1802, la de 16 de abril de 1816, y la de 3 de julio de 1824 prescriben la celebracion de los arqueos y señalan generalmente el período de un mes, si se exceptuan la última citada y la vigente, que añaden á los arqueos mensuales los semanales. Para que se forme idea cabal de la operacion de los arqueos nos parece suficiente, despues de lo que precede, insertar á continuacion el artículo 76 de la instruccion de 1843, que ademas de ser la legislacion vigente en materia de Hacienda, contiene disposiciones y detalles que esplican con claridad lo que hoy se practica.

INSTRUCCION PROVISIONAL DE 13 DE JUNIO DE 1843.

Artículo 76.

En los dias 8, 13, 23 y último de cada mes se ejecutará (por los tesoreros) un arqueo de fondos despues de las operaciones del dia. A este acto asistirán el intendente, los administradores de provincia y los gefes de las secciones de contabilidad.

Al recuento material de los fondos precederá la comprobacion del cargo de la tesorería con los libros de las administraciones y de la seccion de contabilidad, y los de la data con los de la misma tesorería y los documentos en que se funde, si se considera necesario.

Para abreviar la operacion del recuento cuando sea considerable la existencia en

metálico, podrá hacerse uso del peso por balanza, contando una cantidad de cada especie y clase de moneda, la cual servirá de unidad para comprobar todas las que haya de la misma clase. El tesorero será sin embargo responsable de cualquiera diferencia que se advierta entre la cantidad contada por este medio y la que deba existir en arcas.

Del resultado de cada arqueo se extenderá acta en dos libros, de los cuales uno se conservará en la tesorería y otro en la sección de contabilidad. Todos los gefes asistentes firmarán el acta, admitiéndose en ella no obstante cualquier protesta que por aquellos se hiciere, y se remitirán copias certificadas por el intendente al director general del Tesoro y contador general del reino. El gefe ó gefes que protestaren, espondrán también por separado á aquellos lo que tengan por conveniente sobre el resultado del arqueo, haciéndolo por el correo inmediato para salvar su responsabilidad. Las arcas en que se custodien los fondos del Tesoro tendrán tres llaves, á cargo una del intendente, otra del tesorero, y la otra del gefe de la sección de contabilidad.

En los demás ramos de la administración pública en que están también prescritos los arqueos, se observan en lo esencial estas disposiciones ú otras análogas.

ARQUEO. Llámase también así la medición que se hace de los pies cúbicos de un buque para deducir el número de sus toneladas. V. *NAVE*.

ARQUITECTO. ARQUITECTURA. Viene de la palabra griega ἀρχιτέκτων, compuesta de ἀρχή principal y τέκτων artifice: y en latín, según la versión de Martini: *Quasi princeps fabricorum sive structorum*. Dada esta idea genérica del arquitecto, no dudamos en admitir la definición de Mr. Dalloz, que dice así: «El arquitecto es el que hace profesión de dar los planos y presupuestos para las construcciones y de dirigir los trabajos.» Según otro escritor, citado por el mismo Mr. Dalloz (1), «es el que traza el plano

»de un edificio, arregla sus proporciones
»y su simetría, dirige los trabajos relativos
»á su construcción y manda á los operarios
»que están empleados en ellos:» definición que es propiamente una repetición de la que se encuentra en la ley 2 del Código: *De excuss. artif.* en que se dice, hablando del arquitecto: *Qui divisiones partium omnium incisionesque servat, mensurisque et institutis opera fabricationibus stringit.*

La idea que damos del arquitecto nos la da igualmente del arte que profesa ó de la *Architectura*, de la que decía Quintiliano: *Architectura in omnibus quæ sunt edificio utilia versatur.*

SUMARIO.

- SEC. I. RESEÑA HISTÓRICA.
- SEC. II. CIRCUNSTANCIAS Y REQUISITOS PARA OBTENER LA CONSIDERACION Y EL TÍTULO DE ARQUITECTO.
- SEC. III. PREROGATIVAS Y DERECHOS DE LOS ARQUITECTOS.
- SEC. IV. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ARQUITECTOS.
- §. 1.º *Deberes y responsabilidad de los arquitectos ajenos y esenciales á su profesion.*
- §. 2.º *Deberes como peritos en la administracion de justicia.*
- §. 3.º *Idem como auxiliares de la administracion pública.*

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

La arquitectura es hija de las primeras necesidades del hombre, en cualquier estado de civilización en que se encuentre. Donde quiera que han existido, ya aislados, ya en sociedad, los individuos de la especie humana, se encuentran vestigios de los edificios mas ó menos rústicos, mas ó menos elegantes y perfeccionados que construyeron con destino á proporcionarse abrigo, seguridad y descanso. El Génesis nos habla de una ciudad edificada por Cain: *Cain*

(1) *Le nouveau donisart.*

ARQUITECTO

603

edificavit civitatem, vocavitque nomen ejus ex nomine filii sui Henoch: y esta es una prueba de la celeridad con que los hombres se valieron de este medio para libertarse de las inclemencias del cielo.

Se comprende bien que en la primitiva rudeza é ignorancia de los hombres, estos edificios debieron ser de construcción grosera, incómodos é imperfectos, y que no presentarían ninguno de los caracteres de belleza, elegancia y proporción que se advierten en los de los pueblos que mas adelante se distinguieron por su civilización, sus conocimientos y sus riquezas: tales fueron el Egipto y la Grecia, los cuales recibieron del Asia las primeras inspiraciones artísticas, y andando el tiempo las perfeccionaron y propagaron á los demás pueblos. Es digna de mención para conocer los adelantos de la arquitectura y los extraordinarios progresos que ya se habían hecho en aquel tiempo en otros muchos ramos, la construcción de la famosa torre de Babel, monumento célebre por tantos motivos: así sucede siempre que un gran interés individual, social ó político ejerce su influencia sobre la imaginación de los hombres: el genio se despliega entonces con la necesidad y con los poderosos estímulos que lo despiertan y nace el artista para realizar sus felices concepciones. Si la Sagrada Escritura nos enseña que en tiempo en que el Egipto levantaba los grandiosos monumentos que duran todavía, Dios mismo trazaba á los hebreos el dibujo del Tabernáculo, era porque Moisés tenía necesidad de que concurriese la intervención divina en los proyectos de libertad y de civilización del mundo, que tanto se enlazan con los de la arquitectura, en la cual las ideas de belleza y de proporción son hasta cierto punto inmutables. Así lo atestestigua la historia del arte, cuyos monumentos antiguos y modernos reconocen las mismas bases y elementos, los mismos órdenes, las mismas reglas de ejecución, cualesquiera que hayan sido por otra parte las variaciones del gusto en cuanto á los métodos de construcción y en cuanto á los adornos.

Sería árdua empresa la de trazar un cuadro histórico de la arquitectura desde su origen hasta nuestros tiempos: no puede ser este nuestro intento, bastándonos para el que nos proponemos saber, que con mas ó menos perfección todos los pueblos de la antigüedad la miraron con predilección, trasmitiéndonos señalados testimonios de la preferencia que dieron á un arte tan necesario para la vida, como propio para escitar el entusiasmo y las grandes ideas.

España participó también en diferentes tiempos de este sentimiento general en favor de la arquitectura. Todavía se conservan muchos monumentos, que son una especie de crónica de las varias dominaciones que en ella se sucedieron, en que se observan todos los géneros y estilos, y el recuerdo de todas las escuelas y maneras, grabado con caracteres duraderos. Hay testimonios de construcciones griegas, romanas, góticas, bizantinas y arábigas, y los hay de los tiempos mas próximos á nosotros, de que son prueba irrefragable las noticias que han recogido escritores ilustrados y eruditos.

Estas mismas noticias, recogidas con escrupuloso cuidado, nos han conservado la memoria de arquitectos célebres que se distinguieron por determinadas obras, cuya construcción tuvieron á su cargo, principalmente árabes y españoles. Es verdad que en la antigüedad mas remota no se conocieron con este nombre, especialmente desde que se empezó á introducir el romance español, y mas bien se les dá el de alarifes y maestros, nombre el primero puramente arábigo, y que era aplicable, como dice Cobarruvias, al que era sábio en las artes mecánicas y juez de obras de albañilería. El nombre de alarife, sin embargo, se dió despues, y se reserva hoy á los que, sin ser maestros mayores ni arquitectos, tienen á su cargo la ejecución material de las obras cuando estas se hacen bajo la dirección de uno de aquellos, siendo propiamente unos aparejadores, con alguna mas inteligencia y la facultad de dirigir por sí obras de segundo orden y de poca responsabilidad.

Como quiera que sea, á este y otros nombres, como el ya citado de aparejador, oficial, ayudante, etc., no se les conoce hoy con un nombre legal que suponga la significacion de cargo determinado.

Lo que indudablemente se colige de aquellos monumentos y noticias es, que esta profesion no estaba ordenada y regularizada como en los tiempos posteriores de la dinastía de Borbon; es decir, que en los anteriores á Felipe V la arquitectura no constituía una carrera con estudios fijos é iguales para todos los que á ella se dedicaban. Habia hombres que se distinguían por su genio y por sus conocimientos, á los cuales se les confiaba la ejecucion y direccion de las obras públicas y de particulares. Así lo han demostrado, entre otros, los célebres escritores Palomino, Llaguno, Pons y Cean en los varios documentos que han recogido y pueden servir á la historia del arte. Los cabildos eclesiásticos, los ayuntamientos y otras corporaciones, nombraban maestros de obras especiales, que estaban consagrados á su servicio en las que cada uno de dichos cuerpos tenia que construir, y que al mismo tiempo dirigian las que en las respectivas localidades se les encargaban. Los reyes concedían tambien el título de arquitecto á sujetos distinguidos por su pericia y experiencia, dándoles ordinariamente el nombre de maestros mayores; pero aun en estos casos se les confería el título, no con el carácter de generalidad que ahora se les confiere, sino con limitacion á determinadas obras de que estaban encargados, ó á las que pudieran ocurrir á las corporaciones y establecimientos á cuyo servicio estaban escritos. *Consta, dice D. Antonio Pons, en la página 163, tomo 3.º de su Viaje de España, que desde el tiempo de Carlos V hasta el principio del reinado de Felipe IV, por lo menos, fueron arquitectos de las obras de Uclés los mismos que lo eran de las otras obras reales, y que los nombraba el Rey, sin duda á consulta del Consejo de Ordenes, y se les despachaba título firmado de S. M. Por eso no es maravilla que en Uclés haya cosas bien ideadas y bien hechas, pues siem-*

pre corrian á cargo de uno de los mejores profesores que á la sazón habia. En el año de 1576 nombró el Rey á Pedro de Tolosa por maestro mayor de las obras de este convento, para que continuase segun las trazas que de órden de S. M. habia hecho Gaspar de Bés, ya difunto, y se le señaló el salario de sesenta mil maravedís cada año, con la obligacion de ir á reconocer la obra de dos en dos meses. El tal Pedro de Tolosa habia sido aparejador en las obras del Escorial.

Así continuaron las cosas, hasta que, como hemos insinuado, Felipe V, estimulado por hombres celosos del bien público, é imitando el ejemplo de Luis XIV en Francia, que habia establecido una academia de bellas artes y regularizado la enseñanza de las mismas, trató seriamente del establecimiento de una academia, en que se regularizasen los estudios de las tres nobles artes y el ejercicio y autoridad de los profesores y maestros, disponiendo al efecto varios trabajos preparatorios, que dieron por último el resultado que se propuso en tiempo de su hijo Fernando VI, segun mas por extenso hemos manifestado en el artículo

ACADEMIA.

Desde el establecimiento de esta, varió completamente el aspecto de la carrera de arquitectura y de carácter las personas que á ella se dedicaron. No fueron ya los arquitectos, como en tiempos anteriores, unos simples encargados de las corporaciones, cabildos y autoridades que les confiaban la ejecucion de algunas obras, ó la comision especial y limitada de estar al servicio de dichas corporaciones; fueron, sí, unos profesores con título y facultades propias, debidas á su pericia y á la prueba de suficiencia á que se les sujetó para en adelante: salieron de la tutela del interés individual y de la voluntariedad de sus representantes, y recibieron una investidura y carácter público de que habian carecido, habiendo resultado ennoblecida la profesion y premiada la carrera, con la concesion y el uso libre, general y decoroso del arte en que se habian de ejercitar.

Para ello fueron varias las disposiciones

ARQUITECTO.

603

que se dictaron al instalarse la academia y mas adelante, segun las circunstancias y los casos lo fueron exigiendo.

Desde la real cédula de 30 de mayo de 1757, que es la ley 1.ª, tit. 22, lib. 8 de la Nov. Recop., con que se inauguró la fundacion de la academia, las muchas disposiciones dictadas sucesivamente por el gobierno y los esfuerzos constantes de la misma corporacion se dirijieron á este fin: en unas se declara y protege la independencia de los arquitectos; en otras se les conceden prerrogativas y derechos que concentraron en ellos el ejercicio de la profesion; en otras se priva con prudente severidad á los que careciesen de título académico, de la facultad de emplearse en la direccion y ejecucion de obras y se corta el abuso que habia prevalecido por el trascurso de los años, de que las corporaciones, ayuntamientos y cabildos eclesiásticos pudieran echar mano para el servicio de sus respectivas dependencias, de personas que careciesen de la habilitacion y autorizacion competente para el ejercicio de arte tan difícil y necesario.

Pero por grandes que fuerón los esfuerzos que hizo la academia para elevar á la alta y debida consideracion la carrera, luchó con dificultades no pequeñas, singularmente con relacion á la fijacion de los estudios que habian de constituir la. Así es que han pasado muchos años antes de que hubiese logrado lo que hoy ya tiene, á saber: el establecimiento de estudios científicos y prácticos que, abarcando la dilatada esfera que comprende esta importante profesion, dará por resultado la formacion de arquitectos hábiles y experimentados que serán una garantía para los progresos del arte y para las necesidades permanentes de la sociedad española.

La historia de los esfuerzos hechos por la academia para conseguir esta mira constante de sus afanes es sumamente curiosa é interesante, y será leida con gusto y provecho, por lo mismo que es generalmente ignorada y que contiene hechos que honran su celo y el de muchos dignos protectores de esta corporacion.

Bien reciente aun la creacion de la academia, en febrero 1759, notando esta corporacion el lamentable desorden en que se encontraba la ensenanza de la arquitectura, mandó que los profesores de esta noble arte le propusiesen un plan de estudios para la ensenanza de su facultad; y fue tal la constancia y laboriosidad con que se dedicaron á este trabajo los dignos profesores don Ventura Rodriguez, don Diego de Villanueva, don Alejandro Velazquez y don José de Castañeda, que antes de concluirse el mismo mes presentaron concluido á la academia su plan, dividido en cuatro partes, en la forma siguiente: la primera comprendia los conocimientos especiales de matemáticas puras, necesarios para el estudio de la arquitectura, la geografia y la gnomónica; la segunda la mecánica, la maquinaria con sus aplicaciones relativas á la firmeza y solidez de las fábricas, conocimiento de las calidades de los terrenos y materiales y su uso, albañilería, cortes de piedras y maderas; la tercera todo lo relativo á la belleza y decoracion de los edificios, delineacion de los órdenes de arquitectura, principios de óptica y la perspectiva, y la cuarta todo lo que corresponde á la comodidad, situacion y disposicion de las fábricas, los templos y demas edificios públicos, casas particulares, fortificacion de plazas, conduccion de aguas, má quinas hidráulicas, daños de los edificios y sus remedios. La academia aprobó este plan en todas sus partes y mandó que se franqueasen á los profesores los medios para realizarlo.

Por el mismo tiempo presentó tambien á la academia su consiliario el conde de Aranda un dictámen ó propuesta relativa á la reforma de los estudios de la arquitectura: en este apreciable papel manifestaba á la academia su ilustrado autor la necesidad que habia de establecer un sistema fijo, cualquiera que fuese, en que se diese el lugar correspondiente á la parte científica, tan descuidada hasta entonces; reprobaba la práctica seguida constantemente de dedicar todo el tiempo á la simple delineacion, señalaba los estudios que debian hacer los

arquitectos, recomendaba el dibujo natural y concluía escitando á la academia á emprender la traduccion é impresion de cuantas obras estrangeras se publicasen relativas á los diferentes ramos de la profesion, y á recoger todo lo que existiese de la antigüedad.

Si se hubiesen realizado estos planes trazados con tanto acierto en el nacimiento mismo de la academia, se hubieran cogido sin disputa frutos muy sazonados, y los estudios de arquitectura se hallarian ya hoy en el mas alto grado de perfeccion, con las mejoras que de dia en dia habria ido recibiendo el plan que les sirvió de fundamento; pero desgraciadamente á esta época de energia y actividad sucedió otra de treinta y tres años en que nada se habló de planes de estudios ni métodos de enseñanza. La academia se ocupó solamente de llamar á su seno los hombres cuyo talento les habia permitido adquirir una instruccion, singular entonces, honrándolos con el título de académicos y de procurar por todos los medios posibles atraerse la proteccion de los magnates y potentados, con cuyos nombres creyó enriquecer el catálogo, ya numeroso, de sus individuos, y á cuya sombra esperaba medraria y se robustecería el nuevo árbol, cuyo cultivo le habia sido encomendado. Instituyóse por entonces el título de maestros de obras con el objeto de establecer una clasificacion que ya entonces se creyó necesaria, autorizándolos para dirigir toda clase de obras, pero constituyendo siempre una clase inferior á la de los académicos de mérito; habiéndose despues restringido sus facultades y reducido solo á las obras particulares, cuando se creó para hombres de mas ciencia el título de arquitectos.

En el año de 1792 volvió la academia á escitar el celo de sus profesores, y á consecuencia de esta escitacion volvió á tratarse de estudios y se escribieron varios papeles, entre los cuales se encuentra uno de don Manuel Martin Rodriguez, cuya fecha es de 30 de setiembre del mencionado año, en el cual desde luego dá por sentado que el arquitecto debe hacer los estudios prepara-

terios del dibujo natural, de las matemáticas, de la mecánica de sólidos y fluidos, de la fisica esperimental y de la perspectiva; propone la construccion de modelos de buen tamaño de los edificios y monumentos que existen de la antigüedad, así como de sus diferentes partes y de los órdenes de arquitectura; propone que el director diserté de viva voz sobre el origen, proporciones y nombre de las diferentes partes de estos monumentos, desea que se faciliten á los discípulos las obras de los autores magistrales que deben serles familiares, y concluye reprobando altamente los premios mensuales que entonces se acostumbraban. Otro de los dictámenes presentados entonces es el de don Francisco Sanchez, su fecha 14 de octubre del mismo año de 1792. Este profesor quiere que se imponga á los discípulos en el conocimiento de los instrumentos geométricos y en las operaciones sobre el terreno, que haya conferencias sobre los diferentes ramos del arte, y en fin, que los alumnos consulten y estudien las obras que sobre él se han escrito.

Con mucha mas estension trató esta materia por el mismo tiempo el Sr. D. Pedro de Silva en sus «Reflexiones sobre los estudios de arquitectura,» cuyo papel dividió en dos partes: la primera en que trató de la ciencia y conocimientos del arquitecto, y la segunda de las pruebas y exámenes. En la primera se estiende á enumerar las partes constitutivas de la arquitectura, tratando de cada una en particular, recomendando con la mayor eficacia el estudio de las matemáticas, considerándolas como la base y fundamento del estudio razonado de la construccion y de la solidez de los edificios, en el cual deben ponerse en juego los conocimientos del cálculo infinitesimal y de la geometría sublime, y propone, atendiendo á la multitud y estension de las materias que abraza esta profesion, que haya dos clases de arquitectos, á saber: civiles é hidráulicos, para que los primeros se dediquen enteramente á estudiar la solidez, comodidad y decoro de los edificios civiles, apurando en ellos todos primores de los

ARQUITECTO.

607

diferentes estilos ó géneros conocidos; y los otros se ocupen exclusivamente de la construcción de puentes, canales, diques y demás obras hidráulicas, debiendo constituir la principal parte del estudio de estos últimos, la hidráulica y demás ciencias relativas á su ocupacion. En la segunda parte propone el plan de aprobacion, y dice que no comprende que pueda haber mas clases de profesores que la de arquitectos y la de aparejadores. Insiste con mucha eficacia en manifestar que ninguna relacion tiene el ejercicio de una facultad pública y libre como la arquitectura con la recepcion en un cuerpo particular, cual es la academia, y dice: que ni es preciso para ser buen arquitecto estar recibido de académico, ni tiene obligacion la academia de recibir por individuos suyos á todos los buenos arquitectos, dejando sentado por consecuencia que no debe ser el título de incorporacion en la academia el único medio de adquirir la autorizacion para ejercer la profesion, sino que debe existir aparte de aquel el del arquitecto, y concluye diciendo que si la arquitectura ha hecho grandes progresos, aun puede hacerlos mayores, pues no ha llegado á su perfeccion.

Mas el que quiera enterarse del estado en que entonces se hallaba la enseñanza de las artes en la academia, puede leer el papel que escribió don Juan de Villanueva, movido de la obligacion que le imponia el cargo de director general: en él manifiesta desde muy al principio el embarazo en que se encuentra, sin saber qué nombre dar á este establecimiento, y dice que no sabe si debe llamarle academia ó escuela de nobles artes, pues queriendo ser lo uno y lo otro, le parece que no cumple con los fines que se proponen: presenta en seguida la historia de los vicios y defectos que ha observado y el modo de corregirlos, y aunque no ofrece un plan metódico y doctrinal para la enseñanza de la arquitectura, apunta algunas ideas útiles para su formacion, y aconseja como necesaria la coordinacion de un tratado completo de arquitectura civil, que sirva de testo para la enseñanza, repu-

tando como insuficiente el Vignola y el tratado de geometría práctica, únicos que hasta entonces se habian usado en la academia.

Poco despues de haber adquirido la academia todo este apreciable conjunto de noticias vino á constituir como en juez y árbitro de todo cuanto se habia escrito á don Benito Bails, su digno director de matemáticas, á quien remitió cinco acuerdos y catorce dictámenes relativos al arreglo general de estudios, para que propusiese á la academia lo que juzgase mas oportuno deliberar en tan árduo negocio; y á consecuencia de tan honorífico encargo presentó Bails á la academia un razonado informe en que manifestaba que los primeros esfuerzos debian dirigirse á descubrir en los alumnos el genio, ese don sublime é indispensable para poder llegar á llamarse artista; propone el modo de examinar si los discípulos le tienen ó no, é insiste en que la gloria de un instituto no está en tener muchos alumnos, sino uno solo, pero aprovechado y que dé lustre á la academia y á la nacion; exige que todos los artistas, pintores, escultores y arquitectos pongan por fundamento de sus estudios artísticos, la parte científica necesaria para poder progresar en aquellos, estudiando los tratados fundamentales de las matemáticas, como son: la aritmética y geometría, y de los mas elevados, la parte que á cada uno le toque saber, segun el objeto y naturaleza del arte á que se dedica, no perdiendo de vista que todos deben saber perspectiva, muchos óptica y algunos mecánica. Habla despues en particular de la arquitectura, recorre los diferentes estudios teóricos que en su concepto debe comprender, aprecia y recomienda el dibujo; pero reprueba la práctica que entonces se seguia de dedicar exclusivamente á él los alumnos, descuidando la parte científica, lo cual dice, «los reduce á meros, bien que excelentes delineantes, y ciegos, mas bien que sirve al público, quien faltode conocimiento juzga equivocado que ejecutará muy bien en el terreno un edificio la misma mano que lo presenta dibuja-

do con tanto primor:» por último, encarga muchísimo que al tiempo que se dedican á estudiar la parte teórica se ocupen todo el tiempo posible en adquirir los muchos conocimientos prácticos que necesitan, sin esperar para adquirirlos á que llegue la ocasión de necesitarlos.

No consta que la academia tomase por entonces resolución ninguna ni que se realizase nada de cuanto se le había propuesto; y después de haber guardado un absoluto silencio por espacio de siete años, volvió á mandar que los directores y tenientes de todas las artes reunidos le presentasen un plan general para la enseñanza de todas ellas. Obedientes los profesores, entregaron concluido el plan que se les había encargado en 5 de mayo del año de 1799.

En la parte correspondiente á la arquitectura se establecían los estudios científicos y artísticos que debían adquirir los jóvenes dedicados al estudio de la arquitectura, enumerando y colocando con la debida clasificación el dibujo de la figura humana, las matemáticas puras, la física experimental, la mecánica de sólidos y fluidos, la óptica y la parte de mineralogía que enseña á conocer la naturaleza y propiedades de los materiales que se emplean en la construcción; se señala el tiempo que se ha de destinar á la delineación de los órdenes, de arcos y bóvedas de todas clases, de armaduras y cimbras y de las máquinas mas notables y usadas para elevar pesos y para aplicar las reglas de la mecánica; se pondera la necesidad de formar un tratado que sirva de texto en la enseñanza y se recomienda la utilidad que proporcionará á la misma el reunir en la biblioteca todos los libros y papeles que se publiquen en Europa relativos á las bellas artes.

Por lo dicho se ve que en esta tercera época fue llevado el plan de estudios á un grado mayor de perfección: las ciencias de las relaciones y las de hecho y observación, favorecían esta empresa, y los ilustrados profesores que la tomaron á su cargo, no desconocieron que en dichas ciencias se hallan depositados los principios fundamentales de las artes.

En el año de 1801 remitió á la academia desde Pamplona don Santos Angel Ochandategui un plan metódico y razonado de la arquitectura, y tal, que si se hubiese llevado á efecto hubiera bastado por sí solo para elevar el arte al mas alto grado de perfección: él presentaba un sistema arreglado de doctrinas, un orden metódico de enseñanzas, un aprecio singular de las ciencias y una distribución de materias, en virtud de la cual en el espacio de nueve años se veía al joven arquitecto principiar y concluir su carrera. La academia no pudo menos de tomar en consideración este apreciable trabajo, á pesar de no ser su autor individuo de la corporación, y mandó que se agregase al expediente del plan de estudios, después de cuya resolución vinieron otros seis años de silencio.

Este asunto tantas veces tratado, fue promovido de nuevo en junta de 17 de junio de 1803, y por acuerdo de la academia se encargó á los señores don Antonio Aguado, don Juan Antonio Cuervo y don Silvestre Perez, que espusiesen su dictámen acerca del arreglo de la arquitectura, con presencia del plan de 1799. Estos profesores apreciando el tino y sabiduría de sus antecesores, y haciendo justicia á sus propias luces, reconocen aquel plan, lo reflexionan, lo meditan y confirman todos sus artículos, copiándolo unos al pie de la letra y ampliando otros. Presentáronlo de nuevo á la academia y esta lo aprobó en junta extraordinaria de 27 de enero de 1806; pero este plan con todos los demas trabajos anteriores, fueron depositados en el archivo, donde permanecieron once años, sin haber producido ningun efecto.

En enero de 1816 se volvió á nombrar una comisión que formase un plan de estudios artísticos, la cual se instaló en 9 de febrero siguiente, y renovó en diferentes puntos el trabajo tantas veces intentado, aunque con el mismo éxito que las demas ocasiones.

En octubre de 1818 se volvió á renovar aquel nombramiento, encargando especialmente á la comisión, se ocupase de exami-

ARQUITECTO.

689

mar tan solo el plan de 1803 y los trabajos de la comision de 1816. Por esta razon no pudo tener cabida en sus discusiones el plan detallado y razonado que le presentó el director de matemáticas don Antonio de Varas, individuo que habia sido de todas las comisiones nombradas desde la de 1792. Este papel á pesar de su mérito, le fue devuelto por el presidente de la comision, sin haberse leído siquiera, porque no lo permitia la estension de las facultades que á aquella se habian señalado; y aun así fue mas afortunado que otro no menos importante que se leyó en la comision de 1792 y que le valió graves disgustos y la animadversion de las mismas personas á quienes con tanto celo trató de ilustrar. Ocupóse, pues, la comision solamente de los planes citados y fundándose en ellos, estendió y formuló el suyo, que aprobado por la academia en junta de 17 de diciembre de 1820 se imprimió y publicó en 1821. Pero la fatalidad que parecia perseguir á las reformas del estudio de las artes, hizo que esta vez sucediese lo mismo que las otras, y el plan permaneció impreso, aprobado y archivado otros diez y ocho años, en cuyo tiempo no se dió mas paso hácia adelante en la enseñanza de la arquitectura, que los que dieron en particular algunos profesores celosos, y especialmente el teniente director entonces don Custodio Teodoro Moreno, que con el beneplácito de la academia estableció en una de sus salas un estudio dirigido por él mismo, con el mayor celo y desinterés, y en el que se vieron por primera vez discutirse y tratarse académicamente las teorías de la arquitectura y las ciencias auxiliares de la misma. Pero los esfuerzos aislados de este y otros dignos profesores, faltos de apoyo y de proteccion, muy pronto vinieron á ser inútiles y á producir el fastidio en los mismos que con tanto entusiasmo habian tomado sobre sí tamaña empresa; y el mencionado estudio dejó de existir.

En junta de gobierno de 19 de octubre de 1839, se dió comision á los académicos don José Segundo Izquierdo, don Leon Gil de Palacio y marqués del Socorro, para que

dispusiesen un nuevo plan que arreglase y metodizase la enseñanza de la arquitectura, á fin de que los discípulos adquiriesen el lleno de conocimientos debidos para ejercer su noble profesion: se les encargó asimismo que averiguasen cual era el libro que servia de testo en la escuela politécnica de Paris, ó la obra extranjera mas útil para el mismo objeto. Dichos señores dieron concluido un proyecto en marzo de 1840, y la academia en junta de 14 del mismo mes del año siguiente, acordó pasarlo al informe de su comision de arquitectura. Casi al mismo tiempo (en abril de 1841) presentó tambien á la academia el arquitecto don José Jesus de Lallave un proyecto ó pensamiento sobre el mismo asunto, que aquella sometió tambien al examen de su comision de arquitectura, ocupada ya entonces de lleno en desenvolver y mejorar el antiguo plan de la academia impreso en 1821. Examináronse ambos planes con la mayor detencion por todos y cada uno de los individuos de la comision, que dieron sobre los dos dictámenes escritos razonados y maduramente meditados: todos ellos convenian en hacer justicia á su mérito, y en elogiar el tino en la eleccion de materias, la inteligencia en su distribucion, y la exactitud hasta en los menores detalles que brillaba principalmente en el de Lallave, mas circunstanciado y minuciosamente estudiado que el otro, y aunque no dejó de notárseles algunos defectos, la comision creyó que debian tenerse muy presentes, y que podrian servirle de mucho en el trabajo de que se estaba ocupando, dirigido principalmente á desarrollar y metodizar el pensamiento que encerraba el plan de 1821. Así lo hizo en efecto, cuando estimulado el celo de la academia por diversas reales órdenes, se nombró últimamente en diciembre de 1844 una numerosa comision compuesta de todos los profesores de las diversas enseñanzas, que divididos en secciones segun las diferentes artes, y habiendo celebrado para ello multitud de juntas y reuniones, formularon un plan detallado, que aprobado por la academia, fue eie-

vado seguidamente al gobierno de S. M.

De este plan y de los trabajos particulares de varios profesores y personas ilustradas á quienes el gobierno tuvo á bien consultar, nació por fin el real decreto de 28 de setiembre de 1843, estableciendo la organizacion y reglamento de la escuela de Nobles Artes, que modificado y desenvuelto por diferentes reales órdenes posteriores, rige actualmente en la enseñanza de las bellas artes. En él se ha atendido debidamente á la parte científica, sin descuidar los estudios puramente artísticos, tan necesarios en esta profesion y tan difíciles, que solo algunos genios privilegiados han podido sobresalir en ellos. Se formará una idea mas exacta de la importancia y estension de los estudios que comprende esta carrera, fijando la consideracion en lo que respecto á ellos decimos en la seccion siguiente.

SECCION II.

CIRCUNSTANCIAS Y REQUISITOS PARA OBTENER LA CONSIDERACION Y EL TÍTULO DE ARQUITECTO.

Con el establecimiento de la carrera de arquitectura, debe desaparecer la antigua desigualdad con que eran llamados los arquitectos á ejercer su profesion. A la arbitrariedad y á la predileccion mas ó menos justificable, pero equívoca, con que se hacia la calificacion, sucedió el órden, el método; y un conjunto de signos exteriores que servirán para acreditar su suficiencia, y todas las demas dotes de que deben estar adornados los arquitectos. Estas dotes son las que nos proponemos especificar, con arreglo á la legislación porque se rige este ramo; á cuyo fin damos principio por las mas notables, que son las que dicen relacion á su capacidad intelectual.

Estudios. A consecuencia de los esfuerzos hechos por la Academia de San Fernando, y del espíritu de organizacion que se habia desarrollado en la última época, cupo tambien á la arquitectura la suerte de que se regularizasen sus estudios, y de que esta

carrera no estuviere, como antes, espuesta á los riesgos que nacen de la insuficiencia ó de la falta de pruebas para acreditar el estudio, la aplicacion y capacidad que requiere el ejercicio de sus difíciles, y mas que difíciles, arriesgadas tareas.

Desde que por decreto de 25 de setiembre de 1844 se hizo, como hemos visto en la seccion anterior, la reforma radical en los estudios de dicha academia, se dió una nueva forma á la carrera de arquitectura y sus alumnos fueron desde entonces personas capaces de apreciar en toda su estension, y de comprender los muchos ramos del saber que aquella abraza. Estos estudios se detallaron y especificaron en el reglamento que se publicó con real decreto de 28 de setiembre de 1843. Segun el plan y reglamento vigente, los que aspiran á obtener el título de arquitectos, estarán obligados á los estudios siguientes: 1.º Gramática castellana, geografia, nociones de historia natural y un curso de moral y de religion; los cuales deben hacerse en un establecimiento autorizado por el gobierno, y acreditarse por medio de certificaciones: ademas deben saber aritmética, álgebra elemental y superior, geometría especulativa y práctica, trigonometría rectilínea y esférica y sus aplicaciones, geometría analítica de dos y tres dimensiones, dibujo natural ó lineal, y traducir el idioma francés; cuyos estudios pueden hacerse privadamente, y se acreditan por medio de un riguroso exámen.

Hechos y aprobados todos estos estudios, los alumnos ingresan en la *escuela preparatoria* establecida por el gobierno para las carreras de ingenieros de caminos y canales, de minas, y de arquitectura, en la cual se enseñan los estudios tambien preparatorios que son comunes á las tres facultades, y que repartidos en dos años, comprenden las materias siguientes. Primer año, cálculo diferencial é integral y sus aplicaciones, geometría descriptiva, física y química, dibujo de paisaje y dibujo de arquitectura. Segundo año. Mecánica racional, topografía y geodesia, aplicaciones de la

ARQUITECTO.

611

geometría descriptiva, dibujo topográfico y dibujo de arquitectura.

Aprobados los alumnos de estos dos años, pasan sin mas requisitos á la escuela especial de arquitectura, establecida en la academia de San Fernando, donde hacen los estudios especiales de la carrera, que estan repartidos en cuatro años del modo siguiente: Primer año. Mecánica industrial, mineralogía y química mineral, estereotomía, y ejercicios y delineación de arquitectura. Segundo año. Teoría general de las construcciones, construcción de caminos, resolución práctica de problemas de construcción, y delineación de arquitectura. Tercer año. Teoría general del arte y de la decoración, aprovechamiento de aguas, análisis de edificios antiguos y modernos, y ejercicios de composición. Cuarto año. Arquitectura legal, práctica del arte, composición y ejercicios de composición.

Exámenes de carreras y para obtener el título de arquitecto. En el citado reglamento se dan varias disposiciones que son propiamente de orden y de disciplina para que los estudios se hagan con esmero y aprovechamiento, y se dictan otras relativas á los exámenes, tanto de curso como de carrera. Estos últimos merecen que nos detengamos á esponerlos, por ser propiamente los que coronan por decirlo así, la carrera de arquitectura, facilitando á sus alumnos su ingreso en la misma. En efecto, no basta para obtener el título de arquitecto la prueba de los estudios que antes hemos especificado; es necesario que además se someta á una prueba de suficiencia, bastante severa, practicando los ejercicios que el reglamento previene. Se reducen estos á ejecutar en el término de seis horas el croquis ó primer pensamiento de un edificio, cuyo asunto sacan los candidatos á la suerte de entre setenta que en diversas papeletas se hallan depositados en una urna; y esplanan después este mismo pensamiento en planos con todos los detalles necesarios de construcción, decoración, etc. á que acompañan una memoria descriptiva y presupuesto de su coste, hecho todo en el término de dos me-

ses dentro de la escuela y sin ser visitados por nadie. Ultimamente sufren un examen en que tienen que responder á todas las objeciones que sobre ellos les dirijan los profesores, lo que constituye el último acto. La junta de examen pasa á la secretaría de la academia certificación comprensiva del ejecutado por el alumno, y de la censura que hubiese obtenido, á fin de que enterada la junta de gobierno de la academia, *acuerde con arreglo á dicha censura la exclusión ó inclusion del aspirante.*

Derechos de expedición de título. Los que se exigen á los que pretenden ser arquitectos, están reducidos á la suma de dos mil reales que tienen que depositar previamente ó al tiempo de hacer la solicitud.

Prueba de moralidad. Es de notar que los aspirantes están obligados al tiempo de solicitar que se les admita á examen, á presentar una información judicial de buena conducta, como requisito indispensable en concurrencia con los demás, para ser admitidos á los ejercicios de prueba.

Edad. Aunque nada dispone el reglamento acerca de la edad que debe tener el que aspira á obtener el título de arquitecto, y no la hay fija, se infiere que no puede bajar de veinte y dos á veinte y tres años, puesto que se exigen diez y seis para el ingreso en la escuela preparatoria, y que son seis lo que dura el periodo de los estudios.

Espedición de título. Conforme á lo dispuesto para otras carreras facultativas, y á la organización general de los estudios del reino, el ministro de Comercio, Instrucción y Obras públicas es el que espide el título á los arquitectos, á cuyo fin y por la junta de gobierno de la academia se pasa á dicho ministerio la nota correspondiente, estando limitada al solo acto de la expedición del título, toda la intervención que se ha reservado el ministerio.

SECCION III.

Prerogativas y derechos de los arquitectos.

Ya se ha visto en la reseña histórica que desde el establecimiento de la academia

viene considerada la arquitectura como profesión científica é independiente, y que á declararla y constituir la en este estado han sido dirigidas todas las disposiciones dictadas desde aquella época en su favor y en el de los arquitectos y demas maestros de obras. En la seccion anterior hemos visto el cuadro de los estudios que comprende la carrera de arquitectura, y no hay duda de que por su medio los alumnos que reúnan el talento á una perseverante aplicacion, lograrán gran suma de conocimientos que les dará prestigio y consideracion en la sociedad, y el desempeño de comisiones y empresas de la mayor trascendencia é importancia.

Desde la citada época del establecimiento de la academia, empezaron á gozar de consideraciones y derechos que los colocaron en una posicion muy distinta de la que habian gozado anteriormente. En la misma cédula de ereccion se les concedió el privilegio de nobleza personal, con todas las inmunidades, prerrogativas y exenciones que la gozan los hijos-dalgo de sangre, debiendo guardárseles sin mas requisito que presentar el correspondiente título ó certificacion. Como no es de este lugar, nos absteneremos de calificar el mérito de la concesion por lo que ella significa en la actualidad; pero no podemos prescindir de darle todo su valor é importancia con referencia á la época en que esta concesion se hizo; porque ciertamente en aquel tiempo era sumamente estimada y apreciada una consideracion que ponía á los arquitectos en el mismo rango que otras clases del Estado á quienes se habian reservado gracias y privilegios; al paso que destruía la barrera que habia impedido en España á los artistas mezclarse y asimilarse con las familias que afectaban ser por la nobleza de sangre una raza privilegiada.

Gozan tambien desde entonces los arquitectos que residieren fuera de la corte de la facultad de ejercer libremente su profesion, sin que por ningun juez ó tribunal se les pudiera obligar á incorporarse en gremios ni á ser visitados por veedores ó síndicos:

concesion en la que, como se ve, iba envuelto el pensamiento de sacarlos de la tutela y dependencia á que habian estado sujetas las artes con el establecimiento de los gremios y hermandades, respecto de las que demostró Campomanes en su tratado de la industria popular, que habian servido de rémora constante á los vuelos del ingenio y al progreso de las mismas. Ahora por el contrario los arquitectos no tienen mas dependencia que la que es propia y natural del gobierno del Estado y de la academia en cuanto á los puntos de comun utilidad, así de la fabricacion de las obras, como de la noble arte que profesan, y que están en el caso de engrandecer, ilustrar y perfeccionar por motivos de alta prevision y conveniencia.

Esta misma independencia se corroboró con la concesion que igualmente se hizo á los arquitectos, de que fuesen hábiles para idear, tasar y dirigir toda suerte de fábricas sin necesidad de título especial concedido por tribunal ó corporacion alguna pudiendo emplearse libremente en estos ministerios: con la cual se rompieron los lazos de subordinacion opresiva y mortificante á que anteriormente habian estado sujetos, por la costumbre generalmente establecida, de tener arquitectos especiales con título tambien especial dichos tribunales y corporaciones. Desde esta importante reforma, todos los arquitectos con título competente de la academia de artes y hoy del ministerio de Comercio, Instruccion y Obras públicas, tengan ó no tengan nombramiento especial, son hábiles y capaces y tienen facultad para el ejercicio de su profesion en todo el reino: donde quiera por consiguiente, que se encuentren y que la justicia ó la administracion pública los necesite, para el desempeño de las comisiones, reconocimientos, declaraciones, justiprecios, etc., con solo su título tienen todo lo que necesitan para que nadie pueda rechazarlos y, si todos reconocerlos como profesores autorizados, para cuanto sea del resorte de su facultad.

Aun se hizo mas en adelante. Hasta en-

ARQUITECTO.

613

tonces todas las concesiones habian tenido por objeto ensalzar y dar autoridad é independencia á los arquitectos, pero no por eso los cabildos eclesiásticos, corporaciones municipales y otras, se creyeron en la obligacion de nombrar para su servicio á los que tuvieran precisamente título de tales: por manera que al lado de los que disfrutaban de dicho título, habia otros que no podian alegar para ejercer la profesion mas que el nombramiento especial conferido por aquellas corporaciones. Pues bien, este abuso se cortó al determinarse en el párrafo 3.º del estatuto 33 de los de la academia como requisito indispensable, la necesidad de haber obtenido y estar disfrutando del título de arquitecto, concedido por la academia, previo exámen y aprobacion de la misma, para medir, tasar ó dirigir fábricas. Por manera que no solo pueden los arquitectos titulados ejecutar todas estas operaciones, sino que solo á ellos está reservada esta facultad, habiendo espresa prohibicion para lo sucesivo, contra todo el que careciendo de dicho título de la academia, pretenda alegar otros que no procedan de aquel origen. Todavía fué mas espresa esta prohibicion en la real orden de 28 de febrero de 1778, por la que sin negar á las capitales y cabildos eclesiásticos la facultad de nombrar y tener arquitectos y maestros mayores, se les previno que solo pudieran hacer estos nombramientos en arquitectos que fuesen académicos de mérito de la de San Fernando. Esta prohibicion fue reproduciéndose sucesivamente por circulares del Consejo de 30 de agosto de 1789 y 20 de diciembre de 1798; por real provision del mismo de 3 de enero de 1801, y por real cédula de 2 de diciembre de 1814. Tan profundamente arraigado estaba en España el abuso ó la costumbre de echar mano de alarifes, maestros, ó personas mas ó menos capaces para la ejecucion de las obras, así de particulares, como de corporaciones, que á instancia repetida de la academia, hubo necesidad de expedir otra real cédula en 21 de abril de 1828, reencargando el cumplimiento de las citadas disposiciones;

añadiendo que á su recibo, los ayuntamientos de las capitales, las intendencias de provincia y los cabildos eclesiásticos del reino, diesen cuenta á la academia de su distrito de los sujetos que ocupaban el empleo de maestros mayores y sus dotaciones, con nota espresa de la graduacion y procedencia del título que los autorizaba para ejercer la profesion; conminando con multas al que no obedeciese.

Por real orden de 7 de febrero de 1833 se reiteró el cumplimiento de la anterior disposicion, á instancia de los arquitectos residentes en Barcelona. No queda, pues, duda de que ha sido la tendencia del gobierno de acuerdo con las miras de la academia, la de hacer totalmente independiente y esclusiva la profesion de la arquitectura, con relacion á los varios cargos y atribuciones que comprende, y por consiguiente que nadie sino ellos está autorizado para desempeñarlas.

Sin embargo como en esta carrera hay otro grado inferior que es el de los maestros de obras, y como no estaba clara y precisamente trazada la línea de aquellas atribuciones, se enmendó esta falta y se fijaron estas con exactitud en la real orden expedida en 23 de noviembre de 1846, en cuyo artículo 2.º se previno que correspondia á los profesores de arquitectura proyectar y dirigir las obras de nueva planta de toda clase de edificios tanto públicos como particulares, las de fontanería, la medida, tasacion y reparacion así interior como exterior de las mismas obras y las visitas y reconocimientos que en ellas se ejecuten, ya sea por mandato judicial, ya gubernativo, ya por convenio de las partes: y en su artículo 3.º se dispuso, que de igual modo pudiesen los arquitectos proyectar y dirigir los caminos, puentes, canales y demas obras de servicio particular y utilidad privada sujetándose en su ejecucion á las disposiciones generales que rigiesen respecto á las indicadas obras.

A pesar de declaraciones tan terminantes y repetidas, la academia por su autoridad, los arquitectos por la suya y la

que les da la decision pronunciada del gobierno en favor de sus prerogativas y derechos, no han podido impedir que una y otra vez y en diferentes puntos de la monarquía, se hayan violado aquellos con infracciones manifiestas de los mandatos de S. M. Varias han sido las reclamaciones hechas con este motivo por los arquitectos de las provincias, en términos de haberse visto la academia en la necesidad de solicitar del gobierno nuevas, mas detalladas y esplicitas declaraciones. Al efecto presentó en el año anterior al ministerio de Comercio, Instruccion y Obras públicas una enérgica esposicion contra los infractores de las prerogativas y derechos concedidos á la clase de arquitectos y maestros de obras, y en que solicitaba una nueva y terminante declaracion del gobierno, reduciendo á ocho diferentes disposiciones ó artículos todo cuanto en su concepto deberia ser suficiente para comprimir los abusos y cortar de raiz la causa que por tanto tiempo los habia perpetuado. Nos consta de una manera estraoficial, que el ministerio ha querido oir el dictámen del Consejo real, para adoptar con conocimiento de causa la resolucion mas acertada y congruente en un negocio en que no habian bastado tantas y tan reiteradas disposiciones.

Muy conducente seria, para proveer de remedio á estos abusos y para evitar que quede tantas veces desairada la autoridad del gobierno, con desdoro de la academia y de los arquitectos mismos, investigar la causa de las muchas infracciones que se han realizado y reclamado, entrando de lleno en la cuestion y apreciando todos los antecedentes de esta materia.

Con este motivo se nos ofrecen algunas observaciones que debemos esponer en este lugar, por la íntima relacion que tienen con el privilegio concedido á los arquitectos. No seremos nosotros los que celebremos el rumbo que la revolucion de Francia, y en particular la ley de 1791 adoptó para resolver estas cuestiones, habiendo pasado su nivel sobre las corporaciones de arquitectos, como sobre otras que se hallaban esta-

blecidas con la autoridad de tiempo y utilidad reconocida; ni menos los que pretendamos hacer la asimilacion que otros hacen, entre la utilísima y noble profesion de la arquitectura y la de otras artes cualquiera que sea su belleza é importancia. Tampoco podemos aplaudir la situacion que la arquitectura tiene en Francia en la actualidad; donde no se sujeta á los aspirantes á un aprendizaje ó enseñanza especial, ni se les concede diploma ninguno para ejercer la profesion; antes por el contrario nos lamentamos con algunos célebres escritores de este abandono en que se tiene una carrera tan provechosa bajo todos los aspectos que se la considere, y nos asociáramos gustosos á los deseos que Mr. Vatou mostraba en la Cámara de los diputados, cuando al discutirse la ley de patentes expresaba sus votos de que el gobierno diese á los arquitectos una organizacion regular y la sometiese á la necesidad de sufrir una prueba de suficiencia y á la de obtener un diploma que les sirviese de comprobante de ella y les autorizase para ejecutar toda clase de obras públicas y de particulares.

Creemos por el contrario, que la libertad de industrias y de profesiones y la doctrina que la sostiene y proclama con tanta razon, como fundamento, no es, ni puede ser aplicable á un arte, en que los errores y los riesgos de la equivocacion, ya de los profesores, ya de los interesados afectan intereses mas altos, mas apreciables y generales que los que pueden ser ofendidos por aquella: que contribuyendo los edificios á la seguridad, salubridad, belleza y buen orden de las poblaciones, á la riqueza y conveniencia de los individuos á quienes pertenecen, y á todos los intereses importantes del Estado, no deben estar para su construccion al arbitrio de la incapacidad, del capricho, de la lijereza ó de un interés bastardo que no puede legalizarse en ningun caso; y por lo tanto somos patronos de la opinion, casi incuestionable hoy dia, de que los arquitectos deben tener preferencias, concesiones y atribuciones que pongan de acuerdo

ARQUITECTO.

615

su desempeño con aquellos interesantes motivos y títulos de utilidad común.

Hasta aquí vamos de acuerdo con las repetidas pretensiones y con los derechos concedidos á los profesores de arquitectura.

Pero con la misma franqueza y buena fé nos vemos precisados á manifestar que un motivo no menos sagrado de interés público que se enlaza con el servicio y con la conveniencia de muchos miembros del Estado, exigen que se pongan algunas restricciones al uso esclusivo de aquellas prerogativas y derechos de los arquitectos y maestros de obras. Segun ellos no puede hacerse obra ninguna que no sea dirigida, segun su clase, por uno ú otro de estos peritos, á parte de la formacion de planos y la observancia de ciertas reglas á que están sujetos los dueños de las obras ó fábricas. Esto supuesto y cuando tan escaso es el número de arquitectos en España, cuyo número no llega al de 300 y no muy abundante el de maestros de obras, insistir en el privilegio de intervenir y dirigir todas las que se hagan, es empeñarse en un imposible, por falta de directores necesarios para las muchas que se construyen de cada clase. Además sucede con frecuencia que prevalidos de este derecho, toman á su cargo la direccion de todas las obras que se ejecutan á la vez en una poblacion, cargando en cuenta á los dueños salarios iguales por cada una, cuando todo lo que hacen se reduce á practicar una visita rápida é insignificante, que no da ni disminuye el grado de inteligencia con que los aparejadores, alarifes, oficiales, etc. impulsan la ejecucion material de las mismas. Este gravámen y la sencillez y facilidad con que se pueden ejecutar obras de poca importancia, casas de labradores sitas en el campo ó en la poblacion, y la certeza de que faltando la concurrencia del artista que se supone solo y se llama esclusivo y privilegiado para dirigir y estar á la vista de las obras, hay un ahorro notable en los gastos que por lo comun suelen ser muy cortos en edificios de esa especie, ha hecho que el privilegio se desatienda una y otra vez, que

el interés individual haya procurado y procure servirse á sí mismo con el menor gravámen posible.

Además, como aunque quieran no podrían concurrir á las muchas construcciones que diariamente se emprenden y á los muchos reparos y restauraciones que exige el servicio frecuente de los edificios, por la escasez de su número, resalta el inconveniente de persistir en lo absoluto y esclusivo de la direccion de las obras que pretenden sostener arquitectos y maestros; puesto que ó tendrían que faltar necesariamente á muchas de ellas, ó habría de suspenderse y paralizarse el movimiento continuo de reparacion y construccion que existe en un pueblo rico y laborioso, acostumbrado á algunas comodidades, especialmente en los centros principales de su territorio.

Solo la academia podría ocurrir á este inconveniente grave, y evitarse el desaire de que los privilegios y derechos de los arquitectos, se vean continuamente burlados y vulnerados, y sin ejecucion las disposiciones del gobierno, una y otra vez dictadas para su conservacion. Porque debe estar persuadida de que cuando se pretende y se manda sin razon, singularmente para coartar la libre facultad que tiene todo hombre para fabricar su albergue, ora sea rústico, ora mas cómodo y decente, hay siempre muchas dificultades que vencer, y antes se rompe la cuerda tirante de la autoridad, que se ahoga la voz siempre viva y enérgica del interes y del libre uso de los derechos. Ya que no tiene número suficiente con que atender á todas las exigencias de la fabricacion, procure que se aumente mas y mas, y al mismo tiempo que sus alumnos autorizados no ejerzan una influencia demasiado onerosa sobre los habitantes de las poblaciones. Estudie los medios de poner término á la avaricia que se escuda en el privilegio, procure que se sujeten á tarifas módicas y tolerables todos los trabajos, disponga estas de manera que no se confunda la simple direccion de una fábrica, con la presencia del arquitecto ó maestro para todas las operaciones; señale y lije de una ma-

nera clara y perceptible, qué clase de trabajos pueden dejarse á cargo de los aparejadores y oficiales, cuántas pueden ser las visitas ordinarias de los directores, de modo que no quede á su arbitrio aumentar ó disminuir el gravámen de los dueños de las obras; y en fin, discurra los medios que le dicte su prudencia y experiencia, y el conocimiento que debe tener del corazón humano, para que proporcionando á la facultad y á sus profesores, prestigio, autoridad y decoro, con las remuneraciones correspondientes á su mérito y sus trabajos, logre á la vez que las necesidades públicas y privadas de la fabricacion, queden satisfechas por completo sin mucho gravámen de los interesados. Entonces conocerá por los resultados, que ha resuelto la cuestion definitivamente, y que no tiene que reclamar una vez y otra del gobierno, que ordene el mantenimiento de prerogativas, que son en parte incompatibles con el interes del Estado y de los particulares.

Otro de los derechos de los arquitectos es el que tienen á que se les dé la remuneracion debida por los trabajos que ejecutan. Nada han dicho nuestras leyes sobre la tasa de tales trabajos, de manera que este silencio ha dado lugar á muchos abusos y arbitrariedades, de parte de arquitectos imprudentes y codiciosos. La academia, sin embargo, tenia de antiguo establecida una tarifa convencional, para apreciar el importe de las tasaciones de las obras, á la cual sometia el justiprecio de las mismas, cuando recibia este encargo é incumbencia. Pero, no reconociendo tarifa ninguna para los demas ramos de su ejercicio, y careciendo la de que hemos hablado de la suficiente autoridad para formar regla general á que bayan de someterse todos los profesores del arte en el reino; ha pensado seriamente en la necesidad de poner remedio á este estado de duda y de incertidumbre, y para salir de él, ha ordenado y redactado una tarifa general que comprende toda clase de edificios y de obras, y señala los honorarios que corresponden en ellas á los arquitectos y maestros de obras, cuya tarifa ha pasado á

mediados del año anterior al gobierno por el ministerio de Comercio, Instruccion y Obras públicas, para su aprobacion, siendo de esperar, que cuando esta recaiga, quedará organizado y regularizado en parte el pago de los servicios que están á cargo de los arquitectos y demas que con la debida autorizacion se dedican á los trabajos del arte.

Seria de desear que esta obra fuese completa, y que se hubiese redactado con presencia de las observaciones que hemos hecho anteriormente, esto es, con la mira de resolver en la cuestion de tarifas, la gravísima de conservacion de los derechos de otra especie que corresponden á los profesores del arte. Como quiera que sea, el tiempo irá derramando la luz en una materia, en que los primeros y mas interesados son los arquitectos mismos.

SECCION IV.

DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ARQUITECTOS.

Todo cargo ó ocupacion autorizada en virtud de un título conferido por la ley impone á los que le desempeñan las obligaciones que son consiguientes; por esta causa jamas se conceden los que corresponden á las profesiones conocidas en la sociedad, sin que ademas de las cualidades, requisitos y circunstancias que se exigen del candidato, deje este de ligarse en el acto y con la fórmula solemne del juramento, á cumplir fiel y lealmente los deberes que son propios del ministerio que acepta. Los arquitectos se encuentran en este mismo caso. Reciben con el título que se les confiere, autorizacion ámplia para ejercer una de las profesiones mas difíciles y de mas consecuencia; y como no hay derecho sin una obligacion que le sea relativa, ni obligacion cuya falta de cumplimiento no importe la correspondiente responsabilidad sobre los que la han contraido, de aquí se infiere, que los derechos de los arquitectos llevan anejas obligaciones correlativas,

ARQUITECTO.

617

y envuelta en estas, la responsabilidad que es propia de su falta de cumplimiento.

Estas obligaciones y responsabilidad son de grave trascendencia, tratándose del ejercicio de un arte en que entra por mucho la salubridad pública, la seguridad de los individuos, la economía en el empleo de capitales, el ornato de las poblaciones, la comodidad, la decencia y otros beneficios que reportan al hombre esos grupos de asociación destinados á proporcionarle bienes que acepta en todos los períodos de su civilización y de mayor ó menor desarrollo de sus necesidades. Los arquitectos, por lo tanto, ejercen atribuciones y contraen deberes que están en proporción con la importancia de aquellos objetos, y de otros á que se estien de su conocimiento y que reclaman su intervención facultativa.

No es difícil determinar estos deberes, considerados bajo su aspecto más genérico y teórico. Pero lo es bastante si se atiende á la clase de funciones que tienen que desempeñar en cada uno de los casos, en cada una de las obras, y según sea el diferente carácter con que intervengan en ellas, es decir, ya sea en uso de sus facultades como simples arquitectos, las cuales son generales á todos, sin escepción de casos y circunstancias; ya sea como expertos ó peritos en los negocios que están á cargo de los tribunales; ya, en fin, como auxiliares de la administración pública en los que de esta dependen, por lo mismo que entra en el círculo de las atribuciones de esta institución la conservación y seguridad, el aspecto exterior y la colocación de los edificios, la alineación de calles, la construcción y buena dirección de acueductos, cloacas, surtideros, sumideros, y alcantarillas y demás obras que tienen inmediata conexión con los deberes que aquella desempeña en la sociedad.

En la esfera de estas varias atribuciones y deberes de los arquitectos hay, como en todas las profesiones especiales, un punto de íntima relación entre la parte científica de ellas y las disposiciones de las leyes y reglamentos que precisamente han de dic-

tarse en consonancia y relación con los elementos que constituyen su parte facultativa. Esto es lo que se ha entendido con el nombre de arquitectura legal, que, propiamente hablando, es la que comprende las prescripciones del derecho y las disposiciones administrativas que fijan las obras del arte en sus varias aplicaciones á los edificios nuevos, á las reconstrucciones, á la dirección de acueductos, derrame de aguas, alcantarillas, medianerías, etc. Respecto á este punto, cuya importancia se justifica por su misma enunciativa, es muy poco y muy imperfecto lo que se halla establecido entre nosotros; habiéndose descuidado notablemente una parte tan capital y tan necesaria al más útil ejercicio de la arquitectura. Únicamente se conocen las antiguas ordenanzas de Juan de Torija, reunión informe de reglas y preceptos para dicho ejercicio, y resumen de las prácticas introducidas y observadas en algunas ciudades principales, como Toledo y Sevilla: sobre cuyas ordenanzas publicó en 1719 don Teodoro de Ardemans una *declaración y extensión* en que, aparte del contenido de las mismas, se leen buenas y útiles advertencias y algunos capítulos añadidos para la perfecta inteligencia de la materia, que, según sus expresiones, *todo se cifra en el gobierno político de las fábricas*.

Esta reunión de preceptos y reglas adoptadas por la práctica y los demás principios que forman la serie de obligaciones de los arquitectos deben ser la norma de su conducta en todos los casos, en el bien entendido, que si hay alguna diferencia entre ellas, no es ni puede ser sustancial, á no estimarse de esta especie la que previene de la mayor ó menor cuantía de las cosas que han de ejecutarse. La única diferencia que existe, no está en dichas obligaciones precisamente, sino en el diferente carácter con que concurren á su desempeño, y en la mayor responsabilidad que contraen cuando interviene la autoridad pública, ya judicial, ya gubernativa, en la ejecución y autorización de los actos; porque además de faltar entonces á su conciencia y á sus deberes, como meros ar-

quitectos, incurren en la responsabilidad que es consiguiente á toda gestion facultativa, desde que toma el carácter de pública. Para que estos deberes y responsabilidad relativa se comprendan mejor, nos ocuparemos en los párrafos siguientes, y por su orden de todos ellos, clasificando con separacion los que son concernientes á los arquitectos en general y como anejos y esenciales á su profesion, los que les incumben cuando son llamados á intervenir como espertos en las gestiones judiciales, y los que tambien desempeñan como auxiliares de la administracion pública.

§. 1.º *Deberes y responsabilidad de los arquitectos anejos y esenciales á su profesion.*

Los arquitectos hacen las obras que toman á su cargo de dos maneras: bien contratando su ejecucion bajo cierto precio convenido y otras condiciones que se estipulan entre ellos y los dueños de las obras, bien sin que medie contrato alguno y por sola la observancia de las reglas generales de la profesion: lo que se dice de las obras, se debe entender tambien de las demas gestiones que practican en desempeño de su oficio.

Es imposible fijar todas las reglas y determinar todos los efectos de los contratos hechos por los arquitectos para la fabricacion de los edificios; porque siendo tantas y tan variadas las condiciones que aquellos pueden contener, no hay medio mas cierto y seguro de resolver las cuestiones jurídicas que nazcan de dichos contratos, que el de aplicar á ellos los principios generales del derecho y los que particularmente se esplican en la doctrina sobre contratos.

Algunos escritores, entre ellos Escriche, invirtiendo el orden, se ocupan en este artículo del contrato de obra, calificándolo y explicándolo con mas ó menos exactitud; pero creemos mas conforme al orden natural y al método que nos hemos propuesto, tratar del contrato de obra en los artículos correspondientes, como lo hacemos, y con toda la estension que requiere materia de

suyo tan importante y delicada, y que no puede resolverse bien por incidencia en un artículo como el presente, cuyo objeto es otro. V. ARRENDAMIENTO.

Pero cuando no existe contrato espreso y especial de obra entre el arquitecto y el dueño, sino que este se entrega á la direccion del primero bajo la garantia que le dá la ley y la naturaleza del encargo que el arquitecto recibe y desempeña en virtud del título que le autoriza, no podrá decirse por eso que dejan de ligarse, dueño y arquitecto, con mútuas obligaciones y derechos respectivos.

La primera de las obligaciones que los arquitectos contraen en el hecho de adquirir el título de tales, consiste en el bueno, puntual y exacto ejercicio de su facultad. Por consiguiente deben ejecutar los planos de las obras, los presupuestos y las obras mismas, con toda la exactitud y perfeccion que sea conforme á las reglas del arte y á la voluntad de los que tales encargos les cometen. En este punto deben distinguirse dos cosas. 1.º La que es relativa al proyecto, preparacion y trazado de las obras. 2.º La ejecucion de las mismas.

Por lo relativo á la primera parte, tienen obligacion de advertir y aconsejar sincera y francamente á los dueños, cuanto su leal saber y entender les sugiera respecto á la utilidad, y á los inconvenientes que puedan nacer de la práctica de las obras que se propongan realizar. Deben igualmente ser muy exactos, puntuales y escrupulosos en la formacion de los presupuestos, no dejándose fascinar por la idea del lucro, y procurando evitar á toda costa que los dueños se comprometan en ellas, para gastar mas de lo que en sus informes hubiesen apreciado, ó tener que abandonarlas por carecer de los medios suficientes para concluir las, una vez consumida la suma que á ellas hubiesen por dichos informes destinado. En esta parte, sea por ignorancia ó mala fé, son muchos los abusos que se cometen; y es rara la obra en que los gastos corresponden á los cálculos falaces ó equivocados de los arquitectos al trazar los pla-

ARQUITECTO.

619

nos y presupuestos de las mismas. Ya en la antigüedad existía este abuso de que se lamentaba Vitruvio, quien con este motivo habla de una ley de los Ephesos, que obligaba al arquitecto, antes de emprender la construcción de un edificio público, á declarar lo que debería costar, y á hacer la obra por el precio señalado, obligando á ello todos sus bienes. Se honraba al arquitecto, si el gasto era igual al presupuesto prefijado; si no pasaba de la cuarta parte de aumento, el exceso recaía sobre los fondos públicos; pero si era superior á esta cuarta parte, la diferencia era de cuenta y cargo del arquitecto. El mismo Vitruvio expresa su deseo de que los romanos se rigiesen por esta ó semejante disposición, tanto para los edificios públicos, como particulares, y otro escritor añade con razón, que sería muy de desear que en los tiempos presentes estuviesen en uso estas precauciones y que los códigos las sancionasen, porque se ahorraría con ellas el desarreglo y tal vez la destrucción de muchas fortunas. En efecto, raya en el escándalo la extraordinaria diferencia de gastos que, fuera del presupuesto, tienen que soportar los dueños de algunas obras, tasadas y dirigidas por un mismo facultativo; y sería muy conducente que este vicio ó descuido se corrigiese, evitando á los propietarios de buena fé las consecuencias de un falso cálculo y de una confianza defraudada.

Por lo relativo á la segunda parte, ó á la ejecución de la obra, es natural la obligación que el arquitecto contrae al encargarse de ella, de cumplir con esmero y particular cuidado todas las prescripciones del arte, ya generales, ya especiales en cada una; como igualmente si al aceptar la dirección de ella, se hizo con algunas condiciones, como por ejemplo, la de hacerla ó dirigirla por sí mismo, ó bien de concluir la dentro de cierto plazo, siendo de su cuenta y riesgo las consecuencias perjudiciales que de la omisión ó morosidad puedan seguirse.

Debe además sujetarse estrictamente al plano previamente trazado por él ó por otro arquitecto, y aprobado por el dueño de

la obra; sobre lo cual no caben interpretaciones, siendo de su obligación advertir previamente los defectos del plano que en su concepto pudieran quitar solidez y belleza, ó acarrear otros vicios á la construcción.

Tiene el arquitecto obligación de ejecutar la obra con la solidez y perfección debida. A parte de ser esta una obligación natural, que en todo caso se determinaría por los principios de la justicia común, hay disposiciones especiales en la legislación que la espresan y fijan las consecuencias de faltar á su cumplimiento. La ley 21, tit. 32, part. 3, espone el caso en que una obra hecha de nuevo «se derribasse, ó se moviesse ante que se acabasse, ó quince años despues que fuesse fecha,» y supone que cuando acontece *aquel fallecimiento es por mengua, ó culpa, ó por falsedad de aquellos que eran puestos para hacerlas*, en lo cual va de acuerdo con la ley Omnes 8 del Código *De operibus publicis*. En seguida fija la misma ley la responsabilidad en que incurrer los arquitectos ó encargados de las obras con las siguientes notables palabras. «E por ende ellos, é sus herederos son tenudos de refacerlas á su costa é mission; fueras ende, si las labores se derribassen por ocaasion, assi como por terremoto, ó por rayo, ó por grandes avenidas de rios, ó de aguaduchos, ó por otras grandes oca-siones semejantes destas.»

El contenido de esta ley fija con claridad las obligaciones de los arquitectos y su responsabilidad respecto de las obras que toman á su cargo y sufren detrimento ó ruina. Esta ruina puede proceder de varias causas, que no todas serán imputables á dichos facultativos; pero lo serán siempre las que provengan de impericia, de descuido y falta de la diligencia especial que necesitan emplear, de la equivocada elección de operarios, del empleo de materiales de mala calidad, de no haberse escogido bien el suelo donde ha de edificarse y de su falta de preparación, de su poca asistencia á la dirección de dichas obras, y, en una palabra, de cualquiera de las omisiones, dilaciones y

errores en que incurran voluntariamente, ó no poniendo de su parte la diligencia y esfuerzos propios para evitarlas.

El citado don Teodoro de Ardemans al esponer en el *segundo proemial* de su obra las obligaciones generales de conciencia y decoro, y conformes con la práctica comun, hace mencion de algunas que creemos deber estractar como las mas importantes y mas propias de este lugar.

Les encarga con mucho encarecimiento la mayor aplicacion, imparcialidad y modestia, como cualidades de que siempre deben estar acompañados. En las tasaciones que se le encarguen de casas y otros edificios debe procurar auxiliarse de todos los medios é instrumentos necesarios y de las luces y consejo, bien del artífice que la hizo, bien si es cosa de entidad, del dictámen de otro arquitecto con quien tratará de acompañarse: en lo que no se viere ocultamente y tuviere escrúpulo, mandará se hagan calas para reconocerlo, tanto perpendiculares como horizontales. Hâceles otras muchas advertencias que corresponden á los siguientes párrafos en que se trata de los deberes especiales que les incumben como peritos y como auxiliares de la administracion pública. Con relacion al presente, es muy importante la advertencia que á continuacion copiamos literalmente, por referirse á uno de los puntos en que con mas frecuencia pueden causarse perjuicios á los dueños y á los arquitectos mismos, y que se roza con uno de los deberes que mas responsabilidad produce y mas dificultades suscita entre ellos. «No puedo dejar de advertir, dice en la pág. 55, así á los alarifes, como á los que no lo sean, que tengan siempre particular cuidado con los negocios ú obras que ajustan; porque los artífices tenemos durante las obras tres tiempos: el primero es muy sereno; el segundo es en calma, y el tercero es tempestuoso; porque es muy sensible la paga despues de ejecutada la obra, y siempre se disputa despues de ejecutado, si lo mandó ó no lo mandó hacer. Y así, siempre que en las obras hubiere novedad, á pedimento del dueño del pri-

mer ajuste que se habia hecho, se haga »contrata aparte de lo que el dueño pidiere, que con eso se escusan muchas disensiones y pleitos.»

§. 2.º *Deberes de los arquitectos como peritos en la administracion de justicia.*

En los varios litigios y actuaciones judiciales es con mucha frecuencia necesaria la intervencion de los arquitectos para determinar con su pericia los hechos que han de servir de fundamento á las decisiones. Grande es la importancia de esta atribucion, por lo mismo que se libran en su voto facultativo tantos intereses, como suelen ser de ordinario materia de la administracion de justicia. Todos, sin embargo, pueden comprenderse en la breve fórmula de que informen y declaren con arreglo á su conciencia, ilustrada por su esperiencia y sus conocimientos artísticos.

Esta importancia, sin embargo, no dá á los arquitectos otro carácter que el de meros informantes que contribuyen con su dictámen á ilustrar, rectificar ó fijar los hechos del proceso: por consiguiente, aunque tengan sus declaraciones mucha eficacia en las materias de su profesion, y aunque esta se halle revestida de carácter público, queda siempre á salvo la autoridad é independencia del juez, aunque sometida hasta cierto punto al voto de los facultativos, que debe apreciar y estimar tomando por guia la investigacion de la verdad y los consejos de la prudencia, lo cual es conforme á la organizacion que entre nosotros se ha dado á la administracion de justicia, diversa en muchos puntos de la que tenia entre los romanos. Los arquitectos en aquella república eran algo mas que simples espertos ó peritos: estaban de ordinario encargados de juzgar las contiendas relativas á los edificios y á las servidumbres, lo cual espresa GODEFROY, comentando la ley 12, §. 1.º del Código: *De próxim. sacr.* Además los salarios y vacaciones de los arquitectos se fijaban por la misma regla que la observada para los demas jueces delegados

ARQUITECTO.

621

(*ead. leg.*): idea importante que sirve para calificar y definir las circunstancias y el oficio del arquitecto, cuando gestionaba ó intervenia en los actos ó procedimientos judiciales.

Con todo eso, y á pesar de la libertad é independencia del juez, el voto del arquitecto influye de una manera directa sobre su ánimo y su decision, por lo mismo que establece el todo ó parte de los elementos del juicio ó de los hechos que le determinan. De aquí ha nacido que aunque los arquitectos no sean ni puedan propiamente llamarse funcionarios públicos, todavía, sin embargo, se ha dado á sus gestiones la importancia que á otras que proceden de ellos, por cuya razon se les impone una responsabilidad penal que se halla al nivel de otras responsabilidades públicas. El art. 273 del Código penal (antes 268), que es el último de los siete de que se compone el capítulo 1.º, que habla de la *prevaricacion*, en el tít. 8.º que trata de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos: dice terminantemente «que las disposiciones de este capítulo son aplicables en sus respectivos casos á los asesores, árbitros, arbitrajes y peritos.» En la palabra *peritos* vemos comprendidos á los arquitectos cuando desempeñan su facultad como tales en la administracion de justicia. En el mismo caso se hallan respecto al contenido del art. 284 (antes 276), que dice: «El empleado público que sabiendo por razon de su cargo los secretos de un particular, los descubriere incurrirá en las penas de suspension, arresto mayor y multa de 10 á 100 duros.—En estas mismas penas incurrirán los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título revelaren los secretos que por razon de ella se le hubieren confiado.»

Ya Ardemans les habia recomendado eficazmente la guarda de los secretos que los particulares se ven precisados á confiar á los arquitectos en sus varios planes y negociaciones, y los que ellos mismos aprendieren por razon de los encargos que se les hubiesen hecho.

El art. 314 (antes 303) aplica en su última parte á los peritos las penas que señala «al empleado público que por dádiva ó promesa cometiere alguno de los delitos expresados en los capítulos precedentes de este título (el 8.º):» cuyas penas son, además de las designadas en dichos capítulos, «las de inhabilitacion absoluta perpétua y multa de la mitad al tanto de la dádiva ó promesa aceptada.»

«En la misma multa y en la pena de inhabilitacion especial temporal incurrirá el empleado público que por dádiva ó promesa ejecutare ú omitiere cualquier acto lícito ó debido, propio de su cargo.

«El empleado público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideracion á su oficio será castigado por este solo hecho con la repension pública, y en caso de reincidencia, con la de inhabilitacion especial.»

El artículo 324 (antes 315) alcanza igualmente á los arquitectos, cuando obran como *peritos*; dice así: «El empleado público que directa ó indirectamente se interesase en cualquiera clase de contrato ú operacion en que deba intervenir por razon de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitacion temporal especial y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.»

«Esta disposicion es aplicable á los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes ó cosas en cuya tasacion, adjudicacion ó particion intervienen....»

Además de los hechos que pueden acarrear á los arquitectos responsabilidad penal por cuanto están comprendidos en la expresa prohibicion de la ley, hay otros que pueden tambien inducir á ella, de una manera indirecta, en los cuales deben ser muy circunspectos y cuidadosos: los hay igualmente que sin el reato de la penalidad pueden dificultar el cumplimiento de sus deberes, y en fin, para que en cualquier evento se liberten de toda acusacion, falta ó defecto en el desempeño de su encargo, conviene tengan presentes algunas adverten-

cias útiles que en las citadas ordenanzas se les hacen.

No deben propasarse á decir mas que lo que comprenda el auto del juez; porque habiendo arquitectos que pasan á juzgar lo que no les está cometido, causan gran perjuicio por las disensiones que suele haber entre las partes. Segun Ardemans muchos de los pleitos que hay, «son originados de los que se meten á legisladores sin preguntarles nada, ni ser de su cargo decirlo.»

Cuando se les encargue la tasacion de una casa, no deben gastar el tiempo, ni cuidar de rebajar de su valor las cargas; «lo primero porque él no puede justificar las que son: lo segundo, porque esas son diligencias que tocan á los escribanos, anté quienes pasan los autos, y las diligencias de la tal posesion.»

Si se les ofreciese juzgar lo que toca á cada vecino, «siendo uno dueño de lo bajo, y otro de lo alto, debe en todos los pasos y estancias de la casa, que son comunes, como son zaguan, escalera, pozo y cueva dejarlos iguales en uso, sino es que en alguna cosa de las referidas haya instrumento, especial en que tenga uno mas derecho que otro.»

Advierte para cuando el arquitecto sea llamado á tasar casa que estuviese en portal público, que la mitad del aire ó diámetro del portal, es de la villa; y que las pilastras ó sus cepas son del dueño de lo alto.

Cuando tengan que partir una posesion entre diferentes herederos ó interesados, deben hacer su plan y su planta, y procurar dividirla de manera que ninguno quede quejoso; «y si la posesion fuese, ó estuviese en tal postura, que no sea capaz de partirse, mayormente siendo los herederos ó las partes muchas, en tal caso declararé no tiene cómoda division, que con esto el juez mandará lo conveniente.»

Si el juez le nombrare para tasaciones de casas, debe observar los sitios donde se hallan para determinar, segun los parages, los precios de las mismas, como igualmente «si tienen mucha ó poca fachada, si tie-

nen mucho fondo, si tienen muchos cordillos ó ángulos; si todo el sitio es demasiado irregular; y en fin es menester medir y pesar las cosas, juzgándolas sin agravio de partes.»

Cuando se les encargue señalar ó dirigir camino entre dos ó mas heredades, para labrarlas y disfrutarlas, debe conciliar el mayor interés de todos y el menor perjuicio de las respectivas heredades.

Si tienen que dar su dictámen sobre la venta de alguna posesion, en que haya daño para una de las partes, debe examinar la venta, compararla con su precio é informar imparcialmente al juez, á quien toca decidir sobre la validez ó nulidad de la venta, ó sobre la reparacion del daño.

Las demas advertencias y prevenciones tienden todas al mas puntual y religioso cumplimiento de sus deberes como peritos, en que se toma por base y norma la justicia, con cuya guia y con el auxilio de sus luces é instruccion, podrán llenar dignamente su oficio, y evitar agravios á las partes interesadas.

§. 3.º Deberes de los arquitectos como auxiliares de la administracion pública.

En la sociedad es necesaria la intervencion de la autoridad pública, por medio de sus funcionarios y agentes, para muchas gestiones que no afectan directamente, ni deciden cuestiones ó contiendas judiciales; pero que no por eso dejan de tener una grande importancia, con relacion al orden general, al goce de ciertas comodidades, á la conservacion de la salud y otros objetos de pública conveniencia; como igualmente para evitar riesgos y perjuicios á los habitantes de las poblaciones. Para ello la administracion que obra en una esfera dilatada, necesita echar mano de todos los medios, valerse de todos los auxiliares necesarios, y utilizar las luces y conocimientos de las personas competentemente autorizadas para el servicio de los diversos intereses que tiene á su cuidado.

Véase aquí el lazo que une á los archi-

ARQUITECTO.

623

tectos con la administracion pública en uno de los mas importantes servicios que á aquella se confian.

Los deberes de los arquitectos como auxiliares de la administracion pública se elevan por consiguiente á una esfera y toman un carácter de generalidad y conveniencia, que los hace en extremo atendibles y recomendables. Trazarlos y esponerlos todos seria una empresa difícil, por su misma estension y complejidad y porque ademases hasta cierto punto imposible seguir en sus varios rumbos y en sus necesidades frecuentes y alternadas, las exigencias que de la administracion reclama esta parte del servicio público.

Por lo comun existen en todas las poblaciones de alguna entidad y estension ciertas reglas fijas y constantes, porque se gobierna este ramo de la administracion; consignadas las unas en los códigos ú ordenanzas municipales, otras en los acuerdos de los ayuntamientos, otras en la costumbre que tradicionalmente viene rigiendo desde muy antiguo, fundada casi siempre en las necesidades y circunstancias particulares de cada poblacion.

A estas reglas deben atenerse los arquitectos: aunque para esponerlas y detallarlas todas seria necesario escribir un tratado especial tan extenso como el cuadro de sus deberes, no debemos dejar de hacer mencion de las mas principales ó de las que basten para dar idea de los que en observancia de ellas tienen los arquitectos delante de la administracion pública.

Esta, representada por sus agentes y corporaciones, puede echar mano de los arquitectos, siempre que el servicio público lo exija, y estos se hallan en la obligacion de prestarse á sus llamamientos. En casos de incendio, de inundaciones y de otros vejámenes de los edificios, su cooperacion debe ser tan pronta y eficaz como requiere la urgencia é importancia del peligro ó del daño. En otro caso incurren en una gran responsabilidad, como sucede respecto á las demás profesiones reconocidas y admitidas en el Estado, las cuales llevan sobre sí el gravámen de

concurrir con sus conocimientos, experiencia y actividad, á cortar los males y calamidades públicas, siempre que á ello son invitados por autoridad competente, ó que el peligro llegue á su noticia.

De la misma manera están obligados á denunciar los edificios que amenacen ruina, avisando al *caballero comisario del cuartel*, para que este solicite «del ayuntamiento» que se derribe ó aderece, en caso de estar «capaz para ello; y si el dueño de dicha casa á la primera y segunda vez que se le invite no lo ejecutare, debe el alarife solicitar orden para por sí echarla en el suelo y poner los materiales á un lado con cuenta y razon, etc.» Esta disposicion se ha modificado por las nuevas ordenanzas municipales de Madrid del año de 1849, en cuanto no deja al arquitecto esta facultad, antes bien concentra en el ayuntamiento la de decretar la demolicion, reparacion y demas concerniente á los edificios de la corte; y aunque en dichas ordenanzas se promete la publicacion por separado de la parte reglamentaria sobre adorno, colocacion, distribucion, construcciones y reparos de los edificios, todavia esto no se ha verificado, y quedan, por lo tanto, en vigor las antiguas ordenanzas y prácticas admitidas.

Son muchas las prevenciones que para fiel desempeño de la profesion hace Ardemans á los arquitectos en relacion con los deberes de la administracion pública. La eleccion del sitio donde debe edificarse; la distribucion de habitaciones, segun el destino que tienen; la conveniencia de buscar sitios secos, aires puros y sanos; la designacion de habitaciones que han de estar al mediodia, al norte, saliente y poniente; el destino especial de las mismas cuando son altas ó bajas, para unas y otras estaciones; la abertura mas cómoda de ventanas y otros ventiladores; el sitio que ha de escogerse para las chimeneas, á fin de que no haya riesgos; la limpieza de albañales y sumideros; la direccion mas saludable y menos molesta de las alcantarillas, forman una coleccion de excelentes y útiles advertencias para los arquitectos, que para ellos

se convierten en preceptos á que tienen que ajustarse, desde que sirven de guía á la administracion en sus disposiciones y son el fundamento racional de sus actos comunes y ordinarios.

Lo mismo decimos de otras que tienen conexión con la altura de los edificios, con el medio de evitar que las aguas viertan de unas en otras casas y de estas á las calles ó arroyos; y determinar, qué paredes deben ser principales ó maestras; cuáles pueden ser simplemente tabiques ó paredes hijeras; qué anchura deben tener los patios y en qué casos son necesarios absolutamente; qué sitios no permiten que haga en las casas vecinas, chimeneas, conductos y cabaillerizas; qué precauciones deben adoptarse en la construcción, para que las casas no puedan ser registradas; qué parajes han de destinarse para los hornos y para las fábricas en que se consume mucho combustible; dónde y cómo deben abrirse las cuevas; qué reglas deben rejir para los poyos, empedrados, recantones, rejas y balcones que se suelen haer en las calles públicas; qué otros son los en que puede permitirse que viertan las aguas por *canalones*, como son plazas públicas ó lugares *baldios*, etc., y por qué no ha de consentirse «que ningún vecino tenga vaciadero á la calle pública;» y en fin, otras mas acerca de la abertura de pozos, construcción de molinos y artefactos y cuanto puede contribuir á que el ejercicio de la arquitectura se concilie con motivos y razones de pública utilidad y comodidad á cargo de la administracion. En cuanto á estos, los arquitectos contraen deberes inescusables; porque siempre resultan deberes de las prescripciones que hace la ciencia, como norma cierta de conducta en los que las profesan, no pudiendo ser otra la guía de sus actos, singularmente si además llevan aquellas prescripciones la sancion de la ley en unos casos, de la autoridad en otros, y de la conveniencia general en todos.

ARRAIGADO. El que tiene ó posee arraigo.

Nuestras leyes dan notable importancia á esta condicion; así vemos en el regla-

mento provisional para la administracion de justicia (1) se dispone que á todo español que denuncie ó acuse criminalmente algun atentado cometido contra su persona, honra ó propiedad, se le administre eficazmente toda la justicia que el caso requiera, sin exigírsele derechos algunos siempre que fuere persona conocida y suficientemente abonada. Del mismo modo en las leyes del Fuero Real y de las Partidas el demandado civil ó criminalmente que fuese arraigado, no estaba obligado á dar fiador que respondiese de las resultas del juicio. El arrendatario de predios rústicos que adeudase alguna cantidad al dueño de ellos, si no fuere arraigado y no diere fianza suficiente, debe sufrir una intervencion en los productos. Por estos ejemplos, omitiendo otros muchos que podrian citarse, se ve la consideracion justa y fundada que las leyes han dispensado al hombre, que disfrutando bienes de fortuna ofrece una garantía eficaz de que no faltará al cumplimiento de los deberes que le impongan su posicion y sus voluntarios compromisos.

ARRAIGARSE. Esta palabra se aplica en varias y muy diferentes acepciones. Unas veces se refiere á las personas y significa el acto de establecerse ó tomar asiento en algun lugar adquiriendo en él bienes raices; así decimos: «Pedro está arraigado en tal pueblo.» Otras veces se refiere á los usos y costumbres y aun á los abusos y corruptelas; así decimos: «tal costumbre está muy arraigada.» «Ha llegado á arraigarse tanto tal abuso...» Otras, en fin, equivale á prestar alguna seguridad y fianza: así dice la ley 66 de Toro: «que ninguno sea obligado de *se arraigar*, etc.»

ARRAIGO. El conjunto de bienes raices que uno posee: así se dice: «Juan es hombre de arraigo;» lo cual equivale á expresar que tiene y posee bienes raices en cantidad suficiente para inspirar una regular y prudente confianza á los demas.

ARRAIGAR EL JUICIO. Asegurar el demandado ó el reo en determina-

(1) Art. 5

ARRAIGAR.

625

dos casos la responsabilidad ó las resultas del juicio. Esta obligacion, conocida de muy antiguo en el orden de los procedimientos judiciales, se consignó espresamente en nuestra antigua legislacion en los términos que diremos en este artículo.

En el derecho antiguo de los romanos el demandado por accion real tenia la obligacion de prestar fianza de que á su tiempo y en su caso pagaría lo juzgado. *Olim enim*, dice Justiniano (1) *si in rem agebatur satis dare possessor compellebatur*; pero cuando lo era por accion personal estaba escusado de verificarlo. *Quod si propria nomine aliquis iudicium accipiebat in personam iudicium solvi satisfacere non cogebatur* (2). Fundébase la razon de esta diferencia en que el demandado por accion real podia distraer ó deteriorar la cosa demandada y hacer en su consecuencia ilusorio el juicio, mientras que el reconvenido por accion personal no podia cometer tal abuso, supuesto que todos sus bienes y todas sus cosas sin distincion, eran responsables á las resultas del mismo.

Esta era, como hemos indicado, la práctica antigua, que varió el mismo Justiniano disponiendo que tanto el demandado por accion real como por la personal estuviesen exentos de la obligacion de prestar fianza de pagar lo juzgado, y que en su lugar solamente deberian afianzar que no abandonarían el juicio y que le continuarian hasta el fin. En el caso de que sus circunstancias personales no les permitiesen prestar esta fianza, debian dar caucion juratoria de cumplir la misma obligacion. Por último, si el demandado tenia bienes raíces, no estaba obligado á prestar la fianza ni por consiguiente la caucion supletoria que se acaba de indicar.

Nuestra legislacion adoptó desde muy antiguo la prision por deudas, y aunque permitió al deudor dar fiador para libertarse de ella, disponia en medio de eso que no pudiendo darle y no teniendo bienes de que disponer, fuera lícito al acreedor servirse del deudor en reintegro de sus intereses.

Admitidas estas disposiciones fueron consiguientes las que hallamos en nuestra antigua legislacion relativamente á la obligacion de asegurar el demandado las resultas del juicio.

La ley 2, tít. 3, lib. 2. del Fuero Real, ordenó que si el demandado «no fuere raygado de fiador al demandador quel cumpla fuero, é si fiador no le diere vaya luego con él ante el alcalde á facerle derecho. E si facer no lo quisiere, recáudelo por sí, si pudiere, é si no dígalo al Merino ó al juez, á qualquier de ellos que tuvieren su lugar. E aquel á quien lo dixiere, recaude lo de guisa que el haga derecho.....» El fuero consistia, como hemos visto por la ley á que antes se ha aludido, en que no teniendo el deudor de que pagar, debia entregarse en la cárcel al acreedor para que le sirviese hasta satisfacer la deuda; por consiguiente la obligacion de arraigar el juicio incumbia, segun la legislacion del Fuero Real, al deudor que no era arraigado, y prestándola se libertaba de la responsabilidad impuesta á los demas deudores.

La ley 41, tít. 2. Part. 3., modificó algun tanto la severidad de la ley del fuero, y adoptando, segun su sistema, los principios del derecho comun, dispuso que, «si aquel á quien fazen la demanda non es raygado en la tierra que puede aquel que ge la quisiere fazer demandarle fiador que esté á derecho. E el demandado es tenudo de lo dar podiéndolo aver. Pero si non fallasen quien lo quisiesse fiar, dévenle fazer jurar que esté á derecho fasta que el pleyto sea acabado por juicio.» Subsistia, pues, en el demandado que carecia de bienes raíces la obligacion de arraigar el juicio ó de asegurar sus resultas; pero bastaba en el caso de no poder prestarla, la caucion juratoria de estar á derecho hasta la terminacion definitiva del mismo.

Los abusos á que dió lugar la práctica judicial introducida al abrigo de estas leyes, llamaron la atencion de las Cortes de Toro, y para remediarlos establecieron en la ley 66 que ninguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero que le sea

(1) *Reb. Ut. 11, lib. 4, Inst.*

(2) *Ibid. de r. 1.*

puesta sin que preceda informacion de la deuda, á lo menos sumaria de testigos ó de escritura auténtica. El pensamiento de la ley segun Palacios Rubios, que asistió á las Cortes de Toro, fue precaver que por la simple reclamacion del demandante se viera obligado el demandado á dar fiador ó á sufrir en el caso de no poder prestarle las vejaciones consiguientes á su detencion en una cárcel. Desde entonces la obligacion de arraigar el juicio, cuando la demanda era personal, no podia tener lugar sino concurriendo dos circunstancias, á saber: que el deudor careciese de bienes para satisfacer la deuda; que se justificase esta previamente por los medios indicados en la ley.

En el dia no está en práctica la obligacion de afianzar las resultas del juicio al menos en los negocios civiles. El actor puede usar y usa efectivamente de otros medios para evitar las contingencias perjudiciales á que puede esponerle la mala fé del demandado. Unas veces puede pedirse la retencion y embargo provisional de los bienes del deudor; otras puede solicitarse desde el principio del pleito que no se le permita enagenar ni disponer de otro modo de sus bienes raíces, previniendo á los escribanos que no otorguen ninguna escritura pública sobre ello; otras veces, y siempre cuando concurren las condiciones que la ley establece, puede solicitarse el secuestro de los bienes litigiosos; y si el demandado no comparece en el juicio, no carece el actor tampoco de medios para evitar que esta conducta redunde en su perjuicio.

Solo en el caso de que el arrendatario de fincas rústicas sea deudor y no tenga arraigo, podrá pedírsele fianza suficiente; pero si no la diere el dueño deberá limitarse á solicitar que se establezca la conveniente intervencion (1).

En los negocios criminales era tambien terminante la obligacion que tenia el reo de afianzar las resultas del juicio para libertarse en ciertos casos de la prision y otras vejaciones. La ley 4, lib. 2, tit. 5 del

Fuero Real, dispuso «que si algun home fuere demandado sobre muerte de home ó sobre otra cosa que merezca muerte, emplazelo el alcalde que venga ante el fasta nueve dias si fuere raygado, é sino fuere raygado recaudente los alcaldes del lugar que faga derecho por su cabeza ó por fiador si lo hubiese asi como manda la ley.» Las leyes de las Partidas atribuian el mismo efecto á la fianza del acusado.

Disputaban los comentadores de nuestras antiguas leyes cual era la fianza que deberia prestar el demandado obligado á arraigar el juicio, y la opinion mas general sostenia que debia ser la de presentarse en el mismo siempre que se le mandara, y pagar lo juzgado y sentenciado, llamada en el derecho de la llaz. Esta fianza podia tener lugar solamente cuando el actor la exigia antes de la terminacion del juicio en los negocios civiles; pero fenecido y tratándose ya de la ejecucion del fallo, no podia librarse de la prision ni aun con aquella fianza, siendo persona contra la cual pudiera decretarse la prision por deuda.

En el dia subsiste la obligacion que tienen los acusados de afianzar las resultas del procedimiento para libertarse de la prision en algunos casos. Estas fianzas son varias, como lo son las circunstancias en que tienen lugar. De aquellas y de estas nos ocuparemos detenidamente en los artículos oportunos. V. **FIANZA, PRISION.**

ARRAS. Esta palabra tiene diferentes significaciones; pero tomada en su acepcion general denota la prenda ó señal que se dá en fé de haberse celebrado algun convenio; por esta razon tiene lugar en todos los contratos á los cuales puede aplicarse semejante garantia.

Así los antiguos llamaban arras á los anillos y otros objetos de poco valor que se entregaban mutuamente los contrayentes, como prueba de la celebracion de un contrato; y asi tambien usaban de esta misma palabra para espresar la parte del precio de las cosas vendidas que se daba anticipadamente, como señal de la consumacion del contrato. Parladorio, en la diff. 128, confirma este mis-

(1) Art. 10 del decreto de las Cortes de 8 de junio de 1813. Restablecido en 6 de setiembre de 1836.

mo-concepto, diciendo: *Arrha enim si proprium ejus significatum spectes nihil aliud est quam id quod tamquam in pignus dari solet a contrahentibus ad contractus confirmationem.*

La palabra arra trae su origen, según Isidoro, cap. últim., lib. X De las Etim., á *re pro qua datur*. Otros autores la hacen derivar de otra griega equivalente á la latina *firmum*, porque las arras, en el mero hecho de concederse, constituían una obligación firme é irrevocable. Varron, de *ling. latin.*, libro IV, explica la etimología de ella [por la obligación que contrae de entregar las cosas por completo el que ofrece las arras consideradas como parte del precio; así dice: *arrhabo, sic dicta ut reliquum reddatur. Hoc verbum á Græco appabcor reliquum ex eo quod debitum reliquit.*

En nuestro derecho, además de la significación con que se emplea la palabra arras, para designar las cosas dadas en señal de la celebración de un contrato, y ordinariamente el de compra y venta, se usa con especialidad en los matrimoniales, para expresar: 1.º lo que se da en fe y seguridad de los esponsales contraidos y del matrimonio que prometen celebrar dos personas; 2.º lo que ofrece el esposo á la esposa en consideración al matrimonio que se proponen celebrar; 3.º las monedas que el desposado entrega á la desposada en el acto del matrimonio.

Algunos escritores dan aun otras significaciones á la palabra arras. Llamán así á la donación, dádiva ó regalo que el esposo hace á la esposa, ó ella á él, antes que el matrimonio se cumpla por palabras de presente; pero esta donación, que era conocida entre los romanos con la denominación de *sponsatitia largitas*, se llama entre nosotros donación esponsalicia, por lo cual no haremos mérito de ella bajo el nombre de arras, reservando tratarla en el artículo **DONACION ESPONSALICIA**. También suelen designar algunos escritores con el mismo nombre de arras la donación conocida entre los romanos con el título de donación *propter nuptias*; pero fuera de que esta, tal como se halla establecida en aquella legislación, no

se practica entre nosotros, tiene su nombre especial y característico, y bajo de él será examinada en el artículo correspondiente. Finalmente, suelen designar con la misma palabra arras la donación que se hace al esposo ó novio por razón del casamiento; pero esta se conoce entre nosotros como tal donación por casamiento y no como arras. Vamos, pues, á examinar ahora, y bajo la palabra arras, la doctrina legal relativa á esta materia en cada una de las cuatro significaciones mencionadas, á saber: 1.º como señal de la celebración de un contrato; 2.º como seguridad de los esponsales; 3.º como donación del esposo á la esposa; y 4.º como solemnidad del matrimonio. De cada una de ellas se tratará en artículo distinto, para facilitar la exposición de nuestras ideas.

ARRAS EN LOS CONTRATOS. Las cosas dadas en señal de la celebración de un contrato, y ordinariamente del de compra y venta, ó las que se dan como parte del precio en este último para asegurar su estabilidad y firmeza. En este sentido fue usada la palabra arras entre los antiguos, lo es en las legislaciones extranjeras, y tiene también aplicación en la nuestra, como veremos en el presente artículo.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes del Fuero Juzgo.

Id. de las Partidas.

Legislación extranjera.

FUERO JUZGO.

LEY 4, TIT. 4, LIB. 5.

Dispone que quien toma señal por alguna cosa debe cumplir lo que prometió. Y si el comprador, por enfermedad ó por otra grave desgracia, no pudiese pagar al plazo, envíe otro cualquiera que cumpla por él. Y si no fuere ó no quisiere enviar, reciba la señal que dió y no valga la venta.

PARTIDAS.

LEY 7, TIT. 3, PART. 3.

Señal dan los omes unos á otros en las compras, é acaesce despues que se arrepiente alguno. E por ende decimos, que si el comprador se arrepiente despues que da la señal, que la deve perder. Mas si el vendedor se arrepiente despues, debe tornar la señal doblada al comprador, é non valdrá despues la vendida. Pero si quando el comprador dió la señal dixo assi; que le dava por señal é por parte del precio, ó por otorgamiento, estonce non se puede arrepentir ninguno de ellos, ni desfacer la vendida que non vala.

LEJISLACION ESTRANJERA.

En el Derecho romano anterior á Justiniano, segun se ve por las Instituciones de Gayo (1), las arras eran la señal ó prueba de la consumacion de un contrato, ordinariamente del de compra y venta. *Argumentum emptionis venditionis contractæ*. Así es que mediando arras en la celebracion de un contrato no podian los interesados separarse de él. Las partes, sin embargo, podian por una convencion particular darles algun otro carácter, como en el ejemplo que cita el jurisconsulto Scévola (2), donde el comprador conviene en que si no hubiese pagado lo restante del precio al tiempo determinado, perderia las arras y la venta seria nula.

Justiniano varió completamente la naturaleza de las arras; é introdujo una innovacion muy notable, á saber; que tratándose de una venta ya celebrada por escrito ó sin escrito, si se hubieran dado arras, aunque las partes nada pactasen especialmente pudieran separarse del contrato el comprador perdiendo las arras, y el vendedor restituyéndolas dobladas.

El código civil francés considera las arras bajo el mismo punto de vista introduciendo por Justiniano; así es, que no habla de

ellas sino con motivo de las promesas de venta, disponiendo en su artículo 1390 que si la promesa de vender se hizo dando señal, cada uno de los contrayentes, tiene facultad para separarse del contrato, perdiendo las arras el que las dió, y restituyendo el doble quien las hubiese recibido. A pesar de esto, no es la venta el único contrato en que pueden intervenir é intervienen las arras, pues segun la opinion autorizada del célebre Pothier (1), pueden darse y se dan en toda clase de convenciones, y en la práctica son tan frecuentes en el arrendamiento como en la venta.

Los demas códigos modernos de Europa no se diferencian sustancialmente en esta parte del derecho civil francés. Merece citarse únicamente la legislacion de Holanda, segun la cuál cuando las arras consisten en dinero no puede dejarse sin efecto el contrato por el abandono ó devolucion de ellas.

En Inglaterra, segun escribe Blackstone (2), cuando el comprador paga una parte del precio por leve que sea, ó cuando se entrega una parte cualquiera de los efectos en concepto de arras, queda trasferida la propiedad, y el comprador puede reclamar en juicio la entrega de la cosa, como él á su vez puede ser reconvenido por el vendedor para el pago del precio. La ley, añade dicho escritor, considera de tal modo las arras como una prueba del contrato que la venta de cosas, cuyo importe exceda de diez libras, no tiene fuerza alguna mientras el comprador no reciba una parte de ellas *por forma de arras*, ó mientras no entregue al vendedor una parte del precio en el mismo concepto ó á cuenta del pago.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

SEC. I. DE LAS ARRAS EN GENERAL Y DE SUS ESPECIES.

SEC. II. DE LOS EFECTOS QUE PRODUCEN LAS ARRAS.

(1) Lib. 3, párr. 129.

(2) Dig. 18, párr. De ley comisor.

(1) Tratado de la venta.

(2) Lib. 2, cap. 30.

ARRAS.

629

SECCION I.

DE LAS ARRAS EN GENERAL Y DE SUS ESPECIES.

Sea ó no cierto que las arras hayan tenido su primer origen en la institucion de las almonedas, donde los compradores entregaban alguna moneda de poco valor en señal de la celebracion del contrato y para evitarse las incomodidades de llevar consigo todo el dinero necesario para cubrir el precio, es sin embargo positivo y muy importante saber que en el estado actual, para que las arras sean verdaderamente tales y produzcan sus legítimos efectos, es necesaria la tradicion efectiva de las cosas en que consisten. Por eso hemos dicho al principio que las arras son *las cosas dadas en señal*, etc.

Pueden darse las arras antes ó despues de perfeccionado el contrato: si se dan antes significan el compromiso solemne contraído por los interesados de celebrar, concluir y ejecutar el contrato que á la sazón tienen proyectado, so pena de perder las arras; si se dan despues significan que el contrato se ha celebrado ya y equivalen á la señal ó prueba de la consumacion del mismo contrato *in signum et argumentum contractus facti*. En este caso las arras se consideran como parte del precio ó como medio de asegurar el cumplimiento de la obligacion.

La dificultad que puede ocurrir en este punto consiste en distinguir si las arras se dieron en un concepto ó en otro. Si los interesados manifestaron espresamente, segun dispone la ley de Partida, que las daban por señal y por parte del precio ó por otorgamiento, ninguna duda puede quedar en este caso acerca de que las arras se dieron como prueba del contrato. Si no usaron de semejantes palabras, sino que se limitaron á establecerlas simplemente, y puede hacerse constar que el contrato en el cual han intervenido estaba ya concluido y perfeccionado, tendrán el mismo carácter; pero si los interesados no usaron de aquellas palabras terminantes, ni puede hacerse cons-

tar que el contrato estaba concluido ó celebrado, ó por el contrario se acredita que este contrato no estaba mas que en proyecto, las arras se considerarán, no como parte del precio, sino como pena impuesta al que se arrepienta y retracte.

Infiérese de aquí y de la naturaleza especial de estas arras, que cuando ocurre duda acerca de la naturaleza de ellas y de su verdadera calificacion, tal que no pueda resolverse por la regla espuesta; debe presumirse que los interesados quisieron estipular las arras como pena del arrepentimiento y no como prueba del contrato ó parte del precio. La razon es porque ese y no el otro es el carácter distintivo ó general de las arras, y porque en ese concepto se dan por lo comun á no ser que añadan alguna circunstancia que revele la intencion de establecerlas como parte del precio convenido.

Sin embargo de todo lo espuesto, hay algun caso, segun la doctrina generalmente recibida, en que á pesar de no haberse espresado terminantemente los contrayentes, las arras se suponen y consideran dadas como parte del precio. Tal seria cuando las cosas dadas en ese concepto son de poca importancia ó puramente simbólicas como una sortija, una llave, etc.; entonces constituyen una prueba de la venta que se considera perfecta y acabada, un testimonio del consentimiento pleno de los contrayentes y una señal de la palabra dada irrevocablemente. *Signum fidei data irrevocabiliter*. Conforme con esta doctrina, dice Pothier, que cuando los aldeanos de los campos dan en arras de sus compras un *suelto* y algunas veces un *hiard*, á lo cual llaman dinero de Dios, deben considerarse las arras como parte del precio ó como prueba de la consumacion del contrato. Sin embargo, aun en este caso, así como en el que se ha propuesto arriba de constituirse las arras en una cosa simbólica y de poca importancia, puede suceder que las arras participen en cierto modo del carácter de penales, y que no puedan considerarse sino condicionalmente como parte del precio; eso sucedería si se

diesen con la condicion de que pasado cierto espacio de tiempo, 24 horas por ejemplo, cada uno de los contrayentes pudiera apartarse del contrato, el uno devolviendo el objeto entregado y el otro reintegrándose de él.

Algunos escritores han creido que cuando las arras se constituyen en dinero y no en especie, deben considerarse dadas como parte del precio, cualesquiera que fuesen las circunstancias y los términos del contrato; pero Greg. Lop. en las glosas á la ley de Partida sostiene muy fundadamente que aun cuando las arras se constituyen en dinero, es indispensable que se espresé la circunstancia de que se entregan como parte del precio para que participen de este carácter.

SECCION-II.

DE LOS EFECTOS QUE PRODUCEN LAS ARRAS.

La distincion que hemos consignado en los párrafos anteriores tiene su aplicacion directa al tratar de los efectos que producen las arras. Hemos dicho que pueden constituirse antes de quedar perfecto y terminado un contrato como pena del arrepentimiento que debe sufrir el que se separa de él, ó que pueden darse despues de perfecto y celebrado como parte de su precio y prueba de su conclusion.

Bajo de este supuesto, si las arras se han dado en el primer concepto, los contrayentes pueden apartarse del contrato; pero siendo el comprador el que se arrepiente perderá las arras; si es el vendedor debe devolverlas dobladas. En esto observa la ley la igualdad mas justa y rigurosa, pues, con la restitution del doble no devuelve el vendedor mayor cantidad de la que pierde el comprador en su caso, sino la misma con mas la que habia recibido del comprador.

Si las arras se han dado en el segundo concepto, á saber, como prueba de la perfeccion del contrato, ninguno de los contrayentes puede apartarse de él ni invalidarle aun por el medio indirecto de perder las arras, no consintiendo el otro en semejante anulacion.

En el caso en que los contrayentes pueden apartarse del contrato sufriendo la pérdida de las arras, ninguna dificultad puede ofrecer la restitution del doble cuando las arras consisten en dinero. Tampoco pueden ofrecerla cuando consisten en géneros ó mercancías ordinarias y comunes, pues entonces es sumamente fácil y hacedera la restitution de doble cantidad de estas mismas mercancías. La dificultad puede presentarse únicamente cuando la cosa ó cosas dadas á título de arras son de una especie única y muy rara, de forma que sea difícil ó casi imposible la devolucion en la misma especie de las arras dobladas. En tal caso creemos que el que las recibió podrá apartarse del contrato devolviendo desde luego los objetos ó el objeto recibido, con mas su valor en dinero, segun la prudente y pericial estimacion de los mismos.

Algunos autores disputan si en el caso de no haber espresado los contrayentes que constituian las arras como parte del precio, pero de haberlas constituido cuando el contrato se hallaba perfecto y acabado, podrán los interesados apartarse de él sujetándose á perderlas. La cuestion nos parece gratuita, porque la ley de Partida habla, no solo del caso en que las arras se hubiesen dado como parte del precio, sino tambien como *señal de otorgamiento*, y esta palabra segun la juiciosa observacion de Greg. Lop. significa que las arras se hayan dado *in signum perfectionis contractus*. Fuera de esto no puede aceptarse sin falsear todos los principios admitidos en esta materia, la doctrina de que un contrato perfecto y acabado pueda dejarse sin la fuerza y valor legal que le imprime el consentimiento de los contrayentes por el desistimiento de uno solo que se sujeta ó somete á perder las arras. Asi la opinion mas autorizada es que los interesados podrán apartarse del contrato únicamente cuando á este le falta alguna circunstancia para su perfeccion, *modo penitentis locum esse quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus* (1); no así

(1) Vin. ad Inst. lib. 3, cap. 24.

cuando está adornado de todas las condiciones legales para su subsistencia. En este caso consistiendo las arras en dinero y habiéndolas dado el comprador, se considerarán como parte del precio que ha de satisfacer: habiéndolas entregado el vendedor las retendrá aquel en su poder como una especie de prenda ó garantía hasta que se cumpla la obligacion contraida, en cuyo caso deberán ser devueltas á su dueño. En resumen; en el caso supuesto, ninguna de las partes puede eximirse de la obligacion que se impuso aun sometiéndose á perder las arras ó restituirlas con otro tanto, sino que cada una de ellas puede ser compelida por la otra á llevar á cabo lo estipulado ó al resarcimiento de los daños y perjuicios que por la negativa se causaren: de lo contrario se seguiria el absurdo de que las arras dadas y recibidas solamente para confirmar y hacer mas seguro el contrato, vendrian á ser causa de su rescision.

Puede suceder alguna vez que celebrado el contrato y habiéndose dado arras en cualquier concepto que sea, consientan los interesados en anular ó dejar sin efecto semejante obligacion; en tal caso, para el cual no puede haber dificultad ninguna legitima, es evidente que ninguno de aquellos incurrir en responsabilidad y que deshecha la venta, por ejemplo, deberán ser devueltas las arras al que las entregó.

Tambien podrá ocurrir que celebrado el contrato y entregadas las arras como señal y prueba de su conclusion, se resista el que las dió á llevar á efecto su compromiso, y que para vencer esta resistencia haya necesidad de acudir á las vias judiciales. Si colocado el negocio en este terreno la parte es obligada á la ejecucion y el contrato se cumple, no perderá las arras, y la razon es porque la pérdida de ellas equivale á una pena que se aplica y hace efectiva tan solo cuando el contrato deja de efectuarse y los contrayentes no llegan al término que se propusieron en su celebracion, lo cual no se verifica cuando resistiendo ó no alguno de ellos el contrato, se lleva á cabo y se consigue el fin que presidió á su otorgamiento.

Convienen, finalmente, los autores en que si á consecuencia de un litigio celebrado entre los otorgantes de un contrato en que han intervenido arras, es condenado el que las recibió á pagar los daños y perjuicios causados á su adversario por haberse resistido ó negado á la ejecucion, no podrá reclamar este que el primero le devuelva las arras dobladas: su accion, segun la opinion de aquellos escritores, deberá limitarse á pedir la devolucion de las arras que entregó, porque no seria justo que por un lado pudiese aspirar al duplo de ellas y por otro á la indemnizacion de los perjuicios.

De lo espuesto anteriormente se infiere que si la cosa vendida pereciese por caso fortuito, por fuerza mayor ó por cualquier otro accidente inculpable, ninguna de las partes podria exigir que la entrega de las arras produjese sus efectos ordinarios. La naturaleza de la causa habria hecho imposible la ejecucion del contrato, y por lo mismo ninguna de aquellas incurriria en responsabilidad.

Advertiremos por conclusion que el que ha recibido alguna cosa en arras, debe poner en su conservacion todo el cuidado que sea necesario, quedando obligado á prestar la culpa leve y á responder de cualquiera deterioro que por consecuencia de ella experimente.

ARRAS como DONACION. La dote que ofrece ó designa el esposo á la esposa por razon y con motivo del casamiento que se proponen contraer.

Esta acepcion es la principal que en el dia tiene la palabra arras, y de ella vamos á ocuparnos en el presente artículo, esponiendo con la amplitud conveniente la doctrina legal que hoy se observa en esta materia.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes del Fuero Juzgo.

Id. de las Partidas.

Id. de la Novísima Recopilacion.

Legislacion extranjera.

FUERO JUZGO.

LEY 5, TIT. 1, LIB. 3.

Dispone que si el esposo muere celebrados los esponsales, el beso dado y las arras dadas, la esposa gane la mitad de todas las cosas donadas, y la otra mitad sea para los herederos del esposo. Si el beso no se dió, la esposa nada gana.

LEY 6, ID. ID.

Dispone que los príncipes de la corte y mayores de la gente goda (los grandes del reino y personajes ilustres), no puedan dar en arras mas que la décima parte de los bienes, ora sea la desposada virgen, ora viuda. Y si el padre quisiera dar arras por su hijo á su nuera, puede dar la décima parte de aquello que heredare el hijo después de la muerte de su padre, la cual tendrá la esposa con mas diez mancebos (esclavos) y diez mancebas y veinte caballos, y en donaciones ó regalos el equivalente á mil sueldos, pudiendo la muger disponer de todas estas cosas como tuviera por conveniente si no tuviese hijos. Si la muger muriese sin testamento (sin habla) los bienes volverán al marido ó á los parientes mas cercanos suyos. Prohibe tambien que los padres de la esposa, y que esta misma puedan demandar por razon de arras mas de lo que permite esta ley, y si el esposo hubiera prometido por escrito ó con juramento dar mas de lo que la ley espresa, le permite reclamar el exceso. Y si por miedo al juramento ó negligencia no lo quisiese demandar, ó no pudiese hacerlo, concede el mismo derecho á los padres ó parientes. Pasado el primer año del matrimonio permite al marido donar lo que tuviere por conveniente á la muger; pero antes del año dispone que ni el marido pueda dar á la muger ni esta al primero por razon de arras mas de lo espresado, escepto si lo hiciese por *gran enfermedad ó gran pavor de muerte*. A los demas hombres que no fuesen de la corte les permitia tambien dar la

décima parte de todas las cosas de su hacienda.

LEY 7, ID. ID.

Da al padre el derecho de demandar las arras de su hija y de conservarlas en su poder, y no estando presentes el padre ó la madre permite á los hermanos y á los mas cercanos parientes el recibir las arras para entregarlas á su hermana.

LEY 10, ID. ID.

Dispone que cuando alguno quisiere casarse ó casar á su hijo ó pariente puede dar arras de sus propios bienes y estas sean firmes en todas maneras.

PARTIDAS.

LEY 1, TIT. 11, PART. 4.

Es lo que el varon da á la muger por razon de casamiento es llamado en latín *donatio propter nuptias*; que quiere tanto decir como donacion que da el varon á la muger por razon que casa con ella; ó tal donacion como esta dizen en España propiamente arras.

LEY 24, ID. ID.

Dispone que si el marido y la muger pactaren que muerto uno heredare el otro la donacion ó el arra, y después fuesen á vivir á algun lugar donde hubiese costumbre contraria á este convenio, debe valer este sin embargo de la costumbre opuesta. Y añade que lo mismo sucederia si no hubieran pactado nada, pues en punto á dotes, arras y gananciales, la costumbre de aquella tierra, donde celebraron el casamiento, es la que debe prevalecer y regir, y no la del lugar adonde se mudaron después.

LEY 3, TIT. 12, PART. 4.

Dice que aun cuando la iglesia permite á

ARRAS

635

la muger viuda contraer libremente segundo matrimonio, el fuero de los legos le prohíbe hacerlo hasta un año después de la muerte del marido, imponiendo por pena á los que antes le contrajesen la pérdida de las arras y de la donacion que le hizo el marido, y de las demas cosas que le hubiere dejado en su testamento, las cuales deben ser para los hijos, y en su defecto para los parientes herederos. Exime de la pena á la muger que siendo desposada perdiese á su esposo antes que el matrimonio fuese cumplido, y á la que con otorgamiento del rey casase antes del año.

LEY 26, TIT. 13, PART. 3.

Dispone que muerto el marido, si la viuda contrajere segundo matrimonio, las arras y las donaciones que aquel le hubiese dado deben quedar salvas para los hijos del primero, y que débennas cobrar y tener después de la muerte de su madre, y para seguridad de los hijos establece que quedan tácitamente hipotecados todos los bienes de la madre.

LEY 3, TIT. 13, PART. 6.

Dispone que el arra y donacion que el padre diere en casamiento á alguno de sus hijos, se debe contar en la parte de aquel á quien fue dada, salvo si el padre hubiera dicho espresamente cuando se la dió, ó después en su testamento, que no queria que se la contasen en dicha su parte. Añade que esto no tiene lugar sino cuando los hermanos solamente heredan los bienes de su padre ó de su madre, mas si otro extraño fuese establecido con ellos por heredero, entonces las dotes y donaciones dadas á los hermanos no las deben traer á particion con los extraños, ni las deben contar en su parte con ellos.

LEY 6, ID. ID.

Siendo dadas las arras ó la dote por un extraño al padre por razon del casamiento de su hijo ó hija, queda salvo para la hija ó el hijo, y no pueden reclamar parte alguna los demas hermanos, porque tales

TOMO III.

bienes no está obligado á partirlos el uno con los otros. Mas si el padre diese arras á su muger, entonces debe guardarse lo que se dispone en la ley 3 ya citada.

LEY 13, TIT. 17, PART. 7.

La muger á quien se probase en juicio que cometió adulterio, debe perder las arras, quedando á disposicion del marido; pero si este la perdonase y la recibiese después en su casa, deben volverse las arras á la muger en el estado que tenian antes. Añade que si la muger saliese de casa de su marido y se ocultase en la de algun hombre sospechoso contra la voluntad de aquel ó contra su prohibicion, si esto se probase con testigos fidedignos, debe perder las arras, adquiriéndolas el marido, y si tuviesen hijos, estos deberán heredarlas después de la muerte del padre, y aunque este tenga hijos de otra muger, no podrán adquirir parte ninguna en ellas. Si el marido la perdona-se, cesa la pena.

NOVISIMA RECOPIACION.

LEY 1, TIT. 3, LIB. 19.

Ley 30 de las de Toro.

Prohíbe que pueda renunciarse la ley del Fuero, que dispone no pueda el marido dar en arras á su muger mas de la décima parte de sus bienes, y que si se hiciese semejante renuncia, se guarde, sin embargo de ella, lo contenido en dicha ley; añadiendo que si algun escribano diere fé de algun contrato en que intervenga renunciacion de dicha ley, incurra en perdimiento del oficio de la escribanía y en adelante no pueda usar de él, so pena de falsario.

LEY 2, ID. ID.

Ley 31 de las de Toro.

Si la muger no tuviere hijo del matrimonio en que interviniere promision de arras,

654

ARRAS.

si no dispone espresamente de ellas, que las adquieran el heredero ó herederos de la misma muger, y no el marido, ora la muger haga testamento ó no.

LEY 3, ID. ID.

Ley 31 de las de Toro.

Dispone esta ley, entre otras cosas, que si intervinieren arras en un casamiento y donacion esponsalicia de parte del esposo á la esposa, disuelto el matrimonio, pueda elegir la muger, ó sus herederos, muerta ella, tomando las arras ó dejándolas y tomando todo cuanto el marido la hubiese donado, siendo con ella desposado, debiendo hacer semejante eleccion dentro de 20 dias despues de requeridos por los herederos del marido, y no haciéndola, competa la eleccion á los herederos.

LEY 7, ID. ID.

Don Felipe IV en 1623.

Y porque se cumpla con mas puntualidad lo dispuesto en cuanto á que las arras no puedan esceder de la décima parte de lo que montaren los bienes libres, ordenamos y mandamos que en nuestro Consejo de Cámara no se den facultades en dispensacion de esto, y desde luego damos por ningunas y de ningun valor y efecto las que en contrario se dieren; y que para mejor seguridad de la ejecucion de todo lo dicho, el escribano ante quien se otorgaren las escrituras tenga obligacion de dar cuenta de los tales contratos á la justicia de la parte ó lugar donde se hicieren; y el escribano de ayuntamiento de cada lugar tenga un libro donde se tome la razon de dichos contratos y de la cantidad, dote y arras, y la justicia haga averiguacion si la dicha dote y arras esceden de la cantidad que en esta ley se manda y ejecute la pena y aplicacion hecha para nuestra Cámara, y que de aqui adelante se ponga esto por capítulo de residencia, y que esta ley no se pueda renunciar.

LEGISLACION ESTRANJERA.

El derecho romano conoció las donaciones hechas entre los esposos antes del matrimonio y con ocasion de él, aunque no las distinguió con el nombre de arras, palabra que se empleaba en aquella legislacion para designar las cosas que se daban en fé y seguridad del casamiento que se trataba de contraer, segun esponemos en los artículos **DONACION PROPTER NUPCIAS** y **DONACION ESPONSALICIA**; los romanos llamaron con este último nombre á todas las que en los tiempos primitivos se hacian entre los esposos con motivo del casamiento. Posteriormente se introdujeron las donaciones que hacia solamente el esposo á la esposa, las cuales se denominaron al principio donaciones *ante nuptias*, y despues en tiempo de Justiniano donaciones *propter nuptias*. Eran estas donaciones una remuneracion de la dote y tenian todos los caracteres y condiciones legales de ella; por consiguiente, no pueden considerarse propiamente como las arras que conocemos en España, si bien convienen con ellas en que se hacen y derivan del esposo á la esposa como aquellas.

Las legislaciones extranjeras no reconocen tampoco con el nombre de arras las donaciones del novio á la novia con ocasion del matrimonio; pero generalmente conceden á los primeros la facultad de ejecutar tales actos. El art. 1093 del código francés dispone que los futuros esposos pueden hacerse reciprocas donaciones por causa del contrato de matrimonio, tanto de sus bienes presentes como de los que puedan adquirir en lo sucesivo, y estas donaciones, sean simples, sean reciprocas, muriendo la muger antes que el donante, no pasan á los hijos. Esta doctrina ha sido adoptada generalmente por los códigos modernos de Europa.

En Inglaterra los principios que establecen las relaciones entre los casados y los efectos civiles que, segun ellos, se derivan del matrimonio, no permiten las donaciones de que se trata. Por el casamiento el hom-

bre y la muger se convierten en una sola persona á los ojos de la ley; y así como todo pacto celebrado entre ellos antes del casamiento se hace nulo en el instante que lo contraen, así también no produciría valor alguno cualquiera donación que el marido hiciese á su muger después del matrimonio, porque, como dicen los jurisconsultos de aquel país, hacer el marido una donación á la muger sería suponer que ella tiene una existencia independiente y separada de su marido, y tratar con ella sería tratar consigo mismo.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

- SEC. I. INTRODUCCION HISTÓRICA.
 SEC. II. DE LAS ARRAS EN GENERAL, SU CARÁCTER Y NATURALEZA.
 SEC. III. QUIENES PUEDEN DAR ARRAS, CUANDO Y DE QUÉ BIENES.
 SEC. IV. DE LA CUOTA DE LAS ARRAS.
 SEC. V. DE LOS DERECHOS QUE NACEN DE LA CONSTITUCION DE LAS ARRAS RESPECTO DEL MARIDO Y DE LA MUGER ANTES Y DESPUÉS DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO.
 §. 1.º De los derechos que nacen de la constitucion de las arras respecto del marido y de la mujer durante el matrimonio.
 §. 2.º De los derechos que nacen de la constitucion de las arras respecto del marido y de la mujer después de la disolucion del matrimonio.
 SEC. VI. DEDUCCION Y ABOÑO DE LAS ARRAS.
 SEC. VII. DE LAS ARRAS EN ALGUNAS PROVINCIAS DE ESPAÑA.

SECCION I.

INTRODUCCION HISTÓRICA.

La existencia de las arras, es decir, de las donaciones otorgadas por los esposos á las esposas con ocasion y motivo de su casamiento, se pierde en la antigüedad de

tiempos muy remotos, aun cuando entonces no se conocieran semejantes actos con aquel nombre.

Adoptada la costumbre de solemnizar algunos contratos ofreciendo una alhaja ó alguna suma de dinero en seguridad de su cumplimiento, era natural que á medida de que la civilizacion mejoraba las costumbres y hacia comprender la conveniencia de premiar las virtudes de la muger y de dar toda la importancia que reclama el interés de la sociedad al sexo débil, se fuera introduciendo la práctica de ofrecer el novio algunos regalos á su futura muger; regalos que al principio consistirian en alhajas ó adornos y después en bienes fructíferos y raíces.

Ello es que, según el testimonio de un historiador muy antiguo, fue ya conocida entre los cántabros y pueblos septentrionales de España la costumbre de dotar el marido á la mujer, y Tácito asegura que lo mismo practicaron los pueblos germánicos no conociéndose entre ellos la dote, es decir, la donación de la muger al marido. *Dotem non uxor marito sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui múnera probant.*

Ya se ha dicho que los romanos aun cuando no adoptaron precisamente este uso, conocieron las donaciones del esposo á la esposa, si bien no eran precisas ni condicion indispensable para el matrimonio.

Entre los godos no solamente fue conocida la donación de que hablamos, sino que bajo su dominación fue cuando adquirió la mayor importancia. El docto don Juan Francisco Masdeu dice á este propósito. «Acercá de la dote habia entonces en España una costumbre muy diversa de la de nuestros dias, porque no la daba la muger al hombre, sino el hombre á la muger; y es cosa muy estraña que siendo muchas las leyes visigodas que hablan de esto claramente y constando lo mismo por hechos históricos, nuestro insigne comentador del Fuero Juzgo haya dicho siempre lo contrario por no haber entendido lo que significa el nombre de arras en las leyes castellanas. Arras propiamente es la prenda que daba el esposo

á la esposa en el día de los esponsales; pero como en el contrato que se hacia y firmaba en este día, señalaba tambien el esposo la cantidad de dote que daría á su tiempo, nuestras leyes castellanas dieron á la misma dote el nombre impropio de *arras*, como puede ver cualquiera por sí mismo confrontándolas con el original latino. «El marido, pues, daba la dote y debía entregarla á la casa paterna de la novia para que su padre ó hermano ó tío se hiciesen cargo de ella y la tuyesen en depósito.» Eso mismo confirma Marina en su Ensayo histórico crítico, diciendo: «Los godos introdujeron y autorizaron en España las costumbres del país de su nacimiento y el uso de los pueblos germánicos, que era dotar el marido á la muger y no esta al marido; dote que las toscas y primitivas leyes góticas espresaron con el nombre de precio de la doncella desposada con que el varón la compraba de sus padres ó parientes. Pero Recesvinto, mas político y avisado, reformó aquellas ideas inciviles y bárbaras, y conservandola misma ley la ordenó á objetos mas altos, fines mas nobles y dignos de un gobierno sábio, á premiar la integridad virginal, dar valor y estimacion al mérito y honestidad del sexo; hacer respetable el casamiento y conciliarle lustre y esplendor, proporcionar á las casadas subsistencia segura despues de la muerte de sus maridos, y medios de poder continuar en este caso los oficios del gobierno doméstico y precaver que jamas tuvieran parte en la celebracion del matrimonio los ruinosos y funestos vicios del interés y de la avaricia, y que solamente interviniesen los motivos y afectos que inspiran la naturaleza y la religion, el mérito personal, amor puro y sencillo y desecho de multiplicarse.»

Efectivamente fue así y el Fuero Juzgo nos ofrece un testimonio irrecusable, tanto de que en los primeros tiempos de la monarquía se reconoció ya la dote del esposo á la esposa, como de que en épocas muy inmediatas adquirieron dichas donaciones toda la regularidad que reclamaban por su importancia. En la ley 6 del tit. 2, lib. 3 que

el mismo código llama antigua, se transcribe la que dió y confirmó el rey don Recesvinto en la era de 680, limitando las arras á la décima parte de los bienes y algunos otros objetos, como esclavos, caballos, etc. Otra ley autorizó á los esposos, á sus padres y á sus parientes para conceder arras en cualquiera clase de bienes que poseyesen; otra dió á los padres, hermanos y parientes derecho para reclamarlos; y finalmente en la época del rey don Flavio Rescindo se fijaron los derechos de la mujer respecto de las arras.

Lo que parece fuera de toda duda es que la dote del marido á la muger entre los pueblos góticos tuvo el carácter de obligatoria. Marina lo afirma así diciendo: «para cuya solemnidad y valor (la del desposorio) exigia la ley el otorgamiento de las tablas dotalas ó escritura hecha ante testigos de la dote que ofrecia el esposo á la esposa.» No se halla en el código castellano publicado por la academia ley ninguna que imponga al esposo la obligacion de dotar á su esposa ó que establezca la dote de aquel como condicion para el casamiento; antes por el contrario, las palabras *puede dar arras*, de que usa la ley 10, ó *si por ventura el padre quisiere dar arras por su fijo*, que se leen en la 6, vienen á persuadir lo contrario. Eso no obstante, la asercion anterior nos parece de todo punto indudable, como lo comprueba la ley 1, tit. 1, lib. 3 del Código latino, que es una de las que no se hallan en el castellano. El epígrafe de la ley *ne sine dote matrimonium fiat* demuestra que no era potestativo sino obligatorio el establecimiento de la dote, y las palabras de que usa la ley al dar razon de este mandato hacen ver que esta obligacion era de alta importancia ante la consideracion de los legisladores. *Nam ubi dos nec data est nec confirmata quod testimonium esse poterit in conjugis dignitate futura, cuando nec conjunctionem celebratam publica roborat dignitas nec dotalium tubularum adcomitatur honestas?* Sobre todo confirma esta opinion de una manera irrecusable el testo que se halla en algunos códigos como el de Tol. y del Esc. 4 equivalente al de la

ley 10, tit. 1, lib. 3 del de la academia, en el cual despues de leerse en el epigrafe «que el casamiento non sea sin dote,» se añade: «mas todo casamiento que es fecho sin dote et sin arras, ¿cómo será co-locado et tenido por bueno si manifesta- mientre non es testiguado nin es fecho en- de público escripto? Et por ende estable- zemos et mandamos que ninguno non se case, nin á sí, nin á su fijo, nin á su pa- riente fasta que dé á aquella con que se casa dote de su buena.»

La costumbre andaba de acuerdo con esta opinion, y entre los muchos ejemplares que podrian citarse, bastará recordar el que refiere Gerónimo de Blancas citando una carta de dote otorgada en 1498, en la cual el esposo dá en dote á su esposa la décima parte de sus bienes presentes y futuros, alegando para ello que las leyes godas no permitian se hiciese matrimonio alguno sin semejante solemnidad. *Quia in gothicis legibus continetur, non sine dote conjugium fiat.*

Si la legislacion goda reconoció, segun hemos visto, espresamente estas donaciones como condicion preliminar del matrimonio, no se abolió ni se hizo menos frecuente siquiera su uso en la época posterior de la restauracion bajo el influjo de la dominacion de los fueros. Lo único que se notó entonces fue alguna diversidad en la tasa, efecto sin duda de prácticas abusivas ó de las circunstancias especiales de algunos pueblos que, segun la mayor ó menor libertad de sus costumbres, exigian mas ó menos en las sumas donadas. Entonces comenzó tambien á usarse la palabra *arras* en equivalencia de la de *dos*, usada constantemente, sin duda como observa Marina, porque la dote era como arra y prenda segura del futuro matrimonio, y porque á continuacion del otorgamiento de las tablas dotalas entregaba el esposo á la esposa el anillo ó arra con que se indicaba la próxima union y lazo matrimonial. El Fuero de Cuenca redujo la dote á veinte maravedises de oro, y el de Molina permitió dar ademas *cuarenta medidas de vino ó un puerco ó siete carneros ó cinco cahicos de trigo*. El Fuero de Oviedo

dejaba á las partes en libertad sobre este punto, permitiendo dar arras *cuales se con- vinieren por foro de la villa*, y el de Salamanca prohibia dar mas de treinta maravedises y veinte en vestidos. El Fuero de Castilla autorizaba al fidalgo para dar hasta el tercio de su heredamiento. En los reinos de Leon, Toledo, y en los paises conquistados de Andalucía se observaba con mas uniformidad la jurisprudencia gótica, y en los de Cataluña y Aragon se seguian las disposiciones de aquel código.

Entre los muchos ejemplos que pudiéramos citar en comprobacion de esta verdad, basta recordar dos cartas de arras, una relativa al reino de Toledo y otra á la costumbre de Cataluña. La primera es la que otorgó Garci-Lopez, alguacil mayor de Toledo, en la cual decia: «Yo Garci-Lopez... queriendo rescebir et mantener esta órden de matrimonio con vusca Francisca Gudiel... et porque es razon et guisado que vos la dicha Francisca Gudiel hayades diezmo et arras de todo mi haber por ende yo sope todo así mueble como raiz et así paños é joyas é bestias é armas é plata é heredades é otros bienes é apreielo todo bien é verdaderamente é falle por cierto que es tanto de que vos la dicha Francisca Gudiel podedes é debedes haber por vuestro diezmo é por vuestras arras por honra é derecho de vuestro casamiento conmigo veinte mil maravedises de la moneda que se gora usa... Et otorgo vos que los hayades estos dichos veinte mil maravedises por vuestras arras é por vuestro diezmo contados, bi los diez mancebos et las diez mancebas et los diez caballos et los mil sueldos de las donas que dice en la ley del Fuero Juzgo que dicen de Leon. La segunda fue otorgada por Ramon Conde de Pallars á favor de su esposa, hija de Arnaldo Mir, y en ella despues de transcribirse el testo latino de la ley 1, tit. 2, lib. 3 ya citada, se continúa de esta manera. *Et ideo hæc premissa sunt quia ego Raimundus comes Palariensis Valenciam filiam Arnaldi Mironis in uxorem accipio et ut legaliter sit factum hoc conjugium secundum ordinem legis Gothorum mando memoria cunc-*

lorum tam presentium quam futurorum quia per hunc dotis libellum dono supradictae Valentiae sponsae meae decimam partem mearum rerum tam mobilium quam immobilium...

Así llegaron las cosas hasta la época destinada por el curso de los acontecimientos para establecer el orden en la legislación y dar unidad al derecho; objetos importantes que había sido imposible conseguir en los tiempos anteriores. El Fuero Real publicado, como es sabido, para preparar la opinión y las voluntades de los pueblos en favor de una legislación general y uniforme, no pudo olvidar la materia de que nos ocupamos para imprimir en ella la regularidad conveniente. Fijó en primer lugar la cuota de las arras, disponiendo que nadie pudiera dar mas de la décima parte de sus bienes; facultó al marido pobre para ofrecerlas sobre sus bienes futuros; vedó al esposo disponer de las arras aun con el consentimiento de la mujer; determinó los derechos que esta adquiría sobre los bienes donados, y finalmente, castigó á la mujer adúltera con la pérdida de las arras, si el marido temia por conveniente privarla de ellas.

El código de las Partidas, destinado á ordenar todas las materias comprendidas en la inmensa esfera del derecho, no podia olvidar tampoco una tan usual y común, que por su naturaleza puede contribuir eficazmente á mantener la felicidad conyugal. En tal concepto consagró algunas leyes á este asunto, siendo el objeto principal de las disposiciones que contienen resolver ciertas dudas suscitadas en el terreno de la jurisprudencia despues de la publicacion del Fuero Real. Así, por ejemplo, el legislador don Alfonso sancionó la pena de perder las arras, impuesta por el Fuero de los legos, á la mujer viuda que contrajese nuevo matrimonio antes del año; así estableció la reserva de las arras á favor de los hijos del primer matrimonio, cuando la viuda pasase á segundas bodas; así tambien ordenó que las arras dadas por los padres á alguno de sus hijos se le impartáran en la parte que de la herencia paterna debiera percibir;

así, en fin, creyó deber introducir é introdujo en efecto, algunas modificaciones en orden á la pérdida de las arras para el caso de adulterio previsto ya por la legislación del Fuero.

La relajacion consiguiente á la turbulencia de la época; acaso los recuerdos del tiempo anterior en que estuvo vigente el Fuero viejo de Castilla, ó mas bien la marcada influencia de las mugeres que tanto se hizo sentir en las costumbres, produjeron al fin un abuso notable en esta parte. Los hombres no se limitaron ya á dar en arras la décima parte de su patrimonio, y el espíritu de sutileza que distinguió á los jurisconsultos de aquella edad encontró medios de cohonestar tan patente violacion de la ley, ya con la renuncia de ella, ya con el juramento, ya con la doble concesion de las donaciones esponsalicias. A remediar este mal tan grave se dirijieron las disposiciones adoptadas en las Cortes de Toro, con relacion á este asunto. En ellas se prohibió espresamente la renuncia de la ley del Fuero, que prohibia al marido dar en arras mas de la décima parte de sus bienes, se ordenó que cuando en un casamiento interviniesen arras y donacion esponsalicia de parte del esposo á la esposa hubiera de elegir la mujer ó sus herederos una de las dos concesiones, y finalmente consignando el dominio de las mugeres sobre las arras, se pusieron en consonancia los derechos de esta y de sus sucesores, con los derechos hereditarios establecidos en aquella misma legislación. Aun estas medidas no fueron bastantes para corregir el abuso introducido en punto á la exorbitancia de las arras: siendo ineficaces la renuncia y el juramento, se acudia al recurso de obtener dispensacion de la ley en la cámara de Castilla para infringirla, y este nuevo abuso llegó á tal extremo, que en época muy reciente, en el reinado del señor don Felipe IV, se adoptaron nuevas y mas severas disposiciones para impedir á toda costa su continuacion. Tal es la série de las que han regido y rigen en la actualidad sobre esta importante materia, cuyos pormenores

ARRAS.

659

vamos á examinar en las siguientes secciones.

SECCION II.

DE LAS ARRAS EN GENERAL, SU CARACTER Y NATURALEZA.

Es tan comun y uniforme entre los comentadores de nuestro derecho la inteligencia que se dá á la palabra *arras*, considerada en el sentido de este artículo, que apenas se hallará uno desde los mas antiguos hasta nuestros contemporáneos que no emplee los mismos términos para definirla. Uno de ellos, muy moderno y docto ciertamente, don Sancho de Llamas, en sus comentarios á las leyes de Toro, reasumiendo la doctrina de aquellos escritores en este punto, dice: «Las arras, segun el derecho nacional, y la práctica generalmente recibida en España, y atestiguada por los autores, es la donacion que el esposo hace á la esposa antes ó despues de contraido el matrimonio en recompensa de su virginidad, honestidad, juventud, ó de su nobleza ó de otra cualquiera prenda personal; de forma que viene á ser en realidad una donacion que el esposo hace á la esposa en remuneracion y agradecimiento de cualquiera de las cualidades que se han indicado.»

Sin embargo del respeto que nos merecen este escritor y todos aquellos á quienes ha seguido, no vacilamos en decir que la naturaleza y esencia de las arras no se determinan por esa idea de remuneracion y agradecimiento de cualidades personales que suponen los autores, y por consiguiente que su definicion no es conforme al concepto fundamental y característico que resalta en nuestras leyes.

En la legislacion antigua ya hemos visto que las arras no eran otra cosa que la dote conferida por el esposo á la esposa, ya para honrarla con mayor consideracion durante el matrimonio, ya para asegurar su decoro y subsistencia si le sobrevivía. La entrega ó la promesa de las arras no envolvía otra consideracion que la del matrimonio; por

eso decian las leyes del Fuero Real. «Todo home que casare...» «Quando el home que casare diere arras.» La ley de Partida proponiéndose explicar lo que era dote, donacion y arra, dijo: «é lo que el varon da á la muger por razon de casamiento es llamado en latin *donatio propter nuptias*, que quiere tanto decir como donacion que da el varon á la muger por razon de que casa con ella: é tal donacion como esta, dicen en España propiamente arras.» De manera que equiparando, aunque no con absoluta exactitud, segun diremos despues, las arras y las donaciones *propter nuptias*, vino á reconocer que las primeras son las donaciones del esposo á la esposa por razon del casamiento, sin otra consideracion alguna esencial.

Confirma este juicio el contesto de la ley 87, tit. 18, Part. 3, en el cual al redactarse la carta de las arras, únicamente se dice que *daba y otorgaba en donacion por razon de casamiento*, etc., y claro es que si el concepto fundamental de las arras hubiera sido la recompensa de alguna de las cualidades personales de la esposa, la ley no hubiese omitido esta circunstancia al presentar la fórmula escrita de semejante donacion. El mismo Greg. Lop. asegura francamente en uno de los comentarios á la ley 1, tit. 11, Part. 4, que las palabras *in honorem virginitalis* que solian poner los escribanos en las cartas doteales, no se conocian en la ley.

Parécenos, pues, que la consideracion esencial y la causa impulsiva de las arras debemos buscarlas en el matrimonio y en el fin altamente social de que la muger tenga los medios suficientes para vivir con el decoro correspondiente en el estado de viudez; por consiguiente que estas no son otra cosa mas que la donacion ofrecida ó entregada á la esposa por el esposo en consideracion al matrimonio que se proponen celebrar. Otra cosa es que algunas veces puedan influir en el ánimo del novio para determinarle á otorgar semejante promesa, ó para ser mas ó menos generoso, la nobleza, la juventud ó alguna otra de las cualidades que indican los autores; mas de aquí no puede inferirse

que el carácter distintivo y esencial de las arras sea remunerar, ni estas cualidades, que al fin pueden ser apreciadas, ni menos otras que no son susceptibles de semejante apreciación. Las arras son siempre el asunto de un contrato que se celebra entre los esposos ó entre las personas que los representan legalmente; y no hay por consecuencia otra causa reconocida y ostensible del derecho y de la obligación que se derivan de ellas, sino el consentimiento recíproco de los contrayentes; es decir, la donación de uno y la aceptación del otro. Así dice Alvaro Velasco en sus Consultas, que según las leyes á ninguna causa determinada puede atribuirse la promesa de las arras, y duda que se den en recompensa de la dote, virginidad ó nobleza; así convienen todos en que pueden darse ó prometerse á la viuda, á la que no sea joven ni reuna ninguna de las expresadas cualidades; y así finalmente asegura Acevedo en sus comentarios á la ley 31 de Toro, que aun en el caso de que las arras se hayan prometido por vía de remuneración, aun entonces se dan por causa de donación.

De lo dicho se infiere que son indispensables dos condiciones para la existencia de las arras. Primera: que la donación se haga del esposo á la esposa, porque de lo contrario aquella sería dote, no arra. Segunda: que se haga por causa y con ocasión del matrimonio, porque no existiendo este sería una donación común ó un acto de mera y pura liberalidad de parte del donante. Infíerese también que las arras son una donación por causa y no simple y voluntaria; por consiguiente que hay siempre acción para exigir el cumplimiento á todas las personas obligadas á la realización de los derechos que son consiguientes á ella.

Las arras, como puede ya comprenderse, se diferencian de la dote, de la donación por casamiento, según la entendemos hoy, de la donación esponsalicia, y de la antigua donación *propter nuptias*, tal como la conocieron los romanos y la adoptó la legislación de las Partidas.

Se diferencia esencialmente de la dote en

que esta se dá por la mujer al marido, y no se adquiere sino de cierto modo por este. Difiere de la donación por casamiento, cual hoy la conocemos, en que esta se hace por los padres á sus hijos, á fin de que puedan proporcionarse una situación mas decorosa después de casados. Se aparta también de la donación esponsalicia; porque si bien es verdad que esta se hace como las arras por el esposo á la esposa, y con la condición virtual de que se verifique el matrimonio, consiste solamente en alhajas, vestidos y otros objetos de esta especie, que se dan á la esposa para su adorno y lucimiento, no pudiendo exceder su importe de la octava parte de la dote aportada por la mujer al matrimonio. Últimamente, no puede confundirse tampoco con la antigua donación *propter nuptias*, cual la conocieron los romanos, aunque en este punto no sea tan constante la opinión de los autores.

Parladorio en la Dif. 125 sostiene contra respetables juristas, que deben considerarse como una misma cosa ambas donaciones; pero no dá mas razón para ello que el texto antes citado de la ley de Partida, que dice hablando de esta última: «E tal donación como esta, dicen en España propiamente arras, y moteja fuertemente á dichos escritores: *nám loquuntur adversus legem regiam cui necessario nobis obtemperandum est*. La verdad es que una y otra donación, la primera tal como se practica y se ha practicado en España, y la segunda tal cual la conocieron los romanos y la definieron las Partidas, tienen muchos puntos de contacto; pero que aparte de alguna otra diferencia menos importante que pudiéramos advertir, difieren en que las arras se dan para que la mujer y sus hijos ó herederos las adquieran y dispongan de ellas como suyas, y la donación *propter nuptias* era una especie de compensación y garantía de la dote de la mujer: la primera se hacía de esta pasando á ella el dominio de los bienes en que consistía, y la donación *propter nuptias* volvía al marido ó á sus herederos disuelto el matrimonio.

Hemos dicho que en el día la constitución

ARRAS.

641

de las arras es objeto de un contrato celebrado entre los futuros esposos ó entre las personas que los representan. Este contrato puede efectuarse en las capitulaciones matrimoniales ó en escritura separada, y en uno y otro caso el novio puede ofrecer, ó una cantidad determinada que debe expresarse, ó bienes raíces que debe también determinar con sus linderos y señales, indicando que tanto la primera como los segundos caben en la cantidad que por este concepto le permiten dar las leyes.

Segun la ley que dejamos trascribida en su oportuno lugar, el escribano ante quien se otorgaren semejantes contratos tenia obligacion de dar cuenta de ellos á la justicia del lugar donde se celebraban y el escribano de ayuntamiento de cada lugar debia tener un libro donde se tomara razon de los mismos; pero estas disposiciones desgraciadamente han caido en desuso. Decimos desgraciadamente, porque habiendo sido opinion tan generalizada en España que la muger tiene el derecho de tácita hipoteca en los bienes de su marido para el cobro de las arras, la falta de aquellos registros daba lugar á fraudes y ocultaciones en perjuicio gravísimo de los acreedores del marido.

SECCION III.

QUIÉN PUEDE DAR ARRAS, CUÁNDO Y DE QUÉ BIENES.

El esposo es la persona que se presenta en primer término al hablar de las que tienen aptitud legal para ofrecer estas donaciones. ¿Pero tiene hoy día obligacion de hacerlo? Febrero indica en su Librería de jueces que hay la opinion bastante comun entre gente poco instruida de que el novio tiene obligacion de dar arras ó sea de dotar á la novia, y si es así no puede darse una opinion mas infundada. Ya hemos indicado en otra parte que las leyes del Fuero real no imponian semejante deber; antes al contrario, una de ellas dice: «Cuando el que casare diere arras, etc.» Pero la ley de Toro removió cualquier duda que pudiera quedar en la materia, disponiendo que la muger y sus

herederos ganen todo lo que la hubiera dado el esposo, «no habiendo arras» lo cual prueba que no es indispensable la promesa de semejante donacion.

Si el esposo es menor, puede también verificarla; pero si las arras consisten en bienes inmuebles no podrá celebrar el contrato sin la intervencion de curador que lo represente y legitime el acto y sin la licencia judicial y demas requisitos que deben preceder á la enagenacion de aquella clase de bienes. Si hubiese dado las arras sin este requisito el acto quedará sujeto á todos los efectos de la restitution *in integrum*.

Puede también ofrecer arras á nombre del esposo su padre, como lo estableció expresamente la ley del Fuero Real, «é si el padre ó la madre quisiere dar arras por su hijo no puede dar etc.,» y lo comprueba la 3, título 13, Part. 6, cuando dispone «que la dote ó el arra..... que el padre diere en casamiento á alguno de sus hijos.....» En este caso el padre queda obligado á todas las consecuencias de su compromiso, y resultan dos efectos notables: Primero, que la muger tiene su accion espedita contra el padre del esposo para que haga efectiva la promesa. Segundo: que la cantidad de los bienes que el padre hubiera dado en concepto de arra por alguno de sus hijos se debe imputar á este en parte de su legítima, recibiendo en su virtud tanto menos de ella cuanto importare la donacion. Así lo declara la citada ley de Partida que á continuacion de las palabras anteriormente trascribas, añade: «se debe contar en la parte de aquel á quien fue dada.»

Pueden asimismo ofrecer arras (y de ello se encuentran algunos ejemplares en la práctica) el esposo y su padre de consuno. Si ambos hiciesen el ofrecimiento de cantidad determinada serán responsables á su cumplimiento los bienes de uno y otro. Así, por ejemplo, si el esposo muriese antes que su padre y la cantidad prometida no cupiese en la décima parte de sus bienes, satisfará la suma que falte el suegro de sus propios bienes, toda vez que se obligó por completo conjuntamente con su hijo.

Finalmente, puede dar las arras un extraño, y en tal caso, ó puede tambien entregar desde luego al esposo las cosas en que consista la donacion hecha á la esposa ó puede entregarlas al padre de aquel, si está bajo de su potestad. Este último caso es el previsto en la ley 6, tít. 18, Part. 6, que dice: «dote ó arra, seyendo dada de otri al padre por razon de casamiento de un fijo ó fija,» y en este concepto dispone que las arras sean exclusivamente del hijo ó hija á favor de quien se hubieran dado, sin que tengan participacion los demas hermanos.

En cuanto al tiempo hay gran diversidad de pareceres entre los escritores de nuestro derecho, por cuya razon y por la de que nuestra opinion difiere de la mas comun entre ellos vamos á examinar con alguna amplitud este punto.

La opinion mas general, la que siguen escritores no vulgares de nuestros dias es que las arras pueden ofrecerse, no solo al tiempo del casamiento, sino durante el matrimonio y en cualquiera época de él. Prescindiendo de los escritores antiguos, haremos mencion de Escriche, que en su diccionario afirma que esta donacion ó promesa puede hacerse antes ó despues de celebrado el matrimonio, pues que no es donacion simple, sino *propter nuptias*, y cita la autoridad de Antonio Gomez y Covarrubias, que asilo escribieron. Greg. Lop., desconfiando de poder sostener con buen éxito esta opinion se atrevió á separarse de ella hasta cierto punto, pero preocupado con una consideracion que él espone, juzgó que solo podria admitirse en un caso dado, á saber, aquel en que el arra ofrecida constante el matrimonio fuese altamente remuneratoria. *Ideo forte prædicta conclusio proederet quando nobilitas uxoris vel magnitudo dotis ejus, vel alia causa probabilis impelleret maritum constante matrimonio ad istam donationem arrarum et non alias, si omnino saperet meram inter conjuges donationem.* Algunos escritores, entre ellos Rodrigo Suarez, considerando generalmente la cuestion, ponen en duda la validez del arra constituida durante el ma-

trimonio; pero afirman que sin el menor escrúpulo puede y debe sostenerse cuando la muger sobrevive al marido, fundándose en que por la muerte de este se confirmaria la donacion, aunque fuese inválida al principio. Esta opinion, que tiene poca importancia de suyo, la refuta juiciosamente Molina en su tratado de *Just. et Jur.*, manifestando que las arras no se entregan á la muger en vida del marido, y para que la donacion de este á aquella se confirme con la muerte del donante es necesario que haya precedido la tradicion. Aun Febredo consigna una opinion diferente de las anteriores, y al paso que asienta que el marido ó esposo puede ofrecer arras á su esposa ó muger antes de contraer matrimonio, añade que puede aumentarlas despues, si ella aumenta su dote.

Los fundamentos que alegan los sostenedores de la opinion primera y los que acepta Greg. Lop. para justificar la suya nos parecen tan insuficientes que, á pesar del respeto que debe inspirarnos una doctrina defendida por los primeros comentadores de nuestro derecho, no podemos dejar de apartarnos abiertamente de ella. Preocupados unos con la identidad y otros con la gran semejanza que creyeron ver entre las arras y las donaciones *propter nuptias*, dedujeron de lo dispuesto con relacion á estas en el derecho civil un argumento, que llevado despues de boca en boca y de libro en libro, bastó para formar esa creencia tan general que hemos indicado. Las donaciones *propter nuptias*, se dijo, pueden hacerse constante el matrimonio: luego constante el matrimonio pueden hacerse tambien las arras. Pero ¿cómo no observaron juristas tan ilustrados que entre una y otra clase de donaciones hay una diferencia tan esencial que hace imposible la aplicacion del argumento? Bastaba advertir que en la donacion *propter nuptias* los bienes volvian al marido, disuelto el matrimonio, y en las arras se hacen absolutamente de la muger y sus herederos; lo cual persuade claramente que la primera no puede considerarse, rigurosamente hablando, como una donacion entre

ARRAS.

645

marido y muger que empobrece al donante y enriquece al donatario, al paso que la segunda presenta este carácter con toda propiedad. El mismo Greg. Lop., haciéndose cargo de la doctrina de estos escritores, relativa á que los principios del derecho común, concernientes á las donaciones *propter nuptias*, tienen aplicacion á las arras, la rechaza, diciendo que la primera *multum differt ab ista datione arrarum*, lo cual es exactísimo y la diferencia tan grave y esencial que, como hemos dicho, es imposible la aplicacion del argumento fundado en la completa analogía.

El mismo Greg. Lop., que desconfía mucho de este argumento, dá grande importancia al que deduce de la ley 87, tit. 18, Partida 3, la cual al formular la escritura de las arras, dice: «Doña Teresa su muger,» y mas adelante: «de manera que ella é los fijos que ovieren ambos de consuno» de donde infiere que las arras, cuyo otorgamiento se pon aquí por ejemplo, se ofrecieron durante el matrimonio. Pero tampoco echó de ver el célebre comentador de las Partidas, que no se trataba en esta ley de un otorgamiento de presente, sino de una promesa anterior al acto que venia á solemnizarse despues del matrimonio. Así dice la ley: «Sepan cuantos esta carta vieren, como Joan Garcia dió é otorgó en donacion por razon de casamiento.» Y luego añade: «E prometió é otorgó el sobredicho Joan Garcia..... é otorgole poderio de tomar la tenencia..... é todas estas cosas, é cada una de ellas, prometió Joan Garcia, etc.»

Otro escritor pretendió probar la doctrina que vamos combatiendo, suponiendo que la ley 1, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real, dispuso que *el marido* no pudiese dar en arras á *su muger* mas de la décima parte de sus bienes; pero prescindiendo de que el uso de la palabra marido en el presente caso no podría tener tanta importancia que por sí sola fuese bastante para resolver la cuestion en aquel sentido, hay la notable circunstancia de que la ley no emplea semejante palabra. «Todo home que casare» es lo que dice la ley, y ciertamente que de es-

tas palabras es de donde puede y debe deducirse un argumento concluyente en sentido opuesto; argumento tan obvio que no se ocultó á la penetracion de Greg. Lop., como lo dió á entender por las siguientes: «quia LL. Fori 1 et 2, videntur velle ut datio arrarum vel saltem promissio debeat fieri tempore contracti matrimonii».

Ni podia dejar de ser así, y para convenirse de ello bastaria recordar lo que fue esta donacion en los tiempos mas antiguos de que hemos hecho mencion, lo que vino á ser despues ya en la esfera del derecho, y lo que ha sido y es en los últimos periodos de la legislacion. Léase lo que á este propósito hemos espuesto en la seccion primera, y teniendo presentes las antiguas costumbres de los pueblos godos se comprenderá claramente cual podría ser la tendencia de las leyes del Fuero Juzgo. En su contesto, así como en su letra las del Fuero Real, siempre se refirieron al hombre que casare; las leyes de las Partidas reconocieron constantemente en las arras una donacion ejecutada por razon y con motivo del casamiento, y esa misma inteligencia se desprende de las disposiciones contenidas en las de Toro. A parte de todas estas razones, examínese la índole de la donacion misma, y se hallará que las arras prometidas durante el matrimonio, en su esencia y en su genuino y legítimo resultado, no serian otra cosa mas que una donacion de marido á muger, en que esta quedaria evidentemente beneficiada, y aquel no menos evidentemente perjudicado. El primero y mas notable efecto del establecimiento de las arras, como diremos mas adelante, es transferir á la muger y á sus herederos el dominio de las cosas donadas; por consiguiente, el resultado de esta donacion otorgada durante el matrimonio seria el que se ha espuesto, y eso está prohibido por la ley como es sabido, de una manera la mas terminante que puede concebirse. Las palabras no varian jamas la esencia y naturaleza de las cosas, y si está prohibido severamente bajo el nombre de donacion ese acto de liberalidad en que el marido se desprende de

parte de sus cosas para conferirlas á su mujer, la razon y la lógica no pueden admitir que se permita y autorice bajo el nombre de arras. Lo que está prohibido por una via no puede entenderse permitido por otra, dice un principio de derecho, y en el caso presente resultaria el absurdo de que la cesion se prohibia por un medio y se legitimaba por otro. Por último, si la ley ha sido tan severa y eficaz en prohibir esos actos porque pueden corromper la moralidad de los casados, y sacrificar la ventura y la paz de la union conyugal á la seduccion y á las pasiones, si ha presidido á esa prohibicion un fin tan recomendable y provechoso, ¿cuál sería la obra de la ley si hubiese dejado en pie la ocasion de producir por otros medios los mismos peligros y los propios males? Convengamos, pues, en que la ley que ha prohibido y anatematizado las donaciones entre los casados, no puede autorizar las arras otorgadas durante el matrimonio, y por consecuencia en que no es admisible la doctrina de los que piensan que esta donacion puede verificarse durante ese periodo de tiempo.

Las arras se constituyen por lo comun sobre una cantidad determinada, aunque muchas veces tambien se hacen sobre bienes raices. En el primer caso, si las otorga el padre del esposo, ó cualquiera otro en su nombre, debe entregar desde luego la cantidad objeto de la donacion para que pase á manos de aquel y produzca los efectos peculiares de su naturaleza. En el segundo pueden darse las arras sobre una finca determinada indistintamente sobre todas las que poseo el donante, en cuyo supuesto cuando la donacion la hiciese cualquiera á nombre del esposo debe entregar desde luego la finca ofrecida ú otras de su haber que llenen el importe de la donacion. Pueden tambien prometerse las arras en (1) los mejores y mas bien parados bienes que tenga el donante, en cuyo caso se entiende hecha en los términos que espresaremos en la seccion sesta.

Es permitido al esposo ofrecer arras á su

esposa, no solo de los bienes presentes, sino tambien de los que adquiriera ó pueda adquirir en adelante. En este caso valdrá la promesa, y aquel quedará obligado en tanto cuanto importe la décima parte de los bienes que entraron en su poder hasta su fallecimiento. Así lo dispuso la ley 2, tit. 2, lib. 3 del Fuero Real que está en observancia.

Asimismo puede ofrecer arras el esposo sobre cualquier renta, encomienda, pension vitalicia, usufructo ú otro aprovechamiento que disfrute, á la manera que podian ofrecerse antes de la estincion de los mayorazgos sobre las rentas y productos de estos. En cualquiera de dichos casos la práctica autorizada consiste en capitalizar la renta ó aprovechamiento como se dispone en el derecho respecto del censo vitalicio personal, quedando constituida el arra sobre la décima parte de este capital. Así, por ejemplo, si la renta, usufructo ó pension vitalicia importare diez mil reales, y el esposo, segun su edad y circunstancias, puede vivir diez años, se sacará el capital de cien mil reales, y deduciendo de ella la décima, que son diez mil, será esta la cantidad que pueda prometer el esposo á la esposa por via de arras. Escusado es advertir que si el primero no viviese todo el tiempo que se tomó por base para esta computacion, la cantidad calculada deberá rebajarse á proporcion del tiempo que no haya llegado á transcurrir.

SECCION IV.

DE LA CUOTA DE LAS ARRAS.

Ya queda indicado en las secciones anteriores que el importe de las arras no puede exceder en ningun caso y bajo ningun concepto de la décima parte de los bienes. Así lo dispusieron diferentes leyes y así lo ordenó por último la ley 50 de Toro en los términos mas esplicitos é indudables. La regulacion de esta décima, tasa y limite de la donacion, puede ofrecer alguna dificultad en ciertos casos, que por lo mismo es necesario determinar.

(1) Lib. 3, tit. 2, cap. 12, párr. 2.

ARRAS.

648

Ya hemos dicho que el esposo puede ofrecer una cantidad determinada en concepto de arras á su esposa. Si ofreciere cantidad determinada, espresando que si no cabe en la décima de los bienes que al presente posee se le dé de los que en lo sucesivo adquiriera, valdrá la donacion segun la doctrina generalmente recibida, cabiendo en la décima de los bienes del esposo en cualquiera de las dos épocas indicadas; pero si el esposo ofreciere simplemente una cantidad determinada, sin mas espresion, hay divergencia de pareceres entre los escritores sobre la validez de esta donacion en el caso de que la cantidad donada no quepa en los bienes que le pertenecen de presente. Algunos, ó de seguro los mas, opinan que si la cantidad determinada que es objeto de la arra no cabe en la décima de los bienes que disfrutaba el esposo al tiempo de la promesa será nula en el exceso, así como tambien juzgan que serán nulas las arras ofrecidas por el esposo si al tiempo de consignarlas carecia de bienes en su totalidad, considerándose dicha donacion comosi no se hubiera constituido, aun cuando despues hubiese adquirido el donante suficiente porcion de dichos bienes. Otros por el contrario, creen que las arras serán válidas y producirán todos sus efectos en uno y otro caso, cabiendo la cantidad ofrecida en la décima parte de los bienes que adquirió el donante despues.

La razon que alega Febrero, reasumiendo las de los antiguos comentadores, para probar la opinion de los que defienden la insubsistencia de las arras, se reduce á que en los contratos siempre se presume que cada uno quiere gravarse, y á su heredero, en lo menos que pueda, y á que las obligaciones no se deben ampliar fuera de la voluntad de los contrayentes ni interpretarse en su detrimento con ampliacion sino con restriccion.

Escriche en su diccionario defiende la opinion contraria y se funda principalmente en dos consideraciones que á nosotros no nos parecen decisivas. Yo no comprendo bien, dice el citado escritor, cuál es la ex-

titud que pueda haber en la aplicacion de estos principios á la presente cuestion. Es cierto, añade, que siempre debe presumirse que el que contrae no quiere gravarse sino en lo menos que pueda, y que, por consiguiente, toda obligación debe mas bien entenderse restrictiva que estensivamente. Estos axiomas de derecho son unas reglas de buena interpretacion que se aplican á los casos en que se duda cuál fue la voluntad de los contrayentes al tiempo de celebrar el contrato, cuál era entonces la idea que el uno se formaba de la obligación que se imponia y cuál la del otro sobre el derecho que usaba. Mas cuando un esposo prometió en arras á su esposa diez, veinte, treinta mil reales ú otra cantidad cierta y determinada, ¿puede haber duda, concluye diciendole, sobre la estension de su voluntad acerca de la oferta? Si entonces no tenia bienes, ó la décima de los que tenia no era suficiente para cubrir el importe de las arras, ¿se dirá que se celebraba un contrato ilusorio, que el esposo se burlaba seriamente de la esposa, y que esta, que tal vez no condescendió en casarse sino en vista de la promesa, ha de ser victima de un engaño? La otra razon espuesta por el mismo escritor á quien nos referimos se deduce de los principios generales del derecho en materia de promesas y obligaciones. Pareciendo, dice, citando la ley 1, tít. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., que alguno se quiso obligar á otro por promision ó por algun contrato, ó en otra manera «sea tenudo aquello que se obligó,» de donde se infiere que el esposo que ofreció á la esposa en arras una cantidad determinada sin consignarla en bienes presentes ó futuros, debe á su tiempo satisfacerla, en cuanto no esceda de la cuota fijada por la ley.

Hemos dicho que estos fundamentos no nos parecen decisivos, y en efecto, no pueden serlo, al menos en nuestro sentir, cuando se trata de una donacion absoluta que el mismo esposo refiere al tiempo presente, es decir, á la época en que la ejecuta, y entonces mismo produce todos los efectos peculiares de su naturaleza. Téngase presente que

en el caso de la cuestion el esposo promete en términos absolutos una cantidad determinada, cien mil reales, por ejemplo, que no caben en la décima parte de sus bienes. En aquel mismo momento la donacion produce todos sus efectos; desde aquel instante empieza á existir; desde él se transmiten los derechos y las obligaciones consiguientes, y desde él mismo, en fin, adquiere la esposa el dominio que sobre las arras puede adquirir segun las leyes. No puede comprenderse, pues, ó al menos nosotros no comprendemos, cómo esta donacion que en el acto de ejecutarse ha producido todos sus efectos y transmitido los derechos indicados en la parte que permite la ley, es decir, en la parte que cabe en la décima de los bienes del esposo, pueda venir á ampliarse y extenderse despues á una cantidad mayor, cuando es la donacion ó promesa de arras un hecho ya consumado desde el momento de su constitucion. Verdad es que cuando el esposo ofreció diez, veinte, cuarenta ú otra cantidad determinada no puede caber duda sobre la estension de su voluntad acerca de la oferta; pero no basta que su voluntad acerca de la oferta sea indudable: es necesario ademas que sea lícita y justa y que no esceda de los límites prescritos por la ley, lo cual se verifica ofreciendo ó consignando una suma que esceda la décima indicada. Si bastara la certeza de la voluntad del esposo acerca de la oferta, podría legitimarse tambien la que hiciese superando los límites de la décima, aunque despues no adquiriese bienes. Estas mismas consideraciones persuaden, en nuestro juicio, que tampoco tiene aplicacion el segundo argumento que ya hemos enunciado, porque si bien es verdad que la ley, formulando la obligacion inherente á la naturaleza de las convenciones, exige el cumplimiento de lo que se ha prometido, esta disposicion legal supone términos hábiles en la promesa. Si la promesa es ilícita, contraria á derecho ó á las buenas costumbres, nadie podrá invocar la prescripcion de la ley para reclamar su cumplimiento: del mismo modo que si alguno hace una promesa excesiva, obligándose en

mas de lo que la propia ley permite, tampoco podrá revocar la disposicion legal, por muy sagrada y recomendable que sea, en otros casos y en distintas circunstancias. Creemos, pues, por estas y otras consideraciones que omitimos para no hacer difusa esta materia, que debe seguirse la doctrina de Febrero, con la cual están de acuerdo casi todos los comentadores de nuestras antiguas leyes.

El otro caso que puede ocurrir en la constitucion de las arras es que el esposo, en vez de ofrecer una cantidad determinada á su esposa, le consigne la décima parte de sus bienes. Si el esposo hiciese la consignacion en estos términos sin mas expresion, juzgan algunos escritores, entre ellos Escribche, que valdrán las arras en la décima parte de los bienes que poseia al tiempo de otorgarlas, y que si entonces carecia de ellos, la equidad exige que valgan en la décima parte de los que adquiriera despues y posea al tiempo de la disolucion, toda vez que no deba suponerse que el esposo hiciera á su esposa aceptar una oferta que sabian habia de ser ilusoria. Si el esposo ofrece la décima parte de los bienes presentes, claro es que las arras valdrán en todo lo que importe la décima parte de los bienes que á la sazón le pertenezcan.

La prohibicion de dar en arras mas de la décima parte de los bienes subsiste y debe observarse, aun cuando el donante renuncie la ley. Por consiguiente, si el esposo hubiere donado á su esposa en concepto de arras una cantidad que escediere de aquella cuota, mediando dicha renuncia, esta será ineficaz y el arra nula en cuanto esceda de la décima. Así lo dispone la ley 50 de Toro, añadiendo: «E si se renunciare (la ley del Fuero) no embargante la tal renunciacion lo contenido en la dicha ley se guarde y ejecute.» Y tan grave fue la prohibicion de esta ley, que condenó á la pena de perdimiento del oficio de la escribania al escribano que diere fe de algun contrato en que interviniera semejante renunciacion, añadiendo aunque de allí en adelante no pueda usar de dicho oficio, so pena de falsario.

En la doctrina que acabamos de esponer no hay cuestion ni podria haberla. Pero los intérpretes que han exajerado ciertos principios y que han mostrado en muchas ocasiones su prurito de desnaturalizar las leyes con interpretaciones gratuitas, han suscitado la cuestion de si, interviniendo juramento, será válida la renuncia de la ley que prohibe dar en arras mas de la décima parte de los bienes. Como las doctrinas relativas á la eficacia y virtud del juramento desde la época de aquellos escritores hasta hoy se han modificado tanto, no es difícil presentir la opinion que abrazamos resueltamente en esta contienda. Ni ahora ni nunca ha podido ser el juramento un medio lícito y autorizado de violar y dejar sin efecto las leyes. Si para escusarse del cumplimiento de ellas ó para sobreponer los intereses privados al interés público que envuelve siempre las observancia de las mismas, bastara renunciarlas con juramento de no invocar jamas sus disposiciones, todas serian ilusorias é ineficaces, porque en todos los casos existe un interés tan imperioso como puede ser necesario para obligar á los interesados á que acepten una fórmula cuya gravedad ó se desconoce ó se desprecia. Tan seguro es este razonamiento que el mismo Covarrubias y otros muchos escritores juiciosos de su tiempo reconocieron é invocaron diferentes veces la máxima de que no se puede confirmar con juramento un contrato prohibido por derecho civil. Máxima que ya sancionó el legislador D. Alonso el Sábio en su inmortal código cuando dijo (1): «Otro si, decimos que todo pleyto que es fecho contra nuestra ley... que no debe ser guardado maguer pena ó juramento fuese puesto en él.»

No destruye ni debilita siquiera la fuerza de estas observaciones el argumento que los de la opinion contraria deducen de la ley 7, tít. 1, lib. 10 de la Nov. Recop., la cual, aclarando la ley anterior que habia dado lugar á algunas dudas, dice: «y asimismo nuestra voluntad no fue de quitar

«el juramento en los contratos que para su validacion se requeria, y asimismo que no interviniese en los compromisos y contratos de dotes y arras... y así lo declaramos y queremos que quede en libertad á los contrayentes que en tales contratos puedan jurar, y los dichos Escribanos y Notarios puedan tomar los contratos con juramento sin incurrir en pena alguna.» La razon es porque esta ley habla del contrato de arras, considerándole como válido y subsistente, y cuando no contiene un vicio esencial que lo anula, como sucederia en el caso de haberse donado mas de la décima parte de los bienes. En ese concepto, permite la ley Recopilada que pueda confirmarse el contrato de arras con juramento, teniendo presente, segun observa Acevedo en el comentario á dicha ley, que era la 12, tít. 1, lib. 4 de la Recop., que en la promesa de arras interviene una enagenacion perpétua, y en los contratos en que interviene semejante enagenacion permiten las leyes que se interponga juramento.

Otra cuestion han promovido los autores, en la cual sostienen una opinion que no podemos dejar de rechazar. Febrero, en la obra ya citada, afirma que ofreciendo el novio á la novia mucho mas de lo que importa la décima parte de sus bienes, no por via de arras, sino como dote ó donacion, premio y remuneracion de sus prendas personales, como cuando se enlaza un viejo con una doncella de mérito, valdrá porque es donacion remuneratoria, que está permitida. Precedieron á este escritor en semejante doctrina otros muchos, y especialmente Parladorio (1), que dice: «*attamen si uxoris meritum multo plus exuberet puta, quia ipsa ut nobilis, maritus autem plebeius; vel ipse sit senex ipsa autem juvencula; eo casu placeat scriptoribus posse maritum pro merito uxoris plus decima parte donare.*» Esta opinion creemos que no puede sostenerse bajo ningun punto de vista.

En primer lugar haremos notar la peregrina idea que resalta en la doctrina de Fe-

(1) Ley 28, tít. 10, Part. 3.

(1) Dit 123.

brero de llamar á la donacion presupuesta, no arras, sino dote ó donacion remuneratoria. No está en nuestro arbitrio variar la índole y la esencia de las cosas con nombres ó calificaciones arbitrarias, y pues que una donacion ofrecida por el esposo á la esposa, ó por el novio á la novia en premio y recompensa de cualquiera prenda personal que la acompañe, es lo que constituye las arras segun esos autores, se sigue indefectiblemente que la donacion presupuesta por Febrero no puede tener otro carácter ni otra calificación que la indicada. Siendo así no nos es dado comprender como las prendas personales de la esposa y el deseo de remunerarlas en el esposo puedan autorizar la consignación de una cantidad superior á la décima parte de los bienes del donante, porque si esto fuera admisible, resultaría que en todos los casos, ó sea en todos los contratos de arras, podría darse mas de la décima toda vez que esos mismos autores señalan como causa impulsiva de las arras y como carácter distintivo de ellas la recompensa por parte del novio de alguna prenda personal que concurre en la novia. Si la concurrencia de esta circunstancia y el deseo de recompensarla autorizasen á dar mas de la décima parte de los bienes, la consecuencia lógica seria que en todos los casos podría darse esa cantidad superior, porque en todos los contratos de arras media, segun la doctrina de ellos, la causa mencionada.

Mas prescindiendo de estas anomalías que envuelve la doctrina de aquellos escritores, basta considerar que la ley prohibe en términos generales y absolutos, que el importe de las arras exceda de la décima, y como la prohibición general excluye todos los casos, sin ninguna distinción, es imposible en buena lógica admitir la limitación que establecen aquellos escritores. Admitir esa limitación seria dejar abierta la puerta para que en todos los casos se pudiera barrerar la ley y defraudar los saludables fines que se propuso. ¿Qué esposo ó novio no encontraría en el ancho círculo de esas cualidades personales un motivo suficiente para justificar su donacion excesiva?

Si el viejo que casa con una joven puede alegar su juventud evidente á los ojos de todos, el joven que casa con una mujer dotada de la misma cualidad, ó el viejo que casa con una mujer contemporánea suya, alegarían su virtud, su honestidad, su discreción, etc., y enaltecerían estas cualidades hasta el punto que les conviniera para justificar su generosidad. La escepción se convertiría, pues, bajo aquel sistema en regla general, y no habria, como hemos dicho antes, contrato alguno de esta especie, en el cual no fuera lícito burlar la ley en grave daño de la causa pública.

Por último, el espíritu uniforme en esta parte de todas las leyes relativas á la presente materia rechaza abiertamente la opinión que vamos combatiendo. No solamente prohiben las leyes de la manera mas terminante y absoluta dar en arras mas de la décima parte de los bienes, y vedan del mismo modo el que esta ley pueda renunciarse, y castigan al escribano que diere fé de un contrato comprensivo de semejante renuncia, sino que previnieron además, que de todos los contratos de esta especie tuvieran obligación los escribanos de dar cuenta á la justicia; que el escribano de ayuntamiento de cada lugar tuviera un libro donde se tomara razon de los dichos contratos y de la cantidad, dote y arras; que la justicia hiciese averiguación si la dicha dote y arras exceden de la cantidad legal, y por último, que para asegurar la observancia de la ley que la fija y determina, no se dieran en el Consejo de la Cámara facultades en dispensación de esto, las cuales desde luego la ley declaraba nulas, de ningún valor ni efecto. Júzguese ahora si es compatible con estas disposiciones la doctrina que sostiene Febrero, y con él casi todos los tratadistas.

Concluimos de todo lo espuesto, que el novio no puede dar á la novia por concepto de arras mas que la décima parte de sus bienes, que no puede dar mas aun cuando renuncie la ley que se lo prohibe; que seria ilegítima é ineficaz la renuncia, aun cuando se autorizase con juramento, y finalmente,

ARRAS.

649

que no cabe la consignacion de mayor cantidad, ni aun en el caso de reunir la esposa ó novia distinguidas cualidades respecto de su esposo ó novio.

SECCION V.

DE LOS DERECHOS QUE NACEN DE LA CONSTITUCION DE LAS ARRAS RESPECTO DEL MARIDO Y DE LA MUJER, ANTES Y DESPUES DE LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

Llegamos ya á tratar de los efectos civiles que se derivan del establecimiento y constitucion de las arras, y por consiguiente, de los derechos que tanto el marido como la muger adquieren sobre los bienes donados en los dos períodos á que puede estenderse el exámen de este punto tan importante: el de la duracion del matrimonio y el que empieza cuando este se disuelve. Para facilitar el orden en la exposicion de nuestras ideas, hablaremos en primer lugar de los derechos que se derivan durante el matrimonio, y después de los que tienen lugar disuelta la union conyugal.

§. 1.º *De los derechos que producen las arras respecto del marido y de la muger durante el matrimonio.*

El efecto inmediato y esencial del contrato de arras, toda vez que se haya consumado el matrimonio, es transferir en favor de la muger el derecho á las cosas donadas. Si estas consisten en determinada porcion de bienes, la muger adquiere el dominio de ellos; y si consiste en una cantidad determinada tambien de dinero, adquiere el derecho de que en su caso y lugar se le haga efectiva. Esto es lo que dispuso el Fuero Juzgo; esto reiteró el Fuero Real, y esto, finalmente, ordenó la ley 52 de Toro.

La mayor parte de los escritores, incluso los modernos, afirman como cosa incontrovertible que la muger para la seguridad de las arras tiene el privilegio de tácita hipoteca sobre los bienes del marido aunque no el de prelacion como para la dote; pero

lejos de citar una disposicion legal que sancione su doctrina, ni aun dan una débil razon que la justifique. Esta circunstancia nos obliga á apartarnos de su opinion tambien en este punto, porque siendo la hipoteca legal un derecho que ha de nacer forzosamente de la disposicion explicita de la ley, y no pudiendo derivarse ni de la interpretacion ni de la analogía, porque los derechos y los privilegios no se presumen ni nacen de otra fuente que no sea de aquella, es evidente que las mugeres carecen de aptitud para ejercitar semejante derecho, toda vez que no existe disposicion legal que lo establezca. La muger tiene ese derecho en los bienes dotales y parafernales porque la ley se lo concede espresamente; por esa misma razon lo gozan los legatarios y algunos otros, ¿por qué concepto, y bajo qué título se haria estensivo á las mugeres respecto de sus arras, no habiendo ley que se lo otorgue? Hay mas: sin salir de esta materia encontramos la 26, tit. 15, Part. 5, que obliga á la muger que contrae segundo matrimonio á reservar para los hijos del primero las arras que el marido le hubiese dado, añadiendo que para seguridad de su cobro tienen los hijos hipoteca tácita en los bienes de la madre, lo cual hace ver que el legislador no tuvo intencion de hacer estensivo ese derecho de tácita hipoteca á la muger en los bienes del marido, porque siendo asi lo hubiera espresado. Deben, sin embargo, exceptuarse los comerciantes, cuyas mugeres tienen espreso el derecho de tácita hipoteca por las arras, segun el artículo 1116, siempre que se hubieren prometido por escritura dotal y no escudiesen de la tasa legal.

Por el derecho de las Partidas, la muger que cometia adulterio, siéndole probado, perdía las arras exigiéndolo el marido; así mismo las perdía si se salía de la casa de su marido para cometerle, aunque no se probase que lo habia efectuado. Estas penas han estado en observancia hasta la publicacion del código penal vigente; pero como este ha guardado sobre ellas el mas profundo silencio, y la pérdida de aquellos dere-

chos la establecía la ley como verdadera pena, debe inferirse que han quedado derogadas, y limitado el castigo á la corporal que en él se pone espresamente. Otro tanto deberemos decir de igual pena que la ley 6, tit. 23, Part. 7, imponía á la muger cristiana que se tornase mora, judía ó hereje, declarando que las dotes y arras y todo cuanto á ella perteneciese fuese del marido.

Aunque el dominio de las arras pasa como hemos dicho á la muger consumado el matrimonio, el marido es el que administra y maneja las cosas donadas. Pero no puede disponer de ellas, ni por consiguiente enagenarlas ni practicar ningun otro acto parecido que menoscabe ó destruya los derechos de la muger. Esta prohibicion impuesta al marido es tan severa, que aun cuando la muger otorgue su consentimiento para la ejecucion de dichos actos no podrá verificarlos. Asi lo disponia la ley 4, tit. 2, libro 3 del Fuero Real que ha estado siempre en observancia en estos reinos, segun lo atestiguan los antiguos escritores.

§. 2.º *De los derechos que nacen de la constitucion de las arras despues de la disolucion del matrimonio.*

Al determinar los efectos que producen las arras despues de la disolucion del matrimonio, deben considerarse dos casos distintos que dan lugar como es natural á la aplicacion de diferentes reglas. Debe distinguirse si el matrimonio disuelto por cualquiera de las causas que dan lugar á este resultado se habia consumado ó no: en cada uno de estos casos hay que tener presente la doctrina que vamos á esponer.

Si el matrimonio no habia llegado á consumarse, dispone la ley que si el esposo besó á la esposa, gane y haga para sí esta la mitad de las arras; pero que si no la besó nada gane y obtenga.

Los autores, siguiendo su habitual costumbre proponen una porcion de dificultades concernientes á la hipótesi de que acabamos de hacer mencion, y aun cuando las consideramos de poca ó ninguna utilidad en a práctica, vamos á dar una ligera idea

de ellas, para que nuestros lectores puedan conocer y apreciar la doctrina de aquellos jurisconsultos en este particular.

Disputan en primer lugar, si habiendo besado el esposo á la esposa; pero prece- diendo el beso á los esponsales, adquirirá esta la mitad de los bienes donados, y resuelven con uniformidad Diego del Castillo, en la glosa á la ley 32 de Toro, Palacios Rubios, Antonio Gomez y Covarrubias en la Part. 1.º de *sponsalib.*, que la esposa nada gana, porque dado el beso antes de los esponsales, fue un acto ilícito y reprobado mas digno de castigo que de premio.

Dudan así mismo, si habiendo mediado no besó sino cópula, y prece- diendo esta tambien á los esponsales, ganará la esposa la mitad de las arras disuelto el matrimonio antes de su consumacion, y por los mismos principios espuestos en el párrafo anterior, deciden la duda negativamente, pues en tal caso la cópula no seria conyugal, sino ilícita y pecaminosa, que haria á la muger indigna de recibir ninguna parte de lo que se le habia donado en concepto de esposa.

Conformes los mismos escritores en que cuando la muerte de alguno de los esposos impide la consumacion del matrimonio, debe hacerse la distincion antes indicada; disputan si sucederá lo mismo cuando la muerte de alguno de los esposos impidió que se verificara el matrimonio. Tambien resuelven esta cuestion afirmativamente, alegando que en uno y otro caso hay identidad de razon.

Llevando las cosas mas adelante, proponen el caso, en que no por la muerte, sino por falta de voluntad ó resistencia de alguno de los esposos dejara de consumarse el matrimonio, y preguntan si en este evento habrán de seguirse las mismas reglas que cuando deja de consumarse por la muerte. El caso parece, en opinion de los autores, resuelto por la ley 3, tit. 11, Part. 4, que dice: «E como quier que tal don como este se diese sin condicion; pero siempre se entiende quel debe tornar aquel que recibe, si por su culpa finca que el matrimonio no se cumpla.»

Por último, disputan si no habiéndose consumado el matrimonio por haber elegido uno de los esposos el estado ó profesion religiosa habrán de seguirse las propias reglas que dejamos indicadas para el caso de la muerte. Y la resolucion que adoptan es, que si despues de los esponsales no intervino beso el esposo recobrará lo que dió, y la esposa deberá devolver lo que hubiese percibido; si intervino beso la esposa ganará la mitad.

El segundo caso propuesto es cuando el matrimonio llegó á consumarse. Verificado esto, la muger adquiere la realizacion y efectividad de sus derechos, pasa á ella no solo el dominio, sino tambien la administracion de los bienes, y en su caso la facultad de disponer libremente de ellos.

Decimos en su caso, porque la muger no adquiere esa facultad absoluta é indistintamente, toda vez que hay algunos en los cuales, sin embargo de disolverse el matrimonio despues de consumado no puede ejercer el derecho de libre disposicion sobre los bienes donados.

Para presentar esta doctrina con alguna claridad, conviene distinguir los casos siguientes: Primero: Que la muger haya contraído segundas bodas. Segundo: Que haya conservado su estado de viudez muriendo en él. Tercero: Que el marido sobreviva á la muger, es decir, el marido que hizo la donacion. Hablaremos con separacion de cada una de estas tres eventualidades.

En el primer caso, á saber: cuando la muger contrae segundo matrimonio y no tiene hijos, la ley 31 de Toro le concede la facultad de disponer á su arbitrio de los bienes donados, y si no dispusiere de ellos espresamente su heredero ó herederos los percibirán íntegramente, sin que persona alguna pueda reclamar parte de dichos bienes. Si la muger tuviese hijos, disputan los autores si tendrá esta libre disposicion, ó deberá reservar los bienes donados por el primer marido para los hijos habidos de él. Sostienen algunos la primera opinion, fundados en una ley romana, y en la consideracion de que las arras son una donacion

remuneratoria que se adquiere por título oneroso; pero fuera de que esto no es exacto como hemos visto anteriormente, y fuera de que como dice Acevedo, aunque las arras se hayan prometido por via de remuneracion, aun entonces se dan por causa de donacion, existen disposiciones terminantes en nuestro derecho que condenan la opinion indicada. La ley 26, tít. 13, Part. 5 dice: «Marido de alguna muger finando si casasse ella despues con otro las arras é las donaciones que el marido finado le oviese dado en salvo fincan á sus hijos del primer marido; é devenlas cobrar é aver despues de la muerte de su madre; é para ser seguros desto los hijos fincales por ende obligados é empeñados calladamente todos los bienes de la madre.» Confirma esto mismo la ley 31 de Toro; pues disponiendo, «que si la muger no oviere hijo del matrimonio en que interviniere promision de arras, é no dispone espresamente de dichas arras.....» da á entender claramente que no puede disponer de ellas sino en el caso de que no tenga hijos, puesto que limita esta facultad de disponer al caso de carecer de ellos.

En la segunda hipótesis, esto es, cuando la muger se conserva en el estado de viudez sucederá lo mismo que hemos espuesto antes, si la muger no tiene hijos; pero si los tiene, disputan tambien los comentadores si podrá disponer de los bienes libremente ó deberá reservarlos para aquellos. Molina en su obra de Primog. es el que defiende la primera opinion, añadiendo que puede la muger fundar mayorazgo sobre los bienes donados, aunque tenga hijos; pero esta opinion carece absolutamente de fundamento y no puede sostenerse seriamente, porque las disposiciones legales que se han citado á propósito del caso anterior son aplicables con entera exactitud al presente. Contraiga, pues, la muger segundo matrimonio ó permanezca viuda, el deber imprescindible que sobre ella pesa es el de reservar los bienes adquiridos en concepto de arras para los hijos del matrimonio celebrado con el donante.

En el tercer caso, á saber: cuando la muger muere antes que su marido, disponia la ley del Fuero que si aquella tenia hijos pudiera dar por su alma la cuarta parte de las arras, dejando para estos las otras tres, y que si no los tenia, pudiera disponer libremente de los bienes donados; pero que en el caso de no verificar semejante disposicion, quedasen las arras para el marido ó sus herederos. La ley 51 de Toro derogó espresamente la disposicion del Fuero real, ordenando que en el caso de no tener la muger hijos pueda disponer espresamente de las arras; pero que si no dispusiere de ellas, las adquiriera el heredero ó herederos de la muger misma.

SECCION VI.

DEL ABONO Y DEDUCCION DE LAS ARRAS.

Conocidos ya los derechos que adquiere la muger sobre las arras antes y despues de la disolucion del matrimonio, exige el orden que pasemos á esponer las reglas que deben observarse en la realizacion de estos derechos, es decir, al deducirse de los bienes del marido la parte que sea necesaria para hacer efectivos y entregar á la muger dichos derechos.

En este, como en algun otro punto ya espresado, pueden ocurrir diferentes casos que deben examinarse con separacion.

Es el primero cuando las arras se constituyeron sobre finca determinada: suponiendo entonces la validez de la donacion, con arreglo á la doctrina que hemos espuesto en la seccion tercera, deberá deducirse del caudal hereditario del marido la propia finca que fue objeto del contrato.

Si las arras se constituyeron sobre todos los bienes que tenia el esposo á la sazón y adquiriere en adelante, se deducirán indistintamente de todos los que haya en la herencia, adjudicando, como á los demas herederos de los mejores, medianos ó íntimos, y si hubiere deudas á favor de ella tambien en la parte que proporcionalmente corresponda.

Si el esposo consignó su donacion en los mejores y mas bien parados bienes que posea, asegura Febrero que se aplicarán á la muger los bienes mejores y mas exequibles, que son el dinero, plata y oro por su intrínseco valor, bienes raices y derechos perpétuos y redituables, y á falta de ellos, los mas útiles, añadiendo que esto significan las palabras mejores y mas bien parados, como á su instancia se habia declarado.

La distincion mas importante que debe tenerse presente al hacer la deduccion de las arras es si el esposo las dió ó si las ofreció meramente á su esposa. Si aquel dió y entregó á esta los bienes, puede haber sucedido que la muger los haya incorporado á su dote y dado por aumento de ella con los demas bienes suyos indistintamente, en cuyo caso, como que participan de la naturaleza de dotaes ó son tales verdaderamente, deben deducirse del caudal hereditario, al mismo tiempo que la dote sin ninguna diferencia. Si no incorporó estos bienes á la dote, pero los aportó al matrimonio como caudal suyo, empleándose en sostener las cargas matrimoniales, se deducirán del caudal despues de la dote, como bienes propios de la muger, del mismo modo que los parafernales y hereditarios.

Si el esposo no hizo mas que ofrecer las arras, deberá tenerse presente para la deduccion si hay ó no gananciales y si la muger los renuncia ó no. Si no los hay, se deducirán del caudal del marido los bienes suficientes para cubrir el importe de la donacion; si los hay y la muger los renuncia, pueden deducirse de ellos ó del todo del caudal, porque los primeros se confunden con este y vienen á constituir un todo correspondiente al marido; por último, si la muger acepta su mitad de gananciales, se harán del caudal todas las deducciones que deben hacerse, como dote, parafernales, deudas, etc., y uniendo la mitad de los gananciales al caudal que pertenece al marido, se saca la décima y se aplican bienes suficientes á cubrirla.

Si al tiempo de hacerse la deduccion de las arras estuviere casada la muger segun-

ARRAS.

653

da vez, se le aplicará solamente el usufructo de las arras, y no su propiedad, porque, según lo espuesto en la sección cuarta, toca esta á los hijos del primer marido y debe quedarles reservada. Sin embargo, aun en el caso de que la muger no hubiese contraído segundo matrimonio, aconsejan los autores que han escrito sobre esta materia, como Ayora de *Partit*, Febrero y otros que convendrá poner en la adjudicación que se forme á la misma una nota espresiva de que en caso de no volverse á casar dentro ó fuera del año de su viudedad deberá reservar la propiedad de los bienes que se le adjudiquen á los hijos del primer marido, añadiendo que esto es muy conveniente para evitar que los susodichos hijos dejen de usar en su caso del derecho que les asiste por ignorancia y falta de conocimiento.

«Si casándose el marido muchas veces, dice Febrero, ofreciere en arras á todas sus mugeres la décima parte de sus bienes, ha de ser aquella de los que por muerte de cada uno le tocaban y percibiría, á haberse hecho partición, y no constando á cuánto ascendían, como que son créditos de una misma naturaleza y privilegio, el primero en tiempo lo será en derecho, de suerte que los hijos de la primera sacarán la décima de todo lo que deje; los de la segunda, la del residuo, y así irán descendiendo. Si á alguna ó algunas ofreció cantidad determinada, se ha de mirar si cabe ó no, y asimismo si la consignó en sus bienes presentes y futuros ó solamente en los presentes: si no cabe, se le abonará lo que quepa y no mas, y si cabia en los que tenia cuando la ofreció, y no en los que deja, se le ha de abonar el total, con tal que no se grave la legítima de los hijos anteriores, pues en perjuicio de estos no pudo ofrecer ni donar mas que el quinto.»

SECCION VII.

DE LAS ARRAS EN ALGUNAS PROVINCIAS DE ESPAÑA.

Las doctrinas y reglas jurídicas espuestas hasta aquí forman el derecho general y común de nuestra nación. Réstanos dar á co-

nocer, siquiera sea brevemente, las disposiciones particulares que respecto de la importante materia que nos ocupa rigen en algunas provincias.

Presentaremos en primer término las de Aragon, en las cuales se conoce, como en Castilla, esta donación llamada arras; pero con la notable y esencialísima diferencia de que en las primeras tiene el marido la obligación de darlas á la muger, siguiendo en esto, sin duda, las primitivas disposiciones de la legislación goda. Como esta obligación del marido constituye un derecho á favor de la muger, pueda esta eximirle del cumplimiento de ella total ó parcialmente, y espresa ó tácitamente, no haciendo uso de ese mismo derecho.

Las arras en el país á que nos referimos tienen un carácter muy distinto del que hemos manifestado en las secciones anteriores. No siendo en la legislación general sino una donación que se hace por el esposo á la esposa en consideración al matrimonio, aunque sobre la voluntad del primero influyen las calidades personales de la segunda, compréndese cuán diferentes serán de las arras de Aragon, donde esta donación se constituye por consideración á la dote, sirviendo la importancia de esta para regular la entidad de aquellas. Las arras se constituyen allí, según aseguran los DD. Asso y Manuel, señalando ó aumentando el marido á la muger alguna cantidad sobre la que ella trae en dote: esta cantidad suele ser la tercera parte del tanto á que asciende la dote de la muger. Llámase dote, ajo-bar, aumento de dote y firma de dote.

Los mismos escritores hablan del derecho que adquieren la muger y sus hijos sobre los bienes en que consisten las arras. Si consisten en dinero se reputan para el efecto de suceder como caudal libre y propio de la muger; pero si consisten en bienes raíces ú otros que no sean numerario, no tiene la muger después de la muerte del marido otro derecho que el de viudedad; y si contrae segundas bodas pasa á los hijos del primer marido, y en falta de hijos, á los parientes de este.

Los hijos no pueden pedir la firma ó aumento de dote que el padre señaló á la madre en bienes que no sean dinero hasta que mueran ambos; y si los hijos muriesen antes sin testar, el derecho de estos se refunde en el padre, y faltando este, en los parientes mas cercanos.

La legislacion especial de Navarra se aparta tambien bastante de la de Castilla en esta materia. Por el derecho foral las arras no consistian en una simple promesa, sino en la entrega efectiva, considerándose como una donacion de cosa cierta que se entregaba al tiempo de contratarse el matrimonio: el marido daba á la esposa por arras tres heredades sin consideracion á lo que esta aportaba, ni á si el esposo tenia ó no mas fincas. Por las leyes posteriores del mismo pais ya no se constituye aquella donacion precisamente en las tres heredades, sino que se ofrece á la esposa la octava parte del importe de su dote.

Estas leyes recopiladas da Navarra consideran las arras sustancialmente del mismo modo que las leyes de Castilla, consistiendo la diferencia en dos puntos principales, que son la cantidad de ellas y el modo de regularlas. La cantidad, como queda indicado, se fijó en la octava parte de la dote que llevase la muger, y para evitar que se eludiese esta disposicion tan saludable, prohibió la ley renunciar á ella, y mandó que esta renuncia, caso de hacerse, no tuviera efecto alguno.

De esta disposicion infieren los comentadores de aquella legislacion especial que no pueden prometerse arras á la muger que no tiene dote que aportar al matrimonio, y que aun cuando se le prometiera ú otorgara, no adquiriria derecho para reclamarla, fundándose para ello en que, debiendo regularse las arras por el importe de la dote necesariamente no existiendo esta, no es posible semejante regulacion, ni por consiguiente la existencia de la donacion indicada. Infieren tambien fundados en la misma consideracion que si el esposo prometió arras con relacion á la octava parte de la dote y la aportacion de esta

al matrimonio no llegara á verificarse ó solo se realizara en una parte de ella, la promesa de las arras seria ineficaz en el primer caso y se reduciria en el segundo á la porcion correspondiente á la parte de la dote realizada.

La esposa, por las leyes de Navarra, no adquiere las arras si el matrimonio no se verifica. Consumado el matrimonio, adquiere en su caso la facultad de disponer de ellas, aunque muera sin hijos y sobreviva al marido, en lo cual varia completamente la legislacion Recopilada lo que se hallaba dispuesto en los Fueros. Segun estos, la esposa adquiria las arras para sus hijos que debian suceder en ellas, y por aquellas las adquiere para sí; segun los primeros, no teniendo hijos podia dudarse si seria eficaz la donacion y si deberia volver al marido; segun las leyes Recopiladas está resuelta la cuestion en los términos que hemos indicado; y finalmente, estas leyes dan á la muger la libre disposicion de las arras, sin restriccion alguna, y por consiguiente, han hecho desaparecer la que el fuero imponia para el caso de segundo y tercer matrimonio.

Finalmente: segun esta legislacion, la muger que comete adulterio pierde las arras, pero sin perjuicio de los hijos, si los tuviere.

En los Fueros de Cataluña y Mallorca son tambien conocidas las arras, á cuya donacion consagran diferentes disposiciones; pero como todas están calcadas sobre las doctrinas del derecho romano, cuyos principios adoptaron aquellas legislaciones especiales, omitimos la mencion espresa que pudiéramos hacer de ellas, refiriéndonos á lo que se ha manifestado antes al esponer la legislacion extranjera.

ARRAS EN LOS ESPONSALES. Lo que se dá en fe y seguridad de los sponsales contraidos y en prenda de futuro matrimonio. En este sentido fueron conocidas las arras desde los tiempos mas antiguos, habiéndose aplicado esta garantia á los contratos de sponsales por la analogia que tenian con los de compra y venta y algun otro en que se usaban frecuentemente.

Los romanos fueron los que dieron mayor regularidad y ensanche á la costumbre de solemnizar y afirmar con el vínculo de las arras las obligaciones esponsalicias. Ora las ofreciera el esposo á la esposa, ora al padre de esta, si se hallaba constituida bajo la patria potestad la falta de cumplimiento, en los esponsales celebrados producía los mismos efectos que en cualquier otro contrato. Si era el esposo el que resistía el cumplimiento de la palabra empeñada, perdía las arras, y si era la persona que las había recibido, debía devolverlas dobladas. En el caso de que el matrimonio dejara de realizarse sin culpa de ninguno de los interesados y solo por un accidente extraño á su voluntad sucedía lo que en los demás casos, á saber: que se devolvían las arras simplemente sin pena ni responsabilidad ninguna.

La legislación de las Partidas adoptó el uso de las arras, y siendo sin duda muy frecuente en aquella época lo regularizó todavía mas de lo que lo había hecho la romana. La ley 1, tit. 11, Part. 4 las estableció espresamente con estas palabras: «Mas segun las leyes de los sábios antiguos, esta palabra arra há otro entendimiento: porque quier tanto dezir, como peño que es dado entre algunos, porque se cumpla el matrimonio que prometieron de fazer,» y la ley 84, título 18, Part. 3, determinó la fórmula de que debería usarse en el establecimiento de las arras. «E porque este otorgamiento (el de celebrar el matrimonio), é promision fuesse mejor guardado, el sobredicho Martin Esteban estableció é otorgó á Juan Garcia el de susodicho, por arras é nome de arras, é otrosi como por peño, tal viña ó tal heredad, que es en tal lugar é ha tales linderos; é desapoderose de la tenencia de ella, é apoderó á él, á tal pleyto que si su fija non le quisiese tomar por marido en la manera que sobre dicha es, ó el non gela quisiesse dar que el señorío é la posesion, é la tenencia de aquella viña ó de aquella heredad, sea, é finque en Juan Garcia para facer de ella é en ella todo lo

que quisiere, bien así como de lo suyo. E otrosi el sobredicho Juan Garcia otorgó é prometió..... é que si por el fineare de fazer este casamiento..... que pierda las arras que dió é sean de Teresa la sobredicha.»

La ley de Partidas, aceptando la doctrina canónica, declaró espresamente que la pérdida de las arras en el caso previsto por ella no debería considerarse como pena del arrepentimiento ó de la desistencia, puesto que en este sentido no era posible hacer intervenir la obligacion de las arras en el contrato matrimonial que por su esencia debe ser completamente libre. Así dijo la citada ley 1: «ca como quier que pena fuesse puesta sobre pleyto de matrimonio, non deve valer. Pero peño ó arra ó postura que fuesse hecha en tal razon deve valer.»

Los glosadores de las leyes romanas disputaron si las arras podían darse por ambos contrayentes, defendiendo la negativa Bartolo en la glosa á la ley Titia D. de Verb. Oblig. y la afirmativa Baldo y otros. La ley de Partida resolvió la dificultad, como hemos visto al transcribir la fórmula de la carta ó escritura en la cual se pone en primer lugar el ejemplo de las arras ofrecidas por el padre de la esposa, y despues el de las ofrecidas por el esposo al padre de esta.

Tambien disputaron los mismos glosadores si las arras deberían constituirse en dinero, ó si podrían concederse igualmente en bienes raíces, defendiendo el mismo juriconsulto ya citado Bartolo, en la ley Titia, tambien mencionada, que no podía darse en arras ninguna finca ni otra cosa específica y determinada *seu alia species*, ya porque la ley *fin C. de spons.* solamente hablaba de las arras dadas en cantidad, ya porque la especie no podía doblarse en el caso previsto por la ley. La de Partidas decidió la cuestion terminantemente en aquellas palabras: «estableció é otorgó á Juan Garcia el de susodicho por arras é nome de arras: é otrosi como por peño tal viña ó tal heredad, etc.»

No bastaba para la constitucion formal y efectiva de las arras que los contrayentes ú

otros en su nombre las ofrecieran, era indispensable que se entregaran de hecho las cosas y objetos en que se constituían. Las arras eran á manera de peño, y este exigía por su propia naturaleza semejante transmisión; pero además, la ley decía espresamente peño que *es dado* entre algunos y al otorgarse la carta ó escritura de las arras el que las daba se desapoderaba de las cosas en que se constituían, y pasaba la tenencia y posesion al otro contrayente.

Los efectos de las arras, segun esta legislación, eran los mismos que producian entre los romanos. La ley 1, tantas veces citada los puntualizó en breves palabras, diciendo: «E si por ventura el matrimonio non se cumplierse, que fincase en salvo el peño á aquel que guardasse el prometimiento que avia fecho, é que lo perdiesse el otro que non guardasse lo que avia prometido.» ¿Y tendrá lugar entre nosotros la pena del doble como le tenia entre los romanos? Si la obligacion de devolver las arras dobladas no se hubiera pactado espresamente en la escritura de esponsales, claro es que no, porque la ley de Partidas solo condena al que resiste el matrimonio á la pérdida de aquellas. Pero ¿podrá pactarse y producirá efecto el convenio de devolverlas dobladas ó cuadruplicadas en el caso de resistencia y negativa á celebrar el matrimonio? La ley *fin. Cód. desponsal.* autorizaba espresamente semejante obligacion; pero despues de la disposicion no menos esplicita del derecho Canónico, que declara completamente libre la celebracion del matrimonio, no parece que pueda sostenerse el compromiso de devolver el doble ó cuádruplo de las arras, porque esto no seria mas que una pena impuesta y establecida entre los contrayentes dirigida á castigar la falta de cualquiera de ellos. La pérdida de las arras solo tiene por objeto indemnizar á la parte fiel á su palabra de los perjuicios que no puede dejar de irrogarle la inconsecuencia de la otra; pero la pérdida de aquellas, con mas el doble ó el cuádruplo, tendria todos los caracteres, y causaria todos los efectos de un verdadero castigo. Así opina Greg. Lop. en la glo-

sa 6 á la ley 84 citada, diciendo que no habia visto ley alguna de Partidas que aprobase la decision de la ley final del Código, y calificando este sistema de justo y razonable: *et forte non immerito quasi jus istud Partitularum noluerit illud approbare ex quo est mera pena vel conventio de ea, á qua matrimonium debent esse libera quia faciles sunt homines ad promisionem pænæ et non ita faciles ad realem arrharum dationem.*

En el dia tienen muy poco uso las arras en esta acepcion: por esta razon nos hemos limitado á dar á conocer la doctrina establecida en las leyes respecto de ellas sin descender á examinar algunas cuestiones que han tratado en sus obras los escritores de nuestro derecho, y que al presente ofrecen muy poca ó ninguna utilidad.

ARRAS EN LOS MATRIMONIOS.

Lo que se dá como solemnidad en la celebracion del matrimonio y en señal del acto que se ejecuta. Covarrubias en su Tesoro de la lengua castellana, hablando de las arras en esta acepcion dice: «En los manuales eclesiásticos se manda antes de las velaciones bendecir doce monedas de oro ó plata y una de metal, que llaman arras, en que parece significar que el marido comunica todos sus bienes con su muger significados en las doce monedas, número de universalidad, y porque viene á ser divisible le añaden la otra moneda ametalada, que significa la union é indivisibilidad, como ellos entre sí son divisibles y dos en una carne.

ARREALA. Cierta contribucion que pagaban en los puntos de invernía los ganados trashumantes. Es bastante comun pronunciar *adeala* y estender su significacion á los emolumentos eventuales de algun cargo ú oficio, en el sentido en que estos emolumentos se llaman tambien *gagas*.

ARREBATO. Conmocion súbita y violenta, capaz de ofuscar la razon. Es circunstancia atenuante, segun el artículo 9 del Código. V. **CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.**

ARRECIFE, antes *arracife*, del verbo árábigo *racif*, que significa *calzada*.

ARRENDAMIENTO.

637

que es ya el nombre mas comun, y mas todavía el de *carreteras*, con que hoy se designan los caminos artificiales á propósito para carruages, formados de guija ú hormigon sobre lecho de piedra.

ARRENDADOR. El que dá en arrendamiento las cosas que son objeto de este contrato. V. **ARRENDAMIENTO.**

ARRENDAMIENTO. El contrato bilateral por el que una de las partes trasfiere y asegura á la otra el uso y disfrute de una cosa ó de su trabajo por cierto tiempo y mediante el precio que esta se obliga á satisfacer. La palabra arrendamiento viene de arrendar, dar á rento.

Aunque este nombre espresa, como se ha indicado, el acto de trasferir uno á otro el disfrute de una cosa, no siempre se aplica á los contratos en que se hace semejante traslación. Conócense entre nosotros algunos arrendamientos que llevan denominaciones especiales, distinguiéndose por ellas y no con la palabra genérica de arrendamientos: tal es, por ejemplo, el fletamento, que significa el arrendamiento de la nave: de ellos no nos ocupamos en el presente artículo, reservándonos tratar de esta clase de contratos en los correspondientes á sus especiales denominaciones.

También se conocen entre nosotros algunos arrendamientos que sin llevar nombres especiales se refieren á objetos determinados, por ejemplo, el arrendamiento de propios, contribuciones y rentas públicas, de oficios públicos, etc.; de ellos nos ocupamos también particularmente en los artículos oportunos.

En el presente tratamos únicamente del arrendamiento en general y del arrendamiento de cosas y de obras también genéricamente considerado, esponiendo la doctrina, los principios y las reglas concernientes á la naturaleza, constitucion y efectos de este contrato, debiendo advertir que para evitar la especie de confusion que ocasiona en el lenguaje comun el uso que suele hacerse simultánea é indistintamente de las palabras *arrendador* y *arrendatario*, aplicaremos la primera al que dá y la segunda

al que recibe en arrendamiento, siguiendo en este punto el ejemplo de algunas obras doctrinales modernas que han fijado en iguales términos la acepcion jurídica de aquellas palabras.

Finalmente, para simplificar cuanto nos sea posible esta materia y reducir el presente artículo á las condiciones propias de nuestra obra, nos ceñiremos á tratar las cuestiones puramente jurídicas que tienen relacion con los arrendamientos, prescindiendo de otras esencialmente económicas que ó no entran en el plan de la ENCICLOPEDIA ó están tratadas en otros artículos.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes de las Partidas.

Idem de la Novísima Recopilacion.

Disposiciones posteriores.

Leyes canónicas.

Legislacion extranjera.

LEYES DE LAS PARTIDAS.

LEY 43, TIT. 6, PART. 1.

Dispone que los clérigos no pueden ser arrendadores de las rentas reales ni de las de los señores de la tierra ni de Consejo, ni de heredades ajenas, ni de bienes de menores, á no ser que alguno fuese tan pobre que tuviese necesidad de labrar y arrendar heredades ajenas para mantenerse.

LEY 9, TIT. 17, PART. ID.

Permite á los vicarios y á los clérigos que puedan arrendar los frutos de las iglesias y de sus beneficios, cuyo arrendamiento no podrá ser perpétuo sino por la vida del poseedor del beneficio. Si un clérigo arrendase los frutos de un beneficio por cierto tiempo y muriese antes de él, el arrendatario no podrá tener las rentas por mas tiempo que las hubiera tenido el mismo clérigo.

LEY 75, TIT. 18, PART. 3.

Contiene la escritura del arrendamiento de casas, y despues de consignar el hecho espresa la obligacion de defender y hacer efectivo el arrendamiento; de manera que el arrendatario ó los que habitasen las casas puedan disfrutarlas sin contradiccion alguna. Tambien consigna la obligacion de este á pagar el alquiler la mitad al principio del año y la otra mitad al fin de él. Y por último, contiene la obligacion de los otorgantes á guardar y cumplir lo convenido bajo la pena de 30 maravedis y con obligacion de bienes.

LEY 74, TIT. 18, PART. ID.

Contiene la escritura de arrendamiento de heredades, y despues de consignar el hecho espresando la finca arrendada con sus linderos, añade que el dueño prometió no estorbar el arrendamiento hasta fenecido el plazo y defenderle contra toda contradiccion, así como no vender ni empeñar, ni de otro modo enagenar la finca arrendada, y que el arrendatario prometió igualmente labrarla bien, de manera que no se perjudicase, disfrutándola de buena fé y sin engaño y pagando él ó sus herederos en la fiesta de San Miguel la cantidad y adeala convenidas, entregando la finca á la conclusion del arriendo.

LEY 76, TIT. 18, PART. ID.

Contiene la escritura del arrendamiento de bestias, y despues de espresar el hecho diciendo que arrendaba un par de acémilas de tal color y de tal precio, añade que el alquilador prometió mantenerlas bien de cebada y paja á su costa, así como pagar el alquiler de tantos maravedis al mes, devolviendo las acémilas no empeoradas ó la estimacion de ellas en tal lugar y dentro de tal plazo, obligándose á todo, bajo la pena de 100 mrs.

LEY 79, TIT. 18, PART. ID.

Expresa los términos en que debe redactarse la escritura cuando se arriendan las

heredades á medias, y despues de consignar el hecho con espresion de la cosa y de sus linderos, determina la obligacion del dueño de asegurarle el aprovechamiento de la cosa, defendiéndola en todo el tiempo del contrato, y la obligacion del arrendatario de labrar bien la heredad y de sembrarla á su costa, entregando la mitad de cuantos frutos recogiere.

LEY 22, TIT. 29, PART. ID.

Dispone que si el que tuviere arrendada ó alquilada cosa, pagando en cada año y á tiempo cierto señalada renta, aunque fuese tenedor de dicha cosa mas de treinta años no pueda prescribirla por este tiempo ni por otro mayor.

LEY 5, TIT. 30, PART. ID.

Dispone que los arrendatarios de las cosas, aunque tengan la tenencia de ellas, no adquieren la posesion que es de aquellos en cuyo nombre tienen la finca. Por lo mismo nunca ganan la propiedad, cualquiera que sea el tiempo que las tuviesen.

LEY 1, TIT. 8, PART. 5.

Alquiler es propiamente cuando uno alquila á otro obras que ha de hacer con su persona ó con su bestia, ó si uno dá poder á otro para que use de su cosa ó se sirva de ella por cierto precio que se pague en dinero contado; pues no siendo así se llamaria contrato inominado. Y arrendamiento se llama el que se hace de heredad, almojarifazgo ú otra cosa por renta cierta.

LEY 2, ID. ID.

Puede arrendar y alquilar el que puede comprar y vender, escepto los caballeros y oficiales de la corte del rey que no deben ser arrendadores de campos ni de heredades. El arrendamiento se puede hacer, como el contrato de compra y venta, con otorgamiento de ambas partes, ya sea por tiempo cierto, ó ya por los dias de la vida del

ARRENDAMIENTO.

639

arrendador ó del arrendatario; pero si alquila uno á otro casa ú otra cosa por tiempo determinado, y muere antes el inquilino, su heredero puede quedar en ella pagando el precio convenido hasta que se cumpla el plazo, y si muere el arrendador en aquel tiempo, su heredero debe cumplir el contrato. Las condiciones puestas en los arrendamientos y alquileres se guarden, no siendo contrarios á las leyes ó buenas costumbres.

LEY 3, ID. ID.

Las obras que uno ejecute con sus manos, y las bestias ó navíos y las cosas que se suelen alquilar se pueden dar en arrendamiento. Igualmente el usufructo de la heredad, viña ó cosa semejante, prometiendo cierto precio anual por ella; pero si muriese el arrendatario del usufructo no pasa el derecho al heredero, y si pagó todo, ó parte del precio del año en que murió; y no tomó el usufructo, el dueño deberá restituir á aquel heredero lo que recibió anticipado, dejándole el esquilino del usufructo de aquel año.

LEY 4, ID. ID.

Se debe pagar el precio del arrendamiento al plazo señalado, y si no lo hay, según la costumbre del lugar del contrato, y no habiendo uno ni otro, al fin del año.

LEY 5, ID. ID.

Si el arrendatario de una casa no paga á los plazos estipulados, ó al fin del año, el arrendador pueda lanzarle de ella sin ninguna responsabilidad, y los bienes que se hallen en la misma casa, quedan obligados al pago del arrendamiento y menoscabos que hubiese hecho en ella, pudiéndolos retener en prenda hasta el pago, ejecutándose dicho embargo ante los vecinos, haciendo inventario de aquellos para que no haya engaño. Eso mismo se entiende de los arrendamientos de heredades ó fincas rústicas, pues todas cuantas cosas metiese el ar-

rendatario en ellas con noticia del dueño, quedan hipotecadas á favor de este, y las puede retener en prenda ínterin le pague el arrendamiento, si lo hizo, á los plazos estipulados.

LEY 6, ID. ID.

Alquilando uno á otro su casa ó tienda por tiempo determinado, y pagando á los plazos estipulados, el arrendador no puede lanzarle hasta cumplido el arrendamiento, salvo por estas cuatro cosas: La primera, si se cae toda la casa que habita el dueño ó parte de ella, ó amenaza ruina, y no tiene otra, ó tiene enemistad en la vecindad, ú otra causa apremiante por la cual no se atreve á morar en ella, ó si casa alguno de sus hijos, ó los hace caballeros. La segunda, si despues que la alquiló ocurriera alguna novedad de tal especie, que exigiera el derribo de ella, si no fuese reparada, en cuyos dos casos el señor de la casa está obligado á dar otra al arrendatario hasta tanto que pueda habitar la primera, ó descontarle á prorata la parte del arrendamiento del tiempo que debía morar en ella. La tercera, si el inquilino usa mal de la casa empeorándola, ó convirtiéndola en lugar de prostitucion ó de escándalo para el vecindario. Y la cuarta, si la alquilase por cuatro ó cinco años, debiendo satisfacer en cada uno de ellos cantidad determinada, y pasasen dos sin verificar su pago,

LEY 7, ID. ID.

El arrendatario de tierras debe cuidarlas y cultivarlas como si fuesen suyas; pues si por impericia, culpa ó negligencia suya ó de sus dependientes y criados se empeoran, ha de indemnizar todo el daño que se hubiere causado á justa tasacion, practicada ante el juez, y por personas entendidas y conocedoras. Lo mismo será si el arrendatario tuviese enemigos y cortasen árboles ó hiciesen otro daño en la heredad.

LEY 8, ID. ID.

Si promete uno llevar por sí mismo, ó en

bestia, carreta ó nave, aceite, vino ú otra cosa semejante en pellejos, toneles, etc.; y por su culpa se cayere lo que llevaré, quebrantare ó perdiere, está obligado á reparar el daño causado. No así si este se hubiera verificado sin culpa suya, poniendo todo el cuidado posible. Lo mismo sucede cuando la cosa alquilada se pierde ó se menoscaba ó se muere por un accidente fortuito, á no ser que concurra alguno de los tres casos siguientes: 1.º Si se puso la condicion de que el arrendatario fuese obligado al daño de la cosa en cualquier manera que acaeciere. 2.º Si retardase la devolucion ó entrega de la cosa al dueño mas de lo que debía, y en este tiempo se perdiese ó empeorase. 3.º Si por culpa del arrendatario sucedió la ocasion ó motivo que produjo la pérdida de la cosa.

LEY 9, ID. ID.

Lo mismo se entiende con los menestrales que prometen cumplir algunas obras por precio cierto, que si mueren antes, sus herederos no perciben mas que el justo valor de lo que hubieren hecho aquellos, al menos que den otros menestrales tan peritos como los otros para que acaben las obras.

LEY 10, ID. ID.

Si un lapidario recibe una piedra preciosa para engazarla en sortija, ú otra cosa, por precio cierto, y la rompe por no ser perito, pague la estimacion de ella segun se aprecie por los maestros; salvo si probare que la piedra tenia algun pelo ó señal de quebradura, que en tal caso no es responsable al daño. Esceptuase el caso en que se hubiera obligado espresamente á responder de todo daño, de cualquier manera que aconteciese. Lo mismo se entiende de los demas maestros, físicos, cirujanos, albéitares, y de los demas que reciben precio para hacer alguna obra, si yerran en ella por culpa ó impericia.

LEY 12, ID. ID.

Si el que recibe ropas para teñir, lavar ó coser, las cambia á sabiendas ó por er-

ror, ó las pierde ó empeora por su culpa, está obligado al tanto ó su estimacion, á arbitrio del juez y hombres buenos.

LEY 14, ID. ID.

Si alguno alquilase toneles ó vasos rotos ó malos para vinos, aceite ó cosa semejante, sin tener conocimiento de su mal estado, y despues se perdiesen estos efectos por dicha causa ó se empeorasen, el dueño de ellos es responsable de los perjuicios, aunque ignorase aquella circunstancia. Si fuesen montes ó prados para pasto de ganados ó bestias, y tienen malas yerbas, el dueño, siendo sabedor de ello, debe manifestarlo al arrendatario, y si no lo hiciere responderá de todos los perjuicios: ignorándolo no incurrirá en esta responsabilidad, pero no puede reclamar el pago del arrendamiento.

LEY 15, ID. ID.

Recibiendo soldada los pastores por guardar el ganado, deben cuidarlo bien, buscándole pasto saludable y librándole del rigor de las estaciones del año; pues no haciéndolo, y resultando daño por su culpa han de pecharlo al dueño con el menoscabo; pero si probaron y juraron no haberlo podido evitar, quedarán libres de semejante responsabilidad, salvo si aquel justifica lo contrario, que entonces no se le ha de deferir el juramento.

LEY 16, ID. ID.

El maestro ú obrero que toma á destajo alguna obra, y la hace mezquinamente ó tan falsa y endeble que su mala construccion causa que se derribe antes de concluirse, está obligado á reedificarla de nuevo, ó volver el precio con daños y menoscabos; pero si no se cae antes de acabarse, y al dueño le parece no ser segura la obra, puede hacerla reconocer por peritos inteligentes; y si estos declarasen que está mal construida y que el yerro proviene de culpa

ARRENDAMIENTO.

661

del maestro, deberá este edificarla y pagar y devolver el precio con los daños y menoscabos, salvo no siendo culpado, como por un caso fortuito, etc.

LEY 17, ID. ID.

Prometiendo el maestro hacer alguna obra al gusto y albedrío del dueño de ella, y esto pagarla cuando la viese concluida, si después dijese maliciosamente que no le gustaba por retener el precio, deberán reconocerla los peritos, y si dicen que es buena, el dueño pagará el precio al maestro apremiándole el juez á ello. El que toma á destajo una obra y estipula con el dueño ser responsable á cualquier peligro que acaezca en ella, ó á deshacerla y reedificarla hasta tanto que le guste al señor, si concluida requiere á este para reconocerla, y él lo dilata ó no se diese por entendido aunque la vea, si es buena la obra y se pierde ó derriba desde este requerimiento en adelante por ocasion y sin culpa del maestro, el peligro corresponde al dueño. Lo mismo debe decirse si gustándole se derriba ó menoscaba después.

LEY 18, ID. ID.

Cumplido el arrendamiento debe devolverse la cosa á su dueño, y si no lo verificase, dando ocasion á que se le obligue por providencia judicial, debe restituirla doblada con el menoscabo si existiese.

LEY 19, ID. ID.

Arrendando ó alquilando uno á otro casa ó heredad á tiempo cierto, si aquel la vende antes que el plazo se cumpla, el comprador puede lanzar al arrendatario; pero el vendedor que la arrendó está obligado á devolver la parte de la renta correspondiente al tiempo que faltaba. Exceptúa sin embargo dos casos, en los cuales el arrendador no podría ser privado de la cosa aunque se vendiese: 1.º Cuando pactó espresamente el dueño con el comprador que no pudiera despojar al arrendatario hasta cumplido el

arrendamiento. 2.º Cuando el arrendamiento fuese vitalicio ó para el otorgante y sus herederos.

LEY 20, ID. ID.

Si el arrendatario de heredades por tiempo cierto y determinado, cumplido el tiempo de su arrendamiento, permanece en ellas tres dias mas, debe satisfacer el importe del año sucesivo porque se entiende arrendada por un año mas; pero si la cosa arrendada fuese casa ú otro edificio, no se entenderia así y debería pagar solamente á prorata del tiempo que la habitase.

LEY 21, ID. ID.

Si los dueños de las cosas arrendadas, sean estas casas ó heredades, ó los que de ellos dependen, impidiesen á los arrendatarios el uso y aprovechamiento de ellas, deberán satisfacerles los daños y perjuicios causados é indemnizarles de las ganancias ó productos que hubieran podido percibir no habiendo experimentado semejante impedimento. Si este proviniese de personas estrañas, mediante alguna razon ó titulo justo para causarle, como por ejemplo por ser dueños de las cosas arrendadas ó por tenerlas empeñadas, si los que las dieron en arrendamiento eran sabedores de esta circunstancia, deben satisfacer del mismo modo los daños y las ganancias. Si no eran sabedores de ello solo deberán restituir lo que hubiesen recibido por razon del arrendamiento. Y si en tal caso el arrendatario hubiese hecho despensas y mejoras en labrar ó reparar las cosas, los causantes del impedimento deben abonarlas habiendo tenido aquel buena fé, porque si sabia al tiempo del contrato que las cosas no eran del arrendador, sino de otro, no podrá ejercitar semejante reclamacion.

LEY 22, ID. ID.

Cuando se destruyen ó pierden todos los frutos de la heredad, viña ú otra cosa semejante arrendada, por ocasion muy poco frecuente, como inundacion, granizo, fuego,

guerra, langosta, etc., el arrendatario no está obligado á pagar parte alguna de la renta. Pero si no se perdiesen todos los frutos y cogiese aquel alguna partida de ellos, podrá escoger entre pagar la renta ó cederos al dueño deduciendo los gastos ó espensas invertidas en labrar la heredad. Esto no se entiende cuando los frutos se pierden por culpa del arrendatario, como si labrare mal, ó dejase criar yerbas y maleza, etc., en cuyo caso estaria obligado á pagar el arrendamiento en los términos estipulados.

LEY 23, ID. ID.

Aunque perdiéndose los frutos de la cosa arrendada por caso fortuito el arrendatario no debe satisfacer la renta, exceptuándose los siguientes casos en que deberá verificarlo: 1.º cuando el arrendatario se hubiese obligado á sufrir el daño, cualquiera que fuese la ocasion ó la causa: 2.º si el arrendamiento se hizo por dos ó mas años, y la abundancia de uno fuese tal que compensara la esterilidad del otro y las despensas ó gastos. Del mismo modo si la cosa arrendada rindiese tantos productos en un año que importasen el doble de lo que solia producir en un año comun, el arrendatario deberá pagar la renta doblada si el aumento provino de la casualidad y no de su industria y cuidado.

LEY 24, ID. ID.

El dueño pague al arrendatario las mejoras que hiciere en la heredad ó cosa arrendada, salvo si se hubiese pactado lo contrario.

LEY 25, ID. ID.

El que toma en alquiler un almacen no es responsable á la pérdida de las cosas que se encuentran en él, como no hubiese tomado á su cargo su custodia ó se perdiesen por su culpa ó engaño; pero no es responsable si se pierde por algun caso fortuito.

LEY 26, ID. ID.

Cuando los caminantes y mercaderes que

van por tierra ó por mar metieren sus cosas en los ostales, tabernas ó navíos, con conocimiento de los dueños de esos establecimientos ó buques, ó de sus dependientes, y se perdieran por su negligencia, por engaño que cometieran ó por cualquiera otra ocasion culpable, ó si fueren hurtadas, deberán satisfacerles el importe de las mismas cosas ó del menoscabo que hubiesen experimentado, lo cual se entiende de los establecimientos ó buques donde se lleva ostalage ó alquiler por este servicio. Sin embargo, sucederá lo mismo aunque el hospedage haya sido gratuito.

NOVISIMA RECOPIACION.

LEY 1, TIT. 8, LIB. 11.

Ley 1, tit. 11, lib. 2, Fuero Real.

Que el que tuvo ó poseyó alguna heredad arrendada ó alogada, no pueda alegar prescripcion de ella por ningun tiempo.

LEY 2, TIT. 9, LIB. 9.

Don Fernando y Doña Isabel, por pragmática de 1496.

Reproduce y manda que se cumpla la ley que dictó D. Juan II en las Cortes de Madrid del año 1433, por la cual prohibió que ningun escribano hiciese ó recibiese contrato de arrendamiento de pan, como no fuera por la medida de Avila, y del vino como no fuese por la de Toledo, y que ningun escribano diese signada escritura alguna otorgada por otra medida, sopena que los contratantes pagaran cada uno lo que montase la cuantía del contrato, y que este fuera nulo con pérdida de oficio para el escribano.

LEY 4, TIT. 1, LIB. 10.

Petic. 85 de las Cortes de Valladolid en 1537.

Que los oficiales de cantería y albañilería y carpintería y otros que toman obras obli-

ARRENDAMIENTO

663

gándose á ejecutarlas no puedan alegar engaño, siendo ellos espertos en las de su arte que tomaron á destajo ó en subasta, ni sobre ello sean oídos.

LEY 22, TIT. 14, LIB. 3.

Don Felipe II en 1564.

Los alcaldes hagan tasar todas las casas alquiladas en la corte, aunque las partes no lo pidan: el que saliere de una casa no la puede tasar pasados dos meses, y la tasa de las casas de Madrid y donde quiera que estuviere la corte sea general para todos los que la pidieren y quisieren, así cortesanos como vecinos.

LEY 6, TIT. 11, LIB. 10.

Don Felipe II en 1564.

En los frutos de las tierras sean preferidos los señores de ellas por su renta á todos los otros acreedores, de cualquier calidad que sean.

LEY 23, TIT. 14, LIB. 3.

Don Felipe III en 1601.

Manda que en Madrid haya tres tasadores, que sean un alcalde de casa y corte, uno de los aposentadores reales y un regidor nombrados anualmente, los cuales tasan todas las casas ó parte de ellas que se hubieren de alquilar, y lo que fuere tasado se ejecute, sin embargo de apelacion, y si no se conformaren los tres hagan sentencia los dos conformes, y no lo siendo, el presidente del Consejo vaya nombrando una ó mas personas por el mismo orden; que no pueda llevar el dueño ni pagar el que alquilaré mas de lo tasado por ningún pretexto, bajo las penas pecuniarias que impone.

LEY 24, TIT. 14, LIB. 3.

Don Felipe III en 1610.

Concede á la villa de Madrid por las con-

sideraciones que se espresan el privilegio siguiente:

Que los amparos que se solian dar sobre las casas acabado el tiempo de su arrendamiento, no queriendo el dueño arrendarla al que la viviere no escedan de cuarenta dias, y que este sea término perentorio, como suficiente para que el alquilador busque casa y pase á ella.

Que en adelante las tasas se hagan por un alcalde de casa y corte, y un aposentador y un regidor, nombrándose cada año seis aposentadores y seis regidores para que cada uno de ellos acuda al alcalde que le tocara; y siempre que alguna parte acudiere á pedir justicia ante el alcalde que quisiera, se haga la tasa por el alcalde y aposentador y regidor que fueren de su juzgado, y lo que los tres determinaren y la tasa que hicieren salga por sentencia, y no conformándose todos tres no se haga sentencia, y se remita al Consejo para que la vea y haga justicia.

Que por ningún caso la tasa ó retasa de las casas se hiciera en otra forma que en la espuesta.

Que el pedimento de la tasa ó retasa, ni la demanda ordinaria sobre ellas, impida la via ejecutiva que corresponde al dueño de la casa para cobrar su alquiler, á no ser que opuesta como escepcion legitima, dentro de los diez dias el arrendador pueda liquidarla.

Que pasados mas de cuatro años del arrendamiento, pueda el arrendador viviendo la casa en cualquier tiempo tasarla, y estando fuera de ella dentro de dos meses habiéndola vivido el dicho tiempo, la pueda tasar por via ordinaria y no ejecutiva ni por via de accion ni de escepcion, y si fuere de menos tiempo de cuatro la pueda pedir por via sumaria y ejecutiva, ó ponerla por escepcion, liquidándola dentro del término de la ley en la via ejecutiva, como queda dicho, de manera que en consideracion del agravio que recibiere el dueño de la casa en que se le tase al cabo de tantos años, se quita la via ejecutiva dentro del dicho tiempo, y se reserva á la ordinaria

donde las partes harán sus informaciones, las cuales vistas, el alcalde, aposentador y regidor harán justicia.

Que cuando el arrendador hubiere vivido una casa por tiempo de mucha consideración, de manera que al cabo de él parezca que el pedir la tasa se funda en alguna pretensión particular ó pasiva, se reserve al arbitrio y conciencia de los jueces, teniendo en cuenta el daño del dueño de la casa, si al cabo de tanto tiempo hubiese de volver lo que tiene cobrado y gastado.

REAL ORDEN DE 16 DE ENERO DE 1758.

Not. 2 á la ley 6, tit. 10, lib. 10.

Con motivo de haber el comandante general de la costa de Granada, hecho desocupar en Málaga dos casas para alojarse á su satisfacción, cuando S. M. las dejase libres á su dueño, para que las viviesen los que las tenían arrendadas, y que dicho comandante buscase otras para su alojamiento, entre las que estuviesen desocupadas ó fuere voluntad de los poseedores alquilarlas, y cuando todo faltase solicitará con S. M. la providencia mas conveniente, sin tomarla él á su arbitrio con la fuerza por no tener autoridad para ello.

RESOLUCION DEL CONSEJO DE 22 DE SETIEMBRE DE 1746.

Not. 2, á la ley 2, tit. 10, lib. 10.

Con motivo del daño causado á las vidrieras de las ventanas de Madrid por una tempestad de granizo, declaró el Consejo que lo debia sufrir el dueño de la casa como sufriria el de la quema, y mandó que en el asunto no se admitiese recurso, teniéndose esta declaracion por regla general y como ley.

REAL PROVISION DEL CONSEJO DE 20 OCTUBRE DE 1768.

Nota 1 á la ley 4, tit. 10, lib. 10.

Se mandó á las justicias que no permitan se despoje á los renteros de tierras y des-

poblados, de las que tengan en arrendamiento en virtud del derecho que para no ser despojados de las tierras y pastos arrendados deberian tener los labradores por beneficio de la agricultura.

LEY 3, TIT. 10, LIB. 10, NOV. RECOPI.

Don Carlos III en 1770.

Dispone que en los arrendamientos de tierras queden en libertad sus dueños para hacerlos como les acomode y se convengan con los colonos, y previene que en el principio del año último tengan obligación el dueño y el colono de avisarse para su continuación ó despedida como mútuo desahucio, y faltando el aviso del último año, si solo se hiciere en el fin de este se entienda seguir el año inmediato como término para prevenirse sin que los colonos tengan derecho de tanteo ni á ser mantenidos mas del tiempo estipulado, escepto donde haya privilegio, fuero ú otro derecho particular.

PROVISION DEL CONSEJO DE 20 DE DICIEMBRE DE 1771.

Nota 4 á la ley 6, tit. 10, lib. 10.

Que los catedráticos de Salamanca, indistintamente, se deban preferir en el arrendamiento de las casas de la universidad, á todos los meros doctores, maestros y licenciados; que entre aquellos se prefieran los de teología y derecho á los de medicina y artes, y entre unos y otros, concurriendo solos, se deberá observar la preferencia por antigüedad del grado, del mismo modo establecido en los catedráticos por antigüedad de cátedras.

LEY 12, TIT. 11, LIB. 10.

Don Carlos III en 1782.

Declara que los dueños de casas pueden reclamar sus alquileres ejecutivamente en los juzgados ordinarios, cualquiera que sea el fuero de los deudores, y por privilegiado

ARRENDAMIENTO.

665

que parezca, exceptuando únicamente á los militares incorporados en sus respectivos cuerpos y residentes en los destinos de estos, y los que tambien estuvieren empleados mientras se hallaren en los lugares de sus empleos.

LEY 6, TIT. 10, LIB. 10.

Don Carlos III en 1784.

Resolvió que ningun empleado en rentas goce de privilegio que impida al dueño de una casa el libre uso de ella, y que solo deben gozarle en el caso de que se trate de nuevo arrendamiento, y sea precisa para custodia y despacho de los géneros y efectos de la real Hacienda, por no haber otra proporcionada en el pueblo.

LEY 12, TIT. 11, LIB. 10.

Don Carlos III en 1783. Cédula del Cons. de 10 de septiembre de 1784.

Manda que desde la publicacion de esta cédula quede derogado el fuero de toda distincion de clases de personas privilegiadas en Madrid y sitios reales para que los dueños de los alquileres puedan cobrar sus créditos ejecutivamente y sin admitirse inhibicion ni declinatoria de fuero, acudiendo á los jueces ordinarios. Exceptúa únicamente de esta disposicion á los militares incorporados en sus respectivos cuerpos y residentes en los destinos de estos, y los que tambien estuvieren empleados mientras se hallaren en los lugares de sus empleos. Por último, dispone que lo propuesto se estienda á todas las clases distinguidas y personas acomodadas de todo el reino, sin que con este motivo se puedan prevaler de fuero privilegiado alguno, declinar la jurisdiccion ordinaria ni sobrescer esta en las ejecuciones á pretexto de inhibiciones ó competencias de que deberán abstenerse los jueces de dichos fueros.

LEY 14, ID. ID.

Don Carlos III, y cédula del Cons., en 1785.

Resuelve que la regla establecida en la
TOMO III.

real cédula de 1784 es general debiendo solo valer el fuero á los matriculados cuando se hallen destinados á la tripulacion, armamento ó maestranza de algun buque ó departamento, y que lo prevenido en la última parte no debe entenderse precisa y únicamente con las clases distinguidas y personas acomodadas de que trata, sino que ha de comprender á todas las del reino con igual generalidad de derogacion de fueros.

REAL CÉDULA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1783.

Nota 2 á la ley 4, tit. 10, lib. 10.

Dispuso que si los dueños, acabados los contratos quisiesen despojar á los arrendadores, con pretexto de cultiyar las tierras por sí mismos, no se les permita, si no concurre la circunstancia de ser previamente labradores con el ganado de labor correspondiente, y al mismo tiempo residentes en los pueblos, en cuyos territorios se hallen las tierras, y que cuando así se verifique se carguen á los dueños propietarios las contribuciones que les corresponden como tales, y las que se hayan considerado al arrendador por su parte, ó disfrute como si subsistiese el último arrendamiento que servirá de regla en tales casos.

LEY 14, TIT. 11, LIB. 10.

Don Carlos III en 1783.

Declaró que en las reclamaciones á que se refiere la ley 12, tit. 11, lib. 10, debe valer el fuero á los matriculados, solo en el caso de hallarse destinados á la tripulacion, armamento ó maestranza de algun buque ó departamento.

REAL ORDEN DE 8 DE FEBRERO DE 1790.

Nota 4 á la ley 2, tit. 10, lib. 10.

Se mandó que todos los que vengan á Madrid destinados á empleos del real servicio, se prefieran en los arrendamientos de casas, y que entre dos privilegiados se

atienda al que se le haya entregado la casa, y entrado á habitarla con reserva de su derecho al que crea tenerle contra el dueño sobre daños y perjuicios, prefiriendo cuando no hubiere entrega, la contrata mas antigua, con tal que no sea anterior al acto de despedir la casa el inquilino.

LEY 7, TIT. 10, LIB. 10.

Don Carlos IV en 1790.

Resolvió á consulta del Supremo Consejo de Guerra, que los oficiales militares sean preferidos en el arrendamiento de cualquiera casa que encuentren desocupada y sin arrendar, pasado el día de San Juan, y no en otra, y que las que así fueren las tomen por meses, en lo que no siente perjuicio el dueño, por cuanto en el tiempo acostumbrado no habia encontrado arrendador para ella.

LEY 8, TIT. 10, LIB. 10, NOV. REC.

Don Carlos IV en 1790.

1.º Los dueños y administradores puedan libremente arrendar las casas á las personas con quienes se conviniesen, sin que ninguna, por privilegiada que sea, pueda pretender ni alegar preferencia con motivo alguno, salvo los alcaldes de Casa y corte, que debiendo vivir dentro de sus respectivos cuarteles podrán, en conformidad de lo que dispone la real cédula de 6 de octubre de 1768, usar del derecho de preferencia en las casas vacantes ó desocupadas dentro de sus cuarteles.

2.º Muerto el inquilino pueda continuar en la misma habitacion su viuda, y si no la tuviese ó no quisiese, uno de sus hijos en quien se conviniesen los demas, y no conformándose, el mayor en edad.

3.º Para precaver los daños y perjuicios que la continuacion de estos inquilinatos podria causar á los dueños de casas, se declara que así como por el *Auto-acordado* 8, tit. 15, lib. 3, pueden los inquilinos usar del derecho de la tasa, le tendrán

en los mismos términos sus dueños, pasados diez años de la habitacion, y de la misma facultad podrán usar si continuasen habitándola por otros diez, y empezándose á contar desde la publicacion de este *Auto-acordado*, porque en este largo tiempo puede haber variado el valor del precio de las dichas habitaciones.

4.º Se prohibe todo subarriendo y traspaso de todo ó parte de las habitaciones, á no ser con espreso consentimiento de los dueños ó administradores; y se anulan tambien los que estuviesen hechos sin esta circunstancia, bien que deberán ser preferidos los inquilinos en los arrendamientos, entendiéndose derechamente y sin litigio con los dueños, con tal que al inquilino principal que subarrendó se le rebaje la cantidad del subarriendo que hizo, y ha de percibir el dueño de la casa.

5.º Mediante que en conformidad de la costumbre observada en Madrid, el inquilino que ha de habitar la casa anticipa el importe del medio año, si se verificase que antes de cumplirlo la dejase, el dueño ó administrador le devolverá á prorata la cantidad que corresponda al tiempo que faltare para cumplir el medio año; y lo mismo se entienda con los alquileres que se anticipan en las habitaciones que se pagan por meses.

6.º No puedan los dueños ó administradores tener sin uso y cerradas las casas; y los jueces les obliguen á que las arrienden á precios justos y convencionales, ó por tasacion de peritos que nombren las partes, y tercero de oficio en caso de discordia, aunque se diga y alegue no poder arrendarlas por estarles prohibido por fundaciones ó por otro motivo; pues semejantes disposiciones no pueden producir efecto en perjuicio del bien público.

7.º Las personas que saliesen de la corte con destino ó por largo tiempo, no puedan retener sus habitaciones, ni con pretexto de dejar en ellas parte de su familia; pero esta prohibicion no deberá entenderse con los que se ausentasen por falta de salud, comision á otra causa temporal de corta duracion.

ARRENDAMIENTO.

667

8.º Habiendo acreditado la experiencia que se ocupan las casas largo tiempo con los bienes-muebles y alhajas de los que mueren para venderlos en almoneda, y que se usa del fraude de entrar y subrogar otros, haciéndose por este medio interminables dichas almonedas, se declara y manda que se acaben durante los seis primeros meses, y pasados quede desocupada, aunque no se haya concluido.

9.º Ningún vecino pueda ocupar ni tener dos habitaciones, como no sean tiendas ó talleres necesarios á su oficio ó comercio.

10. Cuando los dueños intentasen vivir y ocupar sus propias casas, los inquilinos las dejen y desocupen sin pleito en el preciso y perentorio término de cuarenta días, prestando caucion de habitarlas por sí mismos, y no arrendarlas hasta pasados cuatro años.

11. Las cesiones ó traspasos que se hiciesen de las tiendas de cualquiera especie, casas de trato ó negociacion sean puramente por el precio en que se regulasen ó conviniessen por los efectos, enseres, anaqueles y demas de que se compongan, sin llevar por via de adeala ni otro pretesto cantidad alguna; y la casa ó habitacion en que estuviese situada vaya con el precio que pagaba el inquilino.

12. Sobre el contenido de estas reglas, mediante ser claras, los jueces no admitan demandas ni contestaciones, y las que admitieren las determinen de plano y sin figura de juicio.

REAL ORDEN DE 22 DE MAYO DE 1793.

Not. 1 á la ley 6, tit. 10, lib. 10.

Declaró S. M. que no se pueda espeler á nadie de la casa que ocupa para alojar un dependiente de rentas; pero que si se tratare de nuevo arrendamiento sea este preferido, usándose el medio legal de la tasa en caso de que sin razon, y con escoso y fraude, se quiera aumentar el precio del alquiler.

REAL RESOLUCION DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1797.

Not. 2 á la ley 6, tit. 10, lib. 10.

Se declaró que en el caso de no ocupar el cabildo de Leon, por medio de alguno de sus prebendados, una casa de su propiedad que habitaba un teniente retirado, se prefiriese en su arrendamiento á este, y lo mismo en cualquiera de las demas casas que tuviese desocupadas y le pertenezcan, no estando habitadas por sus capitulares, ó que estándolo no se pasen á habitar por estos dentro de tres meses.

LEY 3, TIT. 10, LIB. 10.

Don Carlos IV en 1804.

Declaró que en los negocios contenciosos sobre desahucios, arrendamientos de tierras, precio y tasa de los mismos arrendamientos, y sobre los demas particulares é incidentes que en ello ocurran conozcan las chancillerías y audiencias, como antes de la cédula de 6 de diciembre de 1783, quedando espeditas sus facultades, sin que las apelaciones de las justicias ordinarias puedan ir á los intendentes, sino á dichos tribunales.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

REAL RESOLUCION Y CIRCULAR DEL CONSEJO DE 10 DE OCTUBRE DE 1817.

Refiere que con motivo de haber procedido un oficial militar en Segovia á retener las llaves de una casa, prevalido de la preferencia que concedia á los militares la real orden de 3 de junio de 1803 para habitarlas en inquilinato y de la resistencia que hizo á las órdenes del señor presidente del Consejo en asunto de igual naturaleza, resolvió S. M. que dicho oficial prestase la debida sumision á los mandatos del señor presidente en una materia que excluia todo fuero privilegiado y que se abstuviese de apoderarse de las llaves de casa alguna con-

tra la voluntad de su dueño; que cuando se desalquilase alguna casa y el dueño no la quisiera para sí ó para alguno de su familia, pretendiendo entrar en ella como inquilino algun oficial, se abstuviese de tomar providencia por sí, procediendo tan solo á oficiar á la autoridad civil para que tomase las disposiciones convenientes con el objeto de que fuese atendida la preferencia declarada á los militares, y cuando aquella autoridad no procediese conforme á esta declaración, podría recurrir á S. M. ó al tribunal superior de que esta dependiese.

Añade asimismo que con ocasion de nueva instancia promovida por un dueño de casa en esta corte, á quien impedía arrendar una habitacion la viuda de un militar, penetrado S. M. de que los inquilinatos de casas han pertenecido siempre á la policía de los pueblos, y como tales, son de conocimiento privativo de la jurisdiccion ordinaria con inhibicion de todo otro fuero privilegiado, se ha servido resolver que sobreseyendo el auditor de guerra de esta plaza en el que ha tomado, se remita á uno de los tenientes de corregidor, para que procediendo de plano y sin figura de juicio, con arreglo á la ley 8, tit. 10, lib. 10 de la Nov. Recop., dictase la providencia correspondiente en justicia, mandando asimismo por su real orden de 18 de junio último, y con el fin de evitar en lo sucesivo cualesquiera disputas y tal vez competencias que puedan suscitarse en esta materia, se circulen por el Consejo á todos los tribunales y justicias del reino para su inteligencia y cumplimiento las citadas órdenes de 23 de junio y 29 de julio de 1813, por las que se confirma claramente en favor de la jurisdiccion real ordinaria el privativo conocimiento sobre inquilinatos.

DECRETO DE LAS CORTES DE 8 DE JUNIO DE 1813, RESTABLECIDO POR REAL DECRETO DE 16 DE SETIEMBRE DE 1856.

1.º Todas las dehesas, heredades y demas tierras de cualquiera clase, pertenecientes á dominio particular, ya sean libres

ó vinculadas, se declaran desde ahora cercadas y acotadas perpétuamente, y sus dueños ó poseedores podrán cercarlas, sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres, disfrutarlas libre y exclusivamente ó arrendarlas como mejor les parezca y destinarlas á labor ó pasto, ó á plantío, ó al uso que mas les acomode, derogándose, por consiguiente, cualesquiera leyes que prefijen la clase de disfrute á que deban destinarse estas fincas, pues se ha de dejar enteramente al arbitrio de sus dueños.

2.º Los arrendamientos de cualesquiera fincas serán tambien libres á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan. Ni el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase podrán pretender que el precio estipulado se reduzca á tasacion, aunque podrán usar en su caso del remedio de la lesion y engaño, con arreglo á las leyes.

3.º Los arrendamientos obligarán del mismo modo á los herederos de ambas partes.

4.º En los nuevos arrendamientos de cualesquiera fincas ninguna persona ni corporacion podrá, bajo pretexto alguno, alegar preferencia con respecto á otra que se haya convenido con el dueño.

5.º Los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos, por tiempo determinado, fenecerán con este, sin necesidad de mútuo desahucio y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato; pero si tres dias ó mas, despues de concluido el término, permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. Durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos, y el dueño, aun con el pretexto de necesitar la finca para sí mismo, no podrá despedir al arrendatario, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca ó faltar á las condiciones estipuladas.

ARRENDAMIENTO.

669

6.º Los arrendamientos sin tiempo determinado, durarán á voluntad de las partes, pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos podrá hacerlo así, avisando á la otra un año antes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesion, una vez desahuciado por el dueño. No se entienda, sin embargo, que este artículo hace novedad alguna en la actual constitucion de los foros de Asturias y Galicia y demas provincias que estén en igual caso.

7.º El arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobacion del dueño; pero podrá sin ella vender ó ceder, al precio que le parezca, alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

LEY DE 9 DE ABRIL DE 1842.

Art. 1.º Los dueños de casas y otros edificios urbanos, así en la corte como en los demas pueblos de la península é islas adyacentes, en uso del legítimo derecho de propiedad, podrá arrendarlos libremente desde la publicacion de esta ley arreglando y estableciendo con los arrendatarios los pactos y condiciones que les parecieren convenientes, los cuales serán cumplidos y observados á la letra.

Art. 2.º Si en estos contratos se hubiese estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una ni otra parte. Mas si no se hubiese fijado tiempo ni pactado desahucio, ó cumplido el tiempo fijado continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni este dejar el predio sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion que se hallare adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta dias.

Art. 3.º Los arrendamientos ya hechos y pendientes á la publicacion de esta ley, se cumplirán en los términos en que se hayan celebrado, y por todo el tiempo y en la

forma que debian durar con arreglo á la ley que ha regido en Madrid hasta ahora, reales resoluciones, práctica y costumbres vigentes al tiempo de celebrarse dichos contratos.

Art. 4.º Quedan derogadas para en lo sucesivo la ley 8, tit. 10, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, y cualesquiera otras reales resoluciones, práctica ó costumbre que sean contrarias á lo establecido en los artículos precedentes.

REAL DECRETO DE 23 DE MAYO DE 1843.

Art. 1.º

Estarán sujetos al derecho de hipotecas en todas las provincias del reino é islas adyacentes.

2.º Todo arriendo ó subarriendo de los mismos bienes (inmuebles).

Art. 2.º

En los arriendos el derecho será pagado por el propietario ó usufructuario que arrienda; en los subarriendos por el arrendatario que cede ó traspasa sus derechos.

Art. 3.º

En los arriendos, subarriendos, subrogaciones, cesiones ó retrocesiones de arriendo de fincas rústicas, se exigirá un cuarto por ciento de la cantidad total que haya de pagarse en todo el período de la duracion del contrato y si este no se limitase á un período fijo, medio por ciento del importe de la cantidad anual.

Art. 4.º

Los mismos derechos se pagarán en los contratos de arriendo de los edificios, sea que estén situados en los campos ó en las poblaciones, pero deduciendo de la renta que en el contrato aparezca la sexta parte por gastos de reparaciones y vacíos, si atendidas las condiciones particulares de los ar-

ARRENDAMIENTO.

riendos de los predios urbanos de ciertas localidades conviniese á los propietarios ajustarse con la administracion, podrán hacerlo fijando el derecho por tres, cuatro ó cinco años sobre la base del producto de los alquileres del año corriente y rebajando la cuarta parte en lugar de la sesta.

REAL DECRETO DE 11 DE JUNIO DE 1847.

Art. 5.º

En los arriendos, subarriendos, subrogaciones, cesiones ó retrocesiones de arriendos de fincas urbanas á que se refiere la base 13 de la ley de 23 de mayo de 1843, se exigirá un décimo de real por ciento de la cantidad total que haya de pagarse en todo el período de la duracion del contrato, y si este no se limitase á un período fijo dos décimos de real por ciento del importe de la renta anual.

LEYES CANÓNICAS.

DECRETAL. LIBRO 3, TITULO 18.

CAPITULO II.

Inocencio III año de 1212.

No obstante los estatutos que haya en contrario de los diocesanos, los abades, priores y demas personas eclesiásticas puedan arrendar los diezmos de sus respectivas iglesias, siendo favorable á estas, y con tal que los arrendamientos no se extiendan á feudos ú otros contratos que induzcan enagenacion.

CAPITULO III.

Greg. IX, año de 1225.

A los colonos de predios de las iglesias que por vicio de los mismos predios ó caso fortuito y no por su culpa, se les siga grave perjuicio en la esterilidad de un año, se les remita á prorata de la pérdida la cantidad del cánón ó precio estipulado, á no ser que pueda compensarse la esterilidad experimentada con la abundancia y lucro del año anterior y subsiguiente. Puede el dueño de la casa espeler de ella antes del tiempo pacta-

do al inquilino, si la necesita para sí y al tiempo del arrendamiento no habia igual necesidad; tambien para repararla si amenaza ruina; si la ha tratado mal ó si ha versado inficuamente en ella, y últimamente, si deja de pagar el arrendamiento por dos años.

ESTRAVAG. COMMUN.

AMBITIOS.E. LIB. 3, TIT. 4, CAP. UN.

Prohibe que los bienes de las iglesias se den en arrendamiento por mas de tres años, y si á pesar de la prohibicion el arrendamiento se verificase, lo declara nulo y de ningun valor ni efecto.

CONCIL. TRIDENT. SES. 23, CAP. 11. DE REFORM.

Suele seguirse mucho daño á las iglesias, cuando se arriendan sus bienes á otros con perjuicio de los sucesores, por presentarles en dinero los réditos, ó anticipándolos. En consecuencia no se reputen por válidos de ningun modo estos arrendamientos, si se hicieren con anticipacion de pagas en perjuicio de los sucesores, sin que obste indulto alguno, ó privilegio, ni tampoco se confirmen tales contratos en la Curia Romana ni fuera de ella. Ni sea licito arrendar las jurisdicciones eclesiásticas ni las facultades de nombrar ó deputar vicarios en materias espirituales, ni sea tampoco licito ejercerlas á los arrendadores por sí ni por otros; y las concesiones hechas de otro modo, tén-ganse por subrepticias, aunque las haya concedido la Sede apostólica. El Santo Concilio decretó ademas, que son irritos los arrendamientos de bienes eclesiásticos aunque confirmados por autoridad apostólica, que estando hechos de 30 años á esta parte, por mucho tiempo, ó como se esplican en algunos lugares por 29 años, ó por dos veces 29 años, juzgare el Concilio provincial, ó los que este depute, que se han contraido en daño de la iglesia, y contra lo dispuesto en los cánones (1).

(1) Esta traduccion está tomada de la obra publicada por don Ignacio Lopez de Ayo's.

ARRENDAMIENTO.

671

LEGISLACION ESTRANJERA.

Varias y de copiosísima doctrina son las leyes romanas que tratan del arrendamiento ó sea (*locatio conductio*), nombre dado en ellas á aquel contrato, en que uno se obligaba á prestar á otro el uso de una cosa ó alguna obra para cierto tiempo y mediante cierto precio. A la manera que la compra-venta, por ser como esta uno de los contratos llamados consensuales, la locacion-conduccion, segun el derecho romano requería tres cosas especiales: el consentimiento de donde tomaba su sustancia, y que bastaba para su perfeccion: la cosa ú obra que constituía su objeto, y el precio ó merced que habia de compensar los provechos cedidos por el locador. Esta merced para que la locacion no degenerase en donacion ú otra especie de contrato debia ser positiva: *vera*, proporcionada al valor del uso de la cosa ú obra arrendada-*iusta*, y de cantidad expresa ó tácitamente determinada-*certa*, sin que pudiese quedar su regulacion al arbitrio de las partes, aunque si las era lícito ponerla en el de un tercero. Debía además la merced consistir en dinero ó en cierta parte de frutos. El locador quedaba principalmente obligado á la entrega de la cosa, y á hacer efectivo su uso al conductor; esto á usarla como buen padre de familias, á restituirla concluido el arrendamiento, y á pagar entre tanto á aquel el precio convenido, y ambos por ser recíproca la utilidad del contrato, á indemnizarse respectivamente los perjuicios que se ocasionaran por no poner en el cumplimiento de sus deberes una regular diligencia, que en el derecho romano se llamaba prestar la culpa leve. La locacion se continuaba en los herederos de uno y otro contrayente, salvo la de obra en que se suponía elegida la aptitud ó industria de la persona. A la conclusion del arrendamiento, el conductor debia restituir la cosa en buen estado, y si seguía en su uso con paciencia del dueño, se entendía revocado el contrato bajo iguales condiciones. Finalmente, tanto el uno como el otro gozaban de la accion directa

locati conducti para compelerse mutuamente al cumplimiento de sus obligaciones.

Tales eran las bases de la legislacion romana y sus principales disposiciones en materia de arrendamientos. Nos ha parecido conveniente presentar el conjunto de ellas en el anterior bosquejo, porque lo mismo que á nuestras leyes puede decirse que han servido de pauta á todos los Códigos extranjeros, no tanto por causas históricas y tradicionales, cuanto por ser una derivacion de la naturaleza misma de las cosas, y de las máximas inmutables de la justicia. Las ideas fundamentales del derecho de propiedad, tal como nosotros lo comprendemos, dominan en todos los países civilizados, y el arrendamiento no es mas que un medio natural, y puede decirse necesario de ejercer este derecho. Indicaremos, sin embargo, las diferencias introducidas por otras legislaciones, que aunque en lo general no alteran los principales rasgos de la fisonomía del derecho civil, tienen cierta importancia, y merecen ser conocidas y estudiadas por el jurisconsulto.

La ley romana, segun dejamos dicho, consideraba concluida y valedera la locacion desde el momento mismo en que las partes habian prestado su consentimiento, y sentado este principio admitia sin restriccion todas sus consecuencias, siendo una de ellas, que la escritura, á no mediar pacto contrario, no se necesitaba para la perfeccion, ni aun para la prueba del contrato. El Código francés admite tambien el arrendamiento otorgado por escrito ó de palabra (art. 1714); pero si el de cosas hecho verbalmente no se hubiera puesto en ejecucion, y uno de los contrayentes lo niega, prohíbe que se reciba prueba de testigos, por pequeño que sea el precio y aunque se alegue que medió señal ó prenda. Solo puede deferirse el juramento á aquel que niega el arrendamiento (art. 1715). Bien vemos que esto se refiere á la forma y á la prueba del contrato; mas es lo cierto que un arrendamiento verbal perfecto, en el caso de que se trata, y ejecutable segun el derecho comun, si se prueba por cualquier

medio, incluso el de los testigos, que todas las legislaciones admiten, podrá quedar en Francia ineficaz por la sola negación de uno de los contrayentes, lo cual siempre afecta al principio de que el recíproco consentimiento dá existencia y todo linaje de efectos legales á la convención. Esta restricción del Código francés se encuentra igualmente en los de las Dos Sicilias, Cerdeña, Canton de Vaud y Holanda. Y el de Prusia ofrece la singularidad de que el importe del arrendamiento que tiene por base un año, determina los casos en que puede entenderse por escrito, ó constituirse verbalmente: si el que debiendo ser escrito solo se concluyó verbalmente, pero ha recibido un principio de ejecución, valdrá por un año (arts. 267 y 269).

La facultad de subarrendar y ceder el arrendamiento á no ser que le esté prohibido al locatario, es un derecho consagrado, al par que en la legislación romana, en la de Francia, las Dos Sicilias, Cerdeña, Holanda, la Luisiana, Baviera y Austria. Solo en los códigos del Canton de Vaud y Prusia se sigue la regla opuesta. El primero hace depender la facultad del subarriendo del expreso permiso del propietario, salvo que se presuma evidentemente por la naturaleza de la cosa (art. 1214). El segundo contiene una disposición análoga, con la sola variación de autorizar al inquilino para la renuncia del arrendamiento si el dueño rehusa adhesión al subarriendo infundadamente, y en el caso de que el sublocatario no ejerza un oficio perjudicial á la habitación, permitiendo al arrendatario de tierras el subarriendo de porciones muy pequeñas, ó de establecimientos de industria separados (arts. 309 y 313).

Siendo responsable el arrendatario de los daños ó menoscabos que sobrevienen á la cosa por su culpa, y presumiéndose que los incendios de los edificios acaecen por la de las personas que los habitan, la ley romana, y con ella las modernas en general, le imponen el deber de indemnizar al dueño los estragos del fuego, si no destruye aquella presunción con la prueba de que

semejante accidente provino de caso fortuito ú otra causa que no sea su falta de cuidado y diligencia. Los códigos de la Luisiana y del canton de Vaud establecen sin embargo la presunción contraria, imponiendo al propietario el deber de la prueba. (Art. 2693 del código de la Luisiana y 1229 del de Vaud).

Pero en lo que las leyes de algunos de estos países se han apartado mas de estos principios comunes, es en la naturaleza ó extensión de los derechos del arrendatario, y en algunos de los modos de concluirse y renovarse este contrato.

El arrendamiento no entraña ninguna de las causas ú orígenes de esos derechos y obligaciones que desde los romanos traen el nombre de reales, porque refiriéndose inmediatamente á las cosas, se adhieren á ellas y las siguen por do quiera; ni de las mistas, así llamadas, porque participan á un tiempo de la índole de las reales y de las personales. Entre locador y locatario todo derecho es personal, y solo pueden exigirse uno á otro el cumplimiento de sus respectivas obligaciones á favor de las acciones que les confiere el contrato. Tal fue por lo menos la regla consignada en la ley romana, desprendiéndose de ahí entre otras consecuencias harto obvias, la de que vendiendo el locador la cosa arrendada, ó entrando esta en el dominio de cualquiera otro sucesor singular cesa el arriendo, y el locatario solo tiene derecho á reclamar del que se lo otorgó la devolución del precio adelantado y el resarcimiento de daños y perjuicios. Los códigos francés, holandés y austriaco han ensanchado considerablemente la esfera de los derechos del arrendatario. En Francia fue la Asamblea constituyente quien, en interés de la agricultura, ensayó la primera, aunque con cierta timidez, una grave reforma sobre este punto. Establecióse en la ley de 28 de setiembre y 6 de octubre de 1791, que el comprador de una heredad, arrendador por seis años ó menos, no podía rescindir el contrato; y aunque siendo por mas de seis años podía hacerlo, era á condición de haber de culti-

ARRENDAMIENTO.

673

var la tierra por sí mismo; de avisar ó despedir al arrendatario con un año cuando menos de anticipacion; de indemnizarle préviamente á juicio de peritos los beneficios que hubiera podido obtener del cultivo hasta la espiracion del arriendo. Napoleon fue mucho mas allá que la Asamblea: lo que esta limitó á los arriendos de tierras, lo extendió él en su código á los de casas, y borrando la diferencia que hacia la ley de 1791 entre los arrendamientos de mas y de menos de seis años, los sometió todos á la misma regla, conviniendo por tanto en un deber absoluto é indeclinable el de respetar del comprador el contrato pendiente. Los jurisconsultos franceses se han dividido en opiniones acerca de si esto constituia una nueva teoría sobre la naturaleza de los derechos que confiere el arrendamiento, ó solamente una escepcion de las reglas generales de la antigua legislacion en beneficio de los arrendatarios, para protegerles contra el abuso de las facultades que aquellas atribuyeron al comprador de la cosa arrendada. Esta última opinion nos parece la mas razonable; pero, de todos modos, si la ley francesa no deroga el principio de que del arrendamiento solo nacen derechos personales, es innegable por lo menos que en la disposicion á que aludimos la ha modificado profundamente. El código de Holanda se halla de acuerdo en este punto con el de Francia (art. 1612). El de Austria puede asegurarse que realmente ha cambiado la naturaleza de los derechos del arrendatario, si bien de una manera mas lógica, al propio tiempo que mas prudente y equitativa. El código austriaco considera en general el contrato de arrendamiento de cosas y de tierras como una *venta del uso* (art. 1094), y con raras escepciones admite todas las consecuencias de este principio. En el art. 1095 se declara que si el contrato ha sido registrado, el derecho se hace *real*, en cuyo caso no puede ser espulsado por el comprador de la cosa, segun se deduce del artículo 1120. Pero si la venta ha sido forzada, el arrendamiento se anula aun cuando esté registrado como derecho *real*; dis-

TOMO III.

posicion previsorá y justa que evita que en Austria sufran los acreedores los perjuicios que produce en Francia la inviolabilidad de los arrendamientos otorgados por el deudor á causa de los fraudes que á la sombra de este derecho se cometen, y por las dificultades y obstáculos que suscita á la enagenacion de las fincas.

Otro principio del derecho comun hallamos derogado en algunos códigos. No solo los derechos y obligaciones que resultan del arrendamiento, sino los de todo contrato en general se transmiten á los herederos, segun la ley romana y las demas que á ella se han acomodado, por la barto sabida regla de que el que contrae lo hace para sí y sus herederos. El código de Vaud declara, por el contrario, que el arrendamiento se disuelve á la muerte del arrendador ó del arrendatario, á no ser que se hubiese estipulado la continuacion en los herederos (artículo 1237). Y el código prusiano adopta una especie de término medio, disponiendo que al arrendatario de tierras se le podrá desahuciar por la muerte del dueño, cuyos herederos, si no intervinieron en el contrato, tampoco tienen obligacion de prorrogarlo mas que por un año despues de la muerte de su causante. Á la muerte de un inquilino, sus herederos no estan obligados á continuar el inquilinato sino durante seis meses, contados desde el final del trimestre del fallecimiento: el propietario puede tambien en este caso hacer rescindir el contrato en los plazos ordinarios (artículos 350 al 365 y 377).

Finalmente, el código de Prusia, apartándose en esto de todos los demas, no admite la tácita reconduccion como resultado de la simple permanencia del arrendatario en la posesion del arrendamiento despues de su espiracion con paciencia del dueño: para que se entienda contraído uno nuevo es menester que este consienta espresamente, ó bien que se deduzca su consentimiento tácito de ciertos actos de su parte, lo que equivale á no reconocer como prueba el hecho puramente pasivo de la aquiescencia (art. 325).

No concluiremos esta breve reseña sin extractar lo que dice Blackstone en sus Comentarios de las leyes inglesas sobre el contrato de locacion, considerado como uno de los medios de adquirir, aunque solamente en *accion*, la propiedad de los bienes. «La locacion es un contrato que transfiere una propiedad no permanente del locatario por cierto *tiempo*, y mediante el precio ó salario espresamente convenido entre las partes, ó dejado á la disposicion implicita de la ley, en proporcion al valor del servicio. Por este contrato mútuo, el locatario adquiere una propiedad temporal sobre la cosa arrendada ó alquilada, bajo la condicion tácita de emplearla bien y hacer de ella un uso moderado; y el propietario conserva el derecho de reversion sobre la cosa misma, á la vez que adquiere una propiedad sobre el precio.» Por esta breve explicacion del célebre comentarista inglés, dejando aparte estériles cuestiones de terminologia, se ve que las nociones que se tienen en aquel pais de la locacion en general y de los principios que determinan su naturaleza y sus efectos, no difieren esencialmente de los admitidos en los códigos de las demas naciones; si bien en los arrendamientos de tierras, como en todo lo que se roza con la propiedad territorial, ejercen un marcado influjo las tradiciones y hábitos del feudalismo, tan justamente arraigados en Inglaterra, y que son, puede así decirse, la base de todas sus instituciones.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

CAPITULO PRIMERO. DEL ARRENDAMIENTO EN GENERAL.

SEC. I. CONSIDERACIONES GENERALES: CARÁCTER Y NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO.

SEC. II. CONDICIONES ESENCIALES DEL ARRENDAMIENTO.

§. 1.º *Del consentimiento.*

§. 2.º *De la cosa.*

§. 3.º *Del precio.*

SEC. III. DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN CELEBRAR EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

SEC. IV. DE LAS ACCIONES QUE SE DERIVAN DEL ARRENDAMIENTO.

CAPITULO SEGUNDO. DEL ARRENDAMIENTO DE COSAS.

SEC. I. CONSIDERACIONES ESPECIALES Y COMUNES A LOS ARRENDAMIENTOS DE COSAS.

SEC. II. DE LAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR Y DEL ARRENDATARIO DE COSAS.

§. 1.º *Obligaciones del arrendador.*

§. 2.º *Obligaciones del arrendatario.*

SEC. III. MODOS DE CONCLUIRSE LOS ARRENDAMIENTOS DE COSAS.

SEC. IV. DE LA TÁCITA RECONDUCCION.

SEC. V. DEL ARRENDAMIENTO DE PREDIOS RÚSTICOS.

SEC. VI. DEL ARRENDAMIENTO DE CASAS.

§. 1.º *Consideraciones aplicables á todos los arrendamientos de casas.*

§. 2.º *Consideraciones aplicables á los arrendamientos de casas de Madrid.*

SEC. VII. DEL ALQUILER DE COSAS MUEBLES.

SEC. VIII. DEL ARRENDAMIENTO DE GANADOS.

SEC. IX. DE ALGUNOS CONTRATOS QUE TIENEN ANALOGIA CON EL ARRENDAMIENTO DE COSAS.

CAPITULO TERCERO. DEL ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS.

SEC. I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS.

SEC. II. OBRAS Y SERVICIOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

§. 1.º *De las personas que se obligan al servicio de otro.*

§. 2.º *De los conductores y porteadores.*

§. 3.º *De los que toman á su car-*

ARRENDAMIENTO.

675

en la construcción de una obra.

§. 4.º *De las obras á destajo.*

SEC. III. DE ALGUNOS CONTRATOS QUE TIENEN ANALOGIA CON EL ARRENDAMIENTO DE OBRAS.

CAPITULO PRIMERO.

DEL ARRENDAMIENTO EN GENERAL.

Vamos á tratar en esta primera parte de las tres en que hemos creído conveniente dividir el presente artículo de todo lo que concierne al arrendamiento genéricamente considerado; por consiguiente, nos proponemos esponer en ella las reglas, los principios jurídicos y las disposiciones legales que son aplicables á la esencia de este contrato, á sus condiciones características, á su organizacion y á los medios que la ley concede para exigir el cumplimiento de las obligaciones que impone á los otorgantes. A este fin hemos dividido el primer capítulo en las secciones que comprende el sumario, las cuales procuraremos desenvolver con la amplitud que permite la índole de esta obra.

SECCION I.

CONSIDERACIONES GENERALES: CARÁCTER Y NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO.

El arrendamiento es acaso el contrato que interviene con mas frecuencia en las estensas y variadas relaciones del comercio humano y el que produce resultados mas importantes en el desenvolvimiento de los intereses materiales de los pueblos. Por eso constituye uno de los hechos mas frecuentes y principales en que la idea abstracta de la propiedad viene á realizarse, por decirlo así, y á convertirse en el ejercicio de una facultad fecunda y provechosa.

La propiedad seria un derecho limitadísimo é ineficaz si cada individuo hubiera de gozar directa y personalmente de todas las cosas que le pertenecen incluso sus facultades físicas é intelectuales (si no pudie-

ra tambien usar y disfrutar de ellas indirectamente y por medio de otros); si le estuviera vedado, en una palabra, darlas en arrendamiento.

Y cuando semejante restriccion se admitiese, cuando el derecho de propiedad se encerrase en tan estrechos límites que nadie pudiera usar de sus cosas mas que por sí mismo y cada individuo hubiera de trabajar por sí y para sí solamente, la sociedad que se alimenta y vive principalmente de la comunicacion de las ideas, de la reciprocidad de los servicios y de la combinacion y enlace de todos los intereses, ó vendria á hacerse imposible ó careceria de los medios necesarios para dar á estos mismos intereses el desarrollo conveniente.

No convenimos, pues, con Mr. Duvergier, jurisconsulto francés (con cuyas opiniones estamos generalmente de acuerdo, y de cuyos trabajos sobre el arrendamiento nos aprovecharemos algunas veces en el curso de este artículo), cuando dice que las ventas, las permutas y los demás contratos análogos que transfieren de una manera absoluta é irrevocable la propiedad de las cosas, bastarian á la actividad de las relaciones sociales y á las especulaciones de la industria, si hubiese siempre conveniencia y utilidad en enagenar de una parte y voluntad y posibilidad de adquirir por la otra. Tan lata como es esta quimérica hipótesis, aun no alcanza á lo que forma el objeto mas comun y acaso mas interesante del arrendamiento: el trabajo. El que desee cultivar un campo ajeno podra, es verdad, conseguirlo sin acudir al medio del arrendamiento, siempre que el dueño se lo quiera vender y á él le sea conveniente y posible comprarlo. Pero ese mismo agricultor ha menester para el laboreo de su nueva propiedad el auxilio del criado y del jornalero: el fabricante, el industrial, el comerciante no pueden acometer ni dar cima á sus operaciones y empresas sin la cooperacion del talento, de la habilidad y del trabajo de otros individuos; y todos ellos sucumben á la necesidad de obtener las obras ajenas, mediante una retribucion, lo mismo que su-

cumben á la de prestar las obras propias, cuantos no tienen mas patrimonio que su inteligencia y sus brazos. Un jurisconsulto francés ha reasumido estas ideas en un párrafo tan breve como elocuente, del cual no queremos privar á nuestros lectores. El arrendamiento, ha dicho, es de un uso tan frecuente como necesario. Por medio de él la mayor parte de los hombres adquieren un asilo para su familia, un depósito para su fortuna moviliaria, un domicilio para sus personas: por medio de este contrato prospera la agricultura, la industria, el comercio: por medio de él la clase laboriosa se proporciona lo supérfluo de la clase opulenta, dando temporalmente en arriendo su trabajo, sus servicios y sus cuidados.

Esa es la razon porque el arrendamiento tan conocido y generalizado hoy pertenece á todos los tiempos y paises; por eso se ha considerado siempre como de derecho de gentes. Y no solo es un contrato absolutamente necesario para la vida civil, sino que constituye uno de los elementos mas poderosos de perfeccion y de progreso humano, porque concurre tan activamente, como lo hemos demostrado, al completo desarrollo del derecho de propiedad que es el primero y mas sólido de los cimientos sociales. Si fecundiza el trabajo, que es la fuente de toda riqueza, si pone en contacto y armonía los intereses individuales, en lo cual está la mejor prenda de afecto y alianza entre los hombres, por fuerza ha de ejercer una grande influencia sobre la civilizacion y el bienestar de las naciones. Por eso ha dicho un economista de nuestros dias, aludiendo á la propiedad territorial, «que el sistema de arriendos tiene tal ascendiente sobre el carácter de los pueblos, que se le puede considerar como la base fundamental de la sociedad y como una institucion que imprime el sello en la parte moral, intelectual y política de la especie humana (1).»

De las sencillas consideraciones que dejamos apuntadas puede ya deducirse que el arrendamiento abraza multitud de cosas y

de objetos, y que prestándose á diferentes formas se divide y subdivide en varias especies, sin que lleve en todas un mismo nombre, ni se rija siempre por unas mismas reglas.

El arrendamiento es de cosas ó de obras; clasificacion fundamental admitida universalmente desde los romanos hasta nuestros dias, por estar fundada en las nociones mas sencillas y elementales del derecho de propiedad, pues el hombre es dueño en primer lugar de su cuerpo, de sus facultades físicas é intelectuales, de su trabajo; lo es en segundo de las cosas exteriores susceptibles de apropiacion que ha adquirido á la sombra de la ley ó que ha hecho suyas con su trabajo mismo; y de todo esto puede usar ó disfrutar libremente por sí propio ó por medio de otras personas, que es lo que con el arrendamiento se verifica.

El arrendamiento de cosas, comprende las corporales y las incorpóreas, las muebles y las inmuebles, las rústicas y las urbanas. En el de obras cabe todo género de trabajo personal, desde el mas humilde hasta el mas noble. Y segun la naturaleza de estos objetos y de las estipulaciones accesorias de los contrayentes, cambia de nombre, llamándose unas veces arrendamiento, otras alquiler, otras flete, otras asiento, y recibe modificaciones en su carácter y en sus efectos, que lo aproximan mas ó menos á otros contratos, y esplican y justifican esta variedad en sus denominaciones.

Pero si cada especie tiene sus caracteres peculiares, la naturaleza esencial del arrendamiento es siempre la misma: sus elementos constitutivos no se alteran, sus efectos capitales subsisten constantemente.

La obligacion que una de las partes se impone de proporcionar á la otra el uso y goce de su cosa y obra, y la obligacion correlativa que esta contrae de pagar á aquella el precio convenido, forman el arrendamiento considerado de una manera abstracta, independientemente de su objeto, de sus condiciones y de su forma. Si recae sobre algun objeto mueble, inmueble ó se-

(1) Florez Estrada, Curso de economía política, part. 2. cap. 3.

ARRENDAMIENTO.

677

moviente, habrá arrendamiento de cosas, si sobre alguna obra, arrendamiento de trabajo ó industria; pero en todo caso el contrato en su esencia, será uno mismo: consensual, porque se perfecciona por el solo consentimiento de las partes; sinolagmático ó bilateral, porque envuelve intereses y utilidades recíprocas; origen de obligaciones puramente personales; porque ningún derecho transfiere sobre la cosa que constituye su materia. El del arrendatario se limita al uso y goce de lo que se le arrienda, el del arrendador consiste en la percepción del precio: esto es lo que mutuamente pueden exigirse al tenor de sus estipulaciones por virtud de las acciones que nacen del contrato.

Puede celebrarse el arrendamiento por cierto y determinado número de años; por un período de tiempo incierto, ó durante la vida del que dá ó recibe la cosa en el concepto indicado. La ley 2, tít. 8, Part. 3, autoriza estos modos de celebrar el contrato, añadiendo que de cualquier modo que se verifique, pueden los contrayentes estipular todos los pactos y condiciones que tengan por conveniente con tal que no sean contrarios á las leyes y buenas costumbres.

El efecto natural é inmediato del arrendamiento, es transferir en favor del arrendatario el derecho de gozar y disfrutar la cosa arrendada, ó el de aprovecharse de las obras ó servicios que han sido objeto del contrato. El arrendatario nunca adquiere otros derechos que reserva siempre en sí el arrendador.

El arrendamiento tiene bastante analogía con la compra-venta, y aun por eso nuestra legislación, imitando á la romana, ha dictado reglas que les son comunes; pero esto, no obstante, existen entre uno y otro contrato diferencias capitales y notorias. Convienen indudablemente en que unos mismos requisitos se exigen en ambos para su perfección y eficacia, y esta es la razón porque pudo decir la ley romana: *«locatio conductio proxima est emptioni venditioni, ejusdem juris regulis consistit....»* Pero también añadió: *«ham ut emptio venditio ita con-*

trahitur si de pretio convenerit: sic et locatio conductio contrahi-intelligitur si de mercato convenerit.» En la precisión de las fórmulas del derecho romano la sola contraposición de los términos, *precio y merced*, bastaban para indicar aquello en que un contrato se distinguía del otro. Y en efecto, aunque consensuales ambos y muy parecidos en otras condiciones, la circunstancia de transferirse por la venta la propiedad de las cosas, y de no contraerse en el arrendamiento mas obligación que la de dejar gozar ó disfrutar las cosas al arrendatario, constituye una diferencia radical entre ellos, ó induce otras varias en el desenvolvimiento de la serie de obligaciones y derechos que cada uno produce.

Fácil es, sin embargo, que en algun caso se dude, si el contrato es venta ó arrendamiento. Si las partes dicen espresamente que arriendan ó que venden, sin que ninguna de sus estipulaciones repugne á la naturaleza del contrato que han denominado, entonces esta calificación, técnica y vulgar á la vez, es un signo inequívoco de su verdadero propósito, excluye las interpretaciones, y cierra la puerta á toda controversia. Mas, bien puede suceder, aunque sea raro, que se formule un contrato de esta clase sin decir precisamente que se vende ni que se arrienda.

Dícese, por ejemplo, que se cede y transfiere el goce de una finca durante cierto tiempo, y por tal precio. ¿Será esto venta del disfrute, ó arrendamiento de la cosa? La cuestión no carece en verdad de interés, pues el peligro de la cosa en la venta es del comprador, y en el arrendamiento del dueño. ¿Se resolverá la dificultad por la duración del contrato? Así opinaba Pothier diciendo que debía considerarse arrendamiento si se había estipulado para nueve años ó menos, y venta si era para mas tiempo. ¿Se resolverá por la manera en que se haya convenido el pago del precio, decidiendo que es venta si el precio consiste en una suma pagada de una vez, y arrendamiento, si se divide en muchas cantidades á pagar una en cada año? Tal era la opinión de Ca-

roecins, de quien Pothier se separa en este punto, y que á nosotros, si bien no decisiva, nos parece mas fundada que la suya. La duracion del contrato nada puede significar donde el arrendamiento por muchos años, y hasta por toda una vida sea lícito, como sucede en España. Creemos, pues, de acuerdo con Duvergier, que el pago del precio en una sola suma y de una vez, unido á las palabras *ceder* y *transferir* ú otras equivalentes que cuadrasen mejor á la venta que al arrendamiento, no concurriendo ninguna otra cláusula ó espresion que manifestase el ánimo de celebrar este último contrato, bastarian á caracterizarlo de venta en el caso propuesto; pues aunque sea permitido reunir en una suma, y satisfacer de una vez todas las pensiones de un arrendamiento, no es esto lo mas natural y frecuente en semejante contrato, así como tampoco lo es la division y pago periódico del precio en la venta.

Tambien hay riesgo de que se confunda con el arrendamiento la constitucion del usufructo. El derecho de usufructo y el arrendamiento, se diferencian, en que de ordinario aquel se adquiere á título gratuito, y vitaliciamente, al paso que este es un contrato oneroso y de duracion independiente de la vida del arrendatario; pero como nada se opone á que el usufructo se constituya por tiempo ilimitado, mediante el pago de una suma dividida en tantas fracciones como años haya de disfrutarse la cosa, y por otra parte tambien puede hacerse un arrendamiento por toda la vida del arrendatario, en tal caso aquellas diferencias desaparecen, y es necesario consultar la verdadera voluntad de los contrayentes, para no confundir derechos tan distintos en su esencia y en su estension respectiva. Tambien es necesario observar que el usufructo es una desmembracion de la propiedad, un derecho real, *jus in re*, derecho encarnado en la cosa, y siempre en una cosa inmueble, por cuya razon es susceptible de hipoteca, al paso que el derecho del arrendatario es solamente personal, *jus ad rem*, derecho que nace de la convencion, y solo

tiene efecto contra el que se ha obligado. El usufructuario debe tomar las cosas como se encuentran; el arrendatario tiene derecho á exigir se le entreguen en buen estado. En el arrendamiento el dueño está obligado á asegurar al arrendatario el goce de la cosa; en el usufructo el propietario lo está únicamente á sufrir que el usufructuario la disfrute. Este soporta las reparaciones ú obras de conservacion, y el pago de todos los tributos y cargas reales; aquel no está tenido á lo uno ni á lo otro. El arrendatario no puede ejercer, como el usufructuario, las acciones relativas á las servidumbres, ni aun las posesorias. El usufructuario á quien parezca gravoso el usufructo, puede abdicar cuando quiera su derecho, como se abdica el de propiedad; el arrendatario no es libre en renunciar á su arrendamiento, pues el propietario puede compelerle á que continúe en él todo el tiempo estipulado. Hasta tal punto difiere el verdadero arrendamiento del usufructo por mas que en algunas circunstancias accesorias puedan á veces coincidir y parecer idénticos.

Otros contratos, de que mas adelante hablaremos, se aproximan tambien mas ó menos al que es objeto del presente artículo, y pueden equivocarse con él en ciertos casos; pero no será difícil evitar el error si se tiene constantemente á la vista el principio de que el arrendamiento transfiere tan solo, y siempre onerosamente el uso, goce ó disfrute de las cosas, y que por lo tanto no pueden considerarse como tal arrendamiento ni los contratos en cuya virtud se adquiere ese mismo uso, goce ó disfrute, pero á título gratuito, como el comodato, ni aquellos en que se obtiene, no mediando precio, sino otra cosa que *non fuesen dineros contados*, porque estos serian contratos innominatos, como los llama la ley de Partida (1), ni finalmente, los que á título oneroso transmiten la propiedad, aunque solo sea el dominio útil de las cosas.

Hemos procurado dar una idea general del arrendamiento de su carácter, natura-

(1) L. 1, tit. 8, Part. 3.

ARRENDAMIENTO.

679

leza y efectos. Antes de entrar en el examen de sus diferentes especies, debemos ocuparnos detenidamente de sus condiciones esenciales, esponiendo los principios admitidos generalmente en la materia.

SECCION II.

CONDICIONES ESENCIALES DEL ARRENDAMIENTO.

Los elementos constitutivos del arrendamiento, son el consentimiento, la cosa y el precio. Sin el concurso de dos voluntades sobre un objeto no hay pacto posible, no puede haber vínculo alguno de derecho. Pero no es precisamente este principio, común á todas las convenciones humanas, el que determina la necesidad de dicho requisito en los arrendamientos, sino la naturaleza particular de este contrato, que como todos los demás llamados consensuales, no ha menester otra solemnidad ni fórmula para quedar perfecto, que el mútuo consentimiento de las partes, de cualquier modo que lo espresen, acerca de la cosa ú obra cuyo uso ó disfrute se proponen prestar y obtener respectivamente, y del precio que ha de percibir el dueño en consideracion al provecho ó utilidades de que se desprende en favor del arrendatario. Ni habria tampoco arrendamiento si faltase la cosa ú obra que ha de formar su materia, ó el precio que imprime el carácter de oneroso á la convencion, y sin el cual degeneraria en otra especie de contrato. Vamos, pues, á hablar de esas tres condiciones esenciales de todo arrendamiento con la oportuna separacion en los párrafos siguientes.

§. 1.º Del consentimiento.

No vamos á esponer en este lugar las doctrinas y principios legales aplicables al consentimiento, considerado como condicion esencial y comun de los contratos consensuales. Dejando este trabajo para su lugar oportuno, y limitándonos á tratar del consentimiento, en cuanto tiene relacion y analogía con el arrendamiento, diremos que

este contrato no necesita para su perfeccion solemnidad alguna: basta que las partes manifiesten su voluntad sobre la cosa y el precio verbalmente ó por escrito, en documento público ó privado, para que el contrato exista desde entonces y produzca todas sus consecuencias (1).

La promesa recíproca de arrendar, lícita en este contrato como en el de compra venta y en cualquiera otro (2), si media conformidad entre las partes acerca de la cosa y el precio, constituye un verdadero arrendamiento, pues nada le falta para serlo, y se realizará plenamente cuando llegue el día para el cual se haya prometido. Ni la virtud del contrato depende de que la entrega de la cosa ó la prestacion de los servicios sigan inmediatamente á su celebracion, ni repugna á su esencia el pacto de que el uso y goce de la misma tendrá lugar en una época futura. Podrá decirse que si entre tanto el dueño arrienda la cosa á otro, el nuevo arrendatario, habiendo procedido con buena fé, será preferido al que obtuvo antes la promesa, y este solo tendrá acción contra el promitente por los daños y perjuicios; mas este riesgo no es peculiar de las promesas, tambien existe en el arrendamiento, propiamente dicho mientras no se verifica la tradicion de la cosa al arrendatario; y esto prueba que no nace de la naturaleza particular de aquellas, sino de la del arrendamiento en general que solo transfiere derechos personales, por cuyo motivo entre dos arrendatarios de buena fé la prioridad en la posesion, y no la de la fecha de la convencion, es lo que decide como razon de preferencia. Hemos hablado de la promesa recíproca ó bilateral; la unilateral no equivaldria á un arrendamiento positivo; seria tan solo una proposicion que pudiera retractarse libremente, ínterin no fuese aceptada, á no ser que el que ofreció arrendar, ó el que prometió tomar en arrendamiento, hubiese concedido al otro algun plazo para aceptar ó no la promesa.

El consentimiento que da existencia y vi-

(1) Ley 2, tit. 8, Part. 5.
(2) Leyes 20, tit. 9, Part. 5, y 1, tit. 4, lib. 10, Novísima Rec.

gor al contrato de que tratamos consiste en la voluntad recíproca de hacer un arrendamiento; pues si una de las partes entendiese arrendar y la otra comprar, no resultaría contrato, ó si convinieran ambas en otra cosa habría contrato, pero no de arrendamiento.

El perfecto conocimiento de la intencion de los contrayentes sobre este objeto capital es tanto mas interesante, cuanto que ya hemos dicho que hay varios contratos muy parecidos al del arrendamiento, con el cual se pueden confundir fácilmente, á pesar de ser muy distintas su índole y sus consecuencias.

Como el consentimiento puede ser puro ó condicional, resulta, aplicando esta distincion al arrendamiento, que en el primer caso le perfecciona inmediatamente y de un modo absoluto, y en el segundo suspende sus efectos, ó le modifica, segun la naturaleza ó los términos de la condicion estipulada.

Los que arriendan deben ponerse de acuerdo, y consentir principalmente sobre dos puntos: 1.º la materia del contrato; 2.º el precio.

La materia ó el objeto del contrato que el dueño y el arrendatario se propongan respectivamente dar y tomar han de ser idénticos; y tambien deben estar conformes acerca de sus cualidades sustanciales. Si aquel tuviese el ánimo de arrendar un campo ó cierta clase de obras, y este creyese que se le arrendaba otro campo distinto ú otras obras diferentes, ningun vínculo resultaría entre ellos de tal consentimiento, concorde solo en la apariencia y en el fondo contradictorio; así como tampoco habría contrato si habiéndose convertido el campo de regadío en secano, el arrendatario, ignorando esta novedad, creyese que conservaba su cualidad anterior, y que con ella se le arrendaba. Como el error sobre el nombre y calidades accidentales de la cosa no vicia el consentimiento, resultará que si uno piensa recibir tierras buenas, siendo medianas ó infimas, y solo se arrendaron en general y sin espresion alguna determinada,

el arrendamiento será eficaz y tendrá cumplido efecto.

Es igualmente necesario que las partes convengan esplicita ó implícitamente en el uso que ha de hacerse de la materia del contrato, lo cual constituye el fin del arrendamiento, pues si la una da, v. gr., un caballo de silla para montar y la otra cuenta tomarlo para tiro, no habrá contrato.

El tiempo que ha de prolongarse este uso, ó sea la duracion del arrendamiento, es otro extremo que debe quedar determinado por el acuerdo tácito ó espreso de los interesados; pues si uno entendiese dar en arrendamiento por dos años y el otro tomar por cuatro, sería nulo el contrato por falta de consentimiento. Decimos que esta fijacion puede ser tácita é indirecta, porque si las partes no espresan tiempo, la ley presume que se han conformado con las costumbres del pais, de lo cual hablaremos con mas estension al tratar de la conclusion del arrendamiento por el vencimiento del plazo prefijado. De todos modos, si el arrendatario que creyó recibir la cosa por mas tiempo del que en realidad quiso otorgarle el dueño, ha entrado á disfrutarla, deberá continuar el año empezado por el precio convenido.

En cuanto al consentimiento sobre el precio, si bien es preciso que haya conformidad entre los contrayentes, puede ocurrir un caso en que no habiéndola sea la convencion legítima y valedera. Tal sería el de que el arrendador entendiese dar en arriendo por cuatro y el arrendatario recibir por cinco, pues la cantidad menor siempre va comprendida en la mayor, y el que consiente en lo mas consiente en lo menos; así como si aconteciese lo contrario dejaría de haber perfecto consentimiento, y por consiguiente contrato, pues de que el arrendatario haya creído tomar por cuatro, no puede en manera alguna inferirse que hubiera aceptado tambien el arrendamiento por los cinco en que entendió arrendar el dueño.

Hemos dicho que el consentimiento puede manifestarse verbalmente ó por escrito

ARRENDAMIENTO.

681

en documento público ó privado, de manera que la escritura no es requisito esencial para la perfeccion y validez del contrato. Sin embargo, si se hubiere pactado que el arrendamiento se ejecute en esta última forma, no bastará el simple consentimiento para su perfeccion, sino que será necesaria la estension del documento convenido, cuya escepcion se funda, no en la naturaleza del contrato, sino en la virtud que la ley concede á aquel pacto accesorio, como á cualquier otro que no sea contrario á derecho ó á las buenas costumbres (1).

No interviniendo pactos de esta naturaleza, el simple consentimiento es la base principal del contrato, concurriendo entonces en la cosa que constituye su objeto las circunstancias que vamos á espresar.

§. 2.º De la cosa.

Dejamos dicho en el párrafo anterior que el primer objeto á que debe referirse el consentimiento en este contrato es la cosa ó materia que le sirve de objeto, y cuyo goce quisiera una de las partes transferir y la otra obtener, porque sin ella no habria arrendamiento. Por la misma razon seria este nulo, ó mas bien no llegaria á existir si al tiempo de celebrarlo hubiese la cosa perecido. Siendo la pérdida parcial, habrá lugar á la rescision del contrato, ó á una disminucion proporcionada del precio, lo cual se determinará por la importancia y las condiciones del daño que la cosa hubiere experimentado. Si la alteracion induce á creer que el arrendatario no habria celebrado el contrato bajo tales condiciones, podrá este rescindirse; pero si dá lugar á presumir que el contrato se hubiera celebrado aunque por un precio menor que el estipulado, experimentará solamente una disminucion proporcionada del precio.

No es siempre necesario que la cosa objeto del arrendamiento se determine específicamente; así, por ejemplo, si se conviene con un alquilador de caballos en el alqui-

ler de uno, sin señalarle cuál, el contrato será válido, cumpliendo el alquilador con entregar un caballo cualquiera, de bondad comun y capaz de prestar el servicio para el que se ha alquilado.

Pueden ser objeto de este contrato, ó lo que es lo mismo, pueden arrendarse todas las cosas, sean corporales ó incorporeales, animadas ó inanimadas, así los bienes muebles como los inmuebles y semovientes; los derechos, los servicios, las obras, el trabajo y la industria de las personas. La regla general que puede establecerse en este punto es que son susceptibles de arrendarse todas aquellas cosas que el arrendatario puede devolver al dueño, trascurrido el tiempo durante el cual se le ha concedido el disfrute, ó todas aquellas obras y servicios que pueden prestarse en utilidad de otro y ser objeto de remuneracion y recompensa. Esta regla está consignada en el espíritu de las leyes 1, 2 y 3 del tít. 8, Part. 3, y sobre ella bastará hacer algunas breves observaciones.

Entre los bienes inmuebles se cuentan y pueden arrendarse, no solo aquellos que por su naturaleza producen frutos, sea por el cultivo, como las tierras, viñas, etc., sea natural y espontáneamente, como los bosques, los estanques y los pastos naturales, sino tambien aquellos que no producen frutos ningunos, como son las casas y otros edificios que se dan para habitarlos ó para cualquier otro uso semejante. Pueden asimismo arrendarse otros bienes inmuebles, que sin producir frutos dan otra clase de rentas, como por ejemplo, una cantera, una mina de carbon, una calera y todos los demas objetos de esta especie que nacen en los prédios ó bienes de aquella clase. *Quid quid in fundo nascitur, quid quid inde percipi potest ipsius fructus est* (1).

En cuanto á los muebles pueden alquilarse todos aquellos que sirven para los usos de la vida; así se alquilan los carros, los toneles, las vasijas para conservar el vino, el aceite, etc.

En cuanto á los derechos pueden darse

(1) Ley 2, tít. 8, Part. 3 in fin.
TOMO III.

(1) Ley 2, Dig. De usufruct.

en arrendamiento el derecho de caza y pesca que compete á uno, sea en su propio fundo, sea en el fundo ageno. Del mismo modo puede arrendarse el derecho de peage, de pontazgo, de barcage y otros semejantes. *Aucupiorum quoque et venationum Cassius ait libro octavo juris civilis ad fructuarium pertinere ergo piscationum.*

Pueden darse tambien en arrendamiento las bestias, y en este caso lo que se cede y trasfiere es el derecho de servirse de ellas para las obras que puedan prestar: á este contrato llama la ley de Partida *alquiler*; pero no se diferencia en su naturaleza ni en sus resultados del arrendamiento.

Los animales que dan algunos productos, como los carneros, las ovejas, los corderos y otros semejantes pueden darse en cierta especie de arrendamiento al que se encarga de guardarlos, alimentarlos y conservarlos, por un precio convenido ó por una porcion determinada de los mismos productos.

Finalmente, pueden ser arrendadas las obras, y en este arrendamiento se comprenden los servicios, el trabajo, la industria y hasta los cuidados que pueden prestar las personas. *Obras que ome fuga* con sus manos.... pueden ser alagadas ó arrendadas (1).

La regla general que se acaba de sentar tiene algunas escepciones, toda vez que hay algunas cosas que no son susceptibles de arrendarse ó que no pueden serlo sino con alguna limitacion, tales son:

1.º Las cosas espirituales, las cuales no pueden darse absolutamente en arrendamiento, y las eclesiásticas que no son arrendables sino por cierto número de años. Sin embargo de la primera prohibicion, pueden arrendarse los frutos y rentas de los beneficios eclesiásticos, porque, como dice la ley citada «maguer estas rentas vengan de cosas espirituales non lo son ellas.» No es tampoco libre de todo punto el arrendamiento de estas rentas, puesto que para evitar abusos y el perjuicio

que la malicia podria causar á los sucesores en los mismos beneficios, se halla dispuesto que no puedan ser anticipados ni el arriendo ni la paga. El Concilio de Trento, segun la disposicion trascriba en otro lugar, está muy esplicito en esta parte, disponiendo que no se reputen por válidos los arrendamientos hechos con anticipacion de pagasen perjuicio de los sucesores, sin que obste indulto alguno ó privilegio, ni tampoco se confirmen tales contratos en la curia romana ni fuera de ella. Esta disposicion, como evidentemente se colije de su lectura, está dada en el interés de los sucesores de los beneficios cuyas posesiones están arrendadas, de donde infieren los comentadores del derecho canónico que no hay inconveniente en pagar adelantado al administrador de una corporacion que está obligado en todo tiempo á dar cuenta de las cantidades que recibe.

Los bienes de las iglesias no pueden arrendarse, segun la disposicion de Paulo II, sino por el término de tres años, declarando ademas nulos y de ningun efecto los arrendamientos otorgados en contrario. En vista de ese precepto han suscitado los canonistas la cuestion de si el arrendamiento de estas cosas, celebrado por un término mayor que el de tres años, será radicalmente nulo ó si solo se conceptuará así todo lo que esceda del término legítimo; y si bien hay algunos que defienden la completa nulidad del contrato, otros, cuya opinion es la mas general, distinguen si el arrendamiento se ha hecho á pagar el precio anual ó á satisfacer una sola suma por todo el tiempo y duracion del mismo. En el primer caso piensan que no hay nulidad sino respecto del tiempo que escede de los tres años, por aquella máxima tan conocida de *utile per inutile non vitiatur*: en el segundo creen que el arrendamiento es totalmente nulo.

El mismo Concilio de Trento prohibia arrendar las jurisdicciones eclesiásticas y las facultades de nombrar vicarios en materias espirituales, declarando espresamente que los arrendadores no pudieran ejercerlas por sí ni por otros, y que las concesiones

(1) Ley 3, tit. 8, Part 3.

ARRENDAMIENTO.

685

obtenidas en contrario se tuvieren por subrepticias.

En orden á las cosas destinadas al servicio de las iglesias se tolera el alquiler de los bancos y sillas de ellas, y aun el que suelen hacer los obreros de los vasos y ornamentos sagrados, colgaduras y otros efectos de esta clase á beneficio de la fábrica para las fiestas que se celebran en los templos, bien que en rigor la retribucion que se dá por el uso de tales objetos de suyo inapreciables, no es propiamente precio de alquiler, sino una especie de contribucion de fábrica que satisfacen los que quieren servirse de ellos.

2.º Las cosas llamadas en el derecho *publici juris*, esto es, las destinadas para los usos públicos, como las plazas, calles, carreteras. Sin embargo, pueden serlo algunos de los derechos antes mencionados, inherentes á ellas, como la caza y pesca, los portazgos, etc.

3.º Las cosas fungibles, ó sean aquellas que se consumen al primer uso ó que no pueden usarse sin consumirse, como el vino, el aceite, el dinero, el trigo, etc., porque usándose, que es el objeto principal del arrendamiento, no podrian ser devueltas á su dueño, que es la obligacion inherente al contrato. *Non potest commodari id quod usu consumitur.*

4.º Las servidumbres de uso, porque como es sabido, el derecho que en ellas se trasmite es personal á favor del usuario (1). No sucede así con la servidumbre llamada de habitacion, en la cual el que la obtiene puede arrendar el disfrute de la casa. Así lo estableció Justiniano (2) cuando dijo: «*sed si cui habitatio legata cive alicuius modo constituta.... permissimus non solum in ea degere sed etiam aliis locare.*» Así tambien lo dispuso el código de las Partidas cuando al hablar del que tiene aquella servidumbre dice: «E puede morar en ella.... é aun si la quisiere arrendar ó alogar, púedelo fazer (3).»

5.º Las servidumbres reales, sino se arriendan con los prédios dominantes á que van unidas por no poderse separar del disfrute de estos.

6.º Los oficios de jueces, alguaciles, almotacenes, alcaldes, mayordomos, escribanos, procuradores, receptores ni otros algunos de los tribunales, juzgados y pueblos del reino (4). Se exceptúan las escribanías y otros oficios menores adquiridos por juro de edad, los cuales las personas que los obtienen pueden arrendarlos á otras en quienes concurren las circunstancias exigidas por la ley para ejercerlos.

7.º Las cosas propias del mismo arrendatario. El que tiene el dominio de la cosa no ha menester el ageno consentimiento para disfrutarla, ni menos necesita obligarse á satisfacer ninguna retribucion para conseguir el mismo objeto. Así que, si alguno toma en arrendamiento una finca suya, ignorando que le pertenece á la sazón por herencia ú otro título, no habrá verdadero contrato, y si el que se la ha arrendado procedió de mala fé, quedará obligado á la devolucion de los plazos indebidamente satisfechos.

Es posible que despues de haber arrendado uno á otro cierta cosa, el arrendatario la subarriende al mismo dueño por mayor precio del en que él la tomara; mas esto, á pesar de las fórmulas del contrato, no será verdadero arrendamiento, sino mas bien una rescision del primitivo, mediante la indemnizacion á que equivale la diferencia de los precios, y por esta indemnizacion no tendrá el subarrendador contra el dueño subarrendatario los privilegios que conceden las leyes á los arrendadores, sino solamente el derecho de un crédito comun.

Lo que hemos dicho de no ser arrendables los bienes propios, debe entenderse de aquellos en que se ejerce pleno dominio, pues si solo residiese en el arrendatario la mera propiedad, bien podria proporcionarse el uso y goce de la cosa por este medio. Así es que el propietario puede lícitamente con-

(1) LL. 20 y 21. Part. 3. tit. 31.

(2) Inst. pár. 3. tit. 5. lib. 2.

(3) L. 37. tit. 31. Part. 3.

(4) LL. 4. 5. 6. 7. 8 y 9. tit. 6. y ley 19. tit. 23. lib. 7. N. R.

tratar con el usufructuario, el cual tiene el derecho de arrendar su usufructo, ó mas bien la cosa en que este se halla constituido, como si fuera su dueño.

Segun ha podido inferirse de la definición misma del arrendamiento, no es tanto la cosa como el uso ó goce de ella lo que forma el objeto de este contrato. Si las partes espresan el uso que ha de hacer el arrendatario, este no podrá traspasar los límites convenidos, y en otro caso el dueño tiene derecho para exigir se le obligue á respetarlos y á indemnizarle de los perjuicios que le haya podido ocasionar con el abuso. Si no lo espresan, semejante omisión no vicia el contrato, entendiéndose que se ha querido transferir respectivamente aquella especie de goce ó uso á que la cosa ó las obras están destinadas por su naturaleza, y para el cual se hacen servir comunmente sin que el arrendatario pueda exigir mas, ni el arrendador permitir menos.

Pero sea que se subordine á esta regla general, sea que se ajuste á pactos especiales el uso que se haga de la cosa ó materia del contrato, debe ser siempre lícito y honesto.

Este principio, eminentemente social, y al parecer tan obvio y sencillo, ofrece no obstante graves dificultades en su aplicación. Los jurisconsultos y los filósofos no están de acuerdo sobre todas sus consecuencias. La convención ilícita no debe tener efecto; en esto todos convienen; pero si ha llegado á ejecutarse, unos creen que puede exigirse el precio convenido (1), otros niegan toda acción (2), y si el precio ha llegado á pagarse, algunos admiten la repetición, otros la rechazan (3). En tan árdua cuestión, Mr. Duvergier opina, que aunque la convención ilícita se haya ejecutado por uno de los contrayentes, no tiene este derecho á exigir el precio, y si el otro lo ha satisfecho puede repetirlo, á no ser que la convención, no obstante su nulidad, haya pro-

ducido algun efecto en provecho del pagador, porque en tal caso autorizar la repetición seria favorecer una especulación odiosa. Esta opinion nos parece tan racional como justa. En consecuencia, el alquiler de un carruaje y un caballo para cometer un robo; el de una habitación para preparar en ella cualquier delito, serian nulos; ni una de las partes podria obligar á la otra á la entrega del carruaje ó de la habitación, ni esta á aquella al pago del precio, y si el precio se hubiera satisfecho, tendria lugar indudablemente su repetición, *ob turpem causam*, siempre bajo el supuesto de que el dueño conociese el uso punible á que se trataba de destinar la cosa alquilada ó arrendada, que es el punto de partida de toda la doctrina que vamos esponiendo.

Si el uso ilícito no se hubiese indicado en el contrato, á ninguna de las partes será permitido probar, para eximirse de su cumplimiento, que tuvieron el propósito de dar á la cosa un destino contrario á las leyes ó á las buenas costumbres. *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Solo los tribunales de oficio ó escitados por el ministerio público, podrán buscar estas pruebas para el castigo del autor del delito y sus cómplices.

§. 3.º Del precio.

El precio no es menos esencial que la cosa en este contrato: transferir y asegurar á otro el goce de la primera sin estipular el segundo, seria otorgar un comodato y no un arrendamiento. *Sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur si merces constituta sit..... Comodata autem res tunc proprie intelligitur si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. Inst.*

El precio debe consistir, por regla general, en dinero efectivo, pues si consistiese en otra cosa, el contrato cambiando de naturaleza degeneraria en innominado. «Ca si otra cosa rescibiese que non fuesen dineros contados, non seria loguero mas seria contracto innominato (1).» Esta regla, adop-

(1) Grotius. Lib. 2, cap. 11, párr. 2.

(2) Puffendorf. lib. 5, cap. 7, párr. 2.

(3) Puffendorf. loc. cit., y las observaciones de Baybeyrac sobre el párr. 5. Mr. Toullier Le droit civil français, tomo 8, n. 123 y siguientes.

(1) L. 4, tit. 8, párr. 5.

ARRENDAMIENTO.

683

tada en nuestras leyes antiguas, no debe achacarse exclusivamente á la ignorancia ó mas bien á los errores que reinaban en aquellos tiempos acerca de la índole y valor de la moneda. Por mas que pueda decirse que siendo esta el signo representativo de los productos de la naturaleza y de la industria, importa poco que el precio conste del representante ó del representado, siempre será verdad, prescindiendo de la cuestion económica, que entre el arrendamiento y algunos otros contratos equivalentes al mismo, la sola diferencia de ser ó no el precio en dinero, produce otras muy notables entre sus respectivos efectos, como lo observaremos en otro lugar.

Sin embargo de todo esto, no hay inconveniente ninguno en estipular alguna vez el precio del arrendamiento en parte de los frutos producidos por la cosa arrendada, y de hecho se verifica así en el arrendamiento de tierras, obligándose el arrendatario á pagar una parte de los frutos, como veremos al hablar de la aparcería. También suele pagarse el precio con parte de los productos de la cosa en el arrendamiento de ganados; pero en estos y en cualesquiera otros casos semejantes la parte de los frutos equivale á una cantidad numeraria y el contrato produce todas las obligaciones y efectos que constituyen el arrendamiento.

El precio debe ser formal y verdadero. Ha de estipularse con la intencion reciproca de exigirlo y pagarlo; ha de consistir tambien en una suma de cierta monta con relacion á la importancia del goce de la cosa, pues si falta aquel propósito ó si se dá por uno lo que en justa estimacion merece, habrá contrato; pero no de arrendamiento, sino de comodato ó tal vez de donacion, y con este carácter es como producirá los efectos que se propusieron las partes. No sucede lo mismo cuando pactado un precio regular, el dueño al cabo de algun tiempo renuncia á reclamarlo: esta condonacion no despoja al arrendamiento de su índole y virtud propias, como quiera que en su origen fue perfecto y la obligacion de pagar el precio real y positiva.

Debe ser ademas cierto, esto es, determinado y fijo, aun cuando no lo sea numérica sino específicamente, no pudiendo quedar por lo tanto al arbitrio de uno de los contratantes, aunque bien podrán ambos diferir su regulacion al de una tercera persona (1). Si esta no lo hace, y aparece que los interesados tuvieron la decidida y firme voluntad de consumir y mantener su contrato, como se inferiria, por ejemplo, de haber efectuado desde luego la entrega de la cosa, deben cometer á otra persona la tasa del precio, ó convenirlo entre si, y cuando disintieren en todo, los tribunales habrán de hacer la fijacion, ó por sí mismos ó sometiéndolo al juicio de expertos.

Puede tambien en algun caso aplazarse la regulacion del precio para cuando concluya el arrendamiento, como si un obrero se encargase de cierto trabajo por la retribucion, que acabado este, determinarán las partes. El derecho romano (2) no consideraba tal contrato como verdadero arrendamiento y solo concedia á los interesados la accion *præscriptis verbis*. Mas la convencion, segun demuestra Duvergier, tiene todos los caracteres del arrendamiento, pues aunque el precio no se determine al tiempo de encargarse el obrero del trabajo, diciendo las partes que lo fijarán mas tarde, se sobreentiende necesariamente que si no se ponen de acuerdo sobre él, someterán la cuestion á los tribunales; que no ha de ser ilícito diferir á la decision de estos lo que puede ponerse en el arbitrio de un particular. Ademas, que la determinacion tácita del precio surte los mismos efectos que la expresa, y en estos casos hay el consentimiento virtual de arreglarse al precio que tasen los tribunales, ó que haya fijado un uso constante. Cuando se estipula trabajo á jornal sin convenir en el salario, presúmese fundadamente que las partes se conforman con el precio medio que en el mismo tiempo y lugar se dá á los obreros de igual clase.

(1) Inst. lib. 3, cap. 23, párr. 1. L. 23 pr. ff. loc. cond. L. ult. cod. de cont. empt.
(2) Inst. lib. 30, cap. 25, párrafo 1.º

Por último, el precio en el arrendamiento, del propio modo que en la compra-venta, debe ser justo ó guardar cierta proporcion con las utilidades de que se desprende el dueño, y que hace suyas el arrendatario con el uso de la cosa. Domat, en su Tratado de las leyes civiles, enseña la doctrina de que la lesion no debe considerarse en los arrendamientos como un motivo justo de rescision cual se estima en las ventas, á no ser que concurren otras circunstancias, como dolo, error, etc. Funda esta opinion en que el arrendamiento no lleva consigo la enagenacion ó trasmision de la propiedad como las ventas, y en que la incertidumbre del valor de las rentas que han de percibirse durante el contrato puede hacer justa é igual la condicion del arrendador y del arrendatario.

Sea lo que quiera de la exactitud de esta doctrina, nuestra legislacion equipara completamente los arrendamientos á las ventas en el punto que nos ocupa; y así como la lesion enorme, esto es, la que escude en mas ó en menos de la mitad del justo precio es un motivo justo de rescision en las ventas, así tambien lo será en los arrendamientos, ora aquella redunde en perjuicio del dueño, ora sea en daño del arrendatario. La ley 2, tit. 1, lib. 10 de la Novísima Recop., despues de establecer espresamente este derecho de rescision en favor del vendedor y del comprador, añade: «y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios y en los otros contratos semejables.» Puede por consiguiente el arrendador y el arrendatario á su vez, quando dicha lesion se verifique, pedir dentro de cuatro años, bien el suplemento de la pension estipulada, ó sea el reintegro correspondiente, bien la rescision del contrato.

Si hay lesion, pero no enorme, y el contrato se ha celebrado sin dolo y con buena fé, el perjudicado carece de este derecho, no pudiendo pretender de modo alguno que el precio se reduzca á tasacion (1). Tam-

poco gozan del remedio de la lesion en ningun caso los oficiales de cantería, albañilería, carpintería y otros, que siendo expertos en la materia toman obras á destajo ó en almoneda, por cuanto su pericia debe ponerles á cubierto del error y del engaño, que es lo que la ley ha querido remediar (1).

SECCION III.

DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN DAR Ó RECIBIR EN ARRENDAMIENTO.

La importancia de esta materia nos ha movido á consagrarla una seccion especial, á pesar de su íntima conexion con la del consentimiento, en cuyo lugar hubiéramos podido incluirla, sin faltar al método que seguimos constantemente, aunque tal vez en perjuicio de la claridad que nos hemos propuesto dar á este trabajo.

Empezaremos, pues, por decir que la ley de Partidas establece una regla general, á la que aplica despues algunas escepciones. «Arrendar ó alogar, dice, puede todo home que ha poder de comprar é de vender, segun digimos en el titulo de las vendidas (2);» de consiguiente todos aquellos á quienes se permite disponer de sus cosas, transmitiendo la propiedad en favor de otro por medio del contrato mencionado, podrán tambien ceder y trasferir el disfrute por medio del arrendamiento. Aun pudiera simplificarse mas la regla diciendo que pueden arrendar todas las personas que pueden contratar, toda vez que á estas se permite vender y comprar. La ley citada siguió sin embargo literalmente la doctrina del Derecho romano, que equiparaba esencialmente uno y otro contrato. *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdemque juris regulis consistit* (3).

Hemos dicho que la regla asentada en la ley de Partidas recibe algunas escepciones, y estas nacen de dos principios: 1.º de que la ley ha inhabilitado para celebrar cierta

(1) Ley 3, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop., y decreto de las Cortes de 8 de julio de 1813.

(1) Ley 4, tit. 1, lib. 10, Nov. Recop.

(2) Ley 2, tit. 8, Part. 3.

(3) Inst. lib. 2, tit. 28, Prem.

ARRENDAMIENTO.

687

clase de arrendamientos á personas que por otra parte pueden contratar; 2.º de que la misma ha dado capacidad para celebrar dicho contrato de arrendamiento á personas que no pueden contraer otros.

Corresponden á aquella clase:

1.º Los soldados y oficiales de la corte, de los cuales decia la ley (1): «pero los caballeros é los oficiales de la corte del Rey non deben ser arrendadores de campos nin de heredamientos agenos; porque por tal razon como esta se podria embargar lo que han á facer en servicio del Rey.» Esta prohibicion, tomada del Derecho romano, y circunscrita como se ha visto al arrendamiento de prédios rústicos, no se halla hoy en observancia, ni pudiera sostenerse habiendo desaparecido la razon en que se fundaba, puesto que las reglas de nuestra disciplina militar y civil alcanzan á impedir que los militares abandonen sus cuerpos y los funcionarios públicos sus destinos, aun cuando sean arrendatarios de los bienes mencionados; tanto mas, cuanto que bien pueden estos cultivarse y disfrutarse por medio de encargados, mayordomos ó administradores, sin necesidad de dirigir ni inspeccionar personalmente las labores del campo ni la recoleccion de los frutos. En este sentido se publicó ya la ley 7, tít. 9, libro 7, Nov. Recop., que permitia á los oficiales que no han de ver hacienda de los Consejos arrendar si quisieren.

2.º Los alcaldes-corregidores, alcaldes, jueces, justicias, regidores, jurados, merinos, alguaciles, mayordomos y escribanos de concejo y de número, y los demas oficiales que hubiesen de ver hacienda de concejo no podian arrendar rentas de propios y concejales, ni rentas reales de las ciudades, villas y lugares donde tuvieren los dichos oficios ni de las carnicerías de ellos (2).

3.º Los alcaldes capitulares y dependientes de concejo no pueden ser postores en las subastas de los arrendamientos de

propios y arbitrios, ni tener parte directa ni indirecta en ellos (1).

4.º Los tutores y curadores no pueden tomar en arrendamiento los bienes de sus pupilos ó menores, toda vez que les está vedado comprarlos. La ley de Partida que establecia semejante prohibicion la alzaba en un caso, y era cuando el guardador comprase en beneficio y utilidad del huérfano, y con licencia del juez ó consentimiento de los tutores que le habian precedido en el desempeño de tal cargo; de manera que pudiendo comprar el tutor en el caso y con las circunstancias enunciadas, tambien podia tomar en arrendamiento en el propio caso y con iguales requisitos, segun el principio arriba sentado y la uniformidad que la ley establece entre uno y otro contrato. Sin embargo de esto, la ley 1, título 12, lib. 10 de la Nov. Recop. reprodujo en términos absolutos la prohibicion de que los guardadores de huérfanos comprasen sus bienes pública ni secretamente bajo severas penas; y esta ley, como posterior á la de Partidas, debe considerarse como correctoria de ella, tanto mas cuanto que habiendo guardado completo silencio acerca de la escepcion admitida por la primera, no puede inferirse que quisiera conservar una disposicion ocasionada á fraudes y abusos, y contraria por lo mismo á la razon y al objeto de la regla general. Requiriéndose, pues, igual capacidad para arrendar que para comprar, en manera alguna podrán hacer los tutores y curadores lo primero, toda vez que la ley en términos absolutos les prohibe lo segundo.

5.º Los clérigos de órdenes mayores. La ley 45 del T. 6, Part. 1 les prohibe ser arrendadores de la renta del rey y de otro señor de la tierra, de las del Consejo, de cualesquiera otras heredades agenas y de los bienes de menores. Esceptúa solamente al clérigo muy pobre, á quien le permite arrendar y labrar prédios agenos para proporcionarse lo que necesitase para su subsistencia, y nada mas.

(1) 2, tít. 8, Part. 5.
(2) Ley 7, tít. 9, lib. 7, Nov. Recop.

(1) Leyes 9, 13 y 26 tít. 10, lib. 7, Nov. Recop.

Corresponden á la segunda clase, como ya hemos dicho, las personas á quienes la ley ha dado espresamente capacidad para celebrar el contrato de que se trata, y esta disposicion se funda esencialmente en la idea fundamental de que este contrato es un acto de simple administracion; por manera que todo el que tiene derecho de administrar sus propios bienes ó los ajenos, los puede arrendar aun cuando carezca de la facultad de enagenarlos. Con arreglo á este principio se consideran con especial aptitud para arrendar:

1.º Los menores habilitados con dispensa de edad para administrar sus bienes. Sabido es que los mayores de 20 años que hayan obtenido dicha dispensa, no pueden enagenar ni gravar sus bienes inmuebles, ni aun presentarse por sí mismos en juicio, y sin embargo pueden ejecutar todos los actos relativos á la administracion para la que han sido autorizados, y por consiguiente dar en arrendamiento dichos bienes.

2.º El usufructuario. El que solo tiene el goce y disfrute de una cosa no puede venderla ni enagenarla de ningun otro modo, y sin embargo puede arrendar el mismo derecho que él tiene adquirido. En la legislacion romana se hallaba establecido así espresamente (1) y en la de las Partidas, fuera de que se autorizaba al usufructuario para vender los frutos de la cosa: la ley 24, tít. 31, Part. 3, dice testualmente: «Ca-
»como quier que este atal que ha el usu-
»fruto en la cosa lo podria arrendar á otri,
»si quisiesse, con todo esso, el derecho que
»el en ello avia non lo puede enagenar.»

3.º El vinculista. Esta clase de poseedores tenian la libre y omnimoda administracion de sus bienes; por consiguiente no ofrece duda ninguna que podian darlos en arrendamiento.

4.º El administrador convencional. El arrendamiento de los bienes es el acto principal de la administracion y el que esencialmente la constituye; por consiguiente

cualquiera á quien se ha dado poder para administrar prédios rústicos ó urbanos tiene implícitamente la facultad de arrendarlos ó alquilarlos, en los términos regulares y propios de la naturaleza del encargo recibido. Esceptuáse solamente el caso en que el poder contuviese cláusula espresa en contrario.

5.º El administrador legal. Los que tienen la administracion de ciertos bienes derivada de la disposicion misma de la ley, claro es que no pueden vender ni de otro modo enagenar los bienes mismos: sin embargo, pueden arrendarlos toda vez que este acto se comprende esencialmente dentro de los límites de la administracion. Así pues el padre que por disposicion de la ley administra los bienes propios de sus hijos; el guardador que en el mismo concepto administra los de los menores confiados á su cuidado; el marido á quien la misma ley tiene deferida la administracion de los que pertenecen á su muger; el prelado que administra los de su iglesia; los ayuntamientos que tienen á su cargo los bienes de propios, y en una palabra, los particulares todos y las corporaciones á cuyo cargo está puesta la administracion de algun establecimiento público, pueden arrendar los bienes propios de las personas ó corporaciones administradas, guardando respectivamente los requisitos y formas prescritos por las leyes y reglamentos especiales, á fin de que los contratos produzcan sus naturales efectos y tengan la debida subsistencia.

SECCION IV.

DE LAS ACCIONES QUE SE DERIVAN DEL ARRENDAMIENTO.

Como de todos los contratos se derivan derechos y obligaciones, y siempre que existen estas obligaciones y derechos, existe tambien el medio ó la fórmula legal correspondiente para pedir su cumplimiento, se sigue que del contrato de arrendamiento se deriva tambien la accion oportuna en virtud de la que los contratantes pueden solici-

(1) L. 1, tit. 2, lib. 2, Inst.

ARRENDAMIENTO.

689

tar la realizacion de las obligaciones que mutuamente se han impuesto.

La legislacion romana, que como es sabido, determinaba con un nombre especial cada una de las acciones que se derivaban de los diferentes contratos reconocidos en ella, llamó á las acciones derivadas del arrendamiento *locati et conducti*. *Et competil locatori quidem*, decia el emperador Justiniano (1), *locati actio conductori vero conducti*.

Nuestra legislacion, que no reconoce en las acciones estos nombres especiales, admite en el arrendamiento la accion que se deriva generalmente de los contratos, á saber: la accion personal. Esta accion puede ejercitarla el arrendador contra el arrendatario, ó este contra aquel; puede por consiguiente ejercitarla el dueño de la cosa arrendada ó alquilada contra el que la tomó en alquiler ó arrendamiento, ó el que arrendó obras y servicios contra el que se obligó á prestarlos, y puede ejercitarla tambien á su vez el que recibió la cosa ó se obligó á prestar las obras contra el dueño de la primera, ó contra aquel en cuyo favor debian prestarse las segundas.

El arrendador puede ejercitarla en primer lugar para que el arrendatario cumpla el contrato por su parte. En segundo, para que el mismo arrendatario le pague el precio convenido al plazo señalado, lo cual constituye la obligacion mas directa é inmediata del mismo arrendatario. En tercero, para que finalizado el período del arrendamiento, deje libre y desembarazada la cosa arrendada y á disposicion de su dueño. En cuarto, para que el propio arrendatario le indemnice del daño que hubiere causado en las cosas por dolo ó por la culpa que se presta en este contrato. Ademas de estos, que son los objetos esenciales de la accion, que puede ejercitar el arrendador contra el arrendatario, en virtud de este contrato, puede dirigirla á algunos otros fines accesorios ó secundarios, y esto sucederá cuando se trate del cumplimiento de alguno

de los derechos que la ley establece en favor del arrendador mismo, como por ejemplo, cuando solicite el embargo de los frutos y cosas existentes en el prédio arrendado; cuando pida la intervencion en esos mismos frutos; cuando solicite que se deje á su disposicion la casa alquilada por necesidad para sus usos, etc.

El arrendatario á su vez puede ejercitar la misma accion contra el arrendador, en primer lugar para que este cumpla por su parte el contrato, y le entregue la cosa arrendada en su estado regular, á fin de que pueda empezar á disfrutarla; y en segundo, para que terminado el plazo del arrendamiento se haga cargo el dueño de la cosa arrendada si es que se resiste á entregarse de ella. Tambien el arrendatario, ademas de estos objetos, que son los esenciales, que nacen de la accion, puede ejercitar otros derechos secundarios; así, por ejemplo, puede pedir que el dueño haga en la cosa arrendada las obras de conservacion ó reparos que exija su estado, y que impute en parte del pago de la pension el importe de las mejoras indispensables que se hubiera visto precisado á ejecutar en los términos que diremos mas adelante.

Como la accion que nace del arrendamiento es, segun se ha indicado, personal, ni el arrendador puede dirigirla contra otro que no sea el arrendatario, ni este puede ejercitarla en su caso sino contra el arrendador. Uno y otro se hallan mutuamente comprometidos á hacer efectivas las consecuencias naturales y legitimas del contrato.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DEL ARRENDAMIENTO DE COSAS.

Cuanto queda espuesto en las secciones del capítulo anterior es concerniente al arrendamiento genéricamente considerado, y comprende las reglas, doctrinas y principios relativos á la naturaleza, organizacion y efectos de este contrato. Entramos ya á determinar mas nuestras ideas, y nos pro-

1) Inst. tit. 23, lib. 8, in rub.
TOMO III.

ponemos desenvolver en este capítulo las que dicen relacion al arrendamiento de cosas. Empezaremos por consignar algunas reglas que son comunes á todos los arrendamientos de esta clase.

SECCION I.

CONSIDERACIONES ESPECIALES Y COMUNES A LOS ARRENDAMIENTOS DE COSAS.

Queda ya indicado al hablar de la cosa como condicion esencial del arrendamiento, que este comprende todas las que pueden servir de alguna utilidad al arrendatario, y queda tambien desenvuelto convenientemente este principio, indicando las diferentes cosas que pueden servir de materia y objeto á la misma convencion. Bastará añadir que el arrendamiento de cosas unas veces se llama tal arrendamiento y otras alquiler, segun la naturaleza de las que se ceden ó trasfieren. Llámase arrendamiento cuando se arriendan prédios rústicos, ganados, contribuciones, etc., y alquiler cuando se arriendan prédios urbanos, muebles, etc.

El arrendamiento de cosas puede hacerse indefinidamente, por tiempo cierto, por la vida del arrendador ó arrendatario, y aun para la de este y sus sucesores. El contrato, como dice la ley, es susceptible de todas las condiciones que entren en los cálculos é interés de los contratantes, como no sean contrarias á las leyes y á las buenas costumbres.

Puede celebrarse tambien por escrito y de palabra, y en el primer caso por medio de escritura pública ó por documento privado; pero de uno y de otro modo hay que llenar algunas formalidades y requisitos que la ley exige para la completa subsistencia del contrato, y para que pueda producir todos sus efectos.

Si el arrendamiento se celebra por escrito, ora sea este un documento público, ora sea papel privado, es indispensable que otorgado uno ú otro se tome razon de él en la oficina del registro de hipotecas, pagando

el derecho correspondiente dentro del término concedido en el real decreto de 23 de mayo de 1843. No llenándose esta formalidad dentro del plazo prevenido el documento público ó privado, estendido para atestiguar la certeza del contrato, será nulo en juicio y fuera de él, y los jueces no podrán admitirle ni darle curso, bajo las penas que se indicarán en el artículo correspondiente.

Si el arrendamiento se celebre verbalmente, existe sin duda la misma obligacion de pagar el derecho ó impuesto de hipotecas, toda vez que el real decreto citado lo establece en términos absolutos y generales en los arriendos, subarriendos, subrogaciones, cesiones ó retrocesiones de arriendos, sin considerar para nada la forma con que estos contratos se hubieren verificado. Así creemos que si el arrendador se presentase en juicio reclamando el cumplimiento de uno de estos arrendamientos otorgado verbalmente, el juez ó tribunal debería acordar desde luego que se hiciera constar el pago del derecho con arreglo á la ley, á fin de poder dar á la reclamacion el curso correspondiente; y obligar en su caso al arrendatario al cumplimiento de su compromiso.

Como el arrendatario de cosas no tiene mas que el uso y disfrute de ellas, claro es que nunca podrá prescribirlas. Aunque la naturaleza misma del contrato y la extension de los derechos que trasmite bastarian para justificar este principio, las leyes han creído conveniente consignarlo con toda claridad en sus disposiciones. La 3, tit. 30, Part. 3, declara que los arrendatarios de cosas, aunque tienen la tenencia de ellas, no adquieren la posesion; y la 22, tit. 29 de la misma Partida, dispone que el que tuviese arrendada ó alquilada alguna cosa, aunque fuese tenedor de ella por mas de treinta años, no puede prescribirla.

Una cuestion de frecuente y aun diario uso y de importancia reconocida ocurre al tratar del arrendamiento de cosas, á saber: si el arrendatario tiene la facultad de subarrendar y ceder el arrendamiento.

Por punto general y como principio en

ARRENDAMIENTO.

691

esta materia no puede negarse ese derecho al arrendatario, sea que quiera ejercerlo total ó parcialmente, es decir, traspasando á otro toda la finca ó una parte de ella tan solamente. Decimos que este es el principio, porque ese derecho se deriva de la propia naturaleza de las cosas y de las máximas generales de la justicia. *Nemo prohibetur, rem quam conduxit fruendam alii locare, si nihil aliudconvenit* (1). El arrendatario al celebrar el contrato se propone obtener una ganancia con el uso y disfrute de la cosa: si puede obtenerla mayor y tal vez evitarse un perjuicio en determinadas circunstancias, usando y disfrutando la cosa misma por medio de otro, no se alcanza razon alguna fundada que contradiga esta facultad. Ni con esta novedad altera la esencia de su contrato, ni se libra de ninguna de las obligaciones inherentes á él con respecto al propietario: los derechos de este no sufren menoscabo ni modificación de ninguna especie; tan asegurados quedan éstos después del subarriendo, como viva y en toda su integridad la responsabilidad del primero. Así el subarriendo ha sido canonizado, salvo pocas quísimas escepciones, desde la legislación romana hasta las mas modernas, y ha estado en práctica en todos, sin exceptuar el nuestro, á pesar de que no se halla disposición alguna espresa sobre el particular en los antiguos códigos. Escusado es decir que esta doctrina no se entiende cuando se ha prohibido espresamente al arrendatario la facultad de transmitir el arrendamiento. Esta condicion, como lícita y no contraria á la ley, debe observarse.

A pesar de ser estos los principios, consiguientes á la naturaleza del contrato, hallamos en nuestra legislación dos escepciones, de las cuales vamos á ocuparnos en este lugar que nos parece el mas á propósito para examinarlas.

La primera es la que introdujo el famoso auto acordado de 1792, con respecto á las casas de Madrid que prohibía subarrendar y traspasar en todo ó parte, sin espreso consentimiento de los dueños ó administra-

dores. Esta disposición fue el resultado lógico de los especiales fundamentos en que se habia basado el auto acordado y de la desmedida protección que se quiso dar y se dió efectivamente á los dueños de casas en la corte; por lo mismo, no habiéndose repetido esa prohibición de subarrendar en la ley vigente hoy, que es la de 9 de abril de 1842, y habiendo derogado esta la disposición de dicho auto acordado, creemos que han quedado en pie los principios comunes y generales en la materia, segun los cuales el arrendatario puede ejercer una facultad que en nada perjudica ni á la esencia del contrato ni á los derechos del dueño de la cosa.

La segunda escepcion es relativa á los arrendatarios de predios rústicos, establecida recientemente por el decreto de las Cortes de 8 de junio de 1813, restablecido en 8 de setiembre de 1836. Ya hemos dicho, que tanto en los arrendamientos de casas como en los de tierras, los arrendatarios han tenido entre nosotros la facultad de subarrendar, salva la limitación ya mencionada. En medio de esa práctica constante é inveterada, el decreto de las Cortes citado creyó conveniente disponer que «el arrendatario no podrá subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobación del dueño (1),» y esta prohibición, que consideramos hija de la amplitud, tal vez exajerada, que se quiso dar al derecho de propiedad en ese y otros decretos de la época: esta prohibición, que se dictó solo porque los autores de ella consideraron deprimido al propietario en el caso de que el arrendador pudiese ejercer una facultad propia en su esencia de este; esa prohibición, repetimos, no la creemos nosotros provechosa ni apoyada en razonables fundamentos. Legítima como es é inviolable la disposición que la sanciona, parécenos que ni dispensa una protección verdadera, útil y bien entendida á la propiedad, ni conduce á consolidar el respeto y la eficacia del contrato; objetos ambos, que co-

(1) L. Nemo de locat. et conduct.

(1) Art. 7.

mo dejamos dicho no vulnera el subarriendo. Necesario es no perder de vista que en estas materias debe darse toda la amplitud posible al interés individual, y nadie puede conocer mejor que el arrendatario mismo la conveniencia ó inconveniencia de disfrutar por sí ó de ceder á otro la cosa arrendada. Restringirle esta facultad ó prohibirle su ejercicio mientras no se le dé un pacto expreso y terminante, equivaldría á embarrasar la obra del arrendador, es decir, el cultivo que siempre debe ser libre y espedito, con una traba perjudicial á los intereses de la agricultura. Lo mas notable es, que al mismo tiempo que la ley prohíbe al arrendatario el subarriendo de los predios rústicos, le permite aun sin la aprobacion del dueño «vender ó ceder al precio que le parezca alguna parte de los frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.» Esto, sino comprendemos mal la significacion de las palabras trascribas, es conceder lo mas y negar lo menos, lo cual es siempre, cuando menos poco lógico. Suponiendo que la venta ó cesion de frutos á que se alude, no sea la que puede hacer y hace el labrador de los que coje en la tierra cultivada por sí mismo, y que no necesita para su consumo, por cuanto para vender ó ceder estas producciones, no necesita la autorizacion de la ley; parécenos que la venta y cesion de que ella habla, deben referirse, racionalmente entendida, al derecho de percibir los frutos de cierta parte de la heredad arrendada, mediante su cultivo por el mismo arrendatario, como sucedería cuando el arrendador vendiese una siembra ó plantacion cualquiera al nacer ó en cualquier otro tiempo antes de haber llegado los frutos á su madurez, con la obligacion de continuar el comprador su cultivo. Este contrato no solo comprenderia los efectos esenciales del subarriendo, sino otros mas importantes todavía; porque al paso que el subarrendatario, por ejemplo, no tiene accion alguna directa sino contra el subarrendador, el cesionario de quien se ha hablado, que es propiamente comprador de los derechos del cedente, puede dirigirse con-

tra el propietario en reclamacion de cuanto el arrendatario tendria derecho á exigirle, siempre que pruebe que las obligaciones de este se hallan cumplidas. Una de dos, pues, ó la ley ha facultado solamente al arrendatario para ejercer un derecho de que no podría privarse sin destruir el contrato por sus cimientos, ó al autorizarle para la cesion y venta en los términos que hemos explicado semejantes actos, despues de prohibirle el subarriendo y traspaso total ó parcial, ha caido en un contraprinipio.

Otra cuestion puede suscitarse en vista de la disposicion contenida en el decreto de las Cortes, y es si este contiene una prohibicion absoluta de subarrendar y de traspasar la cosa arrendada, ó si confiere únicamente al propietario el derecho de pedir la rescision del subarriendo; es decir, si el subarriendo ejecutado por el arrendatario sin la aprobacion y consentimiento del dueño, será radicalmente nulo ó si únicamente será rescindible á voluntad del mismo dueño, en el caso de que sus intereses le aconsejen hacerle caducar. La cuestion es importante, porque en el primer caso el subarriendo, como acto nulo que es *á principio*, no produce ningun efecto ni aun entre el subarrendador y el subarrendatario; pero en el segundo el subarriendo produce efectos, liga y compromete á los contratantes entre sí y les somete á las consecuencias naturales y legítimas de la convencion mientras el propietario ó arrendador no quiera usar de su derecho pretendiendo la rescision de la misma. Nosotros creemos que el subarriendo practicado con las condiciones presupuestas es únicamente rescindible, y nos fundamos en que la ley ha empleado una fórmula que no induce esa prohibicion absoluta de ejecutar el acto. La ley dice únicamente «el arrendatario no podrá subarrendar,» y cuando se trata de la prohibicion de un acto y de la nulidad que induce su realizacion contraria á la ley, necesario es que esta se halle concebida en términos explicitos, claros y terminantes, porque la nulidad es una grave pena, y las penas no se inducen ni se imponen por conjeturas.

ARRENDAMIENTO.

695

Por otra parte la ley dice que «el arrendatario no podrá subarrendar *sin la aprobación del dueño*;» y esta palabra supone en rigor un acto preexistente, sobre el cual pueda recaer. Cuando se trata de verificar actos solamente proyectados, no se aprueban ni se desaprueban porque no existen; se consienten ó no se presta el consentimiento para que puedan llegar á existir: esto al menos es lo que constituye la exactitud de las palabras. Así el auto acordado de 1792, queriendo consignar una prohibición positiva, en orden al subarriendo de las casas de Madrid, dijo: «se prohíbe todo subarriendo ó traspaso del todo ó parte de las habitaciones, á no ser con expreso consentimiento de los dueños ó sus administradores,» lo cual era tan claro y terminante como lógico. La ley de 1813 no prohíbe al arrendatario el subarriendo y traspaso; y si bien declara que no podrá hacerlo sin la aprobación del dueño, esto no induce la nulidad, sino tan solo la facultad que implícitamente reserva á este de oponerse á la subsistencia del acto y de pedir su rescisión.

¿Pero bastará que esta aprobación sea implícita, es decir, que se infiera de algunos actos del mismo propietario ó deberá ser expresa y terminante? Como la ley no exige este requisito, como si el dueño tuviera el ánimo de contradecir el subarriendo no hubiera practicado los actos de aprobación implícita, y como el hecho mismo de no oponerse á su continuación indica que el subarriendo, ó le es útil ó no le perjudica, creemos que cuando existan esos hechos que racionalmente induzcan á creer ó á inferir semejante aprobación de parte del propietario, el subarriendo será tan eficaz como si lo hubiera hecho espresamente.

Aun cuando, según hemos asentado antes, el subarriendo y la cesión ningún perjuicio causan al propietario en la integridad de sus derechos, no por ello puede negársele la facultad de prohibir una y otra cosa al arrendatario, en los casos en que la ley no lo haya hecho ya, porque es libre en transferir á otro el uso y disfrute de su pro-

piedad con las restricciones que tenga por conveniente, siempre que no repugnen á la esencia del contrato, ya también porque todo pacto que no se oponga á las leyes, á la naturaleza ó á la moral es lícito. El pacto de que hablamos, es decir, la prohibición de subarrendar impuesta al arrendatario será mas ó menos racional y prudente; pero no adolece de ninguno de aquellos vicios que condena la ley.

Esta prohibición debe observarse ni mas ni menos que como se haya consignado en el contrato, es decir, que no debe restringirse ni tampoco se debe extender á los casos que las partes no quisieron verosimilmente comprender en ella. Pero ¿la infracción de ese mismo pacto que prohíbe al arrendatario subarrendar ó ceder el arriendo, inducirá desde luego y por sí sola la nulidad del contrato primitivo, es decir, del arriendo, en términos que el arrendatario pueda ser privado del uso y disfrute de la cosa? Creemos que no, á no ser que semejante prohibición se hubiera consignado con cláusula resolutoria ó que el arrendatario se empeñase en sostener los efectos de la cesión ó del subarriendo; si dicha cláusula no se puso y el arrendatario, conviniendo en la ineficacia del acto, cede al cesionario ó subarrendatario, bien con anticipación, bien dentro del término que para ello le fijen los tribunales, debe ser mantenido en su contrato, que no hay razón para dejar insubsistente.

La aprobación del propietario dada á la cesión ó subarriendo, extingue su derecho á demandar la rescisión; lo mismo cuando estos contratos se han otorgado con infracción de un pacto, que cuando lo han sido contra la ley, que requiere para su validez el concurso de la voluntad de aquel. Ya hemos dicho que la aprobación puede ser expresa ó tácita; en este concepto si el dueño recibiere directamente del cesionario ó subarrendatario el precio del arriendo, ó si diese á entender de cualquier otro modo tan significativo como este que consentía en la cesión ó subarriendo, este contrato adquiriría completo valor ni mas ni menos que si solem-

ne ó esplicitamente hubiera sido aprobado.

El subarriendo cae bajo el dominio de las mismas reglas y principios que el arriendo, pues el arrendatario no hace mas que trocar su papel, siendo el subarrendatario respecto del arrendatario lo que este es respecto del arrendador. Así, pues, ni en el plazo, ni en las demas condiciones que afecten á los derechos del propietario puede esceder los límites que este le pusiera, y si los escede será nulo el subarriendo en esta parte, mediante que nadie puede dar á otro mas derecho del que tiene. En cuanto á la cesion, como es una venta propiamente de los derechos del arrendatario, deben seguirse las leyes y doctrinas que regulan este contrato.

Dedúcese de lo espuesto que la cesion y el subarriendo no son cosas idénticas ni en su naturaleza ni en sus efectos. El cesionario debe tomar la cosa tal como se halla al tiempo de la cesion; el subarrendatario tiene derecho á que se le entregue en buen estado. El cedente no puede alegar privilegio alguno sobre los efectos que se encuentran en la casa ó heredad para el cobro del precio de la cesion; el subarrendatario goza de él indudablemente para reintegrarse del precio del subarriendo. El subarrendatario de una heredad puede aspirar en algun caso á cierta indemnizacion por la pérdida fortuita de las cosechas: el cesionario no tiene derecho á pedir cosa alguna por la destruccion ó quebranto de lo que ha comprado al cedente aunque podrá ejercer las acciones de este contra el propietario. Concluiremos, sin embargo, insistiendo en una idea de suma importancia en esta materia, á saber, que el arrendatario no se exime, ni por el subarriendo, ni por la cesion de ninguna de las obligaciones contraidas con el propietario; y que este conserva siempre en toda su integridad los derechos y acciones que contra el primero le confiere el contrato.

Espuestas nuestras doctrinas relativamente á la facultad de subarrendar, creemos oportuno hacernos cargo de algunas dudas que pueden ocurrir acerca de los términos del arrendamiento de cosas y de

los derechos que competen en virtud de él á los interesados.

Puede suceder que en el contrato se exprese la estension de la cosa arrendada, sus límites y dependencias; ó que se diga simplemente que se arrienda tal heredad, tal casa, etc. En el primer caso la designacion hecha por los contrayentes, evita toda cuestion, y á sus términos hay que someterse como reguladores del disfrute: en el segundo debe entenderse que el arriendo comprende todo lo que antes de él se consideraba parte de la heredad ó de la casa y agregado á ellas. Eso no obstante, cuando en una heredad, por ejemplo, haya una casa de recreo, un jardin, bosques de puro ornato y todo esto se distinga y se halle separado de los terrenos laborables y de las demas pertenencias útiles de la heredad, de la casa y de sus oficinas, el arrendatario no tendrá derecho mas que á esto último, como única cosa necesaria para llenar el objeto del contrato, que es la percepcion de frutos y única cosa tambien que puede creerse cayó en la intencion de los contrayentes.

El goce y disfrute de la cosa, que es el objeto del arrendamiento, como se acaba de indicar, consiste en percibir todos sus frutos. Por lo mismo el arrendatario de cosas hace suyos los naturales, los industriales y civiles; y en suma todos los frutos de la finca tomando la palabra en su acepcion mas lata. Tal es la estension de su derecho al disfrute de la cosa arrendada. Cualquiera alteracion que sufra constituirá al propietario en alguna de las responsabilidades que se indicarán al tratar de sus obligaciones y por consecuencia de los derechos del arrendatario.

Puede suceder que tratándose de arrendar una cosa comun á muchos, unos quieran verificarlo y otros no; ó quieran unos arrendarla á cierta persona y los demas á otra. Anton. Gom. se hace cargo de estas dudas en el libro 2.º de sus Res. var., cap. 3, y es de opinion, siguiendo la comun y autorizada en los tribunales, que es indispensable el consentimiento de todos los

ARRENDAMIENTO.

695

dueños para que el arrendamiento sea eficaz; pero que como una disidencia entre ellos no puede impedir el ejercicio del derecho que les corresponde si discuerdan en los medios de verificarlo, pueden usar de dos remedios. El primero es el de la división de la cosa entre los condueños, pidiéndola cualquiera de ellos, para lo cual tiene acción indisputable. El segundo es que se divida entre todos el tiempo de su disfrute; de este modo cada uno podrá gozarla por sí, administrarla y arrendarla. Si la disidencia consiste en la persona á quien se trata de dar en arrendamiento la cosa, será preferida la que ofrezca mejores condiciones, y en igualdad de circunstancias habrá que recurrir á la autoridad judicial. Ultimamente, si uno de los socios pretende la cosa para sí y los demás quieren darla á persona extraña, será preferido el socio, ya porque lo es, ya porque en el ejercicio de esos derechos comunes cada interesado está obligado á consentir en lo que no le daña y aprovecha á otro.

SECCION II.

DE LAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR Y DEL ARRENDATARIO DE COSAS.

Espuestas ya en la seccion anterior las consideraciones especiales aplicables á los arrendamientos de cosas, vamos á determinar en la presente las obligaciones y derechos que nacen del arrendamiento respecto de cada uno de los contratantes. Escusado es decir que siendo estos derechos y obligaciones ideas correlativas en tales términos que la existencia de unas supone necesariamente la existencia de las otras, al determinar las que incumben al arrendador, como consecuencia del contrato quedarán determinados los derechos que competen al arrendatario contra el mismo; y por la propia razon, al enumerar las obligaciones que impone á este la celebracion del arrendamiento, quedarán enumerados los derechos que competen al arrendador contra el arrendatario. Espondremos, pues, en primer lugar las obligaciones que incum-

bea al arrendador por consecuencia del contrato, y en segundo las que debe llenar el arrendatario respecto del primero.

§. 1.º De las obligaciones del arrendador.

Tres son las obligaciones que la índole de este contrato y su objeto esencial imponen al que arrienda sus cosas. Primera: entregarlas al arrendatario. Segunda: conservarlas en estado de servir al uso para que han sido arrendadas. Tercera: hacer seguro al arrendatario el pleno y pacífico goce de las mismas cosas durante el arriendo. Hablaremos con la oportuna distincion de cada una de estas obligaciones.

PRIMERA OBLIGACION. Entregar las cosas al arrendatario. Esta obligacion se deriva inmediatamente de la naturaleza del arrendamiento, y como que pertenece á su esencia, no podria suprimirse ó modificarse sin destruir ó desnaturalizar el contrato mismo.

El arrendador debe entregar la cosa en buen estado, en toda su integridad y con aquellos accesorios que conducen al uso para que ha sido arrendada. Así el que alquiló una casa está obligado á hacer en sus techos, puertas, ventanas y demás todos los reparos indispensables para que el inquilino pueda habitarla con la comodidad y seguridad que exige el orden regular de las cosas; y si desde el dia de la convencion hasta el de la entrega ha sufrido la finca algun deterioro, reduccion ó cambio, tales que no es verosimil la hubiese querido el arrendatario en semejante estado, tiene derecho á rehusarla; á pedir rescision del contrato, y aun á reclamar en su caso daños y perjuicios, si aquellas novedades no han acaecido por fuerza mayor ó otra causa independiente de la voluntad del arrendador. De las consecuencias que produciria el exceso ó falta en la estension ó medida de un prédio rústico, fijada en el contrato, nos haremos cargo cuando tratemos del arrendamiento de tierras en particular.

Obligado el arrendador á entregar la cosa en estado de servir para el objeto á que se la destina, lo está tambien; primero, á

manifestar al arrendatario las condiciones mas ó menos desventajosas de ella, y segundo; á responder de todos los vicios y defectos ocultos que impidan su uso. No haciéndolo así, el arrendador contrae cierta responsabilidad, la cual se determina por el conocimiento que tuviese el mismo al tiempo de otorgar el arrendamiento y por la naturaleza de la cosa arrendada. Si aquellas condiciones ó estos vicios constaban al mismo dueño ó eran tales que debia saberlos, y no los manifestó al arrendatario, tendrá que abonar á este los daños y perjuicios que por su causa experimentase, y si no los sabia ó no era fácil los supiese, perderá únicamente el precio del arriendo en cuanto sea equivalente ó inferior al importe de la pérdida, teniendo derecho, si fuese superior, á reclamar el exceso. La ley 14, tít. 8, Part 3, que habla de este caso, pone dos ejemplos que ilustran perfectamente la doctrina y presentan con distincion el pensamiento del legislador. Habla primero del caso en que alquilando uno toneles ú otros vasos malos para vino, aceite ú otra cosa semejante se perdiesen estos efectos por la mala condicion de aquellos, y dispone que si el alquilador la ignoraba, el dueño debe satisfacerle todos los daños, aunque ignorase á su vez que eran malos. La razon que dá la ley es que «todo home debe saber si es buena ó mala aquella cosa que aloga,» lo cual supone, como dice Greg. Lop., la posibilidad y aun la facilidad de tener este conocimiento *quia tale vitium de facili potuit scire ut hic*. El segundo ejemplo se refiere á un caso en que no era tan fácil y posible el conocimiento de esta circunstancia, como cuando uno arrienda montes ó prados y tienen yerbas nocivas que perjudican á los ganados. En tal caso, en que, como hemos dicho, no es tan fácil averiguar la mala condicion de la cosa arrendada distingue la ley, diciendo que si el dueño era sabedor de dicha mala calidad, está obligado á manifestarla al arrendatario ó á satisfacerle los daños y menoscabos inferidos por semejante motivo; pero si la ignoraba, únicamente perderá la pension correspondiente al arrendamiento.

La entrega ha de verificarse á costa del arrendador en la época convenida ó en la consagrada por el uso de cada lugar, ó cuando el arrendatario la pida, sin que pueda aquel eximirse de esta obligacion, ofreciendo indemnizarle. El arrendatario puede reclamar esta indemnizacion sin perder de su derecho á la consumacion del contrato, por el solo retardo de la entrega de la cosa cuando sea imputable al arrendador. Y tambien tendrá derecho á la rescision del arrendamiento en el caso de que el retardo haya defraudado los cálculos fundados y verosímiles con que contrató, aun cuando aquel sea involuntario y fortuito, pues esta circunstancia liberta al arrendador de la responsabilidad de los daños y perjuicios; pero no le faculta para exigir la subsistencia de un contrato que él, culpable ó inculpalemente, dejó de cumplir con oportunidad, privando al arrendatario de las utilidades que se propuso al celebrarlo. Respecto al modo de ejecutar la entrega en defecto de pactos especiales, no habiendo costumbre ó disposicion legal que lo determine, cumplirá el arrendador con facilitar por su parte al arrendatario el uso y goce de la cosa en toda su estension y con plena libertad al tenor de lo convenido. Tambien es de cuenta y cargo del arrendador el allanamiento de cualquier obstáculo que se oponga por un tercero, aunque sea sin razon y por vias de puro hecho, á la entrada del arrendatario en posesion, pues mientras esto no se realice, la obligacion de la entrega está pendiente y al arrendador es á quien incumbe llenarla, venciendo toda clase de dificultades y embarazos.

Como, según hemos dicho antes, la accion que tiene el arrendatario para compeler al arrendador á la entrega es lo mismo en este que en todos sus demas efectos, puramente personal, se sigue que si despues de perfecto y antes de consumado el contrato vende el arrendador la cosa, el arrendatario carece de derecho para reclamar su entrega al nuevo dueño, quedándole solamente el de repetir contra aquel por daños y perjuicios.

ARRENDAMIENTO.

697

Ni podría por la propia razón exigir la cosa de un tercero que habiendo contratado de buena fé con el dueño un arrendamiento posterior al suyo hubiere sido entregado antes de ella. Faltando á uno y á otro la posesión, la prioridad de fecha decidiría la cuestión á favor del primer contrayente: *Qui prior est tempore potior est jure*. Pero teniéndola ya en su poder el segundo y consumado el contrato con la entrega, éste solo hecho le concedería una ventaja indisputable, como quiera que en circunstancias idénticas el derecho hace de mejor condición al que posee, y por otra parte mal podría su contrincante, provisto de una simple acción personal, espelerle de la cosa no habiendo mediado entre ellos ningún contrato. Únicamente podría, como en el caso anterior, aspirar á la indemnización correspondiente (1).

La obligación que tiene el arrendador de entregar la cosa y el derecho correlativo y consiguiente que tiene el arrendatario á pedirla, pudieran considerarse divisibles, según la naturaleza misma de las cosas; pero no lo son seguramente bajo el punto de vista de la intención de las partes. Regularmente nadie toma en arrendamiento una finca, sino porque la desea y quiere disfrutarla en su totalidad, debiendo presumirse mientras los términos del contrato no den lugar á creer otra cosa, que no hubiera aceptado una sola parte de ella. La naturaleza misma de la cosa puede ser frecuentemente un obstáculo material é invencible para la ejecución parcial de la obligación. Así, pues, nadie cumple con entregar una sola parte de la cosa arrendada, y no puede decirse satisfecha la obligación mientras no se llene en toda su integridad. Del mismo modo, cuando han sido muchos los arrendadores, ó bien uno solo que ha fallecido dejando varios herederos antes de consumir el contrato, no puede decirse que cada uno de ellos cumple, y se exime de respon-

sabilidad, entregando su parte: es menester que todos lo verifiquen de consuno, y uno solo que falte, el arrendatario podrá rehusar la entrega de las demás porciones, y reclamar de todos los daños y perjuicios, debiendo cada uno indemnizarle de los que correspondan á su parte, sin perjuicio de su derecho, contra el condómino que dió lugar á la demanda.

La obligación de que hemos hablado, y las consecuencias que emanan de ella se reasumen en las reglas siguientes: 1.ª Si el arrendador no puede hacer la entrega, debe satisfacer al arrendatario los daños y perjuicios irrogados por esta causa, á no ser que hubiese perecido por caso fortuito ó por otra eventualidad no imputable. 2.ª La entrega debe hacerse á costa del arrendador, no debiendo pagar el arrendatario sino los gastos necesarios para entrar en el disfrute. 3.ª Si pudiendo el arrendador entregar la cosa lo difiere el arrendatario, tiene espedita la acción de que hemos hablado en la sección cuarta del capítulo anterior para reclamarla, y los daños y perjuicios que la dilación le hubiera causado. 4.ª Debe entregar la cosa con todos los accesorios que se comprendieron expresa ó implícitamente en el contrato. 5.ª Debe entregarla en el estado regular, y de forma que corresponda al objeto del arriendo. 6.ª Debe advertir los vicios de la cosa ó responder de sus consecuencias en los términos ya indicados.

SEGUNDA OBLIGACION. Conservación de la cosa en estado de servir al uso para que ha sido arrendada. El arrendador está obligado, no solo á entregar la cosa en disposición de servir para este uso, sino también á conservarla en el mismo estado durante el arrendamiento. Siguese de aquí, que mientras el contrato subsista, no puede hacer el arrendador ninguna innovación que impida ó destruya el goce y disfrute de la cosa misma en los términos que se prometió hacerle el arrendatario. Así no podrá, por ejemplo, arrancar el arbolado, ni convertir las tierras de sembradura en viñedos, ni hacer en la casa alquilada construcción-

(1) Ley 80, tit. 5, Part. 5, la cual establece esta misma doctrina en el caso análogo de venderse á dos una misma cosa.

666

ARRENDAMIENTO.

nes que la quiten la luz y las vistas que tenía al tiempo del arrendamiento.

Pero puede, y aun debe, como consecuencia de la obligación de conservar la cosa en su estado, hacer las obras y reparaciones que fuesen necesarias. Y si por no hacerlas se viera el arrendatario en la necesidad de ejecutarlas, deberá abonar á este su importe en los términos que se indicará con mas estension en el párrafo siguiente.

Mas es preciso advertir que el derecho que tiene el arrendatario, correlativo á la obligación del arrendador, para exigirle que mantenga la cosa en buen estado con dichas obras y reparaciones, se estiende tambien á impedir las en algun caso, en que el arrendador de su libre voluntad y en su propio obsequio quiera hacerlas. Una reparacion puede ser conveniente y aun necesaria; pero no hasta el punto de que su demora afecte esencialmente á la existencia y conservacion de la cosa arrendada, y por consiguiente á los intereses del dueño. Entonces, si el arrendatario prefiere la disminucion de utilidades, y los demas inconvenientes nacidos del estado desventajoso de la cosa, en lo cual usa de su derecho, á sufrir los embarazos y molestias de la obra, puede oponerse á que se ejecute durante el arriendo. Mas si la reparacion es tan urgente que no podria diferirse sin conocido perjuicio del dueño, si afecta á la existencia misma y esencia de la cosa, en términos de seguirse indefectiblemente su deterioro ó destruccion, no debe contarse para llevarla á cabo con la sola voluntad del arrendatario, como quiera que tambien están comprometidos los intereses del arrendador, y puesto que la urgencia sea positiva, cuestion que en todo caso han de resolver los tribunales, la obligación que la ley impone al mismo, se transforma en tal caso en un derecho, y ya no debe solamente reparar la cosa, exigiéndolo el arrendatario, sino que puede hacerlo aunque este lo resista.

La razon es porque al celebrar el contrato el arrendatario ha debido preveer que el tiempo y los acontecimientos naturales exigirían que la cosa se reparase, y que en se-

mejante caso habia de sufrir forzosamente algun estorbo ó paralización en su goce. La legislación francesa, que ha previsto esta eventualidad, dispone que si las obras durasen mas de cuarenta dias, no está obligado el arrendatario á sufrirlas, lo cual se funda en la presuncion de que entonces los estorbos y daños consiguientes á aquellas obras, no entraron en la prevision del arrendatario, ni pudieron merecer su aquiescencia. En tal caso, la ley francesa autoriza á este último para pedir una disminucion del precio, proporcionada al tiempo en que no pudo usar de la cosa, y aun para pedir la rescision del contrato si las reparaciones son tales que la inhabilitan para los usos del arrendatario y de su familia.

Ultimamente, la obligación de que hablamos no se entiende cuando la cosa ya no puede ser conservada, es decir, cuando se destruye enteramente por un acontecimiento fortuito. Entonces el arriendo se rescinde *ipso jure*, como se dirá mas adelante.

TERCERA OBLIGACION. *Hacer seguro al arrendatario el pleno y pacífico goce de la cosa durante el arriendo.* El arrendador debe al arrendatario una doble garantía, la de eximirle de todo embarazo ó perturbacion en el goce de la cosa, y la de responderle de los vicios ó defectos no manifiestos de la misma. Esto último es una consecuencia inmediata de los principios que dejamos sentados, al tratar del estado y manera en que el arrendador debe entregar la cosa al arrendatario.

El impedimento ó perturbacion que este sufra en el disfrute de la cosa, puede reconocer tres orígenes. Primero: los hechos personales del arrendador. Segundo: los hechos de una persona estraña al contrato. Tercero: los acontecimientos fortuitos.

El arrendador responde ante todo de sus propios hechos: esto es tan justo como evidente. Obligado á hacer efectivas al arrendatario las legítimas consecuencias del contrato, nada puede ser menos excusable que el que por sí propio las disminuya ó destruya, infringiendo la ley de sus pactos. Esta

ARRENDAMIENTO.

699

infraccion se verifica siempre que por un acto emanado del mismo se priva al arrendatario en todo ó parte del goce de la cosa arrendada, como sucederia en los casos siguientes:

1.º Si el dueño vendiese la cosa ó hiciese un segundo arrendamiento, y lo uno ó lo otro impidiesen la ejecucion del primero.

2.º Si entrase en el lugar arrendado, ó enviase á él otras personas; y fuese bastante este solo acto para perturbar al arrendatario en el goce de la cosa; bien que alguna vez podrá hacerlo con derecho, como si visita la heredad ó el edificio para inspeccionar su estado, ó para mandar hacer las reparaciones necesarias, ó para otorgar nuevo arrendamiento antes de que espire el actual.

3.º Si siendo dueño tambien de una propiedad contigua á la arrendada, ejerciese los derechos que le competen sobre aquella, en términos que perjudique al uso y goce de esta; tal como pudo prometérselo el arrendatario en vista del estado de las cosas al celebrar el contrato, v. gr., si edificase ó elevase una casa junto á la alquilada, disminuyendo esta el aire y la luz.

4.º Si habiendo arrendado una parte de la casa, dispone de la restante, de manera que perjudique ó moleste al arrendatario en el pleno y pacífico goce de la suya.

5.º Si hiciere alguna de las obras que tiene derecho á resistir el arrendatario con arreglo á los principios que hemos espuesto al tratar de la obligacion de conservar la cosa en estado de servir al uso para que ha sido arrendada.

En todos estos casos el arrendatario puede demandar al arrendador que cese en la perturbacion, ó si esto no es ya posible y se le hubieran irrogado algunos perjuicios, puede pedir su indemnizacion, y que le abone las ganancias que hubiera podido reportar del arrendamiento (1).

La ley citada lo estableció así en términos absolutos al hablar del arrendamiento

de casas, viñas, huertas ú otras cosas semejantes, diciendo, «que si los señores de ellas, ú otros á quienes ellos pudieran venderlo, impidiesen en alguna manera su goce, á los que las tuviesen alquiladas ó arrendadas les deven pechar todos los daños ó menoscabos..... y demas de esto las ganancias que pudieran haber hecho en aquellas cosas..... si non ge las oviesen ellos embargado.»

En cuanto á la perturbacion que proviene de un tercero, debe distinguirse entre la que es de derecho y la que es de hecho solamente. En el último caso, esto es, cuando el tercero por vias de puro hecho, sin pretension alguna sobre la cosa arrendada, embaraza su disfrute, el dueño no es responsable de semejante perturbacion, ni aun viene obligado á precaver de ella al arrendatario, y este tendrá únicamente el derecho de perseguir á los autores del mal para que se les condene á la reparacion debida. Cuando no se pretende ningun derecho sobre la cosa; cuando no se atenta sino contra el goce personal del arrendatario, es él quien debe defenderla, porque él y no otro es el atacado. Entonces puede entablar uno de los remedios sumarísimos que el derecho concede, porque si bien es verdad que el ejercicio de ellos se permite por punto general á los que poseen civil ó naturalmente, nadie duda que el inquilino ó arrendatario poseen á nombre de los dueños, que deben tener los medios convenientes para defender el disfrute de las cosas arrendadas, adquirido á la sombra de la ley, y que deben ser protegidos por los jueces en fuerza de esa autoridad tuitiva que les compete, para hacer conservar á cada uno el legítimo uso de sus derechos. Otra cosa seria si el atentado se hubiese cometido en odio del dueño, en cuyo caso exigiria la justicia, y así lo dispone la ley que este indemnizara al arrendatario, así como el arrendatario responde al dueño del daño que sus enemigos ó mal querientes hicieren en la cosa arrendada (1).

(1) Ley 21, tit. 8, Part. 3.

(1) Ley 7, tit. 8, Part. 3.

La perturbacion de derecho es la que resulta de las pretensiones de un tercero á la propiedad, posesion ó aprovechamiento de la finca ó aunque solamente sea á alguna servidumbre. Para deslindar las obligaciones y derechos respectivos de las partes en estos casos, es preciso ante todo suponer que el arrendatario recibió la cosa de buena fé, creyendo que aquel que se la arrendó podía hacerlo, pues si sabia que era de otro, nada podria reclamar del arrendador, de cualquier modo que por un tercero se le perturbase. Si recibió la cosa de buena fé, y el perturbador ha obrado con derecho, puede repetir contra el que le otorgó el arriendo; pero no siempre con igual accion, pues el arrendador, si le constaba que el tercero tenia aquel derecho, debe pagarle todos los daños y perjuicios con las ganancias que hubiera podido obtener en otro caso, y si lo ignoraba solo vendrá obligado á restituírle tanto cuanto hubiese recibido de él por razon del arrendamiento, y abonarle cuanto hubiese gastado en espensas ó mejoras de la cosa. Tampoco vendria obligado á mas el propietario si el derecho en cuya virtud se perturbó al inquilino ó colono reconociese un origen posterior al contrato. La ley se espresa con la generalidad que acabamos de ver; pero la razon y la equidad dictan que cuando el arrendatario haya sido perturbado ó impedido solamente en el goce de una parte de la cosa, el reintegro del precio y abono de impensas y mejoras sea con relacion á la estension y entidad de aquel perjuicio (1).

De todas maneras la simple enunciacion de las pretensiones del tercero aunque sea en juicio no produce en favor del arrendatario ninguno de esos derechos, pues para reclamar algun reintegro ó indemnizacion es preciso haya llegado á ser realmente perturbado en el uso y aprovechamiento. Tambien es necesario para ello que haya denunciado al propietario con la anticipacion debida la perturbacion ó impedimento; pues no seria justo exigir á este la

reparacion de un mal de que no se le dió noticia, y que acaso hubiera podido evitar si lo hubiese sabido oportunamente. Hasta responsable seria el arrendatario cuando de su silencio se hubiera seguido algun perjuicio al dueño, como si de sus resultas hubiese este perdido la posesion de año y día y con ella el derecho de hacerse amparar por la via sumarísima. Mas si el arrendatario demostrase que el arrendador no tenia medio alguno de impedir ni remediar la perturbacion, la falta de aviso dejaria de ser un obstáculo para el ejercicio de sus acciones.

El embarazo ó impedimento que puede experimentar el arrendatario en el uso de la cosa á virtud de una ocurrencia puramente casual é independiente de la voluntad del arrendador, no le dá derecho á indemnizacion alguna, pues nadie responde de los casos fortuitos. A lo único que podrá aspirar es á una rebaja de precio ó á la rescision del contrato, segun las circunstancias. De la destruccion total ó parcial de aquella y de cuando pasa á manos de un tercero de resultas de un acontecimiento fortuito ó de alguna fuerza mayor, trataremos en la seccion siguiente.

La obligacion que contrae el propietario de hacer seguro al arrendatario el pleno y pacífico goce de la cosa, induce asimismo la responsabilidad de los vicios ó defectos que puedan sobrevenir y sobrevengan de hecho en la misma. No solamente responde el arrendador, como hemos visto antes, de los vicios preexistentes al contrato, sino de los que le subsiguen, á diferencia del vendedor, que únicamente lo es de los que contenia la cosa al tiempo de la convencion, cuya diferencia estriba en que desde que la venta queda perfecta por el consentimiento de los contrayentes, los riesgos de ella inherentes á su dominio pertenecen al comprador, y en el arrendamiento son siempre del arrendador, que no se ha desprendido mas que del uso y disfrute de su propiedad. En este caso, como en el de que los vicios anteriores al contrato no fuesen ni debiesen ser conocidos del dueño, la obligacion de este se reduce á soportar una

(1) Ley 28, tit. 3, Part. 3.

ARRENDAMIENTO.

701

disminucion proporcionada del precio ó la rescision del arrendamiento segun las circunstancias, sin estenderse nunca al abono de daños y perjuicios, por cuanto ni en uno ni en otro ha obrado con dolo, que es lo que podria constituirle en esa responsabilidad. En este sentido creemos que ha dicho la ley: «Mas si el señor non sopiese tal maldad, estonce non seria tenuto de pecharle los daños, nin los menoscabos; mas decimos: *que non le debe demandar el loguero, nin el otro non es tenuto de gelo dar* (1). La diferencia de mas que haya entre el precio y el importe de la pérdida ó daño experimentado por el arrendatario no podria dejarse á favor de este, sin violar la máxima de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro. Finalmente, si los defectos de la cosa eran notorios, el arrendatario que la hubiese aceptado con ellos, se presume que los tomó en cuenta al estipular el precio, y ninguna reclamacion podria hacer en su razon al dueño (2).

La cláusula de que este no sale garante de los vicios que acaso tenga la cosa ó pueda adquirir en lo sucesivo, no nos parece ilícita, y le eximirá efectivamente de la obligacion de responder de ellos, á no ser que sepa que la cosa adolece de alguno, ó está ocasionada á contraerlo, y que el arrendatario lo ignore, pues en tal caso la cláusula seria nula.

Las obligaciones que hemos mencionado de parte del arrendador nacen de la índole esencial del arrendamiento y del objeto del contrato. Tiene ademas otras que se derivan de la naturaleza de los derechos que él trasmite y de los que se reserva, y de la disposicion de la ley que las establece expresamente.

Tal es en primer lugar la de pagar las contribuciones, tributos y cargas actuales ó que se impusieran sobre la finca, como quiera que todos estos gravámenes se refieren á los frutos ó rentas que el propietario percibe siempre bajo una ú otra forma. Si el arrendatario los satisface por evitar el

embargo de frutos ú otro perjuicio, tiene derecho á repetir desde luego por su importe contra el dueño, pudiendo tambien compensarlo con el precio del arrendamiento, sin necesidad de esperar á que venza el plazo. Esceptuase únicamente el caso en que hubiese pacto expreso en contrario.

Este pacto de que el arrendatario pagará los tributos y cargas de la cosa es lícito, y entonces, como se ha enunciado, queda libre de esta obligacion. Mas en razon de los impuestos públicos pueden ocurrir graves cuestiones: si se ha estipulado en el contrato que el arrendatario deberá satisfacerlos, y durante el arrendamiento se aumentan ó disminuyen, ó se crean y establecen otros nuevos y extraordinarios, ¿será el aumento de cargo del arrendatario ó del dueño? ¿Cederá la disminucion en beneficio de aquel ó de este? ¿Quién de los dos deberá satisfacer los creados ó impuestos nuevamente? Para responder á estas preguntas es necesario ante todo consultar los términos del convenio. Si se ha dicho que el arrendatario pagará tanto los impuestos establecidos como los que en adelante se establezcan, suyo es enteramente el riesgo adverso ó favorable del aumento ó de la rebaja. Si se ha dicho en general que pagará los impuestos, ya puede controvertirse la latitud de esta obligacion; pero lo mas razonable y creible es que el arrendatario, al tomar sobre sí el pago de los impuestos, sin decir que de los existentes, se convino á soportarlos, tales como fuesen al tiempo de su exaccion. Pero los extraordinarios que se exijan por razon de la propiedad deben ser siempre de cuenta del dueño, pues de cualquiera manera que se haya comprometido el arrendatario á satisfacer los impuestos presentes ó supervenientes, se presume que solo se refirió á los ordinarios; ademas de que en el caso de verdadera y fundada duda sobre la estension de una obligacion, es regla de derecho que antes se debe restringirla que ampliarla. La otra obligacion á que hemos aludido es la de pagar el derecho ó impuesto de hipotecas. Determinado que este se satisfaga en los arriendos y subar-

1. Ley 14. tit. 8. Part. 5.
2. Ley 14. tit. 8. Part. 5.

riendos, en las subrogaciones, cesiones ó retrocesiones de arriendos, la ley le impone al arrendador la obligacion de pagar la cuota en su razon establecida, ora sea el arrendador propietario de la finca, ora sea simple usufructuario. En los subarriendos impone esta misma obligacion al arrendatario que, como hemos dicho en la seccion anterior, al subarrendar se convierte en arrendador.

§. 2.º De las obligaciones del arrendatario.

Hemos espuesto hasta aquí las obligaciones del arrendador, y por una consecuencia indeclinable han quedado determinados los derechos del arrendatario. Espondremos en este párrafo las obligaciones de este último, y quedarán de igual modo deslindados los derechos del arrendador. Las principales que incumben á los arrendatarios son dos: 1.ª usar de la cosa como un buen padre de familias; 2.ª pagar el precio estipulado.

Estas obligaciones son de todo punto indefectibles: el arrendatario no puede eximirse en manera alguna de su cumplimiento, y si falta á ellas sufrirá personalmente las consecuencias que iremos esponeando.

Sin embargo, la ley no le fuerza siempre á usar y gozar por sí propio de la cosa arrendada: durante el tiempo del contrato estará obligado al dueño en razon del uso y disfrute de la misma, como si él en efecto la usara y disfrutara; pero bajo esta responsabilidad tiene por regla general el derecho de subarrendarla, ó ceder su arrendamiento á un tercero, en los términos que hemos espuesto en la seccion anterior. Pero sea que use y disfrute la cosa arrendada por sí mismo, sea que lo verifique por medio de otro, debe llenar las dos obligaciones indicadas en los términos que vamos á esponeer.

PRIMERA OBLIGACION. *Usar de la cosa como un buen padre de familias.* Esta obligacion comprende tres deberes, que son otras tantas consecuencias de ella: primera, el de no emplear la cosa arrendada fuera

del objeto para que se dió; segunda, el de poner en su conservacion una regular diligencia; tercera, el de restituirla en buen estado á la conclusion del arrendamiento.

Primera consecuencia. Segun ya dijimos en el párrafo segundo de la seccion segunda, el arrendatario está obligado á hacer de la cosa el uso que se designó en el contrato, ó en su defecto aquel á que se halla destinada por su naturaleza y para el cual sirve comunmente. Si de otro modo usa de ella y perjudica al dueño, este podrá exigirle una indemnizacion y aun la rescision del arrendamiento si el abuso constituye abierta infraccion de lo pactado.

Menos todavía puede el arrendatario hacer cambios ni alteraciones en la cosa arrendada. Sin embargo, si la modificacion es de poca importancia, y no perjudica al propietario, seria exagerar la severidad de esta regla el acusarle de abuso. No podrá, pues, el arrendatario de una casa horadar sus muros ni practicar otras obras que perjudiquen á su solidez, pero sí derribar ó levantar tabiques, abrir ó cerrar puertas interiores, hacer cualquiera otra variacion ligera que no cause daño en el edificio á no ser que el dueño se lo hubiera prohibido espresamente en el contrato, con obligacion de reponerlo en su primer estado, si se le exigiese.

Pero hay otra especie de modificaciones que el propietario puede resistir aunque no las hubiese prohibido espresamente en el contrato, y á pesar de que mejoren la cosa en vez de perjudicarla, sobre todo si han de producir algun cambio en su forma. Por eso es que el arrendatario no puede contra la voluntad de aquel convertir una posada pública en casa particular, ó al contrario, ni establecer un ingenio ó máquina en un edificio destinado á habitacion, ni arrancar las cepas ó el arbolado de una heredad para convertirla en tierra de labranza, aunque la finca valga mas despues de la trasformacion. Por lo demas es evidente que el desmonte de una tierra inculta, la desecacion de una laguna dañosa y otras operaciones de esta especie no constituyen abuso; por

ARRENDAMIENTO.

703

el contrario, son actos de prudente y celosa administracion que, lejos de sujetar al arrendatario á responsabilidad alguna, le confieren derecho al abono de las mejoras que con ellos haya hecho en la finca.

No obstante la regla general que dejamos sentada, si el propietario al tiempo de otorgar el arrendamiento debió presumir por la profesion del arrendatario que se proponia aplicar la cosa á un objeto distinto del que hasta entonces habia tenido, como si alquilase una casa que habia servido de posada á un cerragero, carpintero ó comerciante, entiéndese que consiente en que el nuevo inquilino mude su uso, y este podrá emplearla en los de su profesion ú oficio, sin mas obligacion que la de devolverla como la recibió.

El arrendatario de un edificio, cualquiera que sea el uso hecho de él anteriormente, no podrá destinarlo á casa de juego ó prostitucion contra la voluntad del dueño; pues tales establecimientos, aunque estan tolerados, siempre ofrecen inconvenientes graves y tienen un carácter de inmoralidad que basta por sí solo á justificar la resistencia del arrendador, y aun le dan derecho á pedir la rescision del contrato (1).

El inquilino de un edificio consagrado á servir de fábrica ó tienda no puede cambiar su uso; pero podrá tenerlo cerrado á riesgo de que pierda su crédito, y sus parroquianos, y acaso con este solo fin? De ningun modo. Aunque se diga que el crédito se debe al comercio establecido en aquel local y no al local mismo, ni esto es enteramente exacto, en atencion á que la costumbre de surtirse de una tienda cualquiera entra por mucho en la concurrencia de los consumidores, ni puede dudarse que al alquilar el dueño su edificio ha entendido que continuaria ejerciéndose en él la industria ó comercio á que se hallaba destinado, de suerte que su clausura contraría una mira legitima del propietario y le causa un perjuicio notorio, rebajando el mérito de la finca y haciendo

mas difícil la consecucion de un precio igual en los arriendos sucesivos.

Hay cosas cuyo disfrute consiste, no en la percepcion de frutos distintos y separados del fundo que los produce, sino en una desmembracion periódica y continua de la cosa misma que tiende incesantemente á su destruccion; tales son las minas, los criaderos de carbon, las canteras y los bosques. Acerca de la estension de que es susceptible el uso de estas cosas se pueden promover árduas cuestiones. ¿Será permitido al arrendatario explotarlas con tal actividad que nada reste de ellas á la conclusion del arriendo, ó deberá circunscribirse la explotacion á la cantidad de productos que se haya acostumbrado á sacar anteriormente, ó deberá, en fin, el arrendatario respetar los límites convencionales que se hubiesen puesto al uso de la cosa en un arriendo precedente? No es fácil, en verdad, que estas dudas ocurran con frecuencia. El interés bien entendido de los propietarios les conduce naturalmente á regular el precio por la cantidad de las materias extraídas, y esto, que tan en armonia se halla con la equidad, es tambien el medio mas conveniente y seguro de evitar disputas. El propio resultado se obtendria fijando el número de operarios que fuese licito emplear en la explotacion ó la cantidad de materias que pudiera extraer. Mas si nada de esto se ha estipulado, si el arrendador ha cedido el derecho de explotacion, como pudiera ceder el uso y disfrute de cualquiera otra cosa indefinidamente y mediante una pension anual determinada, y si tampoco puede deducirse de alguna cláusula del contrato ó de otras circunstancias que las partes tuvieron intencion de poner límites al ejercicio de aquel derecho, el arrendatario, en nuestro sentir, conforme con el de otros graves escritores, puede dar á la explotacion toda la actividad y el desarrollo que tenga por convenientes.

La regla de que el arrendatario no debe hacer de la cosa mas uso que el que la sea propio, es aplicable así á los arriendos de casas, como á los de tierras.

(1) Ley 6, tit. 8, Part. 3.

Conviene, sin embargo, advertir que el precio se paga en el arriendo de tierras por una cosa productiva, y el de casas por una cosa improductiva. El arrendatario de una heredad la toma como un capital necesario para el desenvolvimiento de su industria; el inquilino de una casa se procura un objeto de primera necesidad sin ninguna mira de especulación. Estas distinciones son importantes porque de ellas se derivan consecuencias que influyen muy directamente sobre los derechos de los respectivos arrendatarios. Al colono se le debe permitir, y aun en ello merece protección, todo aquello que conduce al buen éxito de su empresa: su derecho, bajo este punto de vista, no concluye sino donde por efecto de sus operaciones comienza á deteriorarse el capital que se le ha entregado, á perder algo de su valor ó de su fuerza productora. El inquilino se halla en distinto caso y no puede concedérsele la misma libertad y apoyo para satisfacer sus caprichos, ni aun para acrecentar las comodidades de su vivienda. Otra cosa sería si se tratase de un inquilino principal que hubiese tomado la casa para subarrendarla; entonces las consideraciones indicadas podrían alegarse también á su favor, aunque nunca con tanta eficacia como en el arrendamiento de tierras. La apreciación de las diferentes circunstancias que pueden influir en la mayor ó menor extensión de los derechos de los contrayentes en cada caso, no puede menos de dejarse al recto juicio y á la equidad de los tribunales.

Segunda consecuencia. El arrendatario debe usar y cuidar de la cosa arrendada como un diligente padre de familias suele hacerlo de las suyas propias (1) prestando por lo tanto lo que en el derecho se llama la culpa leve (2). De suerte, que si por no conducirse así, ó por otra causa imputable al mismo ó á las personas de quien es responsable sufre la cosa deterioro, deberá indemnizar ó pagar su importe al dueño (3).

Las leyes de las Partidas, mas explícitas y minuciosas en este particular, hacen extensiva esta responsabilidad del arrendatario á todos los casos y á todo género de arrendamientos. La ley 7 ya citada habla del arrendatario de tierras, y después de imponer la obligación de cuidarlas y cultivarlas como si fueran suyas, añade que si por impericia, culpa ó negligencia suya ó de sus dependientes se empeorasen, ha de indemnizar todo el daño á justa tasación, practicada ante el juez por personas entendidas y competentes. La ley 8 habla del que da en alquiler sus bestias ó artefactos, para llevar aceite, vino ú otra cosa semejante, y dispone que si estos géneros se cayesen ó perdiesen por culpa de aquel, está obligado á reparar el daño causado. Otras leyes hablan de los que dan en alquiler sus obras, servicios é industria, y les imponen la misma responsabilidad en el caso de que por su culpa causen algun deterioro ó perjuicio. Así el lapidario que recibe una piedra preciosa para engazarla en sortija y la rompe responde del daño, á no ser que probase que la piedra tenia algun pelo ó señal de quebradura (4). El que recibe ropas para teñir, lavar ó coser y las cambia por error, ó las pierde y empeora por su culpa, está también obligado á pagar su estimación á juicio de peritos (2). Así los pastores que reciben soldada por guardar los ganados, si por su culpa se verificase en ellos algun daño deben satisfacerlo con todos los menoscabos (3). Así el maestro ú obrero que toma á destajo algunas obras, y las hace de tan mala ó defectuosa construcción, que por ello sienta el dueño algun perjuicio, está también obligado á repararlo (4). Así los dueños ó arrendatarios de posadas, tabernas, y otros establecimientos semejantes que admiten en ellos á los caminantes y mercaderes, son responsables de los daños originados en las cosas que estos introdujeron por la culpa ó negligencia de

1 Ley 7, tit. 8, Part. 5.

(2) LL. 2, tit. 2, Part. 5 y 11, tit. 33 Part. 7.

3 Ley 7, tit. 8, Part. 5.

(1) Ley 10.

(2) Ley 12.

3 Ley 15.

4 Ley 16.

ARRENDAMIENTO.

703

los primeros ó por la de sus criados y dependientes (1). La ley, sin embargo, exceptúa de esta disposicion tres casos. Primero, si el dueño del establecimiento previno que no queria ser responsable del daño. Segundo, si facilitase arca ó cuarto con llave para guardar las cosas. Tercero, si se perdiesen por caso fortuito.

Tambien debe soportar el menoscabo que hicieren en la finca sus enemigos ó malquerientes en odio á su persona, bien que si no habiendo dado motivo justo á la enemistad, ha puesto mayor cuidado en la custodia de la cosa, no pareceria justo obligarle al resarcimiento del daño, que burlando esta diligencia consiguiese su enemigo (2). Tanto en el caso de que tratamos, como en el de que el menoscabo provenga de culpa de sus dependientes ó subarrendatarios podrá repetir contra el que con su esceso, abuso ó descuido le haya constituido en aquella responsabilidad, causándole el perjuicio consiguiente.

Las pérdidas ó desmejoras sobrevenidas á la cosa por culpa de un tercero, de cuyos actos no sea responsable el arrendatario, ó por fuerza mayor, ó por vejez ó viciosa construccion de ella, ó por su mala calidad, ó por la naturaleza del uso á que está destinada, son de cargo del propietario.

Tampoco viene obligado el arrendatario al resarcimiento cuando la cosa se deteriora ó perece por incendio puramente casual, inundacion ú otro caso fortuito (3). Así el que dá en alquiler sus bestias y artefactos no es responsable de los perjuicios cuando han ocurrido por un acontecimiento extraño é inevitable (4). Así los pastores que reciben soldada, quedan exentos de toda responsabilidad cuando el daño se ha debido á la misma causa (5). Así, en fin, el inquilino no es responsable de los daños ocurridos en la casa alquilada cuando sobreviene por el mismo acontecimiento. En la nota 2 á la ley 8, tit. 10, lib. 10 de la Nov. Recop. se hace

mérito del considerable estrago causado en las vidrieras de las casas de Madrid por una tempestad de granizo que las destruyó completamente, y el consejo que se ocupó de las cuestiones suscitadas á consecuencia de este desgraciado suceso, declaró que debian sufrir el daño los dueños como sufririan el *de la quema*, y mandó ademas que en el asunto no se admitiese recurso alguno, teniéndose esta declaracion por regla general y como ley.

La regla general de que el arrendatario no viene obligado al resarcimiento del daño, cuando se verifica por un caso fortuito, tiene, sin embargo, tres limitaciones que establece la ley (1). Primera: si se pactó que el arrendatario fuese obligado al daño de cualquier modo que acaeciese. Segunda: si retardase la devolucion ó entrega de la cosa al dueño mas de lo debido, y entre tanto se perdiese ó empeorase. Tercera: si por culpa del mismo arrendatario sucediese la ocasion ó motivo que produjo el daño.

La prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor y de cualquiera otra causa que hubiere dado lugar á la pérdida ó desmejora incumbe al arrendatario, pues habiéndose obligado á restituir al dueño la cosa, concluido el arrendamiento en buen estado, ó tal como la recibió si alega razon para no hacerlo, de reo se convierte en actor y tiene el deber de justificar sus excepciones. La ley ha establecido las mismas reglas para el caso análogo de la restitucion de las cosas dadas en comodato (2). En virtud de esta obligacion el arrendatario tiene que indemnizar al dueño del deterioro ó pérdida de la cosa arrendada, mientras no pruebe que avino por cualquiera de las causas antedichas.

Esta doctrina se entiende solamente cuando se trata de uno de aquellos casos fortuitos que, segun la distincion de nuestros pragmáticos, ocurren regularmente sin culpa ni negligencia del poseedor, como la guerra, la peste, la invasion de los enemi-

(1) Ley 26.

(2) *Ibidem*. Con la glosa 3 de Greg. Lopez.

(3) Ley 8, tit. 8, part. 3.

(4) Ley 7.

(5) L. 14.

(1) Ley 8, tit. 8, Part. 3.

(2) Ley 20, tit. 13, part. 3.

gos, la inundacion, porque entonces le basta, como se ha dicho, al arrendatario probar el hecho y la desgracia que experimentó la cosa arrendada; pero no se entiende cuando esta se desmejora ó perece por alguno de aquellos otros casos fortuitos que regularmente acontecen por la culpa y negligencia del poseedor, como el incendio, el hurto, la fuga de los animales alquilados, etc., en los cuales no basta al arrendatario probar el suceso, sino que tiene que acreditar además la diligencia exactísima que empleó á fin de evitar semejante resultado.

Antonio Gomez, que trata esta materia con estension, pregunta si en el caso de muerte deberá presumirse que la cosa murió por culpa del arrendatario ó sin ella. Esta duda, que segun el mismo autor es de uso frecuente en los arrendamientos de animales, la resuelve diciendo que la muerte se presume siempre casual é inculpable, mientras no se pruebe que aconteció por culpa del conductor; cuya prueba debe dar el dueño por la razon de que el que funda su intencion en alguna cualidad ó circunstancia está obligado á probarla. Eexceptúa, sin embargo, el caso de que la persona demandada por la muerte de los animales no sea simple conductor de ellos, sino que esté obligado en fuerza de algun contrato á la custodia y conservacion de los mismos, porque entonces estará obligado á probar que el acontecimiento ocurrió sin culpa alguna de su parte (1).

Aunque las reglas precedentes son hasta cierto punto aplicables á los estragos causados por un incendio, debemos consagrar algunas reflexiones á este caso particular y frecuente, del cual deben surgir muchas y muy trascendentales cuestiones. Hay además de las razones espuestas una especial y muy poderosa para exigir al inquilino el resarcimiento del daño producido por un incendio, á no ser que pruebe que provino de caso fortuito, ó de fuerza mayor, de vicio de construccion, ó de haberse comuni-

cado el fuego de un edificio vecino: tal es la presuncion de que el incendio de un lugar habitado acontece casi siempre por culpa de sus habitantes. *Plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium* (1). Escribe observa tambien muy juiciosamente en su Diccionario razonado, que la causa pública se interesa en que se imponga á los inquilinos esta responsabilidad para obligarlos á mayor vigilancia; ya que no pueda ejercerla por sí mismo el propietario.

Y no solo á este, sino tambien á los vecinos de la casa incendiada debe su inquilino indemnizar de los perjuicios que experimenten. Debemos sin embargo advertir que no siendo uno mismo el origen legal de la obligacion, varian en puntos muy importantes sus consecuencias. El propietario pide en nombre de un pacto, que obliga al inquilino á devolver la cosa en el estado en que la recibió; el vecino pide en nombre de un principio de equidad, que obliga al autor de cualquier daño á entmendarlo y pagarlo; lo mismo si lo ha causado por sus manos; que si ha avenido por su culpa ó ha sido hecho por su mandado ó por su consejo, como decia una ley de Partida (2).

Hay pues la diferencia de que en el primer caso la prueba incumbe al inquilino, y en el segundo no, pudiendo suceder alguna vez que resarza al propietario y no á los vecinos, ó que haya de resarcir á aquel un inquilino inocente del incendio, y que otro culpado se liberte de verificarlo, pues para lo uno basta que no pueda probar que el daño procedió de caso fortuito, fuerza mayor, etc.; y para lo otro es necesario se le pruebe á aquel que el daño avino por su culpa.

Como la responsabilidad del inquilino con respecto á los vecinos no emana del contrato de arrendamiento, reservamos para el artículo ~~arrendamiento~~ el tratar de propósito y con mas estension esta materia, asi como de los derechos que competen al dueño de un edificio que haya sido derribado para atajar los progresos del incendio de otro contiguo.

(1) Ley 15, tit. 8, Part. 3.

(1) Ley 3, párrafo 1, de off. pref. vig.

(2) Ley 5, tit. 15, Part. 7.

ARRENDAMIENTO.

707

No solo es responsable el inquilino del incendio ocurrido por culpa suya, sino tambien del que proviene de sus domésticos, y demas personas que admite en su casa. La razon es porque tiene el doble deber de asegurarse antes de las cualidades de estos individuos, y de vigilar cuidadosamente su conducta en todo lo concerniente al orden doméstico. Bien comprendemos que esto puede ser duro en algun caso, pero mas lo seria aun que destruido ó menoscabado el edificio por el incendio, sufre el perjuicio el dueño, el cual por inocente que se suponga al inquilino, lo está mucho mas de los actos de incuria ó imprudencia que produjeron el estrago. Cual sea el espíritu de la ley en este punto ya lo hemos visto: hablando de las desmejoras de los campos, así imputa al arrendatario las que ha ocasionado por sí propio como las que proceden de culpa de *los omes que los oviessen á labrar por él* (1); supóngase ahora que el colono elige para las labores á hombres espertos y diligentes, y que no contento con esto va siempre en pos de ellos á inspeccionar sus trabajos; pero si un dia los pierde de vista por ocupacion imprescindible, enfermedad u otro motivo semejante, y en aquellos momentos precisamente un jornalero causa algun perjuicio en la heredad por imprudencia ó descuido. ¿Será menos duro exigir al colono la responsabilidad del daño en este caso, que puede serlo, exigirselo al inquilino en el de incendio, de cualquier modo que se suponga? Otro tanto decimos de la que le impone la misma ley, en razon del daño causado por sus enemigos ó malquerientes, pues las restricciones con que admitimos esta obligacion de acuerdo con uno de nuestros mas famosos glosadores, no impiden que se haga responsable al arrendatario de los actos de un tercero que ha obrado independientemente por su sola cuenta, y cuyos agravios, por grandes que fuesen, no podian legitimar el atentado de semejante venganza. No hacemos la apologia de la ley ni su censu-

ra; esponemos únicamente sus principios, y la latitud que en nuestro sentir no pueden menos de darles el juriconsulto y el magistrado en su aplicacion. Solo queremos añadir, que la distincion que hacia la ley romana á propósito del incendio entre los domésticos y huéspedes del inquilino, capaces de inspirar desconfianza por su carácter, y los que fuesen tenidos por cuidadosos y de buenas costumbres, era sumamente embarazosa en la práctica, como observa Pothier; que la necesidad de proveer eficazmente á la seguridad pública es consideracion de mucho peso en estas materias, á la cual deben sacrificarse menores inconvenientes; y que en el propio orden de ideas está concebida la ley 25. título 15, Partida 7, en la que se dispone que si de una casa se echase á la calle alguna cosa que hiciese daño á los transeuntes, lo pague el morador, y si fuesen varios y no se supiese de cierto quién lo habia hecho, todos ellos de mancomun.

En cuanto á los posaderos ó mesoneros, la cuestion cambia mucho de aspecto. Si, atendidas algunas circunstancias particulares de persona, de tiempo ó de lugar, debió negar posada á un viajero ó vigilarle con mayor cuidado del ordinario para evitar un incendio, y por no haberlo hecho así, acaece este, será responsable de sus consecuencias. Pero si no mediaban tales circunstancias, cuya prueba opinamos compete al dueño, y el incendio ocurriese por malicia ó culpa del viajero, sin negligencia ó imprudencia de parte del inquilino, no seria este responsable del daño, pues recibiendo á aquel en la posada no habia hecho mas que ejercer su profesion y usar del edificio, segun el objeto á que estaba destinado.

Conteniendo la casa varios cuartos ó habitaciones y habiendo en cada una de estas un inquilino, será responsable del incendio aquel en cuyo departamento comenzó el fuego. Si no constase dónde comenzó, lo serán todos. En nuestros códigos no se encuentra esta decision, pero creemos se puede fundar en las leyes que determinan las

(1) Ley 7, tit. 8, Part. 5.

obligaciones del arrendatario en general. La dificultad de hacer ver el propietario que las desmejoras ó pérdidas de la cosa han resultado de una falta cualquiera del arrendatario, sería motivo suficiente para cargar sobre este el deber de probar que no ha habido culpa de su parte. Mas hay todavía otra razón en que principalmente estriba esta doctrina, y es la de que obligado como está el arrendatario á restituir la cosa en buen estado, ó se resigna á abonar sus deterioros sin discutir su origen, ó pretende eximirse del resarcimiento alegando que han provenido de culpa de un tercero ó de otra causa que no le sea imputable, en cuyo caso tiene la obligación de probar lo que alega. Ahora bien: en una casa de vecindad cada inquilino es responsable de su habitación, y si ocurre un incendio y no puede justificar que comenzó en la de otro inquilino, deberá indemnizar al dueño juntamente con los demás por la parte que le corresponde. Es verdad que, á escepcion de uno, los otros pagarán inocentemente; pero el mismo inconveniente se toca siempre que el arrendatario abona deterioros que no ha causado en la cosa, y cuyo origen desconoce ó no puede justificar, lo cual es barto fácil que suceda. Ni sería menor la injusticia de que el propietario soportase la pérdida ocasionada por uno de los inquilinos, solo porque ignorase quién de ellos era el verdadero responsable. En esto, al fin, hay incertidumbre, é incertidumbre de la cual no puede hacerse cargo al dueño, mientras que el perjuicio experimentado por el mismo sin la menor culpa es un hecho positivo y notorio. A estas consideraciones se agrega otra muy importante que ya hemos indicado mas arriba: la de la conservación de la seguridad pública que tan viva y profundamente se afecta con los incendios. La responsabilidad de todos los inquilinos es un nuevo y muy saludable estímulo para que se vigilen recíprocamente y eviten semejantes desgracias. También hemos citado una ley, la 23 del tit. 15, Part. 7, calcada en las máximas que vamos esponiendo, pues no de otro modo pudiera obligar

á todos los moradores de una casa á resarcir el daño que un objeto arrojado desde ella causase á los transeuntes, si no se supiese de cierto quién era el autor. Por lo demás, es indudable que el inquilino que sufra inocentemente la responsabilidad del incendio, tiene su derecho espedito para repetir contra el verdaderamente obligado, si justifica que en la habitación de este comenzó el fuego. Contra la acción del propietario es admisible á cada inquilino, no solo la prueba de que el incendio provino de culpa de otro, sino también la de que es imposible que el fuego se prendiera en su habitación.

Pero si hemos demostrado que en el caso propuesto el propietario puede exigir la indemnización de todos los inquilinos, de ninguna manera convenimos en que la responsabilidad de estos sea solidaria. Nuestras leyes repugnan la mancomunidad como poco equitativa, hasta tal punto que, cuando dos personas se obligan simplemente á alguna cosa por contrato, siquiera la obligación proceda de una misma causa y de un solo acto, se entiende que cada uno ha de cumplirle por mitad, á no ser que espresamente se obligasen *in solidum*. Y en efecto, por mucho que se utilice sobre el sentido y el valor de las fórmulas, nunca podrá presumirse con razón que el que no estipuló para sí solo los derechos haya querido soportar jamás ni por un solo momento el peso de las obligaciones. Sería, pues, chocar abiertamente con estos principios el imponer á uno solo de los inquilinos de la casa incendiada, aquel contra quien prefiriese el dueño dirigirse, la responsabilidad de todo el incendio, como obligado solidariamente con los demás á la indemnización. La ley que obliga á todos los moradores á resarcir de mancomun al transeunte á quien una mano desconocida perjudicó arrojando alguna cosa desde la casa, viene como argumento de analogía á robustecer y confirmar la doctrina de que cuando se ignora el verdadero responsable de un incendio, el propietario tiene acción contra todos los inquilinos; pero no basta para establecer en-

ARRENDAMIENTO.

709

tre estos el vínculo de la mancomunidad con que se liga á aquella, la cual, como odiosa de suyo y contraria al espíritu de otras leyes, no puede basarse en razones de simple analogía. Podrá decirse que la division de la responsabilidad presenta graves inconvenientes, pues por una parte obliga al propietario perjudicado á entablar tantas reclamaciones cuantos sean los inquilinos, y por otra le espone á perder las cuotas de los insolventes. En esta materia, mas que en otra alguna, es imposible una solucion que nada deje que desear á la justicia. La multiplicidad de las reclamaciones es un embarazo, pero no tal que no se esperimenten otros muchos mayores en el ejercicio de derechos no menos legítimos y sagrados, contribuyendo aquí en gran manera á allanar el camino la facultad que tiene el propietario de acumular sus acciones. La insolvencia de algun inquilino es un riesgo que nadie debe correr con mas razon que, el que habiendo contratado con él pudo y debió procurar que quedase garantida la convencion en todas sus consecuencias posibles. Comprendemos perfectamente que el caso de un incendio es de los mas remotos que pueden preverse en un contrato; pero no debe perderse de vista que en la cuestion que vamos examinando los derechos del propietario se protejen á espensas de algunos inquilinos inocentes á quienes el incendio no ha podido menos de causar á su vez algun perjuicio. Menester es, pues, no exagerar una responsabilidad que puede ser tan pesada y funesta á algunas familias. Al que fuere condenado en juicio á indemnizar de todo el daño al propietario por virtud de la mancomunidad no se le podria negar el derecho de recurrir contra los otros para que le reembolsasen de sus respectivas cuotas; y si por ventura tocaba esta suerte á uno de los no culpados en el incendio, altamente injusto seria hacerle pagar por los insolventes, con quienes ningun contrato habia celebrado, y de los cuales no pudo, por tanto, exigir garantías de ninguna especie. El propietario si no debió procurárselas en

el orden de una prudente administracion para la eventualidad de un incendio, á lo menos pudo hacerlo; al inquilino ni aun le era dado esto último.

Tampoco admitimos que la obligacion de los inquilinos á indemnizar el daño, sea por partes iguales. Como este deber procede en nuestro sentir, no precisamente de que á todos se les presuma culpables del incendio por falta ó negligencia, sino de que cada uno debe responder al detrimento de la habitacion que se le alquiló, mientras no pruebe que lo ha causado otro, la responsabilidad debe ser proporcionada á la entidad del daño que los respectivos departamentos han sufrido, y si todo el edificio ha padecido por igual, servirá de tipo para las indemnizaciones el alquiler que pague cada locatario.

Quando el mismo propietario ocupe una de las habitaciones, no tendrá accion contra todos los inquilinos, ni contra alguno de ellos en particular, sino prueba que el fuego no pudo principiar en su departamento. La razon de incumbirle en tal caso la prueba, es porque aunque deba suponerse que como mas interesado que nadie en la conservacion del edificio, ha puesto un cuidado especial para evitar el incendio, en su cualidad de morador está sujeto lo mismo que los otros, á la presuncion: *plerumque incendia fiunt culpa inhabitantium*.

Todavía nos resta examinar esta cuestion bajo una de sus fases importantes. Quando un edificio ha sido devorado por las llamas, ¿cumple el inquilino con pagar al propietario su verdadero valor á juicio de peritos, ó debe abonarle el costo de su reedificacion? Mr. Toullier, de acuerdo con algun otro jurisconsulto opina lo primero; pero su discípulo y continuador Duvergier, quiere que esta decision se contraiga á las obligaciones de las compañías de Seguros, pues en su dictámen la del inquilino se estiende á costear el nuevo edificio, fundándose en que debe reparar todas las pérdidas que el incendio causó al propietario, cuya reparacion seria incompleta si se limitase al valor en venta de la finca des-

truida, casi siempre insuficiente para su reedificación. Confesamos que estas razones nos parecen poco sólidas, á lo menos para establecer una regla general y absoluta. No desconocemos que en el mayor número de los casos es un perjuicio para el propietario el haber de reconstruir su edificio; convenimos, también, con el eminente escritor francés, en que rara vez bastará el valor en venta del que pereció en el incendio para levantar otro en su lugar. Pero en cambio tampoco se nos podrá negar que ordinariamente una casa nueva vale y renta mas que otra vieja: que aquella ofrece prendas de mayor solidez y duración que esta, y que por lo mismo se puede conservar á menos coste en buen estado. Repuesto el propietario en su finca con estas ventajas que tan grandes pueden ser segun lo que valiese la antigua, no es ya solamente una indemnización la que ha recibido; es un beneficio acaso superior en un duplo á la pérdida que sufrió, y que ignoramos en virtud de qué principio de equidad puede reclamar al inquilino, harto desgraciado á la verdad en haber ocasionado por su descuido ó imprudencia un estrago que tan caro paga, aunque solo desembolse el valor del edificio destruido. Lo que la equidad prescribe es que nadie se enriquezca con perjuicio de otro, y bajo la doctrina que combatimos, es indudable que el propietario se enriquecería á costa del infeliz inquilino. Bien se nos alcanza que en determinadas circunstancias el propietario renunciaria de buen grado el favor de obtener una casa nueva en cambio de otra vieja, porque si era la misma en cuyos productos cifraba su subsistencia, si carece de recursos y de crédito para suplir facilmente y sin quebranto sensible la diferencia entre el valor de la destruida y el costo de su reedificación, acaso no podrá emprender las obras; acaso consumirá antes su capital, y aun suponiendo que pueda levantar el edificio, siempre perderá los réditos correspondientes al tiempo que tarde á concluirse. En todo esto puede haber perjuicios de los cuales no pretendemos eximir al inquilino

responsable; pero entre indemnizar al propietario, como es justo, de todas las pérdidas, daños y perjuicios producidos por el incendio, y proporcionarle un edificio nuevo en lugar de otro tal vez ruinoso y lleno de defectos, hay una distancia inmensa, como que lo primero es una reparación solamente, y lo segundo puede constituir, y constituiria casi siempre un edificio cuantioso. Hé aquí por qué creemos que no puede darse solución á tan graves cuestiones en una fórmula general y precisa. El inquilino responsable de un incendio, debe al dueño del edificio reparación cumplida de todas las pérdidas que en su razon esperimente: pérdidas que podrán ser de mayor ó menor entidad, segun las circunstancias de cada caso, y racional es y justo que los tribunales tomen en consideración todas esas circunstancias para calcular y determinar su cuantía; pero mas allá de estos límites nada debe exigirse al inquilino, y si de resultados del medio empleado para indemnizar al perjudicado, se mejora la condición de su propiedad y crecen sus productos, la justicia exige que se discurre algun otro para que el aumento redunde en pró de aquel á cuyo sacrificio se ha debido. Tales son las máximas y reglas á que nosotros nos atemperariamos en el terreno de la práctica; si hubiéramos de resolver algunos de estos casos.

Tercera consecuencia: El arrendatario debe restituir la cosa á la conclusion del arrendamiento; y si fuese rebelde en no querer entregarla hasta que recaiga sentencia contra él, dice la ley que la deberá tornar doblada al dueño ó sus herederos (1); pero esta pena no se halla en práctica. No pudiendo el arrendatario restituirla por haberse perdido ó destruido, deberá pagar su estimación.

La cosa debe volver á poder del dueño en buen estado; pues aunque el arrendatario cumpliria con devolverla tal como á él se le hubiese entregado, presúmese que no la recibió sino en el estado que tenía de re-

1. Ley 18, tit. 8, Part. 8.

ARRENDAMIENTO.

711

cho á exigirla, salvo que pruebe lo contrario: si se hizo cargo de ella bajo inventario, no vendrá obligado mas que á devolverla en la forma descrita en aquel documento. Cuando se hubiere deteriorado ó perdido durante el arriendo, ya hemos manifestado anteriormente la responsabilidad que contrae y debe hacer efectiva, mientras no acredite que el daño provino de una causa que no sea su propia culpa ó la de las personas que de él dependen. Si la finca se menoscabare naturalmente, ó por efecto del uso regular y lícito que de ella hace el arrendatario, corresponde al dueño repararla; y si por negligencia de esto se agrava el deterioro, suyo será el perjuicio, á no ser que el arrendatario hubiese dado lugar á la tardanza, dejando de avisarle y requerirle oportunamente á que practicasen las obras necesarias de conservacion. Si por descuidarlas el dueño las hiciese el arrendatario, tiene este derecho al reintegro, segun hemos dicho en otro lugar.

Tambien debe abonarle el dueño el importe de las mejoras útiles que hubiese recibido la finca, aunque solo en el caso de haber prestado su consentimiento expreso ó tácito para ellas; pues si eree conveniente hacer por sí mismo aquello en que la mejora consiste, nadie le puede impedir que en su propiedad dirija y administre las obras ó reformas que ha de satisfacer de su peculio. No es esta con todo la única razon ni tal vez la mas poderosa que persuade á no admitir sin esta restriccion el derecho del arrendatario al abono de las mejoras. En efecto, hay situaciones en que el propietario puede preferir prudentemente la conservacion de la cosa en el estado que la arrendó, á un mejoramiento que no le compense en sus circunstancias especiales el sacrificio de su costo. Seguramente la agregacion de un segundo piso á la casa que tenga uno solo, los grandes desmontes, la conduccion de aguas á terrenos secos pueden ser obras utilísimas; pero ¿hay derecho para obligar á nadie á que invierta en ellas sus capitales? Por otra parte, ¿no causaria perjuicios equivalentes á una ruina el

acometer semejantes empresas? Justo es, pues, que no las acometa otro por ellos sin prevenirles antes y obtener su beneplácito, tanto mas cuanto el autorizar al arrendatario para hacer cualquiera otra que se le antojase, sin exigirle mas condicion que la de la utilidad, seria darle un arma poderosa en muchos casos para prolongar el arrendamiento contra la voluntad del dueño. Si por no haber contado con este experimentar algun perjuicio, á sí mismo deberá imputárselo; bien que no siendo equitativo que nadie se enriquezca á espensas de otro, el arrendatario á quien el dueño no quiera abonar las mejoras podrá retirarlas, siempre que no haga detrimento en la cosa dejándola en su primitivo estado. Conviniendo al dueño conservarlas y queriendo satisfacerlas, tiene la eleccion de abonar lo que costaron ó lo que valen actualmente; porque si valen menos no será justo exigirle un desembolso superior á su utilidad positiva, y si valen mas el arrendatario no tiene derecho á un aumento debido á las circunstancias.

¿Podrá el arrendador exigir al arrendatario la devolucion de la cosa antes de la conclusion del arriendo? ¿Podrá el arrendatario á su vez obligar al dueño á que la reciba, antes de cumplir el plazo? Pronto tendremos ocasion de examinar estas cuestiones, así como la del nuevo arrendamiento ó *tácita reconduccion* que resulta, si concluido el tiempo del arriendo permanece el arrendatario en la cosa por tres ó mas dias con aquiescencia del dueño.

Segunda obligacion del arrendatario.-Pago del precio. En el párrafo segundo de la seccion segunda hemos explicado ya la necesidad del precio como requisito esencial del contrato, en qué debe consistir y de qué manera se puede fijar por la parte. Ahora espondremos la doctrina relativa á la obligacion de satisfacerle, y á las consecuencias que resultan en el caso de no verificarlo. Escusado es decir que esta obligacion es inescusable, porque su cumplimiento toca á la esencia del contrato, y no puede subsistir de otro modo.

Segun la ley de Partida (1), el precio debe satisfacerse al plazo señalado en el contrato, circunstancia que siempre se expresa en el arrendamiento, á no ser que la costumbre establecida en esta materia sea tan uniforme que haga escusada dicha designación. Si no se estableció el plazo debe seguirse la costumbre, como queda dicho, y no habiendo tampoco costumbre al fin del año.

Los pagos adelantados surten entre las partes los propios efectos que si se hubieran hecho en su tiempo oportuno. En esto no hay ninguna dificultad; pero pueden dar lugar á cuestiones algun tanto complicadas cuando se trate de otras personas. Por ejemplo: ¿serán válidos esos mismos pagos, en perjuicio de los acreedores, del arrendador y del arrendatario, cuando llegado el plazo del arrendamiento dirigiesen sus reclamaciones contra la pensión que debia cobrar el primero y satisfacer el segundo? Nosotros, bien examinadas las razones que pueden alegarse en favor de una y otra opinion, creemos que si la pensión del arrendamiento que debia percibir el arrendador no estaba obligada espresamente á la seguridad del crédito en virtud de un pacto de que se hubiera hecho sabedor oportunamente al arrendatario; y si no se prueba competentemente que esto, de concierto con el deudor, hizo la anticipación fraudulentamente, no hay fundamento para reclamar la nulidad de un acto que la ley no prohibe, y que frecuentemente puede aconsejarle su propio interes.

El arrendatario debe pagar el precio en el lugar fijado en el contrato, ó si no se designó en su propio domicilio.

Del pago de la renta con frutos nos ocuparemos al tratar especialmente del arrendamiento de tierras.

El arrendatario que no quiere ó no puede hacer uso de la cosa por impedimento nacido de culpa ó hecho suyo, está no obstante obligado á pagar el precio, á menos que el dueño, viendo la cosa desamparada, la ar-

riende á otra, y se evite de este modo todo perjuicio.

Mas si el impedimento proviene de culpa ó hecho del propio dueño, ó de los hechos de un tercero ejecutados en odio de este, ó de otra causa estraña, no deberá satisfacer el precio por el tiempo ó parte de la cosa en que ha estado privado de su goce.

Otra cuestión puede suscitarse con motivo de la omisión del arrendatario en pagar el precio, y de cuyo exámen, siquiera sea ligero y abreviado, no queremos privar á nuestros lectores. ¿La deuda del arrendatario devengará intereses desde la interposición ó demanda del propietario? Si la cuestión se examina bajo el punto de vista de la equidad, debe decidirse afirmativamente, sin necesidad de recurrir á las distinciones de que se vale Pothier para ello. En efecto, prescindiendo de si el precio del arriendo en la cuota del plazo vencido y no satisfecho constituye una deuda principal ó accesoria de otra, es lo cierto que su importe pertenece al arrendador desde que venció el plazo; y que bien se proponga emplearlo como capital en algun negocio, bien lo destine á proveer á las necesidades ordinarias de la vida, la privación de él le causa un perjuicio ó pérdida de interes que el deudor debe indemnizarle en justicia. Así es que no solo el escritor citado, sino Mr. Toullier y otros varios, le consideran sujeto á esta responsabilidad. Nuestras leyes no resuelven la cuestión de un modo general, para facilitar á los tribunales la formación de una jurisprudencia arreglada á los buenos principios, pues concedido el derecho de los intereses en el caso de la demora en el pago del precio á los que alquilan sus obras, no hay razón plausible para negarlo al que arrienda sus cosas.

Hemos visto la obligación indeclinable que tienen, así los arrendadores como los alquiladores, de pagar el precio de las cosas que arrendaren ó alquilaran (1); examinemos ahora la responsabilidad en que incurrirán por no verificarlo.

(1) Ley 10, tit. 8, Part. 3.

(1) Ley 4, tit. 8, Part. 3.

ARRENDAMIENTO.

715

La ley 3 del título y Partida citados dispone que si el arrendador no pagare á los plazos estipulados, ó á lo mas tardar al fin del año, «dende adelante el Señor de la casa puede echar della al que la tiene alquilada, sin caloña é sin pena.» Nada mas exigia esta ley para que el arrendador pudiera espeler al arrendatario que la falta de pago al plazo fijado en el contrato, ó en su defecto, al fin del año; el simple trascurso de esos periodos sin realizar aquella obligacion tan sagrada era causa suficiente para la espulsion; pero la inmediata ley 6, determinando los casos en los cuales el arrendador puede echar de la casa ó tienda al arrendatario, dice: «La cuarta es si alógase la casa por cuatro años ó cinco aviendo á dar por ella cada año loguero cierto; ó si pasaren dos años que non pagase lo que avia á dar dende adelante, puede echar della.» De manera que, segun esta ley, es indispensable que el arrendatario deje de satisfacer la pension dos años seguidos para que el arrendador pueda ejercer la facultad de que vamos hablando.

Antonio Gomez, en el lugar anteriormente citado, se hace cargo de esta especie de contradiccion que resulta entre las dos leyes; y para conciliarlas, siguiendo la doctrina comun de los doctores, hace una distincion en los términos siguientes: O el arrendamiento se hizo por mucho tiempo, como cuatro ó cinco años y por los sucesivos, ó se hizo por poco tiempo, v. g., dos años. En el primer caso el arrendatario debe satisfacer su pension anual, y si no lo verifica por dos años seguidos, cesa el arrendamiento ó puede el arrendador hacerle cesar espeliendo al arrendatario. En el segundo caso el arrendador puede hacer lo mismo en el momento que, vencido el plazo de un año, no lo satisfaga el arrendatario.

Añade dicho escritor que si el arrendamiento se hizo por un solo año y no pagase la renta el arrendatario, cesaria aquel por derecho comun y no tendria aplicacion la

ley; y concluye diciendo que esta es la opinion de los doctores: *et ista est concordia vera et necessaria ad istas leges.*

Como las dos leyes citadas hablan solamente de casas y tiendas, podria dudarse si la facultad que tiene el arrendador de espulsar al arrendatario que no satisface la pension estipulada se aplicara tambien al arrendamiento de tierras; mas fuera de que los principios constitutivos y esenciales del contrato no dejan lugar á duda alguna en este particular, la misma ley 3 hace extensivo al arrendamiento de heredades, viñas y huertas cuanto llevaba dispuesto relativamente al de casas. El decreto del año 1815, restablecido en el de 1836, aplicable esclusivamente á los arrendamientos de tierras y heredades, reconoce abiertamente esta doctrina, y aun en ella funda alguna de sus disposiciones, como cuando dice que durante el tiempo estipulado.... el dueño no podrá despedir al arrendatario sino en los casos de no pagar la renta, etc.

Pero trátase del arrendamiento de casas, trátase del de tierras y heredades, antes de proceder el arrendador á espulsar al arrendatario debe pedir su desahucio con la anticipacion debida, pudiendo este mismo purgar la morosidad en que ha incurrido, pagando antes de ser desalojado de la finca. No se entiende sin embargo esta obligacion cuando el contrato contiene cláusula resolutoria, esto es, si se hubiese estipulado que en el caso de no pagar el arrendatario á su debido tiempo, quedara rescindido el arriendo de pleno derecho, pues entonces los tribunales deben ejecutar con todo rigor este pacto, sin conceder término al deudor para el pago de su descubierto.

No tiene tanta virtud el pacto de que la falta de pago no será jamás una causa de rescision. Sostenerlo con la misma severidad que la cláusula resolutoria seria atacar el contrato en su propia esencia y favorecer la especulacion inmoral y odiosa de un arrendatario que habiendo caído voluntaria ó involuntariamente en estado de insolvencia se propusiese continuar disfrutando

do de la cosa sin pagar el precio, ó que calculando las ventajas de la demora, obligase al propietario á seguir por cada vencimiento un largo y costoso litigio. Convenimos en que este ha debido prever antes las eventualidades de un compromiso, y de ningún modo pretendemos que semejante pacto se haya introducido en vano en el contrato; creemos, por el contrario, que así como en términos ordinarios de derecho y muchas mediando la cláusula resolutoria, puede reclamar desde que se le falta al pago puntual del precio la rescisión del arriendo sin miramientos ni contemplaciones; en este otro caso deberá agotar antes estra-judicial y judicialmente todos los medios legales para obtener el cobro de la deuda: creemos también que no bastará para ello la falta de pago de un solo plazo; pero si fueren dos ó mas los no satisfechos y si el deudor frustra todos los medios empleados para reducirle al cumplimiento de su deber, el arrendatario estará en su derecho reclamando la rescisión, aunque solo sea por el principio aplicable á toda convención bilateral de que la parte que se desentiende de sus obligaciones liberta á la otra de las suyas.

La ley ha garantido al propietario el pago del precio y de los deterioros de la cosa, concediéndole preferencia sobre los demas acreedores en cuanto á los frutos de la tierra y á los efectos que encontrare en la finca arrendada, pudiendo retenerlos hasta conseguir su reintegro, haciendo previo inventario de ellos ante los vecinos (1), bien que en el día no creemos lícito este acto de autoridad privada, á no ser que lo consintiese el arrendatario. De las cosas que se comprenden en esta hipoteca, así como de la índole y estension de la misma, hemos tratado ya en otro lugar. V. **ACREEDORES.**

Si fueren dos ó mas los arrendatarios de la cosa, solo podrá exigirse á cada uno su parte de precio correspondiente, salvo que se hubiesen obligado *in solidum*, en cuyo

caso puede ser demandado cualquiera de ellos por el todo de la deuda (1).

Al explicar la obligación que tiene el arrendador de hacer seguro al arrendatario el goce de la cosa arrendada, hemos indicado algunas de las causas en cuya virtud puede este aspirar á que se le rebaje el precio ó se le indemnice. Cuando nos ocupemos del arrendamiento de casas y del de tierras en particular, explicaremos convenientemente esta materia. Entre tanto debemos dejar consignada aquí una doctrina importante que determina la influencia de tales derechos sobre la obligación de pago, á cuyo cumplimiento puede ser compelido el arrendatario. Puede suceder en efecto que el propietario demande el precio del arriendo; que el arrendatario le reclame por vía de escepcion alguna rebaja; y que, siendo innegable este derecho en sí mismo, venga á disputarse solamente sobre la cuantía de la deducción. Entonces, hasta que esta se determine, no podrá obligarse al deudor á la solución del alquiler ó renta. Las reglas generales de la compensación de un crédito no son aplicables á este caso en el que no se trata de mas crédito que el del propietario del precio del arriendo. Este precio es cierto en cuanto se fijó en el contrato; pero debiendo reducirse en razón de las circunstancias, su importe se hace incierto y queda indeciso mientras no se aclare y resuelva el de la deducción que debe sufrir. Lo demas, como observa Mr. Duvergier, seria, no ya rechazar la compensación, sino condenar al arrendatario á pagar por entero un crédito que debia ser disminuido, es decir, alguna cosa que no adeudaba, lo cual chocaría rudamente con las máximas eternas de la justicia.

SECCION III.

MODOS DE CONCLUIRSE EL ARRENDAMIENTO.

Como el arrendamiento puede celebrarse, según dejamos dicho, de diferentes modos,

(1) Leyes 6, tit. 11, lib. 10 de la Nov. Recop., y 3, tit. 6. Part. 3.

(1) Ley 10, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop.

ARRENDAMIENTO.

713

fácil es comprender que diversas serán también las causas en virtud de las cuales cesan los efectos de este contrato. Puede celebrarse á tiempo cierto cuando los contratantes han fijado un número de años determinado; y puede celebrarse por un periodo incierto cuando no han fijado el número de años que ha de subsistir. En el primer caso el arrendamiento concluye al vencimiento del plazo estipulado, en tales términos que si transcurrido este continúa en el goce de la cosa arrendada con aquiescencia del dueño, se presume celebrado entre ellos un nuevo contrato. La causa de la conclusion del contrato es en este caso la consecuencia forzosa é inmediata de la convencion. En el segundo la conclusion depende de la voluntad de las partes que, acordes y conformes en poner término á la obligacion, la espresan en los términos que la ley ha prescrito.

Pero sea que el arrendamiento se haya celebrado á tiempo fijo, sea que se haya estipulado por tiempo ilimitado, además de la espiracion de aquel y de la voluntad conforme de los interesados, puede concluir por otras causas independientes absolutamente de la voluntad de ellos. Será, pues, verdadero decir que el arrendamiento puede concluir por causas que son la consecuencia forzosa é inmediata de la convencion; por otras independientes de la voluntad de las partes, y últimamente, por algunas que se derivan inmediatamente de la voluntad de ellas. De todas nos haremos cargo en la presente seccion por el orden que se acaba de proponer.

Concluye el arrendamiento como consecuencia forzosa é inmediata de la convencion por el transcurso del término fijado en el contrato. Este es el modo mas radical de extinguir sus efectos, porque es la consecuencia de la ley misma que las partes se impusieron voluntariamente.

Nuestra antigua legislacion, siguiendo la romana, consignó terminantemente este principio, disponiendo en la ley 18, tit. 8, Part. 3, que «cumplido seyendo el tiempo

»del arrendamiento ó del loguero debe ser
»tornada la cosa que assi fuesse dada á su
»Señor.»

Previo también la ley de Partida el caso en que el arrendatario, resistiéndose á entregar la cosa arrendada, diese lugar á que se le demandase en juicio para la devolucion, y ordenó que, dictándose contra él sentencia, en este sentido debiera devolver la cosa misma doblada; pero esta pena del duplo no está en práctica, y todo lo mas que podrá hacerse será condenar al arrendatario en las costas del juicio si no tuvo razon alguna para dejar de cumplir aquella obligacion inherente al contrato.

Las leyes posteriores á las de las Partidas han adoptado el mismo principio. El decreto del año 815, restablecido, como se ha dicho, antes en 1836, dispone en el artículo 3 que los arrendamientos de toda clase de prédios rústicos, hechos por tiempo determinado, fenecerán con este, y la ley de 9 de abril de 1842, referente á los arrendamientos de casas, ordena asimismo en el artículo 2, que si en estos contratos se hubiese estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerán cumplido el plazo. Es, pues, un principio incontestable el que dejamos espuesto en orden á este particular.

Sin embargo de la disposicion terminante de la ley de Partida, otras posteriores, siguiendo la doctrina de la legislacion romana, vinieron estableciendo modificaciones á dicho principio, especialmente al tratar del arrendamiento de cosas inmuebles, puesto que además de requerir el desahucio para la conclusion, obligaban unas veces al arrendatario á continuar en el contrato en beneficio del dueño, y otras le concedian el derecho de tanteo y aun el de la tasa para ser preferido á cualquiera otro en el nuevo arriendo. La condicion de los arrendatarios de tierras se mejoró á últimos del siglo pasado, como sedirá en la seccion relativa al arrendamiento de estas, hasta el punto de atribuir á los primeros varios privilegios que hacian interminables los arrendamientos. Mas hoy, restablecido completamente el equilibrio en este punto, la ce-

sacion del arrendamiento á tiempo cierto desde el momento mismo en que el plazo espira, es un principio absoluto y constante que solo puede alterarse por algun pacto especial de los contrayentes: la ley ha declarado espresamente que no hay necesidad de mútuo desahucio ni en los prédios rústicos ni en los urbanos. Respecto de los primeros, el artículo 3 que se acaba de citar, dice: «fenecerán con este (el tiempo determinado) sin necesidad de mútuo desahucio.» Y respecto de las casas, el artículo 2, tambien citado, dispone que si los contratos se hubiesen estipulado por tiempo fijo, fenecerán cumplido el plazo «sin necesidad de mútuo desahucio por una ni por otra parte. Ningun arrendatario, de cualquier clase que sea, puede alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato: esta disposicion, consecuencia lógica é irresistible del principio sentado, aunque consignada solamente en la ley que trata de los arrendamientos de tierras (1), es tambien aplicable y se aplica por identidad de razon á los de casas.

En los arrendamientos por tiempo indefinido no pudiendo suponerse que las partes hayan querido perpetuarlo, se presume que se reservaron una y otra el derecho de ponerle término, cuando lo tuviesen por conveniente, bajo la sola restriccion de manifestarse respectivamente este propósito con cierta anticipacion, á fin de que el dueño pueda buscar entre tanto un nuevo arrendatario y el arrendatario proporcionarse otro prédio. El término de esta despedida puede ser convencional, en cuyo caso deberá observarse con rigor lo pactado. Empero si los contrayentes nada estipularon, la ley dispone que en los arrendamientos de prédios rústicos la parte que quiera disolverlo desahucie á la otra un año antes (2), y en los de casas y demas edificios urbanos, el aviso deberá darse con la anticipacion que se hallare adoptada por la costumbre general del

pueblo, y en otro caso con la de cuarenta dias que fija la misma ley (1). Estas disposiciones son aplicables tambien al caso en que el arrendamiento se haya hecho por todo el tiempo que plazca al arrendador ó al arrendatario, con la sola modificacion de que entonces el derecho de poner término al contrato no es mútuo; reside únicamente en aquella parte á cuya voluntad se dejó su duracion.

Las formas del desahucio son arbitrarias: la ley no ha prescrito ninguna. Podrá, pues, hacerse de palabra ó por escrito, judicial ó extrajudicialmente: la despedida de cualquier modo que se verifique surte iguales efectos, siendo hábiles para acreditarla todos los medios de prueba que reconocen las leyes; el documento fehaciente, los testigos y la confesion.

En muchos pueblos la práctica adoptada para hacer estos desahucios es requerir el dueño de la finca al arrendatario á presencia de escribano público, que lleva para este objeto, á fin de que trascurrido el tiempo de la costumbre, ó en su defecto el que la ley concede, la deje libre y desembarazada y á disposicion del mismo dueño. El escribano dá fé y testimonio de este requerimiento, y el documento constituye la prueba del desahucio en su caso.

El medio mas general, sin embargo, y el mas conveniente para evitar dudas y precaver debates, es practicar el desahucio con intervencion de la autoridad judicial. A este fin el dueño debe presentar un escrito ante el juez competente ó ante el alcalde del pueblo, solicitando que se requiera en debida forma al arrendatario, á fin de que para tal época deje la finca á disposicion del reclamante. El juez lo estima y se le hace el requerimiento por medio de escribano público al notificársele la providencia judicial.

Concluye tambien el arrendamiento, como se ha indicado, por causas independientes de la voluntad de las partes. Estas causas pueden reducirse á cuatro: Primera, la

(1) Art. 3 de la ley de 8 de junio de 1813, ya citado.

(2) Art. 6 de la ley de 8 de junio de 1813.

(1) Art. 2 de la ley de 9 de abril de 1849.

ARRENDAMIENTO.

717

consolidacion de los derechos del propietario con los del arrendatario. Segunda, la estincion forzosa de los del primero. Tercera, la pérdida de la cosa. Cuarta, el impedimento de su uso.

1.ª Consolidacion. El arrendamiento cesa siempre que por suceder uno de los contratantes al otro, con cualquier título que sea, en los derechos que le competen, se reunen en una misma persona las cualidades de propietario y de arrendatario.

Así, pues, cesa el arrendamiento cuando el arrendador lega ó dá la finca arrendada al arrendatario ó le dá y lega su usufructo; cuando le instituye heredero, y en suma, cuando se confunden los derechos de ambos en la persona de uno de los dos.

Fijado y admitido este principio por todos los escritores, varían, sin embargo, al desenvolverlo, en su aplicacion á ciertas cuestiones. Si el arrendador, dice Pothier, lega al arrendatario el usufructo de la heredad que le tenia arrendada, este no deberá el precio por la cosecha posterior á la demanda del legado, ni menos por las de los años siguientes, puesto que son suyas y las percibe, no como arrendatario, sino como usufructuario. Esto es obvio, y hasta aquí estamos de acuerdo con el juriscónsulto francés.

Pero nuestra razon rechaza la decision del derecho romano, que este y otros escritores han prohijado de que el arrendatario á quien se legó el usufructo tiene derecho á que el heredero del testador le reintegre los gastos del cultivo hechos para aquella cosecha. «*Si colono tuo usumfructum fundi legaveris usumfructum vindicavit, et cum hærede tuo agat ex conducto ut neque mercedem præstet, et impensas, quas in culturam fecerat recipiat* (1).» Una caviliosidad y nada mas, un argumento que si de derecho estricto pudiera llamarse propiamente, caería bajo el anatema del *sumum jus summa injuria*, es todo el fundamento de esta doctrina. Si el colono está obligado á cultivar á costa suya la tierra, porque á su vez tiene el de-

recho de percibir los frutos; la obligacion cesa desde el momento en que el derecho desaparece.

Luego, desapareciendo los derechos del arrendatario, añade Pothier, desde que adquiere el usufructo, cesan tambien sus deberes; no habiendo de percibir ya los frutos por virtud del arrendamiento sino en calidad de usufructuario, ninguna obligacion tenia de cultivar al efecto la tierra, y al hacerlo *negotia locatoris gerebat existimans gerere suum*: puede por consiguiente repetir lo invertido en ello. El principio de que arranca este razonamiento es muy justo; nos apresuramos á reconocerlo. ¿Lo son igualmente todas las consecuencias que de él han querido deducirse? Hé aquí en lo que no convenimos. Si se tratara de un arrendatario, á quien á punto de recoger el fruto de sus afanes, un sucesor singular del dueño le arrebatase la tierra, y con ella las cosechas preparadas con su sudor y sus anticipos, en manera alguna podria negársele la accion *ex conducto* para repetir del arrendador mismo ó de su heredero las malogradas impensas, y aun los daños y perjuicios, segun las circunstancias. Pero lo que es argumento irreplicable con relacion á un caso como el que acabamos de indicar por via de ejemplo, se convertiria, aplicado á la cuestion presente, en un odioso sofisma. Efectivamente, el arrendatario desde que adquiere el usufructo deja de tener derecho á las cosechas como tal arrendatario; pero no porque se le priva de él, sino porque en su lugar adquiere el de hacerlas suyas como usufructuario, merced á la generosidad del propio dueño, y seria absurdo exigir á este porque mejoró la condicion de aquel, la responsabilidad que la ley no le impone, sino cuando voluntaria ó involuntariamente deja de hacerle efectivo su contrato, defraudando sus esperanzas legítimas y perjudicando sus intereses. Dos principios opuestos no pueden coincidir en una consecuencia idéntica. Pothier y los que participan de su opinion, han desconocido, sin embargo, esta verdad de tanto bulto, envolviéndose en paralogismos que

(1) Ley 34, pár. 41 de usufructu.

no resisten al mas ligero análisis. ¿Puede sostenerse seriamente que el arrendatario no ha tenido obligacion de cultivar la tierra en vida del propietario porque este le legara despues el usufructo? Para ello seria preciso suponer que tal obligacion dependia de este acontecimiento futuro, accidental é incierto, y que no emanaba del contrato de arriendo vigente en toda su fuerza cuando los hechos se practicaron. ¿Puede decirse, tampoco, que el arrendatario creyendo gastar en su propio interés, gastó en interés del propietario? ¿En qué sentido pudo beneficiar al testador el cultivo de la propiedad que tenia arrendada, y de cuyo usufructo privó á su herencia por favorecer al arrendatario mismo? ¿Con qué fundamento ha de imaginarse que este *negotia locatoris gerebat existimans gerere suum*? Verdaderamente no lo comprendemos. Y es que aquí se confunden los tiempos y las circunstancias; se dá al legado una retroactividad que no puede tener; se supone que el contrato de arrendamiento no surtió sus naturales efectos, cuando de hecho y de derecho regia entre las partes.

Si al arrendatario se le lega el usufructo de la heredad, como dice el propio Pothier, en el estado que se encuentre, aplíquese esta regla sin restricciones arbitrarias, pues no ha de ser lícito atender al estado actual de la cosa solamente en cuanto convenga al arrendatario, y en su estado anterior solamente en cuanto perjudique al propietario difunto ó á su herencia. El estado actual de la cosa respecto al testador era que la tenia arrendada con las condiciones propias y bajo las consecuencias legítimas de este contrato: así pues y no de otro modo puede y debe suponerse que legó el usufructo de ella. Además, el usufructo de la tierra lleva consigo la obligacion de hacer en ella las impensas necesarias: con esta obligacion adquiere el usufructuario su derecho, y no es posible presumir que el testador se lo legara en otra forma. Según la opinion que combatimos, el legado con respecto á la cosecha pendiente no seria de usufructo, seria de algo mas, puesto que

se libertaba el legatario de una carga propia de todo fructuario, los gastos de la produccion. En vano se querria, pues, apelar á la voluntad presunta del testador, porque este no pudo querer legar bajo el nombre de usufructo mas de lo que verdaderamente constituye este derecho. Si nuestra legislacion, que tanto tomó del Digesto, hubiera seguido sus huellas en esta parte, nuestra tarea se reduciria á referir su disposicion, ora nos pareciese digna de critica ó de elogio; pero no siendo así por fortuna, debemos declararnos contra una doctrina, que no porque proceda del Derecho romano y haya encontrado autorizados defensores, deja de sacrificar á una sutileza aristotélica los sanos principios del derecho y rectas inspiraciones del buen sentido.

2.^a *Extincion forzosa del derecho del propietario.* Mientras el propietario conserva en sí mismo ó en sus herederos su derecho sobre la cosa, el contrato de arrendamiento debe tener y tiene cumplido efecto entre la partes y sus causahabientes: la muerte de una de estas ó de ambas no le pone fin. *Viam veritatis ignoras in conductionibus non succedere heredem conductoris existimans* (1). Este principio no solo es conforme á la regla general de que el que contrae lo hace para sí y para sus herederos, salvo si se pactare lo contrario, sino que se halla establecido espresamente en la legislacion de las Partidas. Si alquila uno á otro, dice la ley 2, tit. 8 de la 3, casa ó otra cosa á tiempo cierto é se muriese el que la avia alugada en ante que el tiempo se compliesse, su heredero debe servirse é aprovechar de la cosa logada hasta que se cumpla el tiempo. Otro si, decimos que si se muriese el señor de la cosa logada que el heredero es tenuto de guardar el pleyto..... Escusado es decir que cuando el arrendamiento se hizo por tiempo indeterminado, como su efecto y subsistencia dependen de la voluntad de las partes, pasará á los herederos, si tienen por conveniente continuarle. En otro caso el arrendador podrá desahuciarlos, como hubie-

(1) Leg. viam ver. Cod. de locat. et com.

ARRENDAMIENTO.

719

ra desahuciado á su causante.» A pesar de la regla general que se acaba de sentar, hay muchísimos casos en los cuales el arrendamiento concluye cuando se extingue el derecho del propietario, no ya por su voluntad, de lo cual hablaremos mas adelante, sino independientemente de ella, en cuyo caso se aplica de lleno la máxima jurídica de que *soluti jure dantis resolvitur jus accipientis*.

En efecto: si el arrendador tenia y disfrutaba la cosa dada en arrendamiento condicionalmente: si su derecho, posesion y disfrute tenían por limite una época dada, y aquella condicion se purificá, y este dia llega, indudablemente el arrendamiento se extingue y ni el arrendador ni sus herederos en su caso vienen obligados á mas que á devolver la parte correspondiente del precio anticipado. Otro tanto sucede con la muerte del arrendador en muchísimos casos.

Es el primero que se presenta á nuestra consideracion como tal y como escepcion á la regla anterior el de la muerte del usufructuario. Cuando el arrendador no es dueño absoluto de la cosa y solo tiene adquirido sobre ella el usufructo, su muerte extingue completamente el arrendamiento. Así lo declaró la ley de Partida, diciendo: «Pero si aquel que arrienda el usufructo desta manera se muriese, non deve passar el derecho de usar de tal arrendamiento al heredero (1).

Tambien hacen mérito las leyes de Partida á este mismo propósito del clérigo que hubiese arrendado los frutos de su beneficio por cierto tiempo, y muriese antes de su trascurso, en cuyo caso cesa desde luego el arrendamiento y el arrendatario no puede continuar percibiendo los frutos (2).

Greg. Lop. en la glos. 4 á la ley 2, tit. 8, Part. 3 examina si el sucesor del mayorazgo está obligado á pasar por el arrendamiento de su predecesor, y aunque esta cuestion no pueda ser ya de mucho uso en-

tre nosotros, diremos, sin embargo, que, según dicho escritor, no tiene el sucesor semejante obligacion, mediante á que el arrendador en este caso no tenia el dominio pleno sino con cualidad temporal, por cuyo motivo no pudo disponer libremente sino con la misma cualidad.

Dúdase tambien si arrendando el prelado de una iglesia alguna finca propia de ella, su fallecimiento extinguirá el arrendamiento; y la opinion comun es que el sucesor no está obligado á pasar por el contrato, aunque este fuera muy beneficioso.

Antonio Gomez, examinando el punto de que nos ocupamos propone una cuestion que, por su importancia, por su frecuente uso y por la claridad y precision con que la resuelve, juzgamos muy digna de la consideracion de nuestros lectores. Pregunta aquel profundo jurisconsulto (1) si habiendo arrendado el marido ú otro administrador legitimo las cosas que administra, muerto él ó terminada la administracion, pasarán los efectos del contrato al sucesor activa y pasivamente. La doctrina de dicho autor está reasumida en las tres conclusiones siguientes: *Primera*, si el marido durante el matrimonio arrendó alguna finca dotal, disuelto aquel, la muger ó su heredero está obligada á pasar por el contrato, y puede ser compelida por el arrendatario á su cumplimiento. Añade, sin embargo, dicho escritor, que esto debe entenderse de manera que la obligacion de la muger á estar y pasar por el contrato otorgado por su marido sea, no *precisa*, sino *causativa*, y por consiguiente, que si no quisiera aprobar ó confirmar el arrendamiento, el arrendatario podria reclamar contra el marido ó su heredero los intereses y perjuicios. Esta limitacion, sin embargo, creemos que no está en su lugar y nos parece mas segura la doctrina absoluta de Bald., que transcribe el mismo Antonio Gomez, de que la muger está obligada *precisamente* á pasar por el arrendamiento que otorgó el marido. En efecto, este tiene la administracion com-

(1) Ley 3, tit. 8, Part. 3.

(2) Ley 9, tit. 17, Part. 4.

(1) Val. Resol., Part. 2, cap. 3, núm. 2.

pieta y legalmente deferida de los bienes de la muger, y la misma utilidad de ella exige que sean respetados y se mantengan en su completa eficacia los arrendamientos que hizo su marido en fuerza de la investidura legal que le autorizaba para ello.

La segunda conclusion que establece Antonio Gomez respecto de la misma cuestion, es que si el tutor ó curador ú otro administrador legítimo arrendó alguna de las cosas que formaban parte de la administracion, su muerte no acaba el contrato, y el dueño, el sucesor en los bienes ó el heredero de aquel, están obligados á pasar por él, teniendo el arrendatario ó el inquilino derecho á retener la cosa todo el tiempo fijado para la duracion del arrendamiento.

La tercera conclusion que establece es, que si el arrendador no tiene el dominio pleno ni la plena administracion como el fructuario, el fideicomisario y otros semejantes, el sucesor no está obligado á pasar por el contrato de su antecesor, ni *precisamente* ni *causativamente*, y apoya esta resolucion en que tales poseedores, ni es verdadero dueño, ni procurador ó administrador del dueño legítimo y verdadero, sino que solamente tienen derecho en la cosa por el tiempo de su vida, y concluido tiene aplicacion la máxima citada antes: *finis et resolutio jure dantis finitur et expirat jus recipientis*.

A estas conclusiones puede añadirse una cuarta, y es que la muger ha de pasar forzosamente por el contrato de locacion que hizo el marido de alguna cosa ganancial, porque él es el legítimo y único administrador de los bienes adquiridos durante el matrimonio.

Cuando el derecho del arrendador se extingue, no por su muerte, sino porque se le ha espropiado de la cosa por causa de utilidad pública, el arrendamiento queda sin efecto forzosamente. Mas si la espropiacion ha sido de una sola parte, puede dudarse si prevalecerá el arrendamiento en cuanto á la porcion restante. En nuestro sentir, siendo indiferente el motivo particular del fraccionamiento, la cuestion debe subordinarse á

los principios comunes, ni mas ni menos que si se tratase de la pérdida parcial de la cosa por caso fortuito. Ni parece justo que el dueño prive al arrendatario de la parte que ha quedado suya, si encuentra todavia utilidad en disfrutarla; ni lo seria acceder á los deseos del arrendatario que pretendiese la rescision, mientras no se demostrase que la parte espropiada tenia una importancia relativa tal, que el residuo no podia satisfacer al objeto con que se celebró el arrendamiento. Pero tanto en este ultimo caso como en los anteriores, creemos que el arrendatario podrá reclamar del nuevo poseedor ó dueño las impensas hechas en la finca arrendada, si por ventura se le espeliese antes de recoger las cosechas pendientes, pues los gastos de la produccion son una carga natural de los frutos, y el que se aproveche de ellos justo es que soporte sus legítimas deducciones: otra cosa seria faltar á la máxima de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro.

El nuevo poseedor ó dueño puede obligarse á llevar á cabo el arrendamiento por convenio con el arrendatario. Esto es obvio. ¿Pero podrá decirse que lo aprueba y que se compromete á observarlo por el tiempo que restare, si guardando silencio deja que el arrendatario siga gozando de la cosa, y perciba sin protesta el precio á sus plazos? Creemos que generalmente así deberá entenderse. Pero para que este acto surta el efecto de continuar el arrendamiento por todo el tiempo estipulado con el antecesor, será menester que de los hechos del arrendatario se infiera con seguridad que ha convenido tambien en ello, pues disuelto el contrato por la estincion del derecho del arrendador, ni puede subsistir ni renovarse entre su sucesor y el arrendatario, sino por el consentimiento espreso ó virtual de uno y otro. El solo hecho de seguir disfrutando este la cosa y el de tolerarlo aquel y percibir el precio, inducen un consentimiento mutuo, es verdad, pero no puede decirse que este consentimiento sea el de que el contrato continúe segun se celebró hasta la espiracion de su término, sin un consenti-

ARRENDAMIENTO.

721

miento igual ó muy parecido al que origina las tácitas reconducciones, verdaderos arrendamientos á tiempo incierto, que pueden concluir cuando plazca á una de las partes, guardando recíprocamente la formalidad y los términos del desahucio ó despedida previa de que hemos hablado en otro lugar.

3.^a *Pérdida fortuita de la cosa.* La pérdida total de la cosa por caso fortuito resuelve el contrato de pleno derecho; pues no es posible un arrendamiento sin cosa que le sirva de materia y objeto. En vano alguna de las partes querría impedirlo. El propietario no podría obligar al arrendatario á la continuacion del contrato ofreciéndole una cosa equivalente ó comprometiéndose á reconstruir ó reponer la destruida; y el arrendatario tampoco podría exigirle lo uno ni lo otro. La pérdida parcial no produce el mismo efecto. Solamente autoriza al arrendatario para pedir una disminucion proporcional del precio ó la rescision del contrato segun las circunstancias. Véase lo que hemos dicho sobre el particular en la seccion precedente.

Habiendo sucedido la pérdida total ó parcial por caso fortuito, no hay lugar á indemnizacion alguna; su derecho se encierra en la alternativa que hemos indicado, y debe obstar sencillamente por uno de sus términos: la disminucion del precio ó la rescision del contrato.

4.^a *Impedimento del uso de la cosa.* Las cosas se toman en arrendamiento para usarlas y disfrutarlas. En el momento, pues, que un caso fortuito ó cualquier acontecimiento de fuerza mayor opone un obstáculo insuperable á este goce, el contrato queda disuelto como cuando la cosa se pierde, ó á lo menos se debe suspender mientras el obstáculo subsista.

Pero un suceso cualquiera que hiciese menos provechoso para siempre ó para mucho tiempo el uso de la cosa sin imposibilitarlo, no debería estimarse como causa resolutoria del contrato. ¿Lo sería de una disminucion en el precio? La opinion de los jurisconsultos no se ha pronunciado de una

manera uniforme sobre este punto. En Francia, despues de muchos debates, el tribunal de casacion lo ha resuelto negativamente. Entre nosotros, vigente el principio que la legislacion de aquel pais no ha admitido de que el precio debe guardar cierta proporcion con las utilidades de la cosa arrendada, seria muy difícil negar al arrendatario el derecho de la disminucion del precio en dichas circunstancias sin faltar al espíritu y á la letra de algunas disposiciones legales (1). Pero de esta cuestion, que tiene suma analogia con la de la pérdida de los frutos, resuelta en las leyes de las Partidas, nos ocuparemos mas detenidamente al tratar del arrendamiento de tierras en particular, en el cual puede ofrecerse con mayor frecuencia.

Finalmente, concluye el arrendamiento, como dejamos anunciado, por causas que proceden de la voluntad de las partes. Estas causas son tres: primera, el mútuo consentimiento de ellas; segunda, la falta de cumplimiento á sus obligaciones respectivas; tercera, la estincion voluntaria del derecho del arrendador.

1.^a *Mútuo consentimiento.* Las partes pueden poner fin al arrendamiento de comun acuerdo, siempre que no perjudiquen á tercero; pero si el arrendatario, por ejemplo, hubiese subarrendado la cosa á tiempo cierto, no podría consentir en la disolucion de su contrato antes de que venciese el plazo del subarriendo.

2.^a *Falta de cumplimiento.* La violacion á las obligaciones respectivas es tambien, como hemos dicho, una de las causas, en virtud de las que puede concluir el arrendamiento. El contrato como bilateral lleva consigo siempre implícita la condicion de observar puntualmente aquellas obligaciones, y esta condicion resume la intencion de los interesados y el objeto todo del contrato. Pero la inobservancia de ellas no resuelve desde luego y de pleno derecho la convencion; dá solo á la parte en cuyo perjuicio han dejado de cumplirse y á eleccion de la misma

(1) Leyes 22, tit. 8, Part. 5. y 2, tit. 4, lib. 10 de la Nov. Recop.

el derecho de pedir su ejecución ó la rescisión del arrendamiento.

No toda infracción, sin embargo, le reviste de semejante derecho, porque no es lo mismo faltar al conjunto de las obligaciones que impone el contrato que desentenderse de una sola, ni tiene igual importancia la infracción completa y absoluta que la parcial y momentánea. Indudablemente entre las obligaciones que la índole del arrendamiento ó los términos de la convención imponen á los contratantes, hay algunas que tocan y afectan á su misma existencia en tales términos, que si no se cumpliesen la convención no podría subsistir porque se haría ilusorio el objeto de ella, y quedarían defraudadas las esperanzas que se propusieron al celebrarla, y hay otras que no son tan esenciales, porque aun cuando no se cumplan, el fin que esencialmente se propusieron los interesados puede realizarse y se consigue efectivamente.

Entre las obligaciones que se derivan de la esencia y naturaleza del contrato enumera la ley cuatro, cuya infracción autoriza al arrendador á espulsar ó lanzar al arrendatario de la cosa. Tales son: primera, si no paga este el precio convenido; segunda, si aquel necesita la casa alquilada para sí ó para alguno de su familia; tercera, si la misma exijiese obras de consideración para su seguridad; cuarta, si el inquilino hiciese mal uso de ella. En cuanto á la primera, que como se ha dicho es común al arrendamiento de cosas, hemos hablado lately en la sección anterior, bastando repetir aquí que si en el contrato se estipuló que la falta de pago le haría cesar desde luego, se considerará como terminado y acabado el arrendamiento cuando aquella circunstancia se verifique. Si semejante condición no se impuso, la falta de pago dará al arrendador el derecho de pedir la rescisión del contrato, al tiempo y en la forma que hemos explicado en dicho lugar. En cuanto á las restantes causas, como limitadas al arrendamiento de casas, nos haremos cargo de ellas en la sección oportuna.

En orden á las condiciones que no nacen de la naturaleza, sino de los términos del contrato, no puede darse otra regla que la indicada al principio de este párrafo. Generalmente las partes que celebran un arrendamiento y establecen las condiciones que creen mas conformes á su intención y á la seguridad de sus intereses, desean y aspiran á que se cumplan con puntualidad; pero no todas esas condiciones tienen á sus ojos igual importancia: hay algunas cuya inobservancia haría completamente ilusorio é ineficaz el objeto del contrato: hay otras concernientes á hechos tan subalternos y accesorios, que aun cuando dejaran de cumplirse por alguna de las partes, no por ello experimentaría la otra ningún perjuicio, ó aunque lo experimentase dejaría de realizarse el fin esencial de la convención. La inobservancia de las primeras indudablemente daría lugar á pedir la rescisión del contrato: la de las segundas no puede tener tanta trascendencia. La cuestión, pues, no puede resolverse *a priori*, y por lo mismo toca á los tribunales juzgar en cada caso, segun el valor de los hechos y la apreciación de las circunstancias, si la infracción cometida por una parte es bastante grave y fundada para libertar á la otra de los compromisos contraídos, ó bien si quedará suficientemente indemnizada de los perjuicios que haya podido recibir con una disminución proporcionada del precio ó con el abono de los mismos daños. La ley no puede hacer mas que consignar el principio de la disolución del contrato en el caso de que vamos hablando. La inobservancia ó violación de las condiciones del contrato constituye un hecho, y ese hecho nadie puede apreciarlo mas que los tribunales, segun las diferentes circunstancias que han acompañado su ejecución.

3.ª *Extinción voluntaria.* Hemos dicho antes que la conservación de los derechos del propietario en su propia persona ó en sus herederos es condición precisa para que el arrendamiento subsista; en la propia persona del propietario, porque estinguéndose su derecho se acaba el contrato segun la má-

ARRENDAMIENTO.

723

xima citada, y en la de sus herederos porque las obligaciones de los causantes pasan, como es sabido, á los sucesores universales y se hallan comprometidos á continuarlas. Con este motivo hemos espuesto los casos en que por la estincion forzosa del derecho del arrendador fenece el arrendamiento, y no vienen obligados los sucesores á continuarle: hablaremos ahora de la estincion voluntaria del derecho del mismo y de los casos en que por causa de ella se acaba el arrendamiento.

Como las obligaciones no pasan activa ni pasivamente á los sucesores singulares segun reglas de derecho, evidente es que cuando el arrendador trasmite el que tiene á la cosa arrendada por un acto de esa especie, cesa el contrato y concluyen todos sus efectos. Puede por consiguiente el arrendador vender la que ha sido objeto del contrato, y haciéndolo termina este sin que el comprador tenga la menor obligacion de reconocerle y respetarle.

Esta doctrina es terminante en la ley 19, tít. 8, Part. 3, la cual dispone: «que aviendo arrendado algun ome ó alogado á otro casa ó heredamiento á tiempo cierto, si el señor della la vendiere ante que el plazo sea cumplido, aquel que la comprare bien puede echar della al que la tiene alogada....» La razon en que se funda esta disposicion legal, tomada de la legislacion romana, se reduce á que el arrendador no trasmite al arrendatario mas que el derecho á gozar y disfrutar de la cosa arrendada, reservando en sí el derecho omnimodo y absoluto á la propiedad; por consiguiente ningun obstáculo puede encontrar el primero, aun durante el contrato, para disponer de la cosa misma por medio de la venta; como podria disponer por testamento ó por cualquier otro acto legitimo. Por otra parte, el arrendatario no tiene ningun derecho sobre la cosa: sus acciones son puramente personales, sin que pueda ejercerlas mas que contra el arrendador y sus sucesores; claro es, pues, segun los fundamentos de aquella doctrina, que el mismo arrendatario careceria de accion para obligar al comprador á respetar

el arrendamiento otorgado por el vendedor en el ejercicio legitimo de sus derechos y facultades.

La única responsabilidad que la ley impone al arrendador por la venta de la cosa, consiste en haber de devolver al arrendatario *tanta parte del loquero cuanto tiempo fincaba que se debia della aprovechar*. Las palabras trascritas dan lugar á la duda de si la ley que prescribe la devolucion del precio por el tiempo que falte, se refiere á la parte correspondiente del precio que el arrendatario hubiese anticipado, ó si aun cuando no se hubiera anticipado ninguno, todavia el arrendador vendrá obligado á entregar al primero la parte correspondiente al tiempo restante del contrato á título de daños y perjuicios originados al mismo. Esta duda se enlaza con la cuestion que suscitan los autores sobre si el arrendador que vende la cosa arrendada ó alquilada, vendrá obligado á indemnizar al arrendatario de los daños y perjuicios. Antonio Gomez la dá por resuelta en sentido afirmativo, y Greg. Lop. sostiene la misma opinion, alegando que siendo la venta un acto voluntario, y habiendo podido el vendedor preservar en ella los derechos del arrendatario, justo es, si no lo hizo, que le indemnice de los quebrantos que le hubiera ocasionado. Creemos, pues, enlazando las dos cuestiones y sometiénolas á una decision comun, que en efecto el arrendador que vende la cosa estará obligado á resarcir al arrendatario los daños ciertos y positivos que por la interrupcion del contrato se le hubieran causado; que si hubiese anticipado el pago del precio podrá reclamar la parte correspondiente al tiempo que faltare, y que si no hubiera hecho anticipacion alguna, no tendria derecho á pedir esa misma porcion del precio como indemnizacion de los perjuicios experimentados.

La facultad de que vamos hablando, concedida espresamente por la ley á los arrendadores, tiene dos limitaciones consignadas tambien terminantemente en ella. Es la primera, si se pactó entre el vendedor y el comprador que este habria de respetar el

arrendamiento sin poder echar de la cosa al arrendatario hasta que terminase el plazo. Y la segunda, si se hubiese otorgado por toda la vida del arrendatario ó para él y para sus herederos. En ambos casos el comprador carece de facultad para espulsar al arrendatario, y tiene este el derecho de esceptionar uno ú otro pacto respectivamente para que se le mantenga en el disfrute de la cosa.

Los comentadores de nuestras leyes antiguas han ampliado esta limitacion del derecho que compete al dueño para vender la cosa arrendada, á otros casos que resume Ant. Gom. con su acostumbrada claridad. Como tal presenta en primer lugar el de que el arrendatario tuviese algun derecho real en la cosa arrendada, como sucedería si el arrendador obligó ó hipotecó generalmente todos sus bienes á la seguridad del contrato, ó especialmente la cosa misma arrendada; y en segundo, el de que el arrendamiento se hubiere verificado por largo tiempo, por ejemplo, el de diez años, en cuyo caso añade, el arrendatario adquiere cierto derecho real, al menos útil. Ultimamente, menciona como caso de esception, cuando al tiempo de celebrar el arrendamiento, el arrendador y el arrendatario estipularon espresamente que el primero no podría vender ni de cualquier otro modo enagenar la cosa, obligándola especialmente á la observancia y seguridad de este pacto. En cuanto á los dos primeros, no creemos que pueda entenderse limitado el derecho del arrendador. La obligacion general de los bienes y la hipoteca particular de la cosa arrendada sin haberse estipulado terminantemente que el arrendador no podrá venderla durante el plazo del arrendamiento, no destruyen el derecho que el contrato deja salvo y espedito en el primero, mientras no se establezca lo contrario. Aquella obligacion é hipoteca, que no llevan consigo la estincion de ese derecho en el dueño, servirán para que el arrendatario encuentre una garantía firme y eficaz al reclamar los daños y perjuicios que se le hubiesen originado; servirán tambien pa-

ra que pueda retener la cosa mientras no quede indemnizado de esos perjuicios; mas no servirán en nuestro concepto para que pueda obligar al comprador á respetar un contrato que ha dejado subsistentes todos los derechos de la propiedad en favor del arrendador. En cuanto á la segunda limitacion, no creemos que pueda sostenerse cuando la ley habla solamente de los arrendamientos otorgados por toda la vida ó por la vida del arrendatario y de sus herederos. Por último, en órden á la tercera creemos que si semejante pacto se ha celebrado entre el arrendador y arrendatario y si de la escritura se ha tomado debidamente razon en el oficio de hipotecas, donde el comprador en todo evento ha podido enterarse de la certeza de esta restriccion impuesta á los derechos del vendedor por un acto espontáneo suyo lícito y legítimo, el comprador tendrá la obligacion de respetar el arrendamiento y el arrendatario su derecho espedito para pedir que se le conserve durante el tiempo estipulado.

La doctrina que hemos espuesto con relacion á la venta tiene lugar respecto de todos los demas actos por los cuales se transmite la propiedad ó usufructo á los sucesores singulares, tales como el legado, la donacion, etc., por el principio anteriormente sentado de que los sucesores de esta especie no están obligados á pasar por los contratos de sus antecesores ó causantes. Competen por consiguiente, iguales derechos que al comprador al usufructuario que por compra, legado, donacion ó por cualquier otro medio legítimo adquiere el usufructo de la cosa arrendada; al enfiteuta á quien el dueño arrendador se la estableció en enfiteusis; al legatario; al donatario y á cualquier otro que por actos análogos adquiriese la propiedad de la cosa misma.

Si el derecho del usufructuario, fiduciario, heredero instituido con relacion al sustituto, y el del poseedor de vínculo ó beneficio se estingue por dimision, renuncia ó por cualquier otro hecho facultativo y voluntario, los arrendamientos otorgados por

ARRENDAMIENTO.

723

ellos cesan del mismo modo que cuando la extincion de su derecho proviene de una causa independiente de su voluntad, segun hemos demostrado; pero hay entre un caso y otro una diferencia muy notable, que no debe pasar desapercibida, y es que en un caso solo vienen obligados aquellos ó sus herederos á restituir al arrendatario el precio que hubieren percibido anticipado, y en el otro deben abonar al mismo los daños y perjuicios que hubiese experimentado, los cuales estuvo en sus facultades evitar.

Como la base del arrendamiento, atendida su naturaleza, es la perfecta reciprocidad en los derechos y obligaciones, consiguiénte es que pudiendo el sucesor singular espeler al arrendatario, debe ser tambien lícito á este dar por concluido el arrendamiento aun cuando el primero renuncie á su derecho y pretenda la continuacion del contrato. El sucesor singular no tiene accion ninguna para compeler al arrendatario por lo mismo que la derivada del contrato es puramente personal y no se trasmite ni sigue al poseedor de la cosa. Sin embargo, en tal caso aconseja la equidad que el arrendatario no pueda reclamar ninguna indemnizacion fundada en la interrupcion ó conclusion del arrendamiento, pues si sufre algun perjuicio será ya voluntario y por su propia causa.

A pesar de lo espuesto en el párrafo anterior, el sucesor singular, ó sea el nuevo dueño, podrá obligar al arrendatario á la continuacion del arrendamiento cuando pactó espresamente con el vendedor que seria respetado. Esta doctrina se funda en la consideracion misma espuesta ya repetidamente de que las obligaciones y los derechos deben ser recíprocos. Si el nuevo dueño tiene el deber de respetar el arrendamiento, ha de tener el derecho de exigir que se respete; y si el arrendatario tiene en virtud de aquel pacto el derecho de que se le mantenga en el disfrute de la cosa, ha de tener la obligacion de continuar en ella. Igual derecho tendrá el nuevo dueño segun la opinion generalmente seguida por los autores, cuando su antecesor le cedió las acciones que le competian contra el arrendatario,

pues adquiriendo por una parte la propiedad ó el usufructo de la cosa, y por otra los derechos y obligaciones que con relacion á la misma habia contraído su antecesor, viene á colocarse respecto del arrendatario en la misma situacion que un sucesor universal á quien se transmiten todas las obligaciones y derechos reales y personales de su causante (1).

Aunque el sucesor singular tiene derecho á privar de la cosa al arrendatario que contrató con su antecesor, ya hemos indicado en otro lugar que debe abonarle las impensas hechas en la tierra, si no prefiere dejarle percibir los frutos del año comenzado mediante el pago de la pension correspondiente, sin que el colono tenga derecho á mas, pues las ganancias que hubiera podido tener en la cosecha forman parte de los daños y perjuicios que está obligado á abonarle el arrendador. Si es inquilino deberá permitirle continuar en la casa tanto tiempo por lo menos como el que la ley prescribe para el desahucio en los arrendamientos indeterminados, pues seria injusto que el pretesto de no haber contado con él le lanzase de improviso sin concederle una tregua proporcionada para procurarse otra vivienda.

Un escritor de nuestros dias ha sostenido que el arrendatario despedido antes de la conclusion del arrendamiento puede retener la cosa mientras el arrendador ó el nuevo dueño no le resarzan los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado, del mismo modo que cuando hizo algunas mejoras en ella y se le demora su abono. Esta doctrina no nos parece admisible con la latitud y generalidad que envuelve. Si la cosa estaba hipotecada á la seguridad del arrendamiento ó si el nuevo poseedor es el que por consecuencia de algun pacto especial debe hacer algun abono al arrendatario, comprendemos que por la accion real que le compete en el primer caso, y por la personal que le asiste en el segundo, pueda retener la cosa hasta que sea satisfecho de lo que deba percibir;

1. Greg. Iop. Glos. 2. ley 12, tit. 8. Part. 6.

pero cuando no media hipoteca, como acontece comunmente, ó cuando la accion del arrendatario no puede dirigirse sino contra el arrendador ó primitivo dueño, no comprendemos el principio ó la doctrina legal que pueda autorizar la retencion en manos de aquel de una propiedad que ha dejado de pertenecer al deudor y que se ha transmitido á un tercero legitimamente sin responsabilidad y sin gravámen.

Hasta aquí hemos examinado la doctrina de nuestras leyes y de sus comentadores respecto de la facultad que tiene el dueño de la cosa arrendada para venderla libremente, y de los efectos que produce la venta otorgada por el mismo. ¿Es, sin embargo, provechosa y razonable esa facultad ejercida sin ninguna restriccion y al antojo del dueño? ¿Se atienden con ella los intereses del arrendatario tanto cuanto es debido y conveniente; ó destruye la armonía y reciprocidad de derechos que exige por su propia índole el arrendamiento?

Ya hemos dicho que aquella doctrina fue tomada de la legislacion romana. *Emptorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit nisi ea lege emit*, decia la ley 9, Cod. Locat. Apoyábase esta jurisprudencia en que el derecho del arrendatario es meramente personal porque la tenencia de la cosa recibida para disfrutarla solamente no le atribuye ningun derecho sobre ella, ni aun el de posesion; pero aunque esto sea cierto, no lo es menos que nadie puede transferir mas facultades de las que tiene, y el dueño que por medio de un contrato se ha desprendido durante cierto tiempo del goce de la cosa, que ha prometido garantir este goce al arrendatario y que tiene la obligacion de hacer que perciba los frutos, no puede ejercer la facultad de enagenar esa cosa misma, de desprenderse de ella, de traspasarla en fin á otra persona, al menos sin la obligacion que él mismo se habia impuesto por medio de un contrato voluntario y oneroso. Con otorgar el derecho de espulsion, ha dicho un escritor extranjero, al sucesor de la cosa, se creia favorecer las enagenaciones, y entre tanto al

paso que se abria la puerta á mil injusticias, se desalentaba la industria, se perjudicaba á la agricultura y se causaban males de consideracion, como es consiguiente que suceda siempre que es dado faltar á la fé de los contratos.

Estos fundamentos se tuvieron presentes sin duda por los autores del Código francés para separarse de la legislacion romana en esta materia, tan usual como importante. No privaron al arrendador de la facultad de vender la cosa, porque esto hubiera sido peligroso; pero no concedieron al comprador el derecho de espeler al arrendatario que tuviese á su favor un arrendamiento auténtico y de fecha cierta, sino en el caso de que el primero se hubiese reservado el derecho en el contrato. Consultando tambien el interés de los sucesores singulares y queriendo evitar fraudes en todo sentido, establecieron esa restriccion tan bien entendida, disponiendo que el arrendatario únicamente podria continuar en el goce de la cosa cuando presentara una prueba auténtica y cuya data fuese indudable. Despues de fijado el principio, los autores del Código previeron el caso de que el contrato contuviese la reserva del derecho de espulsion á favor del nuevo adquirente, y en tal concepto dispusieron que el arrendatario tuviese: 1.º un término para dejar la cosa; 2.º una indemnizacion que deberá satisfacerle el arrendador ó el nuevo sucesor, si así se hubiere convenido al trasmitirse la propiedad. La indemnizacion, tratándose de casas, consiste en una cantidad igual á los alquileres correspondientes al tiempo que segun la costumbre de cada pais debe mediar entre la despedida y la salida; y tratándose de prédios rústicos en la tercera parte del arriendo correspondiente á todo el tiempo que faltare hasta concluir el arrendamiento. Por último, el inquilino y el colono están autorizados para continuar en la posesion de la cosa hasta tanto que estén indemnizados á menos que se hubiera pactado lo contrario. Tales son las disposiciones del Código francés que nosotros creemos muy razonables, y que no

ARRENDAMIENTO.

727

podrán dejar de tener mayor ó menor aplicacion en el Código civil que se prepara entre nosotros. La facultad ilimitada que hoy tienen los dueños y sucesores singulares de las cosas arrendadas, hace muy precaria la suerte del arrendatario en perjuicio conocido de sus intereses y de los de la agricultura.

SECCION IV.

DE LA TÁCITA RECONDUCCION.

Es tan notable y de uso tan frecuente la materia de que vamos á ocuparnos, que hemos juzgado oportuno consagrar á su examen una seccion esclusivamente. Procuraremos dar á este trabajo el órden y la claridad que reclama su importancia.

Cuando al espirar un arrendamiento celebrado á plazo fijo continúa el arrendatario en el goce de la cosa con conocimiento y aquiescencia del dueño, *sciente et patiente locatore*, durante cierto espacio de tiempo, realizase entre ellos un nuevo contrato, que tiene por fundamento la voluntad presunta y que se conoce con el nombre de *tácita reconduccion*. Llámase así por cuanto no entregando el arrendatario la cosa al dueño ni exigiéndola este, cuando uno y otro se la pueden exigir y se la deben entregar respectivamente, se presume que hay en ambos la voluntad de que el primero siga usándola y disfrutándola por el mismo precio y en la misma forma que hasta entonces.

Escusado es advertir que la tácita reconduccion fue admitida espresamente entre los romanos. La legislacion de las Partidas la estableció del mismo modo, no solo en los fundos rústicos, sino tambien en los urbanos, si bien con una diferencia muy razonable derivada de la índole especial del arrendamiento de cada una de estas cosas. En los arrendamientos de heredades otorgados á tiempo cierto, dispuso (1) «que si después que el tiempo fuere cumplido »fincare en ella por tres dias ó mas que la

»non desampare aquel cuya es; entiéndese »que la ha arrendado por aquel año que »viene.» En los arrendamientos de casas ú otros edificios, dispuso «que es tenuto, el »que la casa tiene logada de dar por aquel »tiempo que la tuviere demas, cuanto y »durare ó biviere, contándolo segun el »tiempo pasado.» Por manera, que segun aquella antigua legislacion en los arrendamientos de prédios rústicos la tácita reconduccion se inducia y se verificaba por todo el año principiado únicamente, y el arrendatario quedaba obligado á pagar toda la pension, aunque el arrendamiento primitivo se hubiera hecho por muchos años; no así en los de prédios urbanos, en los que la tácita reconduccion se inducia y verificaba solamente por el tiempo que la habitar el inquilino, quedando obligado á pagar la pension á prorata, con respecto al precio convenido en el primer contrato. Fundábase esta diferencia en que en los prédios urbanos por regla general la utilidad de la habitacion se percibe diariamente, y en los rústicos suelen percibirse los frutos sola una vez en el año, por lo mismo de ninguna utilidad seria la reconduccion tácita respecto de ellos, sino se entendiese por todo un año.

Antonio Gomez al hablar del tiempo que deberia permanecer el arrendatario en el disfrute de la finca para que se entendiese la tácita reconduccion, afirma terminantemente que no estaba declarado en el derecho. *Et certe jura non declarant: ideo necessario relinquatur judicis arbitrio*: lo cual, como puede inferirse ya de lo que llevamos espuesto es una equivocacion manifiesta, porque respecto de los prédios rústicos espresamente dice la ley citada, que «si después que el tiempo fuere cumplido fincare »en ella por tres dias ó mas,» de donde se sigue claramente que el tiempo señalado por la ley para entenderse operada la tácita reconduccion, es el de tres dias al menos. Respecto de los prédios urbanos como la tácita reconduccion no se verificaba sino por el tiempo que los habitasen los inquilinos, no cabia la designacion de ninguno al fin in-

(1) Ley 20, tit. 8, Part. 5.

dicado. Tanto cuanto durase el disfrute de la casa despues del plazo del primer arrendamiento duraba la reconduccion á que daba lugar la voluntad presunta de los interesados.

La legislacion posterior á las Partidas, se ocupó tambien de esta materia, y en ella encontramos algunas disposiciones que determinan las reglas que deben seguirse en la actualidad.

Ya en el año de 1770 dispuso la ley 3, tit. 10, lib. 10 de la Nov. Recop., que en los arrendamientos de tierras tuvieran obligacion el dueño y el colono de avisarse en el principio del año último para su continuacion ó despedida, en la inteligencia de que faltando este aviso, ó haciéndose al fin del año, se entenderia seguir el año inmediato. El decreto de las Cortes del año de 1813, hablando de los mismos prédios rústicos ordenó que, si tres dias ó mas despues de concluido el término permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. Y por último, la ley de 9 de abril de 1842, concerniente á los arrendamientos de casas, tambien determinó que si cumplido el tiempo del celebrado continuase de hecho por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni este dejar el prédio sin dar aviso á la otra parte, con la anticipacion que se hallare adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta dias.

Resulta, pues, que en el estado actual de la legislacion, la tácita reconduccion subsiste, que tiene lugar tanto en los arrendamientos de prédios rústicos como en los de los urbanos; que para que se entienda establecida en los primeros, basta que el arrendatario permanezca en la posesion ó disfrute de ellos por espacio de tres dias, despues de concluido el término, y en los segundos que continúen de hecho por el consentimiento tácito de las partes; finalmente, que la tácita reconduccion en los prédios de aquella clase, se entiende contrada por un año mas con las mismas con-

diciones, y en los de la otra por todo el tiempo del nuevo disfrute.

Para la computacion de los tres dias, y para la del año por el cual se considera prorogado el arrendamiento, véase lo que decimos en el artículo AÑO RURAL.

Así considerada la tácita reconduccion bajo el punto de vista de sus resultados, los efectos que produce consisten esencialmente en prolongar el uso y disfrute de la cosa, convirtiendo lo que fue arrendamiento de tiempo fijo en arrendamiento de tiempo indeterminado, y haciendo que el arrendatario que pudo ser espelido de la cosa al concluir el período estipulado en el contrato, ó dejarla á su vez libremente, no pueda realizar lo uno ni sufrir lo otro, sin la despedida previa ó desahucio que previenen las leyes, salva, sin embargo, la diferencia que ya hemos indicado entre los prédios rústicos y los urbanos.

Esta diferencia, que se funda en la diversa naturaleza de las cosas arrendadas; en el distinto disfrute que se hace de las fincas rústicas y de las urbanas, en las diferentes condiciones del uso á que unas y otras se aplican, y en el perjuicio muy desigual que una brusca espulsion causaria al colono ó al inquilino en una y otra clase de bienes, ha dado lugar á que nuestros escritores hayan formulado algunas limitaciones á la doctrina anterior, como consecuencias forzosas é indeclinables de las razones que la sirven de apoyo. Han dicho en primer lugar que si el fundo rústico es de tal calidad que no se perciben sus frutos sino de dos en dos años, ó de cinco en cinco, ó cada año, se perciben dos veces, ó se cojen; en fin, uniformemente en cualquiera parte del año, se entenderá la reconduccion tácita en este último caso, tan solo por el tiempo corrido, y en los demas por medio año, por dos ó por cinco respectivamente. Han sostenido tambien que si la casa ó el prédio urbano fuese tal que no se percibiesen sus rentas uniformemente en cualquiera parte del año, porque se acostumbrase á alquilarlos en cierto dia del mismo año, precisamente no encontrándose despues con facilidad inquil-

ARRENDAMIENTO.

729

lino, como sucede en muchos pueblos, en los cuales se alquilan las casas el día de San Juan, el de la Virgen de Agosto ó el de San Miguel, entonces si el inquilino permanece en la casa concluido el tiempo del alquiler, se considera la reconduccion por todo el año, puesto que respecto de estos prédios una vez en el año se percibe la pensión. Si la razon que ha tenido la ley para introducir la tácita reconduccion en los prédios rústicos por un año, y en los urbanos por el tiempo de su habitacion, consiste en la diversa manera de percibir sus frutos ó sus rentas por años, respecto de unos, y por días respecto de otros, cesa completamente en los casos enumerados por los autores, y por consecuencia parece que debe cesar tambien la diferencia (1).

Una vez que tenga lugar la tácita reconduccion, consiguiente es que se verifique por el mismo precio que se satisfizo en el anterior contrato. En esto no puede haber la menor duda; pero se entenderán subsistentes y obligarán á los contratantes todas las condiciones del mismo contrato primitivo, como, por ejemplo, la hipoteca, la fianza, las cláusulas penales y todas las demas accesorias que hubieran creído conveniente establecer en él? Ant. Gom., á quien hemos citado con tanta repeticion en esta parte del artículo, se hace cargo de dicha duda y la resuelve fijando una regla que, á su claridad reúne la mas completa exactitud. Distingue dicho escritor entre las condiciones, vínculos y cláusulas accesorias puestas en el contrato primitivo que dependen de la mera y única voluntad de las partes contratantes, como la prenda, hipoteca, penas, época del pago, etc., y las que ademas de esta dependen de la concurrencia y voluntad de un tercero, y resuelve que la tácita reconduccion se considera siempre establecida con todas las condiciones de la primera clase, pues por la misma razon que mediante la voluntad presunta de las partes se sobreentiende y verifica el nuevo arrendamiento, debe verificarse y so-

brentenderse con todas las cláusulas accesorias contraídas en el contrato: no así con la otra clase de condiciones, porque habiéndose establecido por la voluntad expresa de una tercera persona es indispensable su intervencion expresa ó tácita para estenderlas á un tiempo no comprendido en la convencion. En efecto, la fianza no podria estenderse de ningun modo á las obligaciones derivadas del nuevo arrendamiento, tanto porque esa garantía debe ser expresa y terminante, sin que pueda inducirse nunca, como porque dependiendo de la voluntad y de los actos de una tercera persona que no ha intervenido en el hecho inductivo de la reconduccion, nunca podria presumirse racionalmente que por su parte habia tambien consentido en ello.

Esta presuncion, que sirve de base al arrendamiento tácito, no es tan absoluta que algunas veces no pueda dejar de producir el efecto de la reconduccion. Si media un hecho que la escluye directa ó virtualmente; si se prueba que las partes, á pesar de la continuacion del arrendamiento, no han tenido la intencion de prorogar el contrato, la presuncion desaparece y el arrendamiento presunto no llega á contraerse ni á verificarse. Tal sucederia, por ejemplo, si á la conclusion del mismo hubiese entablado demanda para la espulsion del arrendatario; ó si aquel despidiese formalmente á este, aun cuando en uno y otro caso continuase el segundo en el goce de la cosa por mucho tiempo despues de terminado el tiempo del contrato.

Tampoco puede inducirse la tácita reconduccion cuando los interesados consignaron una cláusula terminante y prohibitiva de ella.

Arbitros en adoptar todas las condiciones lícitas y legítimas que les dictan su interés ó su cálculo, la cláusula prohibitiva deberá respetarse, y en su virtud, aun cuando concluido el arrendamiento permanezca el arrendatario tres ó mas días en el disfrute de la cosa, el propietario podrá espelerle de ella, bien que abonándole, si se trata de tierras, las labores é impensas que con pos-

1) Ant. Gom. part. cit.
TOMO III.

terioridad al plazo hubiere hecho. Lo mismo sucederá cuando una de las partes, previendo las dificultades ó tal vez la imposibilidad que ha de ofrecer en determinadas circunstancias la restitucion de la cosa al dueño antes del trascurso de los tres dias siguientes á la espiracion del mismo plazo advierte á la otra anticipadamente que no por ello consiente en la reconduccion. Este aviso, ó por espresarlo mejor, esta especie de protesta contra el disfruto ulterior del arrendatario, que puede hacerse de cualquier modo y sin necesidad de ninguna otra formalidad, fuera de la que baste para acreditar la certeza de ella, producirá el efecto ya indicado, y en su virtud no se entenderá introducida la tácita reconduccion.

Perotanto en estos dos casos como en el anterior de la cláusula prohibitiva, puede ofrecerse una circunstancia particular y anómala que dé lugar á una cuestion cuando menos imposible de someter á reglas seguras y constantes. Despues, tanto de la cláusula prohibitiva puesta en el contrato, como de la advertencia ó protesta hecha fuera de él y antes del vencimiento de su plazo para impedir la reconduccion, las partes pueden variar de propósito, pueden consentir y hasta desear la tácita reconduccion que antes repugnaron y prohibieron espresamente. En que les sea potestativo hacerlo así, prestando su consentimiento posterior para que se verifique de este modo, ninguna dificultad puede haber; mas ¿podrá realizarse este mismo desistimiento tácitamente? ¿Podrá inducirse por el consentimiento presunto ó de un modo tácito que quisieron dejar sin efecto la cláusula prohibitiva ó la protesta? Nosotros creemos que sí, porque á escepcion de aquellos casos en que la ley requiere la espresion positiva y solemne de la voluntad, lo mismo se obliga el individuo por la palabra que por el hecho inductivo de ella; el consentimiento implícito no es menos cierto y eficaz que el esplicito. Se trata de una ley que se han impuesto las partes; y siendo inquestionable que pueden derogarla ó modificarla, importa poco que

lo hagan bajo una forma ú otra; lo esencial es que no quede duda acerca de que tal ha sido su intencion y de que ha estado en su ánimo el hecho de que se trata. Pero aquí es donde, llevando la cuestion al terreno de la práctica, se toca la verdadera dificultad, porque un hecho puede tener distintas significaciones segun los casos y las circunstancias, y solo á los tribunales es dado apreciarle con arreglo á ellas en su verdadero punto de vista. De parte del arrendatario la cuestion es sencilla, porque el acto positivo de la permanencia en la cosa mas allá del término natural del contrato, sin que medie un obstáculo para su restitucion ó abandono al propietario, manifiesta el deseo de continuar disfrutándola como antes. Respecto al propietario de tierras, Pothier considera como una prueba suficiente de la intencion de continuar en el arrendamiento el hecho de dejar pasar la época en que corren riesgo los frutos y de esperar los dias próximos á una cosecha abundante para invocar contra el arrendatario la no existencia de la reconduccion. Nosotros solo diremos que en defecto de una declaracion formal de las partes, serán necesarios hechos muy significativos para admitir la reconduccion contra la prohibicion ó protesta con que anteriormente se propusieron impedirla.

Concluiremos el exámen de esta materia, tambien usual é importante, manifestando que siendo la tácita reconduccion un nuevo contrato, es menester para que pueda verificarse que las partes tengan en aquel momento la capacidad misma que necesitarian para poder celebrarlo espresa y solemnemente. Si alguna de ellas carece á la sazón de la libre administracion de sus bienes, esta incapacidad no será un obstáculo para la reconduccion en el caso de hallarse provisto el interesado de un tutor ó administrador con las facultades competentes.

SECCION V.

DEL ARRENDAMIENTO DE PREDIOS RÚSTICOS.

Hemos indicado en otro lugar de este ar-

ARRENDAMIENTO.

731

título, que se cuentan entre los bienes inmuebles, y pueden arrendarse como tales, no solo las tierras, los bosques y los estanques que producen frutos por el cultivo ó naturalmente, sino tambien aquellos que sin producirlos dan otra clase de rentas, como por ejemplo, las canteras, las minas y todos los demas objetos de esta especie que nacen y existen en las tierras. A todos estos bienes llamamos comunmente, y en un sentido muy lato, bienes ó prédios rústicos, porque en cuanto dice relacion con su goce y disfrute; con la trasmision de su propiedad, y con todos los demas actos legales, se rijen por unos mismos é idénticos principios. Con todo, prédios rústicos, rigorosamente hablando, son los terrenos que, situados dentro ó fuera de la poblacion, se destinan al cultivo. Cuando la finca arrendada se componga en parte de edificios de habitacion, y en parte de tierras destinadas al cultivo, su calificacion deberá tomarse de aquello cuyo goce y uso se haya propuesto como fin principal el arrendatario; así se estimará como prédio rústico, si el edificio ó edificios que contenga la finca han entrado en el contrato como una consideracion accesoria y subalterna, habiendo sido el fin principal de este el aprovechamiento de las tierras.

Fácilmente se inferirá, pues, que las consideraciones especiales que nos proponemos esponer en esta seccion, han de aplicarse principalmente al arrendamiento de tierras, como á él se refieren del mismo modo las reflexiones que nos ha sujerido el exámen de esta materia, al hablar de la importancia económica y social del arrendamiento en general. España es un país agricultor por escelencia, y el arrendamiento de tierras, base del cultivo y medio el mas eficaz de promoverlo y propagarlo, ha de ser siempre el objeto constante de una legislacion previsorá é ilustrada.

Asíes que en todos los códigos nacionales, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilacion, encontramos pruebas muy patentes del celo vivo y de la constante diligencia con que los legisladores se han ocupado

de esta materia, si bien en diversos sentidos, y acaso en oposicion de miras segun las ideas y doctrinas que predominaban en cada una de las épocas y circunstancias. Cuando los derechos del propietario alcanzaron una proteccion exagerada á la sombra de leyes que tendian á oprimir al colono en beneficio del primero; cuando los arrendatarios eran propiamente una especie de esclavos dedicados al cultivo de las propiedades pertenecientes á los grandes señores y corporaciones opulentas, el arrendamiento de tierras cohibido con restricciones onerosas, no solo ofrecia obstáculos al fomento y desarrollo de la agricultura, si no que no era un contrato que pudiese celebrarse libremente; ni era una convencion espontánea derivada de la mútua y deliberada voluntad y que produjese los derechos reciprocos y las obligaciones propias del mútuo consentimiento que debia servirle de base. La suerte de los arrendatarios ó colonos se sacrificó entonces á la prepotencia y dominacion de los propietarios.

Pero mas adelante sucedió todo lo contrario. Cuando los desmedidos privilegios concedidos á la ganadería en perjuicio de la agricultura, hicieron conocer la indispensable necesidad de proteger á los colonos, hubo, como era natural, una especie de reaccion en las ideas que muy pronto se hizo sentir en las disposiciones legislativas. Los privilegios dados á la industria pecuaria empezaron á restringirse; los arrendatarios de tierras llegaron á alcanzar una proteccion estraordinaria; los autos acordados, las reales cédulas y las demas disposiciones emanadas de los monarcas hacian todos los dias declaraciones sumamente benéficas para los mismos; las cartas y sobrecartas, las provisiones y las ejecutorias del Consejo de Castilla los amparaban con mas frecuencia aun en el uso y disfrute de ellos, como en el uso y disfrute de los derechos adquiridos á la sombra de prácticas abusivas; en una palabra, el derecho de propiedad quedó deprimido, y al revés de lo que habia sucedido en épocas anteriores, la suerte de los propietarios se sacrificó á la

exagerada y mal entendida proteccion que llegó á dispensarse á los arrendatarios.

El exámen de las leyes dadas en aquella época y de los infinitos recursos y pleitos, dirigidos al Consejo y suscitados en el mismo tribunal, nos recuerda algunos de esos enormes privilegios y algunas de esas prácticas tan perjudiciales. Nos recuerdan, por ejemplo, el privilegio de la tasa, á virtud del cual los labradores arrendatarios hacían valuar por peritos el arrendamiento de las tierras segun su calidad y con arreglo á las leyes y ejecutorias de los tribunales, y conseguían pagar tan solo aquella renta que se graduaba en los aprecio. Nos recuerdan el no menos oneroso privilegio de no poder ser desahuciados los mismos arrendatarios ni aumentárseles su renta. El consejo de Castilla introdujo con sus resoluciones esta práctica, y el espíritu de la época y las providencias de otros tribunales la dieron mayor latitud todavía, estendiéndola á que vacando las tierras por muerte de los que lastenían arrendadas, hubiesen de suceder, como de hecho sucedían, en el arrendamiento sus herederos, si las querían, con lo cual se creía asegurar la labranza de dichas tierras y no esponerse á sufrir el esceso de las rentas ó á verse obligados á dejar los arriendos en ocasion de no hallar terrenos á propósito los arrendatarios. Tambien nos recuerdan la preferencia que obtenían siempre en los arrendamientos por el tanto los vecinos sobre los labradores forasteros; la prohibicion de admitir pujas de cuarta parte ni otra alguna en los arrendamientos de dehesas, montes, heredades y tierras de labor que se verificaban en público remate; las moratorias que se concedían á los arrendatarios deudores para el pago de sus rentas; la moderacion ó reduccion del precio siempre que reclamaban contra el convenido y lo suponían excesivo é inmoderado; la obligacion que se imponía en otras ocasiones á los dueños y arrendatarios de sujetarse á previa tasacion forzosa é indispensable en los arrendamientos de las dehesas de pasto ó labor; el arriendo tambien forzoso establecido en muchas partes del rei-

no á pagar en especie de granos; la prohibicion de arrendar mas de cierto número de fanegas de tierra; el derecho de posesion introducido á favor de los mismos arrendatarios, de sus viudas, hijos y herederos legítimos; la tasa, en fin, de la pension del arrendamiento en una cuota determinada de frutos.

Cuando las buenas doctrinas económicas empezaron á ser conocidas y pudieron comprenderse el error y los perjuicios del anterior sistema, las prácticas de los tribunales experimentaron alguna modificacion relajándose algun tanto el rigor con que se observaban aquellos privilegios. Ya en tiempos del Sr. D. Carlos III se mandó que en los arrendamientos de tierras sus dueños quedasen en libertad para hacerlos como les acomodara y se convinieran con los colonos: quedó abolido tambien el derecho de tanteo y el de posesion, si bien se conservó donde hubiera privilegio, fuere ú otro derecho particular, y desapareció en fin la onerosa restriccion de la tasa, tan contraria á los derechos de la propiedad como á la índole esencial de este contrato. Mas adelante el cambio político que experimentó nuestro país, reclamaba una reforma radical y completa: los principios consignados en la nueva Constitucion del Estado eran incompatibles con los vestigios de la antigua legislacion, que aun se observaban.

Este nuevo orden de cosas produjo el célebre decreto de las Cortes de 1813, el cual despues de haber sufrido en su observancia las vicisitudes de la época, fue al fin restablecido en 1836, como ya queda indicado.

Este decreto introdujo una variacion radical en el sistema de los arrendamientos de tierras. Declarando la libertad omnimoda y absoluta de los dueños para arrendarlas como mejor les parezca y por el precio conveniente, abolió el derecho de la tasa y el de la preferencia respecto de toda clase de personas, sin escepcion ni limitacion alguna. Declaró terminados los arriendos al vencimiento del plazo estipulado, y prohibió á los dueños despedir á los arren-

ARRENDAMIENTO.

755

datarios, ni aun con el pretesto de necesitar la finca para sí mismos, sino en los pocos casos que exceptúa. En una palabra, el derecho de propiedad, mermado, comprimido, desnaturalizado en beneficio de la industria pecuaria, quedó completamente reivindicado, y tal vez en esta parte fueron las Cortes algo mas allá de lo que convenia, como puede inferirse de la terminante prohibicion que impusieron á los arrendatarios para subarrendar el todo ni parte de las fincas, sin la aprobacion de los dueños. Tal es el estado presente de nuestra legislacion, segun el cual todavia subsisten algunas diferencias entre el arrendamiento de tierras y el de las demas cosas; diferencias nacidas de su indole peculiar y de los objetos que constituyen su materia, y que por eso mismo modifican mas ó menos las doctrinas generales que antes hemos espuesto. De estas especialidades vamos á ocuparnos en esta seccion.

Es la primera que nos ocurre relativa al modo de constituir el arrendamiento, ó mas bien á una de las condiciones esenciales de este contrato. Hemos dicho al hablar del precio, que este debe consistir por regla general en dinero efectivo, y hemos indicado muy ligeramente que, sin embargo no hay inconveniente ninguno en estipularle alguna vez en parte de los frutos producidos por la cosa arrendada. Añadiremos ahora que no solamente sucede así en el arrendamiento de tierras, sino que al menos en muchas provincias es el modo mas general y frecuente de arrendarlas. Célebrense, pues, entre nosotros, unas veces á pagar en dinero, otras á pagar en especie de frutos. En el primer caso, ó se paga la pension en dinero solo, segun los plazos que se estipulan, ó en dinero y adeas de ganados, aves y leña, ó un tanto en dinero, con la obligacion de despalar ó abonar tanta porcion de tierra al año, con lo cual se mejora considerablemente la finca, ó finalmente, en dinero y frutos á la vez. En el segundo, ó se estipula una cantidad determinada de frutos, como por ejemplo, tantas fanegas de trigo, de centeno, de ce-

bada ó de pan terciado, que son dos partes de trigo y otra de cebada; ó pacta el arrendatario que pagará una parte alícuota de los productos, como por ejemplo, de nueve dos, cuya renta en algunas partes se llama *noveo*, ó se satisface una cantidad de grano por cada fanega de sembradura. En este punto hay tal diversidad de prácticas y costumbres en cada una de las provincias de España, que ni es posible dar idea de todas ellas, ni reducir á proposiciones generales, lo que vemos observarse. Bastará decir que en todos estos casos es igualmente válido el arrendamiento, y que el precio consignado de cualquiera de los modos indicado, equivale en último resultado á la pension pagada en dinero efectivo. Tan cierto es esto, que cuando el dueño se ve en el caso de reclamar el pago de la pension estipulada en frutos, pide que el arrendatario le satisfaga y entregue el número de ellos convenido, y en su defecto la cantidad numeraria equivalente á su importe, segun el mayor precio que hubiesen tenido hasta el momento del pago.

El arrendamiento de tierras á pagar en especie de frutos, no solo se ha considerado como legal y permitido, sino que atendidas las condiciones especiales de nuestro suelo, se ha estimado por los hombres prácticos y conocedores, como mas ventajoso para fomentar la agricultura y los intereses de los arrendatarios, habiendo llegado alguno de ellos á sostener la conveniencia indisputable en su concepto de que todos los arrendamientos se pagasen en una cuota no convencional sino fija de los frutos de las mismas tierras. Recordamos con este motivo la opinion de un hombre muy entendido, que informando al Consejo de Castilla acerca de los males que experimentaban los arrendatarios de tierras, y sobre los medios convenientes para destruirlos, proponia la publicacion de algunas leyes, y entre ellas la siguiente: «La primera, que todo arrendamiento de tierras se pague en frutos; esto debe ser la primera ley, porque es la mas justa y será la mas benéfica á la agricultura. Por ella se igualarán la condicion del colo-

no y de los propietarios, que gozarán ó sufrirán proporcionalmente de las influencias del cielo: en los años abundantes, creciendo la cuota de frutos, subirá el arrendamiento; en los estériles, bajando la cuota disminuirá: la calamidad se partirá entre los dos, y no se verá la horrible tiranía de que en un año calamitoso, cuando el pobre colono pierde su tiempo, trabajo y simiente, exija el propietario con todo rigor el mismo arrendamiento que pagaría si la cosecha fuese abundante (1).» Cualesquiera que sean, sin embargo, la exactitud y los fundamentos de esta doctrina, nuestras leyes no la han aceptado: los arrendamientos de tierras, según el artículo 2.º del decreto restablecido en el año de 1836, pueden hacerse libremente á gusto de los contratantes por el precio ó cuota en que convengan. Pueden establecer, por consiguiente, que la pensión se pague en dinero ó en frutos, según lo estimen mas conforme á sus respectivos intereses: cualquier pacto aceptado en este sentido deberá ser respetado.

El arrendamiento de tierras impone generalmente al arrendador y al arrendatario las mismas obligaciones que el arrendamiento de cosas en general. En cuanto al arrendador no hallamos ninguna particularidad digna de notarse. Debe entregar el prédio en la forma anteriormente explicada: debe conservarle en estado de servir al uso para que ha sido arrendado; debe hacer en él todas las reparaciones necesarias al efecto, y debe, finalmente, hacer seguro al arrendatario el pleno y pacífico goce del mismo. En cuanto á los arrendatarios las condiciones especiales de este arrendamiento ofrecen algunas que no debemos omitir.

En efecto, como antes hemos dicho, una de las principales obligaciones del arrendatario consiste en hacer de la cosa el uso para el cual está destinada por su naturaleza ó por la costumbre. Sin embargo, al arrendatario de prédios rústicos se le debe

dejar mucha mas libertad en el goce de ellos por la índole especial de las cosas mismas. Verdad es que nunca podrá mudar esencialmente la situación de las tierras; no podrá, por ejemplo, reducir á plantío las que son labrantías, ni arrancar el arbolado de las primeras para destinarlas al cultivo; pero sí podrá practicar modificaciones de otra especie en el fundo, y sustituir una especie de cultivo á otro, roturar y fertilizar terrenos incultos, y en general todas aquellas que, mejorando la condición de las fincas, no graven los intereses del propietario. Conviene repetirlo: esta clase de arrendamientos en su esencia participan mucho de la índole de una operación industrial. El propietario es al colono lo que el capitalista al industrial que recibe un interés; y el interés de la agricultura en general no menos que el interés particular bien entendido de los propietarios exige que los capitales inmuebles, confiados á la industria agrícola, se exploten con la misma independencia que los capitales moviliarios. No decimos que la semejanza sea completa; pero creemos que existe una grande analogía entre estos dos contratos y que no debe perderse de vista una circunstancia tan importante y tan fecunda en la aplicación de la regla general que hemos recordado.

Al hablar del uso que puede hacer el arrendatario de la cosa arrendada, consignamos los principios generales admitidos comúnmente en esta materia, concretándolos al uso y disfrute de algunas cosas determinadas, como las minas, las canteras, los bosques y otras semejantes, proponiéndonos tratar de la caza y de la pesca existentes en tierras arrendadas al hablar del arrendamiento de ellas. El art. 3 del decreto de 3 de mayo de 1834 dispone que los arrendatarios de tierras de propiedad particular tendrán en orden á la caza las facultades que estipulen con los dueños, y en cuanto á la pesca, añade el 37, que podrán estos en los estanques, lagunas ó charcas que se hallen en tierras cerradas comunicar á todos los arrendatarios las facultades que

(1) Memorial ajustado del expediente consultivo sobre los daños de la agricultura y establecimiento de una ley agraria.

ARRENDAMIENTO.

733

les competen á ellos en los términos que se estipule. De aquí se infiere que si el dueño no se las comunica espresamente y nada se pacta respecto de este particular en el contrato el arrendatario carecerá de ellas; lo cual, por lo tocante á la caza, debe entenderse de las heredades cercadas, toda vez que en las abiertas, pudiendo cazar los extraños sin licencia del dueño, con sujeción á las ordenanzas, según el art. 4 del citado real decreto, con mayor razón será lícito al arrendatario verificarlo. Podrá, pues, el arrendatario cazar en dichas heredades y en todas épocas, sin que le alcance la restricción puesta á los particulares de no poder hacerlo mas que en las heredades no labradas ó que estén de rastrojo, por cuanto la prohibición de cazar en las labradas ó con el fruto pendiente, como fundada en el temor del daño que se les causaría, no puede aplicarse á los mismos colonos, únicos interesados en el aprovechamiento de dichos frutos.

¿Y tendrá derecho el arrendatario al aumento que puede recibir la tierra por aluvion durante el arrendamiento? Los juriscultos han opinado de diferentes maneras acerca de esta cuestión. Unos han creído que perteneciéndole el disfrute de la tierra arrendada, este disfrute se extendía por el derecho de accesión á la parte acrecentada, sin alteración alguna en cuanto al precio convenido. Han opinado otros que este acrecentamiento queda fuera del contrato, el cual no pudo comprender lo que no existía al tiempo de su celebración. Otros, en fin, adoptando un término medio, han juzgado que el arrendatario tendrá, en efecto, derecho á disfrutar del beneficio debido al aluvion; pero no de otro modo que satisfaciendo un aumento de precio proporcional á la entidad del mayor disfrute. Este dictámen, que está conforme sustancialmente con el principio que asentamos al hablar del aluvion, nos parece muy racional y equitativo. Que el arrendatario tenga derecho á disfrutar el terreno acrecentado lo juzgamos cosa fuera de toda duda, porque el aumento se une y agrega al fundo principal en tales términos que viene á

formar con él una sola propiedad; por eso defendemos que el usufructuario de la tierra se hace también usufructuario del terreno agregado. Pero que pueda aprovecharse de aquel terreno que no entró en la consideración de los contratantes y que produciría una desproporción mayor ó menor entre el fundo y el precio sin satisfacer la parte de este correspondiente al ensanche recibido por la propiedad nos parece demasiado violento; tanto mas, cuanto que así como el arrendatario puede reclamar cuando la tierra se destruye parcialmente y se hace, por consiguiente, menos fructífera una disminución proporcionada en la pensión, así el propietario cuando la finca recibe un aumento de cierta consideración debe tener el derecho recíproco de demandar el aumento proporcional de ella, según el principio *ubi damnum ibi lucrum*.

Otra de las obligaciones del arrendatario es, como dejamos dicho en su oportuno lugar, usar y cuidar del prédio como un buen padre de familias. La ley 7, tít. 8, Part. 3 impone al arrendatario de tierras el deber de cuidarlas y cultivarlas como si fueran suyas, añadiendo que si por impericia, culpa ó negligencia suya, de sus dependientes y criados se empeorasen, habrá de indemnizar todo el daño causado á justa tasación practicada judicialmente por personas entendidas. La misma responsabilidad impone al arrendatario en el caso de que sus enemigos cortasen árboles ó hiciesen otro daño en la heredad.

La ley no ha fijado, ni era posible que fijase las operaciones que debe practicar el arrendatario en el cultivo de su heredad, ni mucho menos los actos de que debe abstenerse para no perjudicar las diferentes clases de tierras y de los sistemas de cultivo que en cada localidad y hasta dentro de una misma se conocen y practican conforme á las condiciones del clima, de los terrenos y de otras muchas circunstancias que no permiten establecer ninguna regla constante y uniforme. Las especiales á que debe ajustarse el cultivo de un terreno dado solo pueden ser conocidas de los hombres

prácticos de la localidad de que se trate, y á su juicio deberá recurrirse en cualquiera cuestión que se suscite para la justa apreciación de los hechos, en el caso de que el contrato no marque, como debe hacerse y es conveniente que se haga, la manera de verificar el cultivo en sus principales detalles. En su defecto, la fórmula usada constante y generalmente en los arrendamientos de tierras es que el arrendatario haya de usarlas y cultivarlas á *uso y costumbre de buen labrador*. La inteligencia de estos decide en todo caso si las operaciones del arrendatario han sido tan acertadas y regulares como convenia al buen cultivo que está obligado á prestar.

Hemos indicado asimismo entre otras obligaciones que incumben al arrendatario, la de pagar el precio, espresando el lugar, el plazo y la forma en que debe verificarlo. Añadiremos ahora que cuando se arrienda una tierra ó heredad á pagar en especie sea esta una sola, como por ejemplo trigo, sea compuesta como trigo y centeno, ó trigo y cebada, deben seguirse para el pago las reglas que establecemos al hablar del año rural, y que cuando se estipula en dinero no habiendo día terminantemente marcado para verificarle, deben seguirse las reglas indicadas para el pago de la renta en especie, puesto que, como allí decimos, la razón de deber se completa con la recolección ó alzamiento de frutos.

Si el precio se hubiese estipulado en granos, el colono tiene opción á pagarlo en especie ó en dinero á la tasa. Así se ordenó en el auto acordado del Consejo de 30 de julio de 1708 (1), y aunque es verdad que en esta disposición se habló solamente del trigo ó cebada que debiesen pagar por arrendamiento de las tierras, creemos que debe aplicarse á cualquiera otra clase de frutos por militar en todos los casos una propia razón en favor de los labradores, á saber, la de que si en la época del pago el precio de los frutos tiende á la alza, no es justo privar al colono de semejante beneficio, siem-

pre que dé en dinero al propietario lo que en rigurosa justicia le corresponde, que no es mas que el valor ó importe de la cuota de frutos, estipulada según el que tengan en el momento de vencer el plazo.

En el caso de haberse estipulado por vía de precio, no una cantidad de frutos cualquiera, sino de los procedentes y derivados del mismo prédio arrendado, el colono á no preferir el pago en dinero, deberá entregar precisamente la parte suficiente de frutos producidos por el mismo fundo, y no cumplirá con ofrecer otros de distinta procedencia aunque sean de igual ó superior calidad, porque como deudor de una cosa determinada, no tan solo por su especie sino tambien por su origen, no llena su compromiso sino entregando lo que precisamente ha prometido.

Espuestas las consideraciones especiales que nos parecen mas dignas de mención respecto de los deberes de los arrendatarios, vamos á ocuparnos de un punto muy importante que suele dar lugar en el arrendamiento de tierras á cuestiones muy empeñadas. Nos referimos á la remisión y rebaja del precio por causa de esterilidad ó pérdida total de los frutos de la finca arrendada.

Cuando por un accidente imprevisto ha llegado esta á sufrir la completa destrucción de sus producciones, ó una disminución muy considerable de las utilidades que debió percibir el arrendatario, ora se haya pactado el pago de la pensión en dinero, ora en frutos simplemente, tiene este derecho á reclamar en su respectivo caso uno de los beneficios indicados. La ley 22, título 8, Part. 3, establece los dos casos, y dispone que si se destruyeran ó perdiesen todos los frutos de la heredad, viña ú otra cosa semejante arrendada, por ocasión que «non fuesse muy acostumbrada de avenir; »assi como por avenidas de rios ó por muchas lluvias, ó por granizo, ó por fuego »que los quemasse, ó por hueste de los enemigos, ó por asonada de otros omes que »los destruyessen, ó por sol, ó por viento »muy caliente, ó por aves ó por langostas, ó

(1) Not. 1 á la ley 8, tit. 11, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

ARRENDAMIENTO.

737

«otros gusanos que los comiesen, ó por alguna otra ocasion semejante destas que tollese todos los frutos decimos que non es tenudo el que lo toviessse arrendado de dar ninguna cosa del precio del arrendamiento que oviesse prometido á dar.» Habla despues del otro caso en que no se perdiesen todos los frutos por completo, y añade: «pero si..... cogiere el labrador alguna partida de ellos estonce en su escogencia sea de dar todo el arrendamiento al señor de la heredad si se atreviere á darlo; é si non de sacar por si las despensas é las misiones que fizo en labrar la heredad, é lo que sobrare de lo al señor de aquella cosa que tenia arrendada.» Escusado es decir que cuando el fruto de la heredad se pierde por culpa del arrendatario, como por labrarla mal, por no cuidarla ó por otro motivo semejante, está obligado á pagar íntegramente la pension convenida.

Las disposiciones de la ley de Partida que por su reconocida importancia y frecuente uso acabamos de transcribir, no se fundan seguramente en los principios reguladores de la naturaleza de este contrato, ni pueden sostenerse como una deduccion lógica de ellos. Suponer, como lo hacen algunos jurisconsultos, que el arrendamiento se asemeja á una especie de venta de los productos futuros de la cosa arrendada, es en nuestro sentir un error cuyas consecuencias podrian ir mucho mas allá del punto que nos ocupa. En el arrendamiento si algo se trasfiere á semejanza de la venta es el derecho á los frutos, el poder de usar de la cosa ó de servirse de ella, como dice nuestra ley de Partida. Así es que ninguna impone al propietario la obligacion de asegurar al colono los frutos, sino la de asegurarle el uso y el goce pleno y pacífico de la cosa, siquiera esta rinda ó no sus naturales y ordinarios productos. El dueño ha transferido cuanto podia transferir: ha asegurado cuanto le era dado asegurar. Dejará, por ventura, de haber llenado todos sus deberes, y adquirido por lo tanto un derecho perfecto en el rigor de los principios á que la otra parte le cumpla á su

TOMO III.

vez lo pactado porque un acontecimiento imprevisto le haya embarazado las utilidades calculadas al contraer el compromiso?

Pero si la materia y el objeto de esta clase de arrendamiento es el uso de la finca, su fin consiste indudablemente en la percepcion de los frutos: si el derecho á ellos, y nada mas que ese derecho con todas sus consecuencias, es lo que una parte quiere dar y lo que la otra se propone adquirir, tambien es cierto que en tanto lo cede la una y lo acepta la otra bajo condiciones onerosas en cuanto conduce al aprovechamiento de los frutos del fundo arrendado, y precisamente á la probabilidad de que este produzca esos frutos, y de que los produzca en una cierta cuantía, atienden uno y otro contrayente, aquel para pedir, y este para ofrecer el precio en que al fin han llegado á conformarse: el precio lo es del derecho transferido por medio del contrato; su regulacion se toma de la cantidad y calidad probables de los frutos ó utilidades de la cosa.

Ahora bien: lo que el estricto derecho prescribe en el caso de una pérdida total ó muy considerable de las cosechas por caso fortuito, la equidad lo rechaza: seria civilmente justo pagar al propietario el precio puesto al uso de una cosa que él transfirió sin restricciones é hizo efectivo con religiosa exactitud; pero seria injusto moralmente é insostenible en el orden de las cosas que al colono se le obligase á pagar un uso estéril y tal vez ruinoso. En tal caso la equidad y el interés de la agricultura aconsejan que se proteja al desgraciado colono, templando con una humana y prudente excepcion la severidad de las reglas generales que determinan sus obligaciones.

Así, pues, si por algun accidente, no muy acostumbrado, como dice la ley, se pierden todos los frutos de la heredad arrendada, conceptuamos justa su disposicion «ca guisada cosa es como la misma añade, que como él pierde la simiente é su trabajo que pierda el señor la renta que deve aver.» En el caso de perderse parcialmente los frutos, la alternativa que la ley esta-

blece pone á salvo completamente los derechos del propietario.

Como en el fondo de esta disposicion se otorga al colono una rebaja de precio, equivalente á la diferencia que resulte entre este y el producto neto de la cosecha, en la dificultad de liquidar con exactitud su importe para entregarlo al dueño en frutos, parece lo mas racional y sencillo, y así lo recomiendan los prácticos que en tales casos habida consideracion á las circunstancias, se hace la tercera, cuarta ú otra parte del precio, segun el arbitrio de los jueces (1). Tal es tambien la costumbre que generalmente se observa en los tribunales.

Las mismas leyes de Partidas exceptúan, sin embargo de lo espuesto, dos casos, en los cuales no tiene lugar la remision total ni la parcial del precio del arrendamiento. Es el primero, cuando el arrendatario se obligó á que *por cualquier ocasion que se perdiese el fruto á él perteneceria el daño*. Esta disposicion de nuestra ley está conforme con el principio bien conocido de la legislacion romana. *Per pactum potest quis se adstringere ad casum fortuitum*. La ley, como hemos visto antes, ha enumerado una porcion de casos fortuitos, algunos de los cuales han dado margen á empeñadas disputas entre los antiguos juriconsultos. Renunciamos á tomar parte en el debate, muy poco provechoso á la verdad, de si son ó no verdaderos casos fortuitos en el terreno de las ideas y de las doctrinas: la ley los declara tales, y esto nos basta. Mas acerca de la estension que debe darse á la obligacion de que tratamos, contraida por el arrendatario, se ha suscitado otra cuestion de que no podemos desentendernos. Porque entre los mismos casos fortuitos los hay ordinarios y extraordinarios; que pueden preverse por la frecuencia con que ocurren y que no es fácil caigan en la intencion de las partes, porque rara vez se verifican. Los ordinarios son el granizo, el rayo, los hielos, la sequia y otros semejantes, los cuales en unos paises son frecuentes y en otros noson muy inusi-

tados: los extraordinarios son los estragos de la guerra, las inundaciones á que no está acostumbrado el pais y otros análogos que se escapan á una regular prevision. Suponer que el arrendatario que tomó sobre sí simplemente y en términos generales los casos fortuitos, quiso obligarse á todos sin distincion, incluso los de la última especie, seria violentar el sentido natural de las cláusulas del contrato y llevar la intencion mas allá de lo que el orden regular de las cosas permite. Nadie calcula sobre peligros que no conoce; nadie acepta responsabilidades en que verosimilmente no ha pensado siquiera. Por lo tanto, para que el arrendatario sufriese la de todos los casos fortuitos ordinarios ó extraordinarios, seria menester que á los unos y á los otros se hubiese obligado espresamente: no habiendo hablado sino de los casos fortuitos en general la opinion comun, fundada en las razones que ligeramente se acaban de esponer, limita la responsabilidad de aquel á los ordinarios y previstos.

El segundo caso, que exceptúa la ley citada, es cuando otorgado el arrendamiento por dos años ó mas, la pérdida ó esterilidad de uno se compensase con la abundancia de otro. «Ca si un año de aquellos, se perdiesen los frutos... y el año ante desse ó despues oviesse cogido tantos frutos que, seyendo bien asurado, abundaria para pagar el arrendamiento é las despensas del labrador por ambos los años; estonce tenudo seria de pagar el arrendamiento.» Consiguiente á esta disposicion, añade la ley que si el dueño hubiese hecho ya la remision ó reduccion del precio del año de la pérdida podrá reclamarlo en el de la abundancia que sobrevenga despues. Escusado es advertir que el arriendo por dos ó mas años á que aquella se refiere, debe haberse verificado en un solo contrato, no en dos ó mas arrendamientos, de forma que los dos años, el de la esterilidad y el de la abundancia se refiriesen á periodos distintos y separados entre sí: *sub una locatione*, como dice Greg. Lop., *nam si essent diversae non procederent*. Tambien se colije claramente

(1) *Leyes. Practicas. quest. 2, cap. 30.*

ARRENDAMIENTO.

739

que la disposicion de la ley se aplica, no solo cuando el año abundante precede, ó subsigue inmediatamente al estéril, sino tambien cuando media entre ellos algun otro regular: *sive sit annus immediate sequens sive interpollatus* (1).

Ademas de los dos casos determinados en la ley, los comentadores de nuestro derecho enumeran otros en los cuales, segun su doctrina, no tiene lugar tampoco la remision ó disminucion del precio. Indicaremos los mas autorizados.

1.º Cuando la costumbre del pais lleva consigo que el arrendatario cargue siempre con la responsabilidad de los daños que puedan ocurrir en los frutos de la finca arrendada; pues sobre ser esta una materia en que tanta parte tienen las prácticas y costumbres admitidas, y autorizadas estas obligan por regla general siempre que nada se haya estipulado en contrario. *In contractibus ea tacite veniunt quae sunt moris et consuetudinis*.

2.º Cuando la causa de la pérdida ó esterilidad existia ya y era conocida al tiempo del contrato, bien que entonces los efectos mas ó menos probables de aquella causa ya no constituyen verdadero caso fortuito, ni menos la ocasion no muy acostumbrada y frecuente de que habla la ley de Partida. De ahí es, que el que tome en arrendamiento una viña muy vieja, ó algun campo próximo á un rio que con frecuencia sale de madre, si estos accidentes se verifican y le ocasionan una pérdida, no tendrá derecho á remision ni rebaja. El peligro, ó cuando menos el riesgo era evidente, debe, pues, suponerse que quiso arrostrearlo y que lo tuvo en consideracion al estipular el precio.

3.º Cuando el daño que proviene del caso fortuito es de poca consideracion, pues el arrendatario debe soportar la pérdida módica ya que disfruta todo el lucro aunque sea muy grande. Así lo establecia expresamente la ley romana. ¿Mas cuál será el daño que haya de reputarse de poca consi-

deracion? Que los jurisconsultos romanos y los de otros paises tropezaran con esta cuestion y se dividieran en ella, no es extraño; pero que nuestros comentadores los imitasen solo puede explicarse por el prurito de interpretar la legislacion patria por la romana hasta en los puntos mas claros é incontrovertibles. Cabalmente la ley de Partida, á que tantas veces nos hemos referido, marca perfectamente, aun que de un modo indirecto, la línea divisoria entre la pérdida que dá derecho á la rebaja y la que debe ser de cargo del arrendatario solamente. En ella cuando la pérdida es parcial se deja al arbitrio del labrador, ó pagar por entero el precio del arriendo, ó entregar al propietario los frutos cogidos, hecha deducción de las impensas; y como no pudo ocurrírsele al legislador que el colono prefiriese jamas la entrega de los frutos en el caso de superar estos al precio estipulado, infiérese de tal disposicion, que solo cuando el producto neto de la cosecha represente un valor inferior á dicho precio, habrá lugar á la rebaja, y no cuando á pesar de la pérdida queden al colono frutos que sufragen para el reintegro de los gastos del cultivo y recoleccion y para el pago del precio. El cálculo de Gregorio Lopez nos parece, pues, gratuito é inadmisibile: la relacion entre el precio estipulado y el producto ordinario de las heredades no es igual en todas partes ni constante en ninguna. En este concepto, si por pérdida de poca consideracion y como tal de cargo del colono hubiera de entenderse siempre la que no llega á la mitad de los frutos que suelen cogerse en un año comun (1) resultaria en unos casos que exigiendo algo mas de la mitad habria de pagarse al propietario por via de precio una cantidad superior al valor líquido de la cosecha, y en otros, que cogiendo menos de la mitad, lograría una rebaja en el precio, no obstante que la cosecha aunque corta bastase y sobrase para el pago del todo. Lo ventajoso del contrato celebrado y el crecido valor de los frutos en la época del vencimiento po-

(1) Greg. Lop. á la ley 22, tit. 2, Part. 5.

(1) Greg. Lopez, gloss. 2.ª y 9.ª ley 22, tit. 2, Part. 5.

drian explicar naturalmente en muchos casos este fenómeno. La ley no ha querido eso y la jurisprudencia tampoco debe consagrarlo. En buen hora que por los inconvenientes de la liquidacion en vez de dejar á eleccion del colono el pago del precio ó la entrega de los frutos, deducidas impensas, se adopte el temperamento de la reduccion de aquel á la cantidad que parezca prudente segun las circunstancias; mas para la resolucion prévia de si es ó no llegado el caso de la rebaja, es preciso partir del mismo punto que fija la ley, á saber, la relacion entre el precio y la cantidad ó valor de la cosecha. Verdad es que en esto habrán de tocarse algunas de las dificultades de la liquidacion de que se ha querido huir. ¿Pero acaso no las habrá tambien para apurar los frutos que dá una heredad en año comun, y si los del de la pérdida llegan ó no á la mitad de este tipo? Toda cuestion de hecho ofrece los inconvenientes de la prueba. Sobre todo la jurisprudencia ha podido simplificar los medios de ejecucion, inventando uno distinto del indicado por la ley para llegar al resultado que esta se propone; pero no la es lícito alterar las bases de su disposicion, refiriéndola á casos no comprendidos en su letra ni en su espíritu, ó dejando de aplicarla á otros para los cuales fue dictada.

Algunos autores creen que acaeciéndola pérdida de los frutos despues que han sido cogidos ó separados de los árboles ó de las plantas, aunque se hallen sin recoger en la heredad ó campo que los produjo, la responsabilidad es del arrendatario y por consiguiente que debe satisfacer el precio, dando por razon que desde la corta ó separacion adquieren la cualidad de muebles, y entrando en el dominio del arrendatario, perecen para él por la regla *res suo domino perit*. A nosotros nos parece mas fundada la opinion de los que tambien en este caso le reconocen el derecho á la remision ó rebaja. Tan suyos son los frutos antes de la corta como despues; lo mismo debieran perecer para él en una época que en otra segun el origen del derecho. Si la ley hubiera

puesto este límite fuerza seria respetarlo; tanto mas cuanto que siendo la remision un favor que se dispensa al arrendatario, una escepcion de las reglas jurídicas que marcan la índole y estension de sus deberes, no seria conforme á las sanas doctrinas el ampliarla en perjuicio del dueño. Pero la ley habla de la pérdida ó destruccion de frutos sin distinguir los pendientes de los ya cortados; y si aun que ya cortados perecen en el campo sin culpa alguna del colono por un verdadero é inevitable caso fortuito, como lo seria el de una fuerte y repentina lluvia que impidiese recoger las mieses despues de la siega, parécenos que tambien habria lugar á la remision ó rebaja del precio, no solo por concurrir en este caso la razon de la ley, sino por serle aplicable su testo sin la menor violencia. Tanto en este caso como en los demas concurre igual razon, que es el no haber podido aprovechar el arrendatario las producciones de la finca, y si justo es en un caso que por perder este la semilla y el trabajo pierda el dueño la pension, justo será tambien eso mismo en el otro sin que alcancemos una razon que justifique de modo alguno la diferencia.

Pudiera dudarse, si en cualquiera caso fortuito el colono indemnizado de la pérdida por una compañía de seguros conserva ó no su derecho á la reduccion del precio. Nosotros entendemos que lo conserva intacto. El seguro es un contrato celebrado entre el colono y el asegurador; el propietario ha sido extraño á él, y puesto que no soporta las cargas de la aseguracion, tampoco tiene derecho á disfrutar sus ventajas. Si el colono se evita el daño del caso fortuito es á costa de un sacrificio independiente de las obligaciones del arriendo: aun cuando no lo sufra, pues, de hecho subsisten las consideraciones en que se fundó la ley para otorgarle la remision ó disminucion del precio.

La ley de Partida, despues de haber dispensado al colono del pago total ó parcial del precio en los casos fortuitos de pérdida ó destruccion de los frutos, le impone el deber de satisfacerlo doblado si la heredad ó cosa arrendada rindiese por el solo benefi-

ARRENDAMIENTO.

741

cio de la naturaleza el duplo de lo que solia producir un año cón otro comunmente (1). Esta disposicion se funda en una razon de reciprocidad: «Ca guisada cosa es, dice el testo, que como al Señor pertenece la pérdida de la ocasion que viene por aventura, que se le siga bien, otrosi, por la mejoría que acaesce en la cosa por essa misma razon.» El argumento puede deslumbrar con cierta apariencia de equidad, pero en realidad carece de toda fuerza. El dueño transmitió al arrendatario todo su derecho al uso y goce de la cosa con todas sus eventualidades, con todas sus contingencias, como ya hemos tenido ocasion de observar, favorables ó adversas. En consecuencia, todos los frutos que él pudiere recoger por virtud del derecho transferido en tan extraordinaria é inesperada cuantía, pertenecen legítimamente al colono. La gracia otorgada á este en el caso de la pérdida, ya hemos dicho que es una escepcion del derecho comun, y su fundamento no puede convertirse á favor del dueño en el caso de exuberante ganancia. El interés de la agricultura, la humanidad misma clama porque al infortunado colono que regó en vano con su sudor la tierra no se le obligue á pagar un derecho inútil, un uso y un goce que en realidad no lo han sido. Ninguna de estas consideraciones aboga por el propietario; ni es para él una desgracia la extraordinaria y casual fecundidad del predio en un año dado, aunque el predio se regulase bajo el supuesto de una produccion mucho menor, ni el interés de la agricultura puede cifrarse en que al cultivador se le mermen jamas las ganancias á pretexto de ser escasas. La posicion de uno y otro en el caso de que hablamos, es muy distinta. El último trata de evitar un daño enorme que no tiene compensacion: el primero trataria de obtener una ganancia mas ó menos considerable sobre la utilidad legítima fijada en el contrato. Podiéramos desenvolver mucho

mas estas observaciones y robustecerlas con otras de no menor importancia; pero lo creemos inútil porque afortunadamente la disposicion legal á que nos referimos no está ni sabemos que haya estado nunca en observancia; sin duda alguna, porque el dueño que arrienda se desprende de todo el derecho que tiene á los frutos, y por lo mismo ninguno puede ejercitar respecto de ellos, aunque sean muy abundantes.

Tambien puede haber lugar, bien á la reduccion, bien al aumento proporcional del precio cuando, arrendada una heredad á razon de tanto por fanega, yugada, tahulla, etc., y fijado al propio tiempo el número de estas que contiene aquella y la suma total del precio, resulta luego que en la medida hubo déficit ó esceso, á no ser que lo uno ó lo otro sea tan grande que, ó traspase conocidamente los limites de la empresa que quiso acometer el colono con arreglo á sus fuerzas, ó no satisfaga en manera alguna el objeto que se propuso al tomar en arriendo la finca, en cuyo caso le será lícito pedir la rescision del contrato. Si lo arrendado fue una heredad á tanto por fanega, etc., sin espresar su cabida, no hay cuestion posible sobre aumento ó disminucion del precio por no ser este determinado sino con relacion á cada fanega, debiendo multiplicarse las contenidas en la heredad por la cantidad fijada para conocer el importe total de aquel. Si la heredad se arrendó simplemente como cuerpo cierto sin indicar su cabida ó espresándola solamente por via de demostracion, tampoco habrá lugar á aumento ni disminucion del precio, á no ser que por circunstancias particulares pareciese lo uno ó lo otro racional y equitativo. Finalmente, si en un solo y mismo acto y por un solo y mismo precio se arrendasen dos fundos distintos, el déficit que pudiese resultar en el uno se compensaria con el esceso que apareciera en el otro, debiendo buscarse la compensacion, no en el número de las yugadas, fanegas, etc. de mas y de menos que hubiera en cada uno, salvo que ambas tierras fuesen de igual especie y bondad, sino en su va-

(1) Ley 23, tit 8, Part. 5.

lor en renta. Estas doctrinas no proceden de nuestra legislación; pero son conformes á los principios seguidos por la romana en el contrato de compra-venta y tienen la fuerza y autoridad de todo lo que se funda en las máximas de la justicia universal.

El arrendatario que se hubiese obligado á poner en casa del dueño los frutos que constituyen el precio del arriendo deberá indudablemente hacerlo así; pero si el dueño cambia de domicilio estableciéndose en un punto mas lejano, cesa dicha obligación, porque esta imprevista traslación de domicilio no puede empeorar la condición del colono, según la regla de derecho *nemo alieno facto pręgravari debet*. El dueño deberá designarle la persona á quien haya de hacer la entrega de los frutos en su antiguo domicilio.

En orden á la conclusión del arrendamiento de tierras, además de las consideraciones espuestas al tratar de las causas y modos por los que concluye este contrato, conviene advertir que el decreto de las Cortes restablecido en 1836 distingue el arrendamiento verificado por tiempo determinado del que se hubiera celebrado sin tiempo ó indefinidamente. En el primer caso dispone el art. 5.º que senecerá con el plazo, sin necesidad de mútuo desahucio: el arrendatario no podrá alegar posesión para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duración del contrato. El simple trascurso del tiempo acaba todos sus efectos, y á no ser que por el consentimiento tácito de los interesados se verifique un nuevo arrendamiento en los términos que también hemos explicado, no hay posibilidad de llevar mas adelante el primitivo.

Pero ¿podrá el dueño de la finca durante el tiempo estipulado remover al arrendatario del disfrute de ella, quitándosela ó despidiéndole para que la deje á su disposición? Fuera de los casos legítimos de rescisión enumerados ya en sus lugares oportunos, el dueño no podrá despedir al arrendatario aun con el pretexto de necesitar la finca para sí mismo, sino en los casos

de que no le pague la renta, de que trate mal la finca ó de que falte á las condiciones estipuladas. En la primera circunstancia difiere el arrendamiento de tierras del de casas, porque en este puede el dueño despedir al inquilino y removerle de la casa cuando la necesitase para sí ó para su familia en los términos que veremos mas adelante: en aquel solo puede verificarlo concurriendo alguna de las causas indicadas. En cuanto á la omisión en el pago del precio téngase presente lo que se deja manifestado al hablar de la segunda obligación del arrendatario. En orden al maltrato de la finca, como esta es una cuestión de puro hecho que en todo caso y en el de una contestación judicial debe resolverse por lo que declaren los espertos, á su dictámen habrá que estar, estimándose la expulsión del arrendatario siempre que estos confirmen la certeza de los hechos fundamentales de la reclamación. Y en cuanto á la violación de las condiciones estipuladas, ya dejamos indicado en qué términos debe realizarse, á fin de que se considere como un motivo justo para despedir al arrendatario.

Si el arrendamiento se celebró sin tiempo ó indefinidamente fuera de las causas generales que producen la terminación del contrato, se acaba este cuando convenga á cualquiera de las partes, avisando á la otra con la anticipación de que hemos hablado, sin que el arrendatario, aun cuando lo haya sido por espacio de muchos años, tenga derecho alguno de posesión una vez desahuciado por el dueño.

Aunque la anticipación de que habla la ley es la de un año, y trascurrido este, á contar desde el aviso ó despedida, tiene el arrendatario el imprescindible deber de entregar la heredad á su dueño, con todo, si se tratase de tierras amalgadas ó divididas en hojas para sembrarlas alternativamente, ó bien de bosques divididos en suertes ó secciones para la corta y demás aprovechamientos de los pastos y arbolado, aunque el arriendo se haya otorgado por tiempo ilimitado, el dueño no podrá desahuciar al mismo arrendatario antes de que haya

ARRENDAMIENTO.

745

utilizado todas las hojas de la tierra y todas las suertes del bosque en los términos que se propusiera hacerlo al contraer el arrendamiento. Reconocemos que la ley está terminante en cuanto á dar por suficiente anticipacion la de un año, sin distincion ni escepcion alguna; mas ya hemos visto que por la naturaleza misma de las cosas y por el sistema indispensable de cultivo que hay que observar algunas veces, esta disposicion no puede aplicarse sino á aquellas tierras que por sus particulares condiciones pueden rendir ó rinden de hecho todos sus frutos en un año. La ley contiene una disposicion general y ha comprendido, como no podia dejar de ser, los casos ordinarios; en los que salen de esta esfera, en los que concurren circunstancias especiales, la razon de aquella no milita, y la jurisprudencia está llamada á suplir su silencio conforme á las reglas de una sana interpretacion.

Espuestas las obligaciones especiales del arrendador y del arrendatario de tierras y los modos de terminar este arrendamiento, creemos oportuno hablar de los procedimientos judiciales que pueden tener lugar entre ellos con ocasion de este contrato.

El mas usual y frecuente es el que puede promover el arrendador contra el arrendatario para el pago del precio. La accion que comunmente se entabla para ello es la ejecutiva fundada en la escritura del arrendamiento, si la hay, ó en la confesion del deudor á falta de ese documento. Cuando al arrendador le interesa remover al arrendatario, se suele pedir por un otrosi en la misma demanda ejecutiva el desahucio, á fin de que en la época correspondiente deje libre y desembarazada y á disposicion del dueño la heredad ó tierra de que se trata. Para el pago, tanto de la pension ó pensiones vencidas, como de la que haya de vencer en lo sucesivo, puede tambien solicitar el propietario el embargo de frutos y efectos y la intervencion y retencion de las cosechas. El desahucio de que hemos hecho indicacion puede promoverle el dueño tambien, y esto es lo comun y ordinario, sin que el arrendatario le sea deudor de cantidad alguna, y

por consiguiente sin entablar la demanda ejecutiva. El desahucio que tiene lugar en los casos y para los fines ya espuestos en este artículo, se formula en los términos que dejamos manifestados en la seccion tercera.

Puede pedir tambien el dueño la rescision y terminacion del arrendamiento cuando concurre alguna de las causas legítimas y competentes para ello. La demanda en ese caso debe ser ordinaria, y formulada en los términos comunes sigue los trámites propios de un juicio de semejante naturaleza. Finalmente, puede pedir el dueño el despojo del arrendatario, no solo cuando el arrendamiento se ha otorgado á plazo fijo, sino tambien cuando se ha verificado por tiempo indeterminado. En el primer caso tiene lugar el despojo si cumplido el término, todavia el arrendatario se resiste á dejar la finca: entonces el arrendador debe solicitar se le haga saber que en un término preciso, regulado siempre por la costumbre del pais y por las condiciones de la finca misma, la deje libre y desembarazada y á disposicion del dueño, bajo apercibimiento de que no verificándolo será lanzado de ella á su costa.

Acordado así por el juez, todavia se le suele dar un término mas breve, si dentro del primero no ha cumplido la providencia reiterando el mismo apercibimiento; pero si tampoco la prestase el debido cumplimiento, se lleva á cabo el lanzamiento ó despojo, haciendo entrega legalmente de la finca al propietario. En el segundo caso, esto es, cuando el arrendamiento se ha otorgado por tiempo indefinido, puede tener lugar el despojo, si desahuciado el arrendatario en debida forma, no deja la finca vencido que sea el año. Entonces el arrendador está en el caso de promover las mismas diligencias que acabamos de referir hasta conseguir el lanzamiento ó despojo del propio arrendatario.

En orden á las reclamaciones que pueden mediar entre el arrendador y arrendatario sobre el reintegro de daños y perjuicios ó el abono de mejoras, téngase presente lo que hemos manifestado al hablar de la ac-

cion que nace del contrato de arrendamiento.

Concluiremos este exámen relativo á las especialidades que ofrece el arrendamiento de tierras, ocupándonos ligéramente de un convenio que suelen celebrar el dueño y el arrendatario, que es muy comun en nuestro país, y que participando bajo cierto punto de vista de la naturaleza del arrendamiento, puede estar sometido á principios y reglas propias y peculiares de este contrato. Nuestros lectores comprenderán que aludimos á lo que ordinariamente llamamos aparcería, en lo cual el propietario va á la parte con el arrendatario en el disfrute y aprovechamiento de la finca.

Aunque la aparcería, considerada bajo cierto aspecto, participa como hemos dicho de la naturaleza del arrendamiento, no deja de tener puntos de contacto muy notables con la sociedad, siéndole aplicables por lo tanto algunas de las condiciones distintivas de este contrato. Cuando el dueño de un predio rústico, lo dá al aparcerero para que le cultive con la obligacion de que le acuda con la cuarta parte, por ejemplo, de los productos, contráese entre ellos una especie de sociedad, toda vez que el uno pone en ella un capital productivo y el otro la industria y los medios necesarios para hacerle producir. En este sentido, y supuesta la condicion de haber de entregar al dueño una parte alicuota de los frutos como se ha dicho, el contrato se asemeja al de sociedad. Pero si se considera que aun en este caso concurren las condiciones propias del arrendamiento, que tienen aplicacion la mayor parte de las reglas y principios que rijen en estos contratos, que el dueño no espone á ninguna pérdida su capital y el aparcerero aventura á todas horas el suyo, y sobre todo, que el primero recibe siempre su parte alicuota de lo poco ó mucho que ha producido la tierra, y que si este producto es inferior á los gastos del cultivo, lo que el dueño percibe á título de beneficios es aquello mismo que constituye una parte de la pérdida sufrida por el primero, el contrato se parece mas bien al arren-

damiento y participa de su naturaleza.

Estas dudas no son nuevas: han existido siempre. Los jurisconsultos romanos no se atrevieron á calificar la aparcería sino de una especie de sociedad. *Partiarius colonus quasi societatis jure lucrum damnum cum domino fundi patitur* (1). Los jurisconsultos modernos, reconociendo en este contrato caracteres peculiares de la sociedad y del arrendamiento, aplican las reglas propias de la sociedad á lo que tiene de comun con ella, y las que corresponden al arrendamiento en aquellos puntos en que se asemeja á él este contrato. Nosotros hemos tenido que someternos á ese estado de incertidumbre en que todavía permanece la legislacion, y por ello hemos calificado de una especie de sociedad la aparcería al hablar de ella ligeramente en el artículo de este nombre refiriéndonos al de sociedad para determinar allí cuanto la aparcería tiene de comun con este contrato. Ahora nos haremos cargo de los puntos en que tiene mas conexión y afinidad con el arrendamiento, y en que se rige por las reglas propias de esta convencion.

Aun antes del decreto de las Cortes de 1813, el aparcerero carecia de la facultad de subarrendar la finca. Para el cultivo de su fundo, para su aprovechamiento, el propietario ha debido considerar la capacidad y aptitud de la persona elegida: esta es, cuando menos, una de las razones porque se ha fijado en aquel individuo y no en otro, siendo seguro que no hubiera contratado con uno inepto por muchas ventajas que le ofreciera en sus condiciones. No ha de ser, pues, lícito al colono darse un sustituto en lo que tan íntima relacion tiene con su personalidad. Por otra parte, la obligacion contraída por el aparcerero es en cierto modo una obligacion de hacer, y es sabido que esta clase de deudores sin el beneplácito del acreedor no pueden descargar sobre otra persona el deber que á sí mismos se impusieron.

A pesar de esto la aparcería no termina por la muerte del colono, segun el comun

1) Ley 25. i g. de locat.

ARRENDAMIENTO.

743

sentir de los juriconsultos, sancionado por la costumbre.

Las disposiciones y doctrinas que rigen sobre el arrendamiento de predios rústicos se aplican igualmente á la aparcería salvas siempre las modificaciones que hemos indicado antes.

Una de ellas consiste en que el aparcero ni puede pretender remision ó rebaja del precio, ni se halla tampoco en el caso de sufrir aumento alguno. La razon es, que teniendo derecho el dueño á la cuota de frutos estipulada y nada mas, disfruta por el mismo hecho su aumento, y soporta su disminucion ó pérdida, compartiendo con el colono las consecuencias favorables ó adversas de los casos fortuitos.

La pérdida de los frutos, sobrevenida despues de su separacion de la tierra, es de cargo del colono en los demas arrendamientos, si no la ha producido un caso fortuito, tan extraordinario é inevitable como el que hemos puesto por ejemplo anteriormente; en la aparcería gravitará igualmente sobre el propietario y el colono, pues lo mismo pertenecen al uno que al otro los frutos en todas épocas y sazones. Sin embargo, esto no liberta al aparcero de indemnizar los daños acaecidos por su culpa antes de la particion, ó por no haber entregado al dueño á su debido tiempo la porcion de frutos que le correspondia, pues siendo ya deudor de una cosa, corren de su cuenta los riesgos de la misma.

El aparcero no debe proceder á la trilla, á la vendimia ni á las demas operaciones agricolas que determinan ya los resultados de la cosecha, sin haber avisado previamente y con suficiente anticipacion al propietario para que este pueda vigilar por sí mismo la recoleccion, y cerciorarse de la cantidad de los frutos. Finalmente, tampoco puede disponer de porcion alguna de estos antes de verificarse la particion.

SECCION VI.

DEL ARRENDAMIENTO DE CASAS.

En la seccion anterior hemos hecho una exposicion tan ordenada como ha estado á
TOMO III.

nuestro alcance de las reglas especiales que tienen limitada aplicacion á los arrendamientos de predios rústicos. Siguiendo el mismo orden para dar la propia estructura á nuestro trabajo, vamos á esponer en la presente las que se refieren al arrendamiento de casas, y como estos contratos, aunque sometidos ya á reglas generales y comunes por la ley de 9 de abril de 1842, se rigen, sin embargo, por las disposiciones antiguas del auto acordado en lo tocante á las casas de la corte que se hallaban arrendadas antes de aquella fecha, nos ha parecido conveniente examinar en primer lugar la doctrina aplicable á los arrendamientos de casas en general, y en segundo las particularidades relativas á las casas de Madrid, asunto importante en la corte, y que dá márgen todos los dias á empeñadas y costosísimas cuestiones. Con este fin, hemos dividido la seccion en los dos párrafos de que vamos á ocuparnos.

§. 1.º *Consideraciones aplicables á todos los arrendamientos de casas.*

Hemos usado al tratar de esta materia la denominacion de casas; no precisamente porque nuestras observaciones se concreten á aquella clase de edificios destinados á servir de vivienda y habitacion á los hombres, sino porque determina con mas exactitud el objeto á que por punto general se refieren las doctrinas y las leyes que hacen á nuestro propósito. Por lo demas, estas doctrinas y leyes son aplicables aun á otra clase de predios, cuyo objeto principal no es la habitacion; á la manera que las observaciones espuestas en la seccion anterior se aplican á edificios destinados á este último objeto, solo porque existiendo en un predio rústico vienen á formar una parte subalterna y accesoria del mismo.

Comprendemos, pues, en la denominacion de casas, y para el asunto de este artículo, todos los predios que llamamos urbanos, y por consiguiente no solo aquellos que están situados dentro de las poblaciones sino los que existen fuera de ellas, con

tal que sean edificios y no formen parte de un prédio rústico. Así pertenecen á dicha clase los molinos y otros artefactos, y los sitios destinados á ferias, mercados, diversiones públicas y otros objetos análogos. Las reglas especiales que rigen en los arrendamientos de casas son aplicables á los de esta clase de propiedades.

Viniendo ahora á la esplicacion de aquellas doctrinas, diremos que en cuanto al arrendamiento de casas tambien ofrece nuestra legislacion el mismo ejemplo que en los de tierras y heredades, es decir, el empeño y los esfuerzos empleados constantemente por los dueños y los inquilinos para obtener unos á costa de los otros ventajas y privilegios exorbitantes, cuyo resultado fue siempre desnaturalizar el contrato y alterar en grave perjuicio de aquellos ó de estos la reciprocidad de derechos que envuelve el mútuo compromiso.

Uno de estos privilegios fue la preferencia concedida á ciertas clases y profesiones en el inquilinato de las casas. Justa y bien entendida en su origen, útil y conveniente en algunos casos, vino, sin embargo, á dársele con el tiempo tal ensanche y extension que degeneró en un abuso pernicioso y depresivo del derecho de propiedad. Preferencia obtuvieron los militares de mar y tierra, los catedráticos de algunas universidades, los doctores, maestros y licenciados, y hasta los estudiantes; preferencia se arrogaron sin estarles declarada por las leyes muchos empleados, especialmente los de rentas, en una palabra, todos los que tenian algun carácter público se creyeron autorizados á pretender y exigir ese privilegio en concurrencia de otros inquilinos.

No fue eso todo, sin embargo, porque el goce de esa preferencia en concurrencia de otros inquilinos hubiera sido al fin una depresion tolerable. Las mismas leyes nos ofrecen pruebas muy patentes de los abusos que cada día era necesario corregir. Una vez un comandante general hacia de su propia autoridad desocupar en una capital de provincia muy importante *dos casas* para alojarse á su satisfaccion; otras

veces reclamaban los militares que se les dejasen espeditas y á su disposicion casas habitadas por paisanos: ahora un dependiente de rentas hacia espeler á un inquilino de la casa que mas le acomodaba para alojarse á su gusto: en otras ocasiones estos, aquellos y todos se apoderaban por sí y ante sí de las llaves de las casas y las retenian contra la voluntad de sus dueños, hasta que lograban introducirse en ellas. Esto, como hemos indicado, eran perniciosos abusos, tan contrarios á las leyes como al legitimo derecho de propiedad. Las leyes concedian preferencia á los militares en el inquilinato de las casas; pero ese derecho se limitaba á las casas desalquiladas cuando los dueños no las quisiesen para sí ó para su familia. La preferencia concedida á los empleados en rentas no podian gozarla sino en el caso de que se tratara de nuevo arrendamiento y fuera preciso para custodia y despacho de los géneros y efectos de la real Hacienda por no haber otra proporcionada. Este era el verdadero carácter y el estrecho límite de un derecho que llegó á ejercitarse con tanta arbitrariedad.

Otro privilegio del cual abusaron tambien los que tenian interés en ello fue el del fuero. Todos los que estaban exentos de la jurisdiccion comua y ordinaria alegaban y hacian valer su fuero especial cuando eran demandados para el pago de los alquileres, irrogándose con esto á los dueños todos los perjuicios que eran consiguientes á las competencias, á la nulidad de los procedimientos y á la necesidad de litigar en tribunales especiales. Las leyes se vieron en la constante necesidad de hacer sobre este punto reiteradas declaraciones. Ya la 12, tit. 11, lib. 10 de la Nov. Recop. ordenó que los dueños de casas pudiesen reclamar sus alquileres ejecutivamente en los juzgados ordinarios, cualquiera que fuese el fuero de los deudores, exceptuando únicamente á los militares incorporados en sus respectivos cuerpos y residentes en los destinos de estos, y los que tambien estuviesen empleados mientras se hallaren en los lugares de sus empleos. Otras muchas disposi-

ARRENDAMIENTO.

747

ciones hicieron declaraciones en este sentido; pero en último estado se dictó la real resolución de 10 de octubre de 1817, en la cual quedó consignado, 1.º: que el inquilinato de casas era una materia que escluye todo fuero privilegiado; 2.º: que por consecuencia de ello, cuando un militar pretendiera una casa desalquilada que el dueño no quisiese para sí ó para alguno de su familia deberá oñciar á la autoridad civil á fin de que tome las disposiciones convenientes al objeto de que sea atendida su preferencia; 3.º: que los inquilinatos de casas han pertenecido siempre á la policía de los pueblos, y como tales se habian considerado de conocimiento privativo de la jurisdiccion ordinaria, y 4.º: que para evitar disputas en lo sucesivo, y tal vez competencias que pudieran suscitarse en esta materia, se circularan por el Consejo á todos los tribunales y justicias del reino las reales órdenes que cita, por las que se confirmaba claramente en favor de la real jurisdiccion ordinaria el privativo conocimiento sobre inquilinatos.

De parte de los dueños no eran mas leves ni menos constantes los esfuerzos hechos para mortificar á los inquilinos. La subida continua y arbitraria de los inquilinatos introdujo la tasa en Madrid, que despues se hizo estensiva á algunas capitales importantes y á algunos puertos muy concurridos y plazas de armas. Para muchos de estos puntos daba el Consejo de Castilla provisiones comprensivas de las reglas que debian observarse. Los funcionarios públicos mas celosos clamaban por el pronto remedio de abusos tan graves, y entre otros, el Sr. Elizondo decia á este propósito que habia llegado á tanto el desenfreno de los dueños de casas en arbitrar con exceso el precio de los arrendamientos, vejando y molestando á los inquilinos, que á instancia de la ciudad de Málaga se señaló por el Consejo el arreglo debido observar para lo sucesivo, distribuyéndole en doce capítulos admirables, conforme á los cuales habia acordado la Junta general de Comercio que, subsistiendo en el suyo unos vecinos de dicha ciudad y pa-

gando el justo precio de las casas que habitan, no se les inquietase por los dueños, segun lo pretendian.

La publicacion de la ley de 9 de abril de 1842 vino á poner término á todas estas disidencias y conflictos, variando completamente el estado de las cosas en la materia de que nos ocupamos. Hoy el arrendamiento de casas es un contrato enteramente libre y espedito para los dueños de ellas. Tanto en la corte; como en los demas pueblos de la Península é islas adyacentes, el propietario en uso del legítimo derecho de propiedad puede arrendar su casa á quien tenga por conveniente sin restriccion alguna. Ni los militares, ni los profesores, ni los empleados pueden alegar preferencia en ningun sentido. Al dueño le es permitido fijar el tiempo y la duracion del disfrute, y cuantos pactos y condiciones se estipularen de comun acuerdo serán cumplidos y observados puntualmente. El inquilino no puede alegar ningun derecho para continuar en la casa, cumplido el plazo; en una palabra, el arrendamiento ha entrado en el órden de las condiciones legítimas que son propias de la naturaleza de este contrato.

Siguiendo ahora el órden que nos hemos propuesto en esta seccion, diremos que las obligaciones del dueño y del inquilino entre sí son las generales que incumben al arrendador respecto del arrendatario y á este respecto de aquel. Hemos hecho mérito de ellas en la seccion correspondiente, donde se han examinado tambien varias cuestiones que pueden surgir entre el dueño y el inquilino, con ocasion, ya del uso que haga este de la casa, ya de las reparaciones que tenga necesidad de ejecutar, ya, en fin, de los deterioros ó destruccion que sufra el edificio por caso fortuito ó motivos imputables.

En cuanto á los modos de concluir el arrendamiento de casas, son tambien aplicables por punto general las doctrinas espuestas en la seccion tercera. Conviene, sin embargo, añadir que si este arrendamiento se ha verificado por tiempo indefinido puede concluir á voluntad del dueño ó del inquil-

lino mismo, sin otra obligacion ni circunstancia que la prescrita por el art. 2 de la ley de 9 de abril, á saber, la de avisar ó manifestar su propósito aquel que quiera darle por terminado á la otra parte con la anticipacion que se hallare adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de cuarenta dias.

Esta disposicion no tendrá lugar, sin embargo, en el caso de que el arrendamiento se hubiera efectuado, como sucede con bastante frecuencia, por dias ó por meses. Entonces el inquilino podrá darle por terminado, en el primer caso el dia que tenga por conveniente, sin necesidad de avisar con anticipacion, á no ser que se hubiera estipulado la de hacerlo algunos dias antes; en el segundo bastará que á principios del mes ponga en conocimiento del dueño su propósito de dejar la casa á la conclusion del mismo. Repetimos que en esta materia hay que estar principalmente á las costumbres de cada localidad.

Si el arrendamiento se estipuló por tiempo determinado, el modo mas natural y frecuente de terminar es la conclusion de este plazo. Para ello la ley de 9 de abril no exige que el dueño desahucie al inquilino ni practique ninguna otra diligencia previa. Pero ya se haya efectuado el inquilinato por tiempo fijo, ya por un plazo indeterminado, puede concluir ademas por cualquiera de las causas generales que hemos explicado antes, como son, la consolidacion de los derechos del propietario y del inquilino, el consentimiento mútuo de ambos, la estincion forzosa ó voluntaria del derecho del primero, el impedimento del uso del edificio y la destruccion, hundimiento ó ruina del mismo.

Cuando el arrendamiento de la casa se haya ejecutado á plazo fijo, puede ocurrir, y ocurre frecuentemente la duda de si al dueño le será permitido espulsar al inquilino en algunos casos antes del fenecimiento del término.

La ley de Partida designa cuatro en que el dueño podia ejercer este derecho. Primero: cuando necesitaba la casa para sí ó para

alguno de sus hijos. Segundo: cuando tuviese necesidad de repararla. Tercero: si el inquilino hiciese mal uso de ella. Cuarto: si dejase de pagar el alquiler dos años.

En cuanto al primero, tomado del derecho romano (1), la ley concretaba la facultad del dueño al caso en que cayéndose toda la casa en que este habitaba ó amenazando ruina y no teniendo otra, ó experimentando cualquiera causa apremiante, ó casando alguno de sus hijos, ó haciéndole caballero, necesitase la casa alquilada: aun así y todo el dueño no podia desalojar al inquilino sino proporcionándole otra ó descontando á prorata la parte de la pension correspondiente al tiempo que debia habitarla. La necesidad por consiguiente en que se apoyara la espulsion del inquilino debia ser posterior al contrato de arrendamiento y derivada de un motivo inopinado. Debia ser tambien una necesidad urgente y forzosa independiente de hechos voluntarios, siendo de notar que si bien la ley de Partida mencionó entre las causas justas de espulsion el matrimonio de un hijo, esta se fundaba en otra consideracion de interés público, el cual reclama que se facilite por todos los medios posibles la celebracion de los enlaces conyugales (2).

A pesar de los términos claros y esplicitos de la ley de Partidas, los dueños encontraron trazas de abusar de su disposicion y de burlar los saludables fines que se propuso. Los dueños usaban arbitrariamente de esa facultad, y alegando una necesidad supuesta para despedir á los inquilinos ó pasando á habitar las casas para desocuparlas á poco tiempo, las alquilaban de nuevo por mas subido precio, que era lo comun, ó las daban á personas á quienes querian favorecer. Este fraude dió lugar á la práctica inconcusa que se estableció en todos los tribunales del reino, y señaladamente en el consejo de Castilla, de obligar á los dueños á prestar fianza segura y llana de que la habitarian

(1) *Adeo quam tu conductam habere dicis, invito te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit.* L. 3, Cod. de Locat. et Conduct.

(2) *Elison. Tomo cuarto, pág. 131.*

ARRENDAMIENTO.

749

por sí mismos ó por su familia al menos, en el espacio de dos años, resarciendo al inquilino despojado los daños y perjuicios irrogados. Esta fianza se aumentaba cuando la necesidad era temporal y se contrala á que si desapareciendo esta pasase el dueño á arrendar la casa, seria preferido el antiguo inquilino, especialmente siendo comerciante (1).

Esta práctica fue sancionada poco tiempo despues por la ley. El famoso auto acordado del Consejo, dictado para arreglar los inquilinatos de la corte, dispuso que cuando los dueños intentasen vivir y ocupar sus propias casas, los inquilinos las dejaran y desocuparan sin pleito en el preciso y perentorio término de cuarenta días, prestando caucion de habitarlas por sí mismos y no arrendarlas hasta pasados cuatro años. Esta disposicion se hizo extensiva de hecho á las casas de fuera de la corte, y desde entonces todos los dueños pudieron usar y usaron libremente de la facultad que comprendia dicha disposicion. Ya se alcanza sin necesidad de advertirlo hasta qué punto habia quedado desnaturalizada la antigua disposicion de la ley de Partidas. Esta solo permitia al dueño despedir al inquilino cuando existia una necesidad tan apremiante como hemos dicho poco há, y con la restriccion de proporcionar al inquilino otra ó descontarle del precio del arrendamiento la parte correspondiente al tiempo que faltase para su conclusion. Esto último siempre hubiera sido de rigurosa justicia; pero lo primero siendo potestativo en el dueño, y quedando á su arbitrio nunca podría constituir una reparacion suficiente ni salvar los inconvenientes de una facultad, que violaba uno de los principios mas sagrados que rigen en materia de contratos. Júzguese hasta qué punto podría llenar estos objetos la nueva disposicion del auto acordado, cuando dejaba al dueño easi en completa libertad de ejercitarla, y cuando la caucion que introdujo era tan fácil de burlar, sin que por eso escusase al inquilino de los perjuicios consiguientes á la espulsion.

Sea como quiera, lo que hoy importa examinar es si ese derecho, despues de la ley de 9 de abril de 1842 subsiste, y por consiguiente si los dueños de casas alquiladas por tiempo determinado podrán desalojar á los inquilinos antes de su conclusion, cuando las quieran para ellos ó sus familias. Esta cuestion no nos ofrece ninguna duda, pues si bien es verdad que la ley no prescribe espresamente el derecho que en el sentido espuesto concedian á los dueños el auto acordado y la práctica, lo es también que ese derecho constituye una escepcion del principio general que establece la misma ley respecto de la duracion del arrendamiento á tiempo fijo, y en tal concepto basta que la ley no la contenga para que el derecho no pueda ejercitarse. Abiertamente dice el art. 2.^o que si en estos contratos se hubiese estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, y esta disposicion absoluta, genérica é indeterminada no aparece ni en ese ni en otro artículo de la misma ley limitada á ningun caso. Por otra parte el pensamiento del legislador fue evidentemente nivelar el arrendamiento de casas con los de tierras, rompiendo las trabas que se oponian antes al ejercicio de la propiedad y dejando á las partes su natural y legítima libertad de arreglar las condiciones del contrato á la sombra de los principios tutelares del derecho comun. Traida la reforma á este terreno, el sostener la facultad concedida antiguamente al propietario para espulsar al inquilino cuando necesitase la casa para sí, hubiera sido un contrasentido.

Si por regla general, arrendada una cosa á tiempo cierto, el dueño está en la obligacion de hacer seguro al inquilino el uso y disfrute de la misma hasta la conclusion de aquel; si entretanto debe defenderle de cualquier obstáculo que á ello se oponga y pueda superarse, es claro que en ningun caso habrá de tener tan severa aplicacion esta regla como cuando aquel provenga de la voluntad y de los hechos propios del dueño, el cual, dado que quiera para sí la casa,

(*) Elizon. loc. cit. pág. 40, núm. 3.

puede y debe esperar á que el arrendamiento pendiente tenga su natural terminacion. Por otra parte la facultad de que se trata puede hacer con frecuencia ilusorio un contrato que no depende de la voluntad ni de los caprichos de una de las partes; puede perjudicar á los establecimientos útiles, los cuales para crearse y estenderse con confianza necesitan la garantía de un goce fijo y duradero; y por último, no se funda en ninguna razon sólida ni en ningun pretesto plausible. Hoy que las habitaciones se han aumentado considerablemente, el dueño puede encontrar con facilidad donde colocarse sin necesidad de romper el contrato ni de molestar al que le celebró en la seguridad de que seria efectivo.

Otra cosa muy diferente seria si previendo el propietario la posibilidad de necesitar la casa antes del plazo, se hubiera reservado espresamente la facultad de espulsar al inquilino. En tal caso nadie puede impedirle que lo haga por cuanto la misma ley á que nos hemos referido, ha dispuesto en su art. 1.º que los pactos y condiciones que hubiese tenido por conveniente establecer con el arrendatario, serán cumplidos y observados á la letra. Si al reservarse el dueño dicha facultad no se determinó la anticipacion con que deberia despedir al inquilino, creemos, fundados en una razon de completa analogía, que deberán guardarse los mismos términos prescritos para el desahucio en los arrendamientos de tiempo indefinido, esto es, el adoptado por la costumbre general del pueblo, y en otro caso el de cuarenta dias.

La doctrina que acabamos de sostener está conforme con la que generalmente han adoptado los códigos modernos. En Francia, segun el testimonio del tribuno Mouricault, habia prevalecido el uso de admitir indistintamente la reclamacion de todo propietario que quisiese personalmente ocupar su casa, ya en todo, ya en parte, teniendo la facultad de despedir al inquilino. Solamente para impedir el dolo de un propietario que no tuviese otra mira que proporcionarse un arriendo mas ventajoso, se exi-

gia que afirmase delante del tribunal que queria ocupar la casa y que efectivamente la ocupase.

Esta facultad quedó derogada en el Código civil, estableciéndose que en adelante solo pudiera hacer uso de ella el dueño cuando espresamente se la hubiera reservado en el contrato. El inquilino que no haya firmado ninguna reserva, está seguro de gozar pacíficamente de la casa sin temer una espulsion arbitraria ni de parte del dueño, ni del nuevo sucesor.

El segundo caso por el cual permitia la ley de Partida al dueño espulsar al inquilino, se verificaba cuando despues de alquilada la casa ocurriera alguna novedad de tal especie que exigiese el derribo de ella, si no se atendia prontamente á su reparacion: en este evento el dueño tenia tambien el deber de proporcionar otra al inquilino hasta que pudiera habitar la primera, ó descontarle la parte del precio correspondiente al tiempo que debia habitarla. Como se observa, pues, no bastaba una obra cualquiera, una obra aparente como solia figurar la malicia de los propietarios para desalojar á los inquilinos y dar despues las casas á otros con aumento de precio; era indispensable una obra calificada por el juicio pericial de necesaria y que diese nueva forma á la casa misma. Cuando la obra se limitaba á dar alguna mas estension á cierta ó ciertas piezas; cuando se reducía á abrir ó cerrar puertas y á levantar algunos tabiques sin causar innovacion alguna esencial, el primer inquilino tenia espedita su reintegracion allanándose á pagar aquello mas que correspondia á esta novedad. Así asegura el señor Elizondo que se ejecutorió por el consejo en sala de provincia en causa que patrocinó perteneciente á la marquesa viuda de Ugena.

¿Y se considerará hoy terminado el arrendamiento en el caso de que se trata, ó podrá reclamar el inquilino el disfrute de la casa, verificada que sea su reparacion? La resolucion de esta duda puede inferirse de lo que dejamos espuesto al hablar de los modos de concluir el arrendamiento. Allí

ARRENDAMIENTO.

751

dijimos que la pérdida total de la cosa resuelve el contrato de pleno derecho; que el propietario no podría obligar al arrendatario á la continuacion del contrato, ofreciéndole una cosa equivalente ó comprometiéndose á reconstruir ó reponer la destruida; que por su parte el arrendatario tampoco podría exigirle lo uno ni lo otro, y finalmente, que la pérdida parcial no produce el mismo efecto. Consiguiente á esta doctrina, si la casa se deterioró y destruyó esencialmente y las obras ejecutadas en ella han sido tan considerables que han dado al edificio mismo nueva forma trasformándole en otro diverso, como antes dijimos, el arrendatario no tendrá derecho para exigir la continuacion del contrato; pero si las obras no han variado la esencia de la casa, ni han dado otro resultado que alterar accidentalmente algunas partes de ella, el inquilino podrá reclamar sin duda alguna el disfrute de ella, verificada que sea la reparacion y satisfaciendo como hemos indicado, el mayor valor que prudencial ó pericialmente se gradúe.

Finalmente, en cuanto al tercero y cuarto de los casos enumerados por la ley de Partida, nos referimos á las observaciones que hemos espuesto en la seccion segunda de este capitulo con relacion al arrendamiento de cosas, á las cuales nada tenemos que añadir.

En el arrendamiento de casas, á la manera que en el de tierras, puede suscitarse la cuestion relativa á la remision total ó parcial del precio. Ya hemos dicho al contraernos en la seccion anterior á este último contrato, que si por alguna ocasion que no fuese muy acostumbrada se destruyesen ó perdiesen los frutos de una heredad, el arrendatario, segun que la pérdida haya sido total ó parcial, ó quedará libre del pago del precio ó cumplirá con entregar al dueño los frutos que resten, deducidos los gastos del cultivo y recoleccion. Aplicando esta disposicion al arrendamiento de que tratamos, y teniendo presente el espíritu y la razon fundamental de la ley, creemos, siguiendo en este punto la opinion mas autorizada, que

por analogía de ella, si arrendado un molino, un batán ó cualquier otro artefacto semejante, construido, por ejemplo, sobre un rio, ó bien un parador ó una posada situados en un camino real, abandonase despues inesperadamente el rio su cauce, ó se variase el camino real dirigiéndole por otra parte en términos que el molino quedase en seco y la posada desierta, podrá el arrendatario pedir la remision total ó parcial del precio, segun la entidad de la pérdida que experimentase, á no ser que al celebrar el contrato hubiese tomado sobre sí el riesgo de los casos fortuitos de esta especie, y sobre tal condicion se hubiera graduado el precio.

Aun esta doctrina puede tener aplicacion al arrendamiento de las casas. Como la pension se satisface, dice el señor Elizondo, por el uso, son diarias en el foro las disputas acerca ó de la absoluta preservacion del pago ó de su modificacion por esterilidad ú otro caso fortuito. Sobre esto, añade, es imposible establecer regla fija, pendiendo la aplicacion de las circunstancias de cada caso, y debiendo por lo mismo hacerse distincion solo de aquellos en que, ó se impida el uso por culpa del dueño ó del inquilino, habiendo pacto afirmativo ó negativo en el contrato.

En cuanto al caso del impedimento que haya privado al inquilino del uso y disfrute de la casa, advierte Pothier que si al tiempo de entrar el inquilino á habitarla, se hallase el pueblo sitiado por enemigos ó invadido de la peste, deberian remitirse los alquileres estipulados, como quiera que estas calamidades le imposibilitaron contra su voluntad de ver realizadas sus esperanzas. Duvergier amplificando el fundamento de esta opinion, añade que no deberia dispensarse el pago de los alquileres al inquilino que cesase voluntariamente de habitar una casa por huir de una invasion enemiga ó de la peste de que el pueblo estuviese amenazado, pues la fuerza mayor solo existiria cuando hubiese sido espulsado de orden de los gefes militares ó de las autoridades encargadas de la policia sanitaria. En este

punto creemos que no puede establecerse una regla constante, aplicable sin ninguna restriccion á la generalidad de los casos, y que debe dejarse mucho á la prudencia y arbitrio de los tribunales, pues si la guerra y la peste llegan á desarrollarse en un punto, esto solo en circunstancias dadas puede ser causa suficiente para que una familia tenga que abandonar forzosamente su vivienda y acaso el pueblo de su domicilio.

Si la casa se hubiera arruinado ó amenazara serlo, debe tenerse tambien presente la doctrina del mismo Pothier, el cual afirma que si el inquilino se viese precisado á abandonarla por dicho motivo, ó por temor fundado de que se realizase, cesará el alquiler desde el dia en que fuere desocupada. Hemos dicho temor fundado, porque no hay necesidad de que exista certidumbre del peligro. Basta un temor legítimo, racional y fundado en motivos atendibles, debiendo resolver la cuestion en todo caso los tribunales, ó por sí mismos ó sometiéndola á juicio de peritos.

Concluiremos diciendo algunas palabras acerca del modo de formular las reclamaciones judiciales que con mas frecuencia suelen suscitar los dueños de casas contra los inquilinos.

La mas comun es la que tiene por objeto el pago de los alquileres. Este se pide por lo general entablando la via ejecutiva, y despues de celebrar préviamente juicio de conciliacion, acompañando al efecto la escritura pública del contrato, si se hubiera otorgado, en cuyo caso, ninguna dificultad puede ocurrir. Pero si, como ordinariamente sucede, el arrendamiento se hubiera celebrado en papel privado ó recibo que firma el dueño y entrega al inquilino, anotando en él á continuacion las mensualidades que se van satisfaciendo, la práctica inconcusa de esta corte ha establecido que, después de formular la ejecucion por la cantidad líquida que resulta debiendo el inquilino, se pida por un otrosí que ponga de manifiesto el recibo del inquilinato, ó el último, si para cada pago hubiera librado uno el dueño; y que, conprobado por el tenor

de este documento que resta debiendo la cantidad pedida, se despache la ejecucion por ella.

Esta práctica, que debió tener su origen en la naturaleza del procedimiento breve y sumario, segun el auto acordado que regia en la corte, y en la necesidad de proporcionar á los dueños de casas un medio fácil y espedito de conseguir el cobro de los alquileres, nos parece que debe seguirse como prevechosa para la administracion de justicia. Ciertamente es que, examinada por el rigor de los principios jurídicos, la ejecucion en tal caso no se funda en ninguno de los títulos legales que la traen aparejada, porque ni el recibo presentado por el inquilino tiene la fuerza y las condiciones de un documento público ejecutivo, ni puede ser equivalente á la confesion jurada del deudor, que es otro de los recaudos de aquella clase. Sin embargo, supuesta la práctica general de celebrarse los arrendamientos de casas por medio de documentos privados, y supuesta la dificultad casi insuperable de otorgarse documentos públicos, no solo en las poblaciones pequeñas donde esa clase de fincas producen tan escasos rendimientos, sino aun en las capitales de alguna consideracion serian de mucha monta los inconvenientes que resultarian de suprimir la manera de proceder que sostenemos. No pudiendo contar el dueño con un documento público para preparar la ejecucion, se veria en la necesidad inescusable de apelar á la confesion, y burlado este medio con una negativa ó con una contestacion maliciosa ó evasiva, el propietario se veria obligado á seguir un litigio largo y dispendioso cada vez que hubiese de repetir la misma reclamacion. Por otra parte, la ejecucion, segun aquella práctica, se funda en una prueba de la deuda, tan positiva é incontestable como pudiera serlo una escritura guarentigia ó una confesion paladina y absoluta. Si el dueño entregó al alquilar la casa un papel privado en el cual se han ido anotando los pagos efectuados por el inquilino, evidente es que exhibido en juicio este documento por el inquilino mismo y resultando

ARRENDAMIENTO.

755

de él que ha dejado de satisfacer algunas mensualidades, hay la mayor y la mas segura certeza de que estas deudas, y en consecuencia de que puede procederse sin género alguno de duda á la exacción de la cantidad que importen. La presentación de este documento hecha por el inquilino equivale sin disputa á la confesion clara que él pudiera haber hecho de la misma deuda, y en este concepto no podemos menos de reconocer que la forma de proceder adoptada en los tribunales de la corte para los casos de que vamos hablando no ofrece ilegalidad ninguna y que debe seguirse como provechosa y á propósito para obtener fácilmente los fines á que debe aspirarse siempre en la administración de justicia.

Otro procedimiento suele tener lugar con no menos frecuencia entre el dueño y el inquilino: hablamos del despojo. Cuando terminado el plazo del arrendamiento el primero no quiere continuarle, ó cuando el segundo deja de satisfacer el precio del arrendamiento en los términos que dejamos espuesto en la seccion correspondiente, el dueño puede solicitar se haga saber al inquilino que en un breve y perentorio término deje desocupada la casa y á disposición de su dueño, bajo apercibimiento de ser lanzado de ella judicialmente. Si practicado así no lo verificase, sin embargo, el inquilino, puede pedirse desde luego el lanzamiento; si bien la práctica tiene introducido que todavía se conceda un segundo término al requerido. El lanzamiento en todo caso debe hacerse con mandamiento judicial, y por escribano y alguacil delegados para ello.

En cuanto al desahucio que tambien puede hacer judicial ó extrajudicialmente el dueño al inquilino, nada tenemos que añadir á lo espuesto al tratar de este mismo acto con referencia al arrendamiento de tierras. Practíquese de un modo ó de otro, las formalidades que hay que llenar son siempre las mismas.

§. 2.º *Consideraciones aplicables á los arrendamientos de casas de Madrid.*

La contienda sostenida entre los dueños

TOMO III.

y los inquilinos y los esfuerzos hechos por los unos para sobreponerse á los otros en las demas partes del reino, tuvieron lugar en mayor escala todavía respecto de los inquilinatos de la corte. Las mismas gestiones de parte de ciertos funcionarios, de los militares, de los profesores y de multitud de personas pertenecientes á clases que se creían en el caso de poder ejercitar semejante privilegio para obtener preferencia en el arrendamiento: las mismas reclamaciones y cuestiones empeñadas para disfrutar de fuero especial y sustraer del conocimiento de la jurisdicción ordinaria las demandas sobre el pago de alquileres; los mismos medios empleados por los propietarios para aumentar el precio de los inquilinatos y los mismos recursos, finalmente, ideados y practicados por los inquilinos para resistir la arbitrariedad de aquellos y hacer frente á la dura ley que, abusando de la necesidad, les imponía su constante afán de acrecentar las rentas de sus propiedades.

En el brevísimo exámen que nos es dado hacer de las disposiciones de nuestra antigua legislación referente á este particular sobresale el medio de la tasa; recurso creado en favor de los inquilinos para poner coto á las exigencias desmedidas de los dueños y mantener la proporcion justa y equitativa que permitían las circunstancias entre el tanto de los alquileres y la estimación de las casas.

Ya en tiempo del Sr. don Felipe II fue conocido este remedio y se estableció que los alcaldes hiciesen tasar todas las casas alquiladas en la corte, aunque los interesados no lo pidieran. Don Felipe III creó tres tasadores con el mismo objeto, mandando que lo que fuera tasado se ejecutase, sin embargo de apelacion, y el mismo rey algunos años despues se vió en la necesidad de dictar disposiciones mas latas en este punto, ordenando que en adelante las tasas se hicieren por un alcalde de casa y corte, un aposentador y un regidor: que por ningun caso la tasa ó retasa de las casas se hiciera en otra forma que la que él prescribía; y que, pasados mas de cuatro

años del arrendamiento, pudiera el inquilino en cualquier tiempo pedirla, viviendo en la misma casa.

En cuanto al fuero y á la preferencia tambien las cosas se fueron regularizando poco á poco, y entrando en el órden comun y ordinario. El Sr. D. Carlos III derogó el fuero de toda clase de personas privilegiadas en Madrid y sitios reales, para que los dueños de casas pudieran cobrar sus créditos ejecutivamente, sin admitirse inhibicion ni declinatoria, acudiendo á los jueces ordinarios, exceptuando únicamente á los militares incorporados en sus respectivos cuerpos, y residentes en los destinos de estos, y los que estuvieren empleados mientras se hallaren en los lugares de sus empleos, y el señor don Carlos IV mandó que los dueños y administradores de casas pudieran arrendarlas libremente á las personas con quienes se convinieran, sin que por ninguna por privilegiada que fuese, pudiera pretenderse ni alegarse preferencia con motivo alguno, exceptuando únicamente los alcaldes de casa y corte dentro de sus respectivos cuarteles. En el día el fuero y la preferencia han desaparecido completamente: el primero, por la real resolucion de 10 de octubre de 1817, mencionada en el párrafo anterior, y aplicable al arrendamiento de casas de la corte: y la segunda por la ley de 9 de abril de 1842, la cual autorizó á los dueños de casas, así en la corte como en los demas pueblos de la península é islas adyacentes, en uso del legitimo derecho de propiedad para arrendarlas libremente desde la publicacion de la ley bajo los pactos y condiciones que les parecieren mas convenientes.

El arrendamiento de casas en la corte ha entrado por consiguiente en el órden comun y regular de esta clase de contratos. No está ya sometido como antes á disposiciones especiales y de escepcion; rigen en él los mismos principios, las mismas reglas, las propias doctrinas que en los arrendamientos de casas de fuera de la corte, sin otra escepcion que la establecida en el artículo 3.º de la ley de 9 de abril de 1842 res-

pecto de los arrendamientos ya hechos y pendientes á la publicacion de esta ley, los cuales ordenó que debieran cumplirse en los términos convenidos y por el tiempo y en la forma que habian de durar con arreglo á la ley vigente en Madrid hasta entonces, reales resoluciones, práctica y costumbres observadas al tiempo de celebrarse dichos contratos.

Pero ¿hasta donde se estiende esta escepcion que acabamos de indicar? ¿Qué disposiciones de la ley que rigió en Madrid; qué reales resoluciones; qué prácticas y qué costumbres deberán considerarse hoy en vigor y plena observancia? La contestacion á estas preguntas nos parece muy sencilla. Como la ley solo respetó los arrendamientos hechos y pendientes á la publicacion de ella, estarán en observancia únicamente las disposiciones, prácticas, resoluciones y costumbres que establecian derechos y obligaciones entre los que celebraron arrendamientos de casas antes del 9 de abril de 1842; todas las demas disposiciones, prácticas, resoluciones y costumbres que no eran aplicables á estos arrendamientos anteriores á dicha fecha, han quedado derogadas. Así, por ejemplo, el derecho que tenia el inquilino á que muerto él continuase su viuda ó alguno de sus hijos habitando la casa, subsiste indudablemente en los arrendamientos de que vamos hablando; el derecho que tenia á continuar en el disfrute de ella sin limitacion de tiempo y sin poder ser desahuciado sino en los casos que el mismo auto acordado permitia se conserva tambien del mismo modo, y la facultad que tenia de pedir la tasa de la habitacion puede ejercitarla actualmente. Lo mismo diremos respecto del dueño. El derecho que tenian de pedir la misma tasa pasados diez años; la prohibicion de subarrendar y traspasar el todo ó parte de las habitaciones sin consentimiento de los dueños ó administradores, y la facultad de desalojar á los inquilinos cuando los mismos dueños intentasen vivir y ocupar las casas por sí mismos, todo esto se aplica aun y se verifica en los arrendamientos antiguos á que hemos

ARRENDAMIENTO.

733

aludido. Pero la prohibicion impuesta por el auto acordado á los dueños y administradores de tener sin uso y cerradas las casas, la que vedaba á los vecinos ocupar dos cuartos y algunas otras disposiciones semejantes á estas que no se refieren á los contratos celebrados entre el dueño y el inquilino, han quedado derogadas por la ley tantas veces mencionada.

Las observaciones, pues, de que vamos á ocuparnos son concernientes á esta clase de inquilinatos existentes al tiempo de su publicacion: todos los demas que como ya hemos dicho han entrado en el derecho comun se rigen por la ley y disposiciones posteriores.

Bajo de este concepto lo primero que creemos deber advertir, es que los antiguos arrendatarios de casas de la corte, ó sea los que las tenían arrendadas antes del 9 de abril de 1842, no pueden subarrendarlas ni traspasarlas, en todo ni parte, á no ser con expresa consentimiento de los dueños y administradores. En este punto han sido mas favorecidos los inquilinos posteriores, pues segun la opinion que hemos sostenido en la seccion primera, la ley de 9 de abril no les prohíbe subarrendar en todo ó parte la casa alquilada, y por consecuencia se hallan autorizados para ejecutar este acto.

En cuanto á los modos de concluir el arrendamiento debe tenerse presente la misma distincion que hemos hecho antes de ahora. El arrendamiento que se hubiera otorgado antes de aquella fecha á plazo fijo concluirá vencido este plazo: en tal caso, cumplido el término despues de la fecha misma, el dueño habrá adquirido desde su vencimiento el derecho de despedir al inquilino. Supongámos, pues, que en el año 1840 se arrendó una casa en Madrid por diez; el dueño habrá adquirido en el de 1850 el derecho de desalojar al inquilino sin que este pueda invocar la perpetuidad de los arrendamientos que establecia el antiguo auto acordado.

Si el arrendamiento se hubiese otorgado por tiempo indefinido, el dueño, como he-

mos tenido ocasion de indicar, debe respetar el derecho del inquilino, y no puede desalojarle ni desahuciarle, á fin de que le deje espedita la habitacion. El inquilino podrá continuar usándola todo el tiempo que tenga por conveniente, y muerto él continuará su viuda si quisiere, y si no sus hijos, en el mismo disfrute. El arrendamiento así otorgado no concluye sino por las causas generales y comunes que segun lo espuesto en su oportuno lugar ponen término á este contrato.

Eso no obstante, para compensar las consecuencias de la restriccion que el auto acordado impuso á los dueños, se les concedió el derecho de pedir la tasa pasados diez años de la habitacion. Cualquiera, pues, que antes del 9 de abril de 1842 tuviese alquilada una casa, ha podido y puede solicitar tan pronto como hayan cumplido ó cumplan los diez años contados desde el dia del arrendamiento que se tase por peritos, y el inquilino está obligado á pagar el mayor alquiler que estos gradúen. Para formular semejante solicitud basta que el dueño presente ante el juez de primera instancia á quien competa, un escrito pidiendo que el inquilino nombre un perito de su confianza, el cual con el que el dueño puede nombrar desde luego, ó se reserve designar en el acto, procedan al reconocimiento y tasacion de la casa fijando el alquiler que el primero deba pagar por ella en la actualidad. El juez lo acuerda así, y nombrados los peritos y observadas las formalidades del caso, estienden su certificacion en la forma acostumbrada. Si ambos á dos estuviesen discordes, como sucede frecuentemente, el mismo juez nombra un tercero para que dirima la discordia. Dirimida esta, ó si no la hay consignada la declaracion de los peritos, el juez pronuncia su auto fijando ó determinando la cantidad que debe satisfacer el inquilino en lo sucesivo. Notificada esta providencia, si este se allana á satisfacer la cantidad graduada, el procedimiento no tiene ulterior progreso, si no puede apelar de ella. En estas actuaciones, así como en las demas que se pro-

muevan sobre el contenido de las reglas que abraza el auto acordado, los jueces deben proceder de plano y sin forma de juicio resolviendo brevemente los incidentes que se susciten.

¿Pero deberá el dueño celebrar juicio de conciliación con el inquilino antes de producir esta solicitud? Algun motivo de duda pudieran ofrecer la naturaleza misma del procedimiento, y la disposición del auto acordado que no permite suscitar pleitos ni presentar demandas en estos asuntos, dando á aquel un carácter de sencillez tal que hace al parecer escusado el cumplimiento de aquel requisito. Sin embargo, como á pesar de esta observación el negocio es susceptible de avenencia, como no obstante la sencillez de sus trámites, todavía puede evitarse en el juicio de paz la necesidad de acudir á la autoridad judicial para que acuerde y disponga lo que sin su intervención puede verificarse, como en lugar del nombramiento de peritos, de su examen y reconocimiento, de su declaración y discordia, y del auto resolutorio del juez, en lo cual se invierten tiempo é intereses, puede determinarse de comun acuerdo el mayor precio que haya de satisfacer el inquilino, creemos que las partes deberán celebrar el juicio previo de que vamos hablando, y que los jueces llenarán un deber de conveniencia y de legalidad, exigiendo la presentación del documento que acredite haberse cumplido con aquella formalidad antes de dar curso á la solicitud del dueño.

Otro derecho que tiene el dueño que hubiese arrendado su casa en Madrid antes del 9 de abril de 1842 para hacer cesar el contrato, es pedirla para sí ó para alguno de su familia. Nada mas necesita alegar que la simple exposición de este concepto, y el inquilino nada mas puede exigir que la caución de que el dueño la habitara por sí mismo, sin arrendarla hasta pasados cuatro años. Para formular esta pretensión no necesita mas que presentar un sencillo escrito, manifestando que las circunstancias le ponen en el caso de necesitar la casa

para sus propios usos, y pidiendo se haga saber al inquilino que en el preciso término de cuarenta dias la deje libre, desocupada y á disposición del mismo dueño. El juez debe acordarlo así sin mas trámites, y si el inquilino promoviera algun incidente que tendiera á diferir el cumplimiento de esta providencia en perjuicio de aquel, el juez debe proceder con la mayor brevedad posible, y aun rechazar toda pretensión maliciosa, toda vez que el auto acordado previene terminantemente que los inquilinos en el caso de que vamos hablando desocupen las casas sin pleito, y que los jueces procedan de plano y sin figura de juicio.

Y si el inquilino hubiera promovido algun incidente, y el juez desestimando su pretensión acordara que se llevase á efecto su anterior proveido terminante á que en el plazo de cuarenta dias deje aquel libre y desocupada la casa, ¿en qué términos deberá admitirse la apelación que en semejante caso pudiera interponer de esta providencia?

Se dirá que la conveniencia de acudir y atender á la necesidad del dueño que reclama para sí, tal vez con grande urgencia la casa, y la de evitar que la malicia del inquilino pueda desnaturalizar el beneficio concedido al primero, convirtiendo en un plazo indefinido el de los cuarenta dias que la ley señala, exige que la alzada se admita solo en el efecto devolutivo, á fin de que la providencia judicial pueda ejecutarse desde luego. Sin embargo de esta consideración lo contrario nos parece mas seguro, porque no concurre para autorizar la admisión de la alzada en aquel efecto solamente ninguna de las reglas que esponemos en la sección sétima del artículo **APELACION**. Ni la dilación en el cumplimiento de dicha providencia podría perjudicar á la cosa de que se trata en términos de ser indispensable proveer á su conservación, ni se trata de un procedimiento privilegiado, como son el sumario, el sumarísimo y el ejecutivo, en los cuales el mismo favor ó privilegio concedido á la persona que lo promueve, exige que la alzada no embarace el cumplimiento de

ARRENDAMIENTO.

757

la determinacion judicial, ni se trata, en fin, de una apelacion en que por razones especiales haya suprimido la ley el efecto suspensivo. Si por punto general esta debe admitirse siempre en ambos efectos menos cuando la ley haya declarado espresamente lo contrario ó la aplicacion de alguna de aquellas reglas reclame por un motivo de interés general la ejecucion del fallo, no parece posible sostener que en el caso de que vamos hablando deba llevarse esto á efecto, sin aguardar la resolucion de aquel recurso. El interés del dueño, y aun las urgentes circunstancias en que pueda hallarse, no son motivos suficientes para que se infrinja el orden comun de proceder, y se defrauden las esperanzas concebidas por el inquilino al producir la alzada. La suspension del fallo es una de las consecuencias naturales de este recurso y el que lo entabla propónese sin duda el fin de verlas realizadas. Mientras una disposicion expresa no exija la pronta é instantánea ejecucion del fallo, no hay términos hábiles para dejar de conceder el recurso en uno y otro efecto. Creemos, pues, que el juez deberá admitir la alzada en ambos á pesar de la urgencia en que pueda encontrarse el dueño.

Si el inquilino no hubiera promovido cuestion alguna, y pasados los cuarenta dias designados por el juez para dejar espedita la habitacion no lo verificase, el dueño debe pedir que se proceda á lanzarle de ella en la forma acostumbrada. La equidad ha introducido que todavia en este caso se le conceda un término breve, con apercibimiento de adoptarse desde luego dicha medida; y si aun dentro de él no lo ejecutase debe llevarse á efecto sin la menor dilacion en los términos indicados.

Por último, el dueño puede solicitar tambien que el inquilino le deje espedita la habitacion con el fin de repararla ó reedificarla. Sobre este punto ya tenemos dicho que no toda obra autoriza al dueño para promover semejante solicitud. Siendo la necesidad tal como hemos indicado, y concurriendo en la obra las condiciones tam-

bien espuestas, el inquilino deberá desalojar la casa; pero si la obra hubiere sido de poca consideracion, y tal que no variase la forma y esencia de aquella, podrá volver á ocuparla satisfaciendo el mayor alquiler que gradúen los peritos. Si la obra ha sido tan considerable que haya variado esencialmente la forma antigua de la habitacion, de suerte que bien pueda llamarse otra; el inquilino no podrá ejercitar aquel derecho y se considerará concluido el arrendamiento. Para formular la pretension de que hemos hablado, el dueño deberá solicitar que, peritos nombrados por el mismo y por el inquilino, examinen detenidamente el estado del edificio, y declaren si las obras son urgentísimas ó necesarias en términos de que su dilacion perjudicara notablemente á la finca, cuáles son las que deben practicarse y qué cantidad podrán importar. Verificado esto y confirmada la necesidad y la importancia de las obras puede solicitar el dueño que el inquilino desaloje la casa, y sucesivamente el despojo en los términos que dejamos espuestos.

SECCION VII.

DEL ALQUILER DE COSAS MUEBLES.

Tenemos ya indicado que pueden ser objeto ó materia del arrendamiento, no solo los bienes raices, sino tambien los muebles y semovientes, y que al de estos últimos se dá con toda propiedad el nombre de alquiler. Al ocuparnos, pues, del arrendamiento de estas cosas, seguiremos el orden trazado en las dos secciones anteriores determinando las particularidades propias de este contrato.

El alquiler de cosas muebles está sometido por punto general á los principios espuestos en este artículo, salvo muy pocas modificaciones; así es que la ley apenas hace alguna referencia á dicha estipulacion, y nuestros escritores tampoco tratan de propósito la materia. A nosotros, sin embargo, nos ha parecido conveniente recordar en este párrafo algunas nociones generales y fi-

jar de una manera sensible los puntos en que se desvia de ellas.

Diremos á este fin que la perfeccion del contrato, como sucede en el arrendamiento de las demas cosas, depende del simple consentimiento de las partes: la escritura no es necesaria, y solo puede ser útil *ad probationem*. Caso de otorgarse algun documento, la costumbre prefiere el privado; en defecto de este, son admisibles todas las demas pruebas que el derecho reconoce.

La duracion del contrato se prolonga por todo el tiempo convenido; pero en el caso de no haberse estipulado, se determinará por las circunstancias y los usos locales. En algunas partes se alquilan los muebles de una habitacion por dias; lo mas general es que se tomen por meses ó medios años. Si se alquilan juntamente con la casa y nada se determinó especialmente respecto de ellos, el alquiler de esta última fijará la duracion del de los primeros, sobreentendiéndose que el inquilino ha querido tomarlos por todo el tiempo que se propuso disfrutar la habitacion. Si se alquiló un carruaje ó un caballo, se entenderán contratados por el tiempo necesario para el viaje que haya de hacerse con ellos. El precio fijado por un cierto período no significa siempre que el contrato termina á la conclusion de él: si se alquila un carruaje á tanto por dia para ir de un pueblo á otro distante treinta ó cuarenta leguas, es claro, á pesar de la manera en que se ha estipulado el precio, que el alquiler se ha hecho, no para un dia solo, sino para todos los que debe durar el viaje.

Cuando ni el destino de la cosa, ni otras circunstancias revelan la intencion de las partes sobre la duracion del contrato, preciso es recurrir á la cláusula que fija el precio. En consecuencia, si se toma un caballo á tanto por dia ó por semana con el solo fin de pasear, el alquiler cesará al fin de cada dia ó de cada semana, á voluntad de cualquiera de los contrayentes.

Greg. Lop. en la glos. 1.ª á la ley 20, título 8, Part. 5, examina si la reconduccion tácita tendrá lugar en las cosas muebles y

semovientes, por ejemplo, cuando se alquiló un caballo para diez dias, y pasados no se devuelve; y siguiendo la opinion comun la resuelve negativamente. Esta doctrina es conforme á la ley romana, que no admitia la reconduccion en los bienes muebles, llevándola tan adelante algunos comentadores que, en su sentir, el locatario que concluido el término del contrato continuaba sirviéndose de la cosa, cometia un robo, á no ser que entendiese que el propietario le autorizaba para ello. Pothier profesa distinta opinion, á lo menos con respecto á aquellos muebles que el dueño tiene por costumbre alquilar, pues si un tapicero, dice, me ha alquilado algunos muebles, ó un alquilador un caballo por cierto tiempo, habrá tácita reconduccion siempre que, concluido aquel término, conserve yo el caballo ó los muebles sin que el alquilador los reclame. Nosotros somos de este mismo dictámen, y no solo admitimos como Duvergier el ejemplo puesto por Pothier, sino que no vacilamos de calificarlo como este de verdadera reconduccion. Duvergier duda, cuando menos, que lo sea, porque la voluntad de alquilar nuevamente la cosa no es cierta. ¿Pero es ó no cierto el hecho de que, concluido el término del primer contrato, ni el locatario ha devuelto la cosa, ni el locador la ha reclamado, como pudieron y debieron hacerlo? Pues ahora bien, la reconduccion de los inmuebles no reconoce mas que ese hecho, el cual se tiene por suficiente para dar por cierta la voluntad de las partes y su tácito consentimiento para un nuevo arriendo bajo las mismas condiciones del anterior. Verdad es que, como dice Pothier, si quince dias despues el locatario no quiere ya servirse de los muebles, podrá devolverlos al dueño, pagándole el precio correspondiente á los quince dias, y que á su vez el locador si no quiere que aquel siga usándolos por el precio del anterior contrato, podrá reclamárselos sin venir obligado á dejárselos usar mas tiempo. ¿Pero sucede otra cosa en la tácita reconduccion de los inmuebles? Sobre esta materia hemos hecho en otro lugar una observacion importante que conviene

ARRENDAMIENTO.

759

repetir aquí. La reconduccion en su esencia no es mas que la renovacion por tiempo ilimitado de un arrendamiento que fue de tiempo fijo.

Todo lo que puede arrendarse por tiempo ilimitado es susceptible, por lo tanto, de reconduccion, y nadie negará que tambien los muebles pueden alquilarse de aquel modo. Mas para poner fin á esta clase de arriendos, la ley no ha prescrito el desahucio, aunque la equidad aconsejará en muchos casos que al locatario de muebles no se le retire de improviso sin darles siquiera un breve término, aquel que prudencialmente se estime oportuno para que pueda proporcionarse otros. Y hé aquí por qué la facultad recíproca de demandar ó dejar los muebles á cualquiera hora despues de la reconduccion no nos ha impedido asegurar que lo mismo sucede en todas las reconducciones, á pesar de que en las fincas rústicas la despedida debe anticiparse un año, y cuarenta dias en las urbanas. Esta restriccion no es una consecuencia de la reconduccion considerada como tal, es decir, como renovacion del alquiler, sino que constituye una condicion de todo arrendamiento ilimitado de cosas inmuebles. La ley no la estiende á los de muebles y por eso con reconduccion y sin ella si no se estipuló tiempo, cualquiera de las partes en rigor de derecho puede cuando quiera poner término al contrato. Por lo demas si el locatario despues de concluido el plazo pactado retiene la cosa contra la voluntad manifesta del locador, es evidente que la reconduccion no podrá verificarse, y aquel, ademas del precio correspondiente al tiempo del uso indebido, deberá satisfacer á este los daños y perjuicios, si alguno se le ha seguido de la privacion de la cosa.

Muchas veces ni el periodo de tiempo que sirve para graduar el precio, ni las cláusulas del contrato, ni las demas circunstancias indican la duracion de este. Las partes no han pensado en fijar un término; antes bien han querido obligarse por un cierto número de periodos sucesivos, á razon de tanto por período, reservándose solamente

el derecho de dejar sin efecto el contrato á la conclusion de cada uno de aquellos, como si se alquilase el mueblage de una casa á tanto por mes. En semejante caso el locatario se entiende que toma los muebles por un número indeterminado de meses y que puede al fin de cada uno de estos devolver la cosa pagando el precio de los corridos hasta entonces, de donde se sigue que á la conclusion de cada mes no se verifica una tácita reconduccion, sino que continúa el alquiler estipulado.

Cuando el usufructo se ha constituido sobre bienes muebles, el usufructuario solo puede arrendar los destinados á este uso, cuidando ademas que no se les haga servir para otro distinto del que les sea natural, y de evitar cualquier abuso de parte del locatario con todas las precauciones que pueda sugerir la prudencia de un buen padre de familia.

En general el usufructuario no debe destinar á la locacion los muebles que se destruyen pronto con el uso, como los vestidos, el menaje de casa, etc., pues seria este un medio, no de usufructuarios, sino de consumirlos (1).

¿Será lícita la locacion de aquellos muebles que no se desgastan rápidamente con el uso, y cuya destruccion natural proviene solamente de la vejez, tales como los espejos, relojes, armarios, tapicerías, etc.? Podria decirse que el uso de estas cosas es siempre el mismo, y que no se las espone á un pronto deterioro por alquilarlas. Pero la verdad es que la manera de servirse de los muebles influye sobremanera en su duracion, que mejor se conservan en las manos de una persona que en las de otra, sin que al que los conserva con menos cuidado se le pueda imputar un abuso propiamente dicho: y que siempre debe esperarse mayor vigilancia y un uso mas moderado de parte del propietario ó del usufructuario, que de un detentador temporal, como es el locatario. No es, pues, indiferente para el pro-

(1) Et si vestimentorum usufructus legatus sit, dicendum est ita uti cum debere, ne abutatur: nec tamen locatorum quin vir bonus ita non uteretur. L. 16.

pietario que el usufructuario goce por sí mismo de la cosa ó que la alquile á otro, y por lo tanto, la facultad de alquilar no debese atribuida á este fácilmente sin conocerse circunstancia alguna que indique en el que constituyó el usufructo la voluntad de concederla.

Las cosas muebles, lo mismo que las inmuebles, deben ser entregadas al locatario con todos sus accesorios, debiendo verificarse la entrega en el lugar donde la cosa se encuentre y á costa del locador; pues los gastos de conduccion serán de cuenta del locatario, á no ser que un pacto expreso, las circunstancias ó la costumbre, indiquen distinta intencion en las partes relativamente á estos extremos del contrato. El uso, por ejemplo, ha consignado que los alquiladores de caballos y de coches conduzcan uno y otro á las casas de las personas á quienes los han alquilado cuando viven ó residen en el mismo lugar, y de consiguiente sino se ha convenido otra cosa, el alquilador deberá conformarse á esta costumbre no obstante la regla general.

El locatario debe poner en la conservacion de la cosa la diligencia de un buen padre de familias; pero esta responsabilidad cesa cuando el locador por sí ó por medio de otra persona ha tomado á su cargo aquel cuidado. Así es, que cuando uno alquila á otro un carruage, y le dá un cochero para conducirlo, el cochero, y no el locatario, es el que debe proveer á la conservacion del carruage y de los caballos, y responder ó soportar las consecuencias de cualquiera descuido. Cuando este pacto no se estipula el locatario responde de todos los daños y perjuicios originados en las cosas alquiladas por culpa y negligencia de sí mismo, ó por la de sus dependientes, siendo aplicables de lleno á esta clase de arrendamientos las reglas que hemos espuesto al hablar del mismo contrato en general.

La convencion puede estender todavía la responsabilidad del locatario hasta los casos fortuitos, pero sobre este punto es menester que la voluntad de los contrayentes esté muy claramente manifestada. Algunas

leyes romanas que han seguido varios autores, tenían por bastante el que la cosa se hubiese estimado en el contrato para cargar sobre el locatario los casos fortuitos. Mas semejante doctrina no podria admitirse sin peligro, de un modo tan general y absoluto. Aunque de la estimacion de la cosa pueda inferirse con alguna razon que el locatario aceptó aquella responsabilidad, la induccion no es tan perentoria que no pueda combatirse, y si el locatario demuestra que al dar una estimación á la cosa se tuvo otro objeto distinto, la presuncion deberá ceder á esta prueba y estarse á la regla de que los riesgos de la cosa pertenecen al dueño.

Tambien puede tener responsabilidad el locador en este contrato, y tal sucederia cuando las cosas alquiladas contuviesen algun vicio por el que hubieran venido á perjudicar al locatario. La ley 14, tít. 8, Partida 3, que establece este principio, pone el ejemplo en el alquilador de toneles ú otra clase de vasos para poner vino, aceite ó cosas semejantes, y dispone que si al tiempo de darlos en alquiler estuviesen rotos ó malos y por esta causa los efectos puestos en ellos se empeorasen ó perdiesen, el locador deberá responder de los perjuicios aunque ignorase aquella circunstancia. Es, sin embargo, una muy esencial para ello que el locatario ignorase la mala calidad de las cosas alquiladas; pues de lo contrario la ley entendió que con este conocimiento no podria considerarse engañado. La ignorancia del dueño ya hemos visto que no le exime de responsabilidad, porque como dice la ley, «todo home debe saber si es buena ó mala aquella cosa que aloga. Téngase presente, sin embargo, lo que hemos dicho en la seccion segunda, párrafo primero, *primeira obligacion*.

Siendo el arrendamiento un título en virtud del cual se recibe la cosa con obligacion de devolverla en su dia, el arrendatario que se apropiare ó distragere la cosa podrá ser perseguido como reo de estafa (1).

(1) Arts. 449 y 452 Cod. Pen.

ARRENDAMIENTO.

761

SECCION VIII.

DEL ARRENDAMIENTO DE GANADOS.

Como según hemos dicho al hablar de este contrato en general pueden arrendarse también las bestias que se destinan á ciertos usos y labores, y los animales que dan algunos productos, como los carneros, las ovejas, los corderos y otros semejantes, hemos creído deber consagrar á la esposición de las particularidades que se notan en el arrendamiento de los objetos indicados, una sección donde ligeramente puedan ser tratadas. Tomando, pues, la palabra ganado en su sentido general y lato, diremos que hay arrendamiento de ganados siempre que el dueño de ellos los entrega á otra persona para que los utilice, ó para que los guarde, alimente y cría, á fin de dividirse sus esquilmos y beneficios, bajo las condiciones que convengan entre sí. Respecto de este contrato nada encontramos dispuesto en nuestra legislación, y sin embargo es de uso muy frecuente en la práctica. Hay territorios donde apenas se arrienda una heredad sin hacerlo al mismo tiempo de un cierto número de cabezas de ganado, que sirven principalmente para el abono de las tierras, y hay otros donde se arriendan los ganados por sí solos é independientemente de los fundos rústicos. En uno y otro caso hay ciertas reglas generalmente admitidas, que entran como condiciones comunes en esta clase de contratos.

Examinado el arrendamiento de ganados en su naturaleza, contiene elementos que hasta cierto punto lo asimilan á otros contratos que llevan distinto nombre. En razón de lo que sirve de materia á la convención participa de la naturaleza del arrendamiento de cosas; mas considerada la obligación que el locatario se impone de cuidar de los animales que le han sido confiados, tiene también algo del arrendamiento de trabajos. Y participa asimismo de la índole de la sociedad, en cuanto una de las partes contratantes pone el ganado y la otra su industria, trabajo y cuidados para

participar en una proporción dada de los beneficios del negocio. La asociación, sin embargo, no entra aquí mas que como circunstancia accesoria: el contrato en su esencia es un verdadero arrendamiento.

Pueden ser propiamente objeto del arrendamiento todos los animales susceptibles de producir beneficio para la agricultura ó para el comercio; así se arriendan bestias para labor y carga; pero el arrendamiento de ganados se aplica mas especialmente á aquellos animales que se apacientan y tienen formando rebaño, como el ovejuno, el cabrio, el vacuno, etc. El propósito con que se celebra este contrato es, y no puede menos de ser, la participación en los beneficios que los animales produzcan; por consiguiente pueden los interesados pactar en esta ó aquella proporción la prorata de las utilidades; pero no adjudicarlas por entero á una sola de ellas, mediante que esta condición desnaturalizaria el contrato. Ordinariamente el arrendatario estipula para sí el trabajo y esquilmo de los animales.

Aunque es muy difícil reducir á reglas generales las varias combinaciones admitidas y autorizadas por los usos locales en punto al arrendamiento de ganados, podemos decir que este se celebra principalmente de tres maneras. Primera, como una aparcería simple, ó sea dando el ganado solo para participar el dueño de sus productos. Segunda, dándolo juntamente con la heredad al colono ó aparcerero de ella. Tercera, arrendándolo á precio fijo por una cantidad dada ó á tanto por cabeza. Si una de las partes pusiera una mitad del ganado, y la otra la restante mitad con mas su trabajo y su industria, á condición de dividirse proporcionalmente los beneficios, el contrato seria una verdadera sociedad, sujeto por consiguiente á las leyes y condiciones propias de su naturaleza.

En cada uno de estos modos de celebrar el arrendamiento de ganados, conviene tener presentes las doctrinas que vamos á esbozar, repitiendo que no pudiendo ser estas aplicables hay que estar exclusivamente á los usos de cada lugar.

Arrendamiento de ganado en aparcería. Verifícase este contrato cuando el dueño del ganado lo entrega á otra persona para que lo guarde, mantenga y cuide, quedándose con aquella parte de provechos ó beneficios que se estipula, ó que en defecto de estipulación tiene autorizada la costumbre.

Si al otorgar el arrendamiento se hiciere el justiprecio del ganado, entiéndese que su objeto es facilitar la comparación de su valor actual con el que tenga á la conclusión del contrato, para saber si ha habido pérdidas ó ganancias, sin que de semejante estimación pueda nunca inferirse que la propiedad del ganado se trasmitió al arrendatario.

Este debe poner en la conservación del ganado la diligencia propia de un buen padre de familias, sin que responda de los casos fortuitos; pero en todo evento, él es el obligado á probar que la pérdida del ganado acaeció por caso fortuito, así como si el dueño replicase que al caso fortuito había precedido una falta del arrendatario, él sería el obligado á probar esta falta. Esto no se entiende cuando se trata de uno de aquellos casos fortuitos que, como dijimos en el párrafo segundo de la sección segunda, acontecen regularmente por la culpa y negligencia del arrendatario como sucede en el hurto. Si parte de los animales que constituyen el ganado han sido robados, creemos que el arrendatario no podrá eximirse de responsabilidad, sino probando que adoptó para evitar este hecho todas las medidas de seguridad que dictaba la prudencia y estaban á su alcance, toda vez que se trata de un accidente que no acontece en lo general sino por falta de vigilancia y cuidado.

Pero ¿deberá soportar el arrendatario alguna parte de la pérdida ocurrida por caso fortuito, no como responsable de su propio hecho, sino en virtud del convenio que sobre pérdidas ó ganancias en general contenga el contrato? Ante todo es preciso consultar la letra y espíritu de la estipulación misma. Si esta nada resuelve, menester es

examinar la cuestión con gran detenimiento, porque razones hay seguramente respetables en pró y en contra del arrendatario. Su irresponsabilidad puede fundarse en la consideración de que no habiendo adquirido la propiedad del ganado, tampoco debe soportar total ni parcialmente una pérdida de la cual no sea culpable: si la propiedad del ganado quedó íntegra en el dueño, suyos deben ser todos los peligros: *res perit domino*.

Esta máxima, en la cual se resume toda la defensa del arrendatario, está sujeta, sin embargo, como observa Pothier, á algunas excepciones, y contrayéndonos al caso presente, ¿quién duda que el propietario de una cosa puede justa y lícitamente cargar sobre otro los riesgos de ella pagándole el precio de estos mismos riesgos? ¿Sucede otra cosa en los contratos de seguro? Pues del propio modo, añade el autor citado, puede el dueño del ganado imponer una parte de sus riesgos al arrendatario, concediéndole como precio de ellos una parte de los beneficios.

La legislación francesa adoptó un término medio, pues distinguiendo entre la pérdida total y parcial del ganado, establece que la primera si ocurrió sin culpa del arrendatario pertenece al dueño, y que la segunda la deben soportar ambos en común conforme al valor que tenía el ganado al hacerse el contrato, y al que tenga á la conclusión de este (1).

Peró esta disposición ni es lógica ni equitativa. Supuesta la falta de culpa del arrendatario, ó debe sobrellevar, por exigirlo así la naturaleza del contrato, una parte de todas las pérdidas, ó no debe participar de ninguna: es imposible adoptar uno y otro temperamento á la vez sin incurrir en un contraprimipio. Peca además la ley francesa, en nuestro concepto, contra la equidad, porque ni aun en vías de transacción ha podido cuerdaamente abandonarse al propietario á su mala suerte cuando perece todo el ganado, y tratar de aliviársela cuando lo

(1) Art. 1510 del Cód. civ.

ARRENDAMIENTO.

763

necesitá menos, esto es, cuando la pérdida ha sido parcial y acaso pequeña.

A su vez la opinion de Pothier nos parece fundada en una buena teoria; pero poco útil y aceptable en la práctica. Es indudable que el dueño del ganado puede declinar en el contrato sus riesgos otorgando á la otra parte la debida compensacion, ¿Pero cuándo podrá decirse que las ha declinado? Esta es la verdadera dificultad que ni aun teóricamente resuelve el jurisconsulto francés de una manera satisfactoria. Suponiendo que en aquel pais se haya estipulado siempre en la aparcería de ganados la mitad de la lana y de las crias para el dueño y la otra mitad de ambas cosas con la leche, el estiércol y el trabajo de los animales para el arrendatario, no encontramos bastante fundamento para poder decir que la mitad de la lana y de las crias concedida al arrendatario debe considerarse como precio de los riesgos del ganado, porque tampoco le hay, en nuestro juicio, para añadir como en prueba de esta proposicion que de otra suerte estaria suficientemente recompensado el arrendatario con la leche y demas provechos que estipula. Es imposible prescindir de la libertad que en este punto debe y no puede menos de concederse á los contrayentes, y mas imposible todavía someter á esa especie de tarifa inflexible la parte de beneficios que equitativamente corresponde al aparcerero de ganados, cuando tantas y tan variadas circunstancias pueden alterar los términos del cálculo y modificar sus proporciones.

Nosotros admitimos el principio consignado por Pothier; pero solo creemos aplicable su decision cuando pueda inferirse de las cláusulas del contrato y demas circunstancias que el dueño quiso imponer al arrendatario y este aceptó realmente los riesgos del ganado, estipulando como en compensacion ó precio de ellos una parte de los beneficios otorgados al mismo. En otro caso, y salvando siempre la fuerza y la autoridad de las costumbres locales, lo mas seguro es gobernarse por las reglas generales del derecho; el arrendatario de ganados, á

quien, como dejamos dicho, no se trasfiere la propiedad de estos, aun cuando hayan sido estimados al hacerse el contrato, deberá sufrir toda pérdida que no proceda de un verdadero é inevitable caso fortuito; pero á su vez el arrendador sufrirá toda pérdida completa ó parcial que acontezca por caso fortuito ó fuerza mayor, llenándose, como suponemos que debe hacerse, las condiciones indicadas anteriormente al hablar de esta materia en general.

Lo que hace las veces de precio en este contrato debe guardar, como en los demas arrendamientos, cierta proporcion con los sacrificios que respectivamente hacen los contrayentes; debe ser justo, y si en mas ó menos de la mitad escudiera este límite, habria lugar á su reduccion, conforme á la ley Recopilada (1).

Puede celebrarse este contrato por tiempo cierto ó por tiempo incierto. En este último caso por una razon análoga á la que concurre en los arrendamientos de tierras deberá entenderse celebrado por un año, periodo indispensable para poder realizar por una vez siquiera todos los beneficios que es capaz de producir el ganado, debiendo entenderse renovado por otro tanto tiempo el contrato, si mediante el tácito consentimiento de las partes se verificase una reconduccion.

¿La muerte de los contrayentes pondrá término á este arrendamiento? Nos inclinamos á la opinion negativa. Las consideraciones personales que han podido influir en la celebracion del contrato son aquí demasiado secundarias para que las obligaciones recíprocas de las partes no se transmitan á sus herederos.

Si el arrendamiento se ha celebrado, pues, por un número determinado de años, no se entenderá fenecido por el fallecimiento de alguna de las partes. La regla general, esplicada en su oportuno lugar, tiene aquí completa aplicacion.

Si el arrendatario infringiese las suyas, el dueño podria pedir bien la rescision del

(1) Ley 2.ª, tit. 1.º, lib. 40 de la Nov. Recop.

contrato, bien el abono de daños y perjuicios ó ambas cosas tal vez segun las circunstancias.

Disuelto el arrendamiento, debe procederse á la liquidacion y particion de los beneficios ó pérdidas, conforme á lo estipulado y á los usos locales, en cuanto no se hallen en contradiccion con la voluntad expresa ó tácitamente manifestada por las partes.

Arrendamiento de ganado al colono y al aparcero. Es el que se celebra con el colono á aparcero de una heredad cuando le dá el dueño su ganado ó cierto número de bestias que á ella tiene destinadas. La obligacion que esencialmente contraen uno y otro en semejante caso, es la de dejar en la heredad á la conclusion del contrato la misma entidad colectiva, es decir, el mismo ganado, compuesto de igual número de reses, ó el mismo número de bestias que recibió, y no pudiendo ser así, otras tantas de igual valor.

Oblígate tambien á soportar la pérdida total ó parcial, culpable ó fortuita del ganado y de las bestias, y á invertir en beneficio y fomento de la heredad todo el abono que produzcan aquel y estas; pero en cambio hace suyos sin deduccion ni participacion con el dueño todos los beneficios y provechos que provengan durante el contrato.

Por consecuencia, si bien es cierto que el arrendatario no adquiere la propiedad del ganado, ni puede disponer de él en tal concepto, hace suyas las crias, salvo las que fuesen necesarias para reemplazar las reses muertas ó pérdidas. Con esta misma restriccion puede tambien desprenderse de las reses que por su vejez ó estado convenga renovar en el ganado para su mejor aprovechamiento.

A la conclusion del arrendamiento el colono debe, segun hemos dicho, restituir con la heredad el mismo número de reses y de las mismas especies que recibiera. Si el numero está incompleto deberá abonar las que falten segun el precio corriente, ó segun lo que valiesen al hacerse el contrato?

Nosotros opinamos que debe atenderse al último extremo por una razon muy sencilla. El dueño de la heredad puso en ella el ganado que reputó necesario para su abono: esta era la utilidad principal que se proponia obtener, no el hacer una grangeria con el ganado mismo. Ahora bien, si por haber bajado el precio del ganado le abona el arrendatario, tomando por tipo los valores de la época en que se celebró el contrato, una cantidad con la cual haya para comprar mayor número de cabezas que las que faltan, el dueño hace un lucro indebido y que nunca pudo entrar en sus miras: si por el contrario ha subido el precio del ganado y la cantidad abonada no sufraga para la compra de tantas reses como faltan, el propietario sufre un perjuicio no menos indebido. Nosotros comparamos en este caso el ganado á un utensilio de labranza: así como el arrendatario que juntamente con la heredad hubiese recibido un arado ó una azada debería á la conclusion de un arriendo devolver aquel mismo arado ó azada en buen estado ó otro equivalente, ó entregar el dinero necesario para comprarlo, de la misma manera el que recibió con la heredad un ganado, destinado á satisfacer las necesidades del cultivo, debe en su dia restituir el mismo ganado ó otro equivalente, ó abonar la cantidad necesaria para reponerlo.

Indicamos todas estas condiciones como las mas propias de la naturaleza del contrato. Por lo demas, claro es que las partes pueden establecer otras y que en todo caso, si nada estipularon espresamente, debe estarse á los usos locales.

En cuanto al aparcero de tierras que recibe un ganado colocado en ellas para su abono, deberán observarse las mismas reglas que en la simple aparceria de ganados con pocas modificaciones, pues son en efecto contratos iguales, con la sola diferencia de que los estiércoles no pertenecen precisamente al arrendatario, ó por lo menos este no puede disponer de ellos á su arbitrio, pues debe emplearlos esclusivamente en la heredad.

ARRENDAMIENTO.

763

Arrendamiento de ganados á precio fijo ó á tanto por cabeza. Exactamente igual es el resultado de una y otra combinacion para los efectos del contrato. Ora se dé un precio fijo al ganado que toma el arrendatario, ora se le dé á cada cabeza, el contrato es entonces el que hemos examinado en la primera seccion de este capítulo, y se rige por las reglas y principios comunes de los arrendamientos de cosas. El arrendador tiene la obligacion de entregar el número de reses convenido, y el arrendatario la de devolverlas de la misma manera. El pago del precio, la conservacion de la cosa, las responsabilidades de uno y otro de los contratantes están sujetas á las reglas que ya conocemos.

SECCION IX.

DE ALGUNOS CONTRATOS QUE TIENEN ANALOGIA CON EL ARRENDAMIENTO DE COSAS.

El contrato en cuya virtud se obligan las partes á cederse la una á la otra recíprocamente el uso de cierta cosa, es como observa Pothier, un contrato *do ut des*, mas semejante al de arrendamiento que á ningún otro de los nominados. Bajo algun punto de vista pudiera comparársele tambien á la sociedad y al préstamo de uso; mas para pertenecer á esta última clase, le sobra la circunstancia esencial de ser oneroso; y para ser de la primera le falta el requisito, no menos esencial en las sociedades, de que los contrayentes pongan en comun sus cosas respectivas ó el uso de ellas para participar solidariamente ó en una proporcion dada de sus beneficios. La convencion comprende dos arrendamientos impropíamente dichos, pues cada contrayente arrienda al otro la cosa de que se desprende, y el uso de la que recibe le sirve como de precio de la primera. No es este precio, sin embargo, el que el verdadero arrendamiento requiere, y de ahí nace la diferencia entre ambas clases de contratos, y la necesidad de modificar en el de que tratamos, los principios que rigen en el otro. Convendria por lo tan-

to para no abandonar esta materia á la duda y á la incertidumbre, señalar el punto hasta donde llega la asimilacion, y establecer las reglas especiales á que debe recurrirse cuando las generales del arrendamiento dejen de ser aplicables; pero esto no puede hacerse de una manera general, clara y precisa, siendo mas fácil observar en cada caso la modificacion que exige en los principios la diferencia de las convenciones. Nosotros nos limitaremos á indicar, siguiendo al jurisconsulto citado, aquellas cuestiones cuya solucion puede ofrecer mayores dificultades.

Aunque el goce de una de las cosas sea el equivalente del goce de la otra, no es absolutamente necesario que se haya concedido por igual tiempo. En efecto, puede el uso de aquella durante un año, por ejemplo, valer ciento, y el de esta cincuenta solamente, y en tal caso lo verdaderamente equitativo será que el uso de la última se otorgue por dos años, y por uno solo el de la primera.

Cuando en la convencion no se haya fijado tiempo mas que para el goce de una de las cosas, se sobreentiende que el de la otra se ha concedido por un tiempo igual; á no ser que esta en fuerza de su propia naturaleza requiera un uso mas ó menos prolongado. Así el que haya aceptado el uso de un caballo por tres meses en equivalencia del goce de una heredad, que ha concedido por su parte al otro contrayente, no podrá exigir de este que se limite tambien á disfrutarla durante los tres meses, si por ventura no basta este tiempo para la percepcion de frutos.

Si se hubiese guardado un silencio absoluto en el contrato acerca de la duracion del disfrute de las cosas que mutuamente se concedieron los interesados, es preciso distinguir. O alguna de ellas requiere por su naturaleza que su goce tenga cierta duracion, ó bien el uso á que sirven ambas no indica nada sobre este punto. En el primer caso es de suponer que las partes han querido prolongar el goce recíproco todo el tiempo necesario para la verdadera y com-

Plena fruición de alguna. En el segundo resultará que cada parte podrá poner término cuando quiera al contrato, pidiendo á la otra la restitución de lo que hubiese entregado con tal que lo haga *tempore congruo* para no irrogarla perjuicio. Así, dice el escritor citado, si yo hubiese concedido á alguno el uso de un telar en cambio del uso de otra cosa, aunque esté pronto á devolver esta no podré pedir un telar, si el otro ha empezado en él alguna obra hasta que quede concluida (1).

Dejando uno de los contrayentes de cumplir lo pactado aunque sea por impedimento de fuerza mayor, no puede obligarse al otro á que continúe cumpliendo por su parte. Así el que haya concedido el goce de un almacén por el de una casa, si el almacén peca en un incendio, cesa de tener derecho á seguir disfrutando la casa, y solo exige la equidad que al que la ocupa se le dé tiempo suficiente para desocuparla y encontrar otra pagando el alquiler correspondiente desde el día del incendio del almacén.

Si por ser el goce de una de las cosas que se concedió en cambio de mas valor que el de la otra, debiese durar el de esta mas tiempo, y cesase prematuramente el de la primera por una fuerza mayor, no podrá el que la tenía reclamar inmediatamente la cosa dada, sino que deberá dejar que el otro se sirva de ella por un tiempo equivalente y proporcional, atendida la diferencia de los valores ó utilidades. Por el contrario, cuando la que deje de disfrutarse por fuerza mayor sea la de menos valor, no solo podrá reclamarse inmediatamente la otra, sino el resto ó alquiler que corresponda para nivelar las utilidades. Por ejemplo, uno ha concedido á otro el goce de una casa por dos años á cambio del goce de una heredad que este le concede por cuatro: si la heredad se hace infructífera al cabo de un año, el dueño de la casa, además de su devolución tendrá derecho á que se le abone el alquiler de seis meses, pues según la estimación

que se dió á las cosas en el contrato, el disfrute de la heredad por un año solo representa la mitad del disfrute de la casa durante el mismo tiempo; y no sería justo dejar que la otra mitad se hubiese obtenido de valde.

La propia regla deberá seguirse cuando debiendo tener lugar el goce de las cosas sucesivamente, después que uno de los contrayentes haya disfrutado la que recibió, parece la suya, y no puede, por lo tanto, proporcionar á este su uso. En tal caso es claro que debe satisfacerle el alquiler de la que por su parte ha disfrutado.

Por lo demas es preciso no perder de vista la verdadera intención de las partes contratantes. Estas decisiones no tienen lugar sino cuando realmente se han propuesto celebrar el contrato conmutativo á que nos referimos; pues otra cosa muy distinta sería si solo hubiesen tratado de favorecerse con un préstamo recíproco.

Si á la conclusión del término fijado en la convención ó indicado por las circunstancias sigue cada parte y se la deja seguir gozando de lo que ha recibido, esta continuación respectiva de goce y la tolerancia recíproca de los contrayentes inducen una especie de doble tácita reconducción, en cuya virtud se entienden reproducidas todas las estipulaciones anteriores, á escepción de las que se referían á la duración del contrato. Para determinar la del nuevo se consultarán los usos locales, si los hay, aunque solo sea con relación á uno de los objetos del contrato, ó bien se atenderá á la naturaleza de los productos y tiempo necesario para percibirlos.

Cuando fuese uno solo de los interesados el que continuara con aquiescencia del otro en el disfrute de la cosa entregada por este, recobrando por su parte la suya, no habría respecto de él tácita reconducción. A falta del precio ó de lo que hacia veces de tal en el primer contrato, ó habia de estipularse otro, y en este caso el segundo contrato sería un arrendamiento nuevo y distinto del anterior y no una continuación de este, ó si no se estipulaba ninguno, el contrayente que

(1). De *locage* núm. 162.

ARRENDAMIENTO.

767

continuase en el uso de lo que se le entregó lo disfrutaria gratuitamente, y no pudiendo haber arrendamiento sin precio, las relaciones producidas entre las partes por el antiguo convenio en cuanto á aquel objeto degenerarian en otra especie de contrato.

Tampoco se verificaria tácita reconduccion respecto de una de las partes en el caso de que, habiéndose concedido el uso de dos cosas por tiempos desiguales á causa de su diferente valor, el que recibió la concedida por un término mas corto la siguiese disfrutando despues de concluido este.

Pudiera pretenderse que por tal hecho el contrayente que continuó gozando de la cosa mas allá del término fijado quedase obligado á dejar gozar de la suya el otro durante un tiempo proporcionalmente igual. Mas semejante combinacion, como observa muy bien Pothier, ofrece grandes inconvenientes. Toda reconduccion tácita se entiende hecha por el mismo precio y con las propias condiciones del anterior contrato, y este principio no puede aplicarse al caso propuesto. Los contrayentes comenzaron á disfrutar á la par sus cosas, representando el goce de la una el precio actual del de la otra. Hé aquí, pues, lo que no podia verificarse en la reconduccion. El que todavia no hubiese concluido de disfrutar la que se le entregó, ¿qué recibiria en cambio del uso que este siguiera haciendo de la suya mas allá del tiempo prefijado? El derecho únicamente de continuar tambien disfrutando de aquella cuando espirase el plazo respectivo, un goce futuro por un goce actual. De este modo se convertiria en sucesivo el goce de las cosas que por el primer contrato fue simultáneo; y es claro que con una alteracion tan profunda en uno de los puntos mas esenciales del arrendamiento no pueden verificarse las reconducciones.

Así, pues, lo mismo en este caso que en el anterior las partes no quedan ligadas mediante la prolongacion de uso por un contrato de arrendamiento ni otro análogo, debiendo únicamente una indemnizacion al dueño de la cosa el que haya seguido disfrutándola despues del término convenido.

Quando uno concede á otro el goce de una cosa por cierto tiempo en equivalencia de la propiedad de otra que aquel le trasiere, este contrato comprende dos: una especie de venta y una especie de arrendamiento: el requisito único que falta á cada uno de ellos para ser tal venta y tal arrendamiento, es un precio que consista en dinero.

Las cuestiones que pueden surgir de un contrato semejante deben subordinarse á los principios que rigen la venta y el arrendamiento con las restricciones consiguientes á la falta de un precio metálico.

Con arreglo, pues, á dichos principios, si la cosa trasferida en pleno dominio pereciese por caso fortuito en poder del que la recibiera en equivalencia del goce de otra suya, el nuevo dueño es el que debe soportar la pérdida, sin libertarse por eso de sus compromisos con el otro contrayente, el cual trasmitiendo su propiedad cumplió los suyos y adquirió un derecho perfecto al goce de la cosa que mediante aquel sacrificio le fue otorgado para cierto tiempo. Mas si se tratase de un caso de eviccion, el propietario desposeido tendria las acciones que que la ley concede á todo comprador y como por via de restitucion de precio, podria pedir que se le reintegrase inmediatamente en el uso de su pertenencia y el abono de daños y perjuicios, segun las circunstancias.

Quando es la cosa cuyo goce se otorgó en cambio de la propiedad de otra, la que parece ó requiere eviccion por cualquiera otra causa, la cesacion en el goce de ella produce siempre la resolucion del contrato, pudiendo la parte á quien se otorgó el disfrute pedir la restitucion de lo que dió en equivalencia. La otra parte quedó obligada á asegurarla el disfrute de la que le corresponde durante cierto tiempo, y si no puede cumplir, aunque sea por fuerza mayor lo prometido, debe devolver lo que recibiera como precio. No siempre seria justo, sin embargo, que el que disfrutó por algun tiempo la pertenencia del otro recobrase simplemente la suya al momento de cesar en el goce de aquella. Si así se hiciese, siendo las cosas que for-

maron el objeto del contrato de un valor desigual hasta el punto de haberse considerado el goce temporal de la una, como equivalente á la plena propiedad de la otra, es claro que una de las partes quedaria perjudicada. Los tribunales en tal caso habrán de regular lo que deba satisfacerse como precio del uso de la cosa por el tiempo que se consiguió disfrutarla, teniendo en cuenta la evicción y las demas circunstancias. Pero en ninguna de las partes hay derecho á exigir que la cosa que se dió en propiedad como precio del goce de la otra se divida adjudicando al dueño de esta la parte correspondiente al tiempo que duró el contrato, pues lo mismo al que enagenó que al que aceptó el objeto por entero puede no convenir la readquisición ó la conservación de una parte del mismo.

CAPITULO TERCERO.

DEL ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS.

Espuestas las consideraciones que nos han parecido oportunas respecto del arrendamiento en general y las doctrinas concernientes al arrendamiento de cosas tanto muebles, como inmuebles, réstanos hablar de este mismo contrato con aplicación á las obras y servicios. Nuestro método está fundado en la división general, comunmente admitida, que solo reconoce las dos especies de arrendamientos que hemos anunciado, el de casas y el de obras; y como el de estas comprende no solamente las que el hombre puede prestar con sus fuerzas físicas, sino tambien con los recursos de sus facultades morales, nos proponemos tratar, aunque no con mucha estension, de las personas que se obligan al servicio de otro, de los conductores y porteadores, de los que toman á su cargo la construcción de algunas obras y de los que se comprometen á llevarlas á cabo por su propia cuenta, que es lo que llamamos obras á destajo. De todos estos puntos nos haremos cargo en la presente sección, echan-

do antes una rápida ojeada sobre las consideraciones que son comunes á las diversas obras y servicios que pueden ser objeto del contrato.

SECCION I.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARRENDAMIENTO DE OBRAS Y SERVICIOS.

Apenas hay necesidad de indicar que el arrendamiento de obras es el que celebran dos personas, de las cuales una se obliga y compromete espresamente á hacer en favor de la otra alguna obra ó servicio, mediante cierto precio que esta á su vez se obliga á darle. La esencia, pues, de este contrato y lo que le distingue del de cosas consiste, segun se observa fácilmente, en que la materia no es una cosa ni un predio rústico, ni un mueble, ni una bestia, sino la obra que se obliga la parte á ejecutar ó el servicio que debe prestar con arreglo á su compromiso; el trabajo de sus propias manos ó el producto y la creación de su ingenio.

Esta indicación basta para comprender la grande importancia del arrendamiento que examinamos, puesto que, como hemos dicho al principio de este artículo, examinando la influencia de este contrato sobre el orden social, las inmensas ventajas que de él proceden no consisten tanto en la transmisión del goce y aprovechamiento de las cosas bajo las condiciones propias de la naturaleza de la convención como en la buena combinación de los vínculos y relaciones que establecen entre los hombres la comunicación del trabajo, el cambio de sus servicios y el saludable influjo que aquel y estos ejercen en el bienestar moral y material de los pueblos.

Nuestra antigua legislación nada enseña ni dispone acerca del arrendamiento de los servicios domésticos, sin duda alguna porque en aquellos apartados tiempos los servicios domésticos equivalian á la servidumbre ó por punto general iban inherentes á ella. Despues de su abolición no encontra-

ARRENDAMIENTO

769

mas que alguna que otra ley dispersa entre las recopiladas encaminada á reprimir las faltas ó excesos de los criados respecto de sus amos, sin determinar por eso, y como hubiera sido conveniente hacerlo, las obligaciones que los ligan respectivamente y sus efectos civiles, como consecuencia uno y otro del contrato celebrado.

Salva, sin embargo, esta omision bajo las condiciones de la sociedad de aquella época, las leyes de Partida mas filosóficas, despreocupadas y sábias que las de ningun otro pais, como tendremos luego ocasion de observarlo, mostraron perfectamente que cuando la amistad, la benevolencia ó la compasion no sustituyen al interés que es el móvil mas poderoso de todas las acciones humanas, solo al arrendamiento podemos deber todos los oficios que no nos es dado ó conveniente prestarlos á nosotros mismos; los que contribuyen al desarrollo de la inteligencia y á nuestra perfeccion moral; los que conducen á la conservacion de la salud y á nuestra comodidad y recreo; los que sirven al acrecentamiento de nuestros bienes ó industria; todo lo necesario en suma para la satisfaccion de las necesidades de la civilizacion mas refinada.

Las legislaciones modernas han suplido el vacío de las antiguas, formulando las obligaciones y los derechos de los que en uno ú otro sentido intervienen en estos contratos, y aunque esto sea una mejora positiva bajo cualquier aspecto que se considere, es lo cierto que la circunstancia de ser un *hecho* y no una *cosa* lo que forma la materia del contrato, no afecta á su esencia ni altera por consiguiente de un modo radical las obligaciones que nacen de él.

La legislacion romana invertia en el arrendamiento de obras las denominaciones de los contrayentes, llamando locador al que encargaba y recibia la obra, y conductor al que la prestaba en desempeño de aquel encargo: *qui simul et opus conducit et operas locat*. Las leyes de Partida, poco técnicas en este punto, se valen casi siempre de rodeos para designar á los contrayentes. Nosotros conservaremos á cada uno su

TOMO III.

nombre propio, como lo han hecho ya escritores modernos acogiéndose á los principios del mismo derecho romano, y despreciando la sutileza que le sirvió de fundamento para desviarse de ellos en este caso particular. Si el locador es el que suministra lo que constituye la materia del contrato por cierto precio, y conductor ó locatario el que recibe aquella y paga este, arrendador ó locador debe llamarse, y llamaremos nosotros, al que se obliga á hacer algo por otro, y arrendatario ó locatario al que mediante el precio que se estipuló adquiere derecho á la obra ó servicio prometido.

Supuesta la identidad de naturaleza entre los arrendamientos de cosas y de obras por cuanto unos mismos requisitos esenciales exigen para su validez unos mismos derechos y obligaciones producen entre las partes y de unas propias acciones las revisten para compelerse mutuamente al cumplimiento de lo estipulado, solo nos resta esponer las reglas particulares que tienen aplicacion á este contrato en razon de las obras ó servicios que forman su objeto.

Examinaremos, pues, ante todo qué obras y servicios pueden ser materia de arrendamiento.

SECCION II.

OBRAS Y SERVICIOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Al hablar en la seccion primera del capítulo primero de la cosa como condicion esencial del arrendamiento, dijimos que podian ser arrendadas las obras y que en este arrendamiento se comprendian los servicios, el trabajo, la industria y hasta los cuidados que pueden prestar las personas. Efectivamente, el jornalero, el obrero y el criado arriendan el trabajo que pueden prestar con sus brazos y con sus fuerzas físicas; el que se coloca al frente de un establecimiento industrial, comprometiéndose á dirigir sus operaciones, arrienda los servicios de su industria y el arquitecto que

se obliga á edificar una casa por cuenta de otro presta en el mismo concepto las obras y los servicios de su talento y de sus conocimientos artísticos. En este caso, sin embargo, no puede usarse la palabra arrendamiento sino en un sentido rigurosamente jurídico, porque en el lenguaje comunmente adoptado el contrato celebrado entre las personas que acabamos de mencionar se llama mas bien alquiler, ajuste ó concierto. Así no decimos que un criado ó un jornalero han arrendado sus obras y servicios á otro, sino que están ajustados por esta ó aquella suma.

Aunque la palabra obras y servicios es tan lata que puede comprender los de todas clases y condiciones, con relacion, sin embargo, al contrato de arrendamiento y al concepto comunmente admitido en este punto, se limita á los que pueden prestar aquella clase de personas que se ajustan y conciertan con otras á quienes tienen bajo su autoridad ó dependencia para aprovecharse de su trabajo material; á los que prestan aquellos que se obligan á conducir y trasladar personas ó cosas de un punto á otro, y á los que desempeñan finalmente aquellos otros que toman á su cargo por una cantidad dada la construccion de alguna obra, por ejemplo, de una casa. No es esto decir que no puedan ser materia del arrendamiento, jurídicamente considerado, otra clase de trabajos personales mas nobles y elevados que puede prestar el hombre cuando en la prestacion de ellos concurren todas y cada una de las condiciones esenciales de este contrato, á saber: un ajuste previo, una cantidad convenida como precio del trabajo y el acuerdo ó consentimiento espreso de los interesados. Lo que queremos significar es que cuando el trabajo ó los servicios son de cierta especie elevada y tienen en su misma indole una importancia tan reconocida que no permite que se confundan con otra clase de servicios y trabajos, la prestacion de ellas no constituye por este solo hecho y por el hecho de recibir una recompensa, las mas veces ó casi siempre no convenida, un contrato de arrendamiento.

Seguramente no puede negarse, que cuando un literato ó un hombre científico se obligan á escribir y á entregar á otro las producciones de su talento y capacidad por una cantidad previamente convenida, media entre ambos un ajuste ó convenio que en su esencia equivale al arrendamiento de obras. Lo mismo que cuando un médico se comprometiera á prestar los ausilios de su profesion por un tiempo determinado y mediante una retribucion convenida, no podria negarse tampoco que esta obligacion envolvía esencialmente y en el rigor de los términos un arrendamiento ó alquiler de obras; pero cuando esas condiciones no existen, cuando no ha precedido ajuste de ninguna clase, cuando no ha mediado ningun acuerdo sobre el precio, cuando no hay en último resultado otra cosa sino la prestacion de esos trabajos de índole elevada y noble, como hemos dicho, entonces no puede ni debe decirse que hay arrendamiento ni alquiler sobre tales objetos.

Los romanos lo conocieron así, y prescindiendo de las eternas cuestiones de los comentadores, el buen sentido y la opinion constante de todos los tiempos han sancionado y conservado hasta hoy esta doctrina.

La legislacion de aquel pais atendió al principio no á la importancia, sino á la indole de los trabajos ó de los servicios para calificar el contrato celebrado acerca de la prestacion de ellos, como arrendamiento ó como mandato. Si esta se verificaba por un precio convenido, el contrato se consideraba arrendamiento, si no mediaba esta circunstancia, se calificaba de mandato. Posteriormente se introdujo la distincion de *precio* y *honorario*, sirviendo el primero para retribuir cierta clase de trabajos poco importantes y nobles, y el segundo para recompensar los de esfera mas elevada. En el primer caso se consideraba constituido un arrendamiento, en el segundo un encargo que admitia de suyo aquella recompensa.

Esta teoria dejaba en pie una dificultad que nacia de la imposibilidad de calificar

ARRENDAMIENTO.

771

la importancia y elevacion de los trabajos para determinar la índole de la retribucion ó recompensa que debia dárseles; y para orillarla apelaron, no á la relacion del valor de la obra con la retribucion prometida, sino á la naturaleza y á la importancia de aquella; hicieron por consiguiente distincion entre las artes mecánicas y las liberales, y asentando que los trabajos en que predomina la inteligencia son demasiado elevados y nobles para poderse apreciar en dinero, quedó decidido que la retribucion ó recompensa ofrecida por ellos debia considerarse como honorario y no como precio; que las convenciones que tuviesen por objeto semejantes obras conservaban toda la dignidad y excelencia de un mandato y que los trabajos materiales que no pudieran colocarse en tan alta esfera quedasen en la condicion de arrendamientos.

La verdadera solucion que nosotros creemos aplicable á la cuestion presente, es la que ya se desprende de las consideraciones espuestas hasta aquí. Nosotros creemos que deben distinguirse dos casos esencialmente diversos entre sí: aquel en que precede ajuste entre las partes ó consentimiento expreso sobre las obras y convenio formal sobre la retribucion que haya de percibir el que las presta, y aquel otro en que no concurre ninguna de estas circunstancias, ni hay otra cosa mas que la prestacion de las obras mismas. En el primer caso en que su importancia escluye el nombre del arrendamiento serán, sin embargo, aplicables las reglas y los principios propios de este contrato; en el segundo, por mas que medie y se reciba una retribucion y recompensa no convenida ni ajustada, creemos que habrá un mandato irregular, ó como dijeron los glosadores de las leyes romanas, un mandato retribuido. En estos casos no concurre ninguna de las condiciones esenciales y características de este contrato.

No á este caso, pues, sino al anterior, creemos que se refiere la ley 10, tít. 8, Partida 5, que hablando de la responsabilidad del lapidario que recibe una piedra preciosa para engazarla en sortija *por precio*

cierto y la rompe por no ser perito, añade que lo mismo se entiende de los demas maestros, fisicos, cirujanos, albéitares y demas que reciben precio para hacer alguna obra cuando yerran por culpa ó impericia. La circunstancia de recibir precio para hacer alguna obra denota claramente que la ley se referia al caso en que estas personas, aunque facultativas, se hubiesen obligado á prestar sus obras y servicios por una cantidad dada, convenida de antemano; y partiendo de este principio, aplica á este caso el principio ó regla comun en materia de arrendamiento sobre la responsabilidad del que se obliga á prestarlas.

Quede, pues, establecido que aun cuando caben en este contrato de arrendamiento todas las obras y servicios que el hombre puede prestar desde los materiales que producen sus fuerzas fisicas, hasta los nobles y elevados que se derivan de su inteligencia, no consideramos como objeto de nuestra discusion y de este tratado, sino el trabajo y los servicios que prestan las personas indicadas y que vamos á desenvolver en los párrafos siguientes:

§: 1.º *De las personas que se obligan al servicio de otro.*

Entre las personas que se comprometen á prestar en favor de otro los servicios y las obras que pueden ejecutar con sus fuerzas fisicas se comprenden, segun hemos dicho, los criados y los obreros. Estos son los que propiamente hablando alquilan ó ajustan dichas obras mediante el precio convenido con aquel en cuyo favor deben prestarse.

Damos el nombre de criado á los que por cierto precio, llamado en este caso salario, se consagran al servicio personal y doméstico de otros ó bien les ayudan en algun trabajo mecánico y corporal, como el de la agricultura y viven con él bajo un mismo techo. Llamamos obreros á los que ajustan y prestan sus servicios al día ó por un tiempo determinado, sin alojarse en su propia casa. Cuando estos ajustan un trabajo al día reciben la denominacion especial de jorna-

leros; si en vez de ajustarse por dias, meses ó años estipulan un precio cierto, proporcionado á la cantidad del trabajo que se obligan á ejecutar, el contrato cambia de carácter, siendo mas bien una obra á destajo que un alquiler de servicios.

Este contrato, á la manera que se dijo al hablar del arrendamiento en general, puede celebrarse á tiempo fijo ó por un periodo ilimitado. En el primer caso su duracion se determina por el plazo que han prescrito los interesados á no ser que se hubiera celebrado, como rarísima vez acontecerá, por toda la vida del que ha de desempeñar los servicios, en cuyo caso el principio de libertad que nunca puede desterrarse de las acciones humanas, haria que semejante obligacion fuese rescindible y que uno y otro de los contratantes pudiera apartarse de ella.

Si no se hubiese prefijado el tiempo de la duracion del contrato se atenderá para determinarla á la naturaleza de las obras ó servicios pactados y á los usos establecidos en cada localidad. Cuando el precio se estipula á tanto por dia ó por mes, se entiende celebrado el contrato por periodos iguales. Pero no siempre deberá deducirse lo mismo del señalamiento del precio á tanto por año: en muchas partes hay la costumbre de regular así el salario de los criados y no por eso habrá de privarse á las partes de la libertad de poner término al contrato cuando les acomode, guardándose reciprocamente, como exige la equidad, la consideracion de avisarse algunos dias antes. En cuanto á la duracion del contrato cuando se toman criados para las faenas y labores del campo sin espresar nada en el ajuste, y cuando se toman del mismo modo trabajadores para operaciones especiales y determinadas, como la siega, la vendimia, etc., deberá estarse igualmente á los usos y reglas adoptados en cada localidad.

El criado ú obrero no queda obligado á prestar mas servicios ó trabajos que los que se hubieren estipulado, pero en cambio lo está á ejecutarlos leal y cumplidamente, y á resarcir al amo los daños y perjuicios

que le causare por su negligencia ó impericia (1). Fundada en este principio y mas bien proponiendo un ejemplo que resolviendo un caso especial, la ley 13, tit. 8, Partida 3 dice que los pastores que reciben soldada deben poner toda la diligencia posible en la guarda del ganado, y que si este sufriese algun daño, lo deben pagar al dueño, á no ser que probasen por algunas señales ciertas ó en otra manera y jurasen que acaeció sin culpa suya; bien que si el dueño probase á su vez la culpa del pastor, no se admitirá el juramento de este. También responden los que alquilan su trabajo de la impericia ó negligencia de las personas de que se sirven para que les ayuden (2).

El criado doméstico ademas de la obligacion que contrae de prestar los servicios en favor de la persona que los ha estipulado, se convierte por las consecuencias que lleva consigo el compromiso en un miembro de la familia y se sujeta á la autoridad doméstica del amo. De aquí nacen otro orden de derechos y obligaciones de fidelidad, obediencia y respeto, que no son del presente lugar, y de las cuales nos reservamos tratar en el que es oportuno.

De una ley recopilada se infiere, que todos los que trabajan á jornal deben estar á disposicion del que los emplea de sol á sol (3). Si fuere otro el uso del lugar, se estará á la costumbre. El amo ó locatario debe por su parte cumplir al criado ú obrero todas las condiciones de su contrato, no exigirle mas servicios ó trabajos que los estipulados, alojarle y alimentarle, segun corresponda á su clase y pagarle á su tiempo el salario. Esta obligacion prescribe á los tres años, sin que se admita respecto de su cumplimiento declinatoria alguna de fuero (4); pero la ley concede al criado el interés de un 5 por 100 y á los artesanos y menestrales el del 6 por 100 de la deuda desde el dia de la interpolacion judicial (5).

(1) LL. 10, 12 y 13, tit. 8, Part. 3.

(2) Ley 2, tit. 23, lib. 8, Nov. Recop.

(3) Ley 1, tit. 26, lib. 8, Nov. Recop.

(4) Ley 10, tit. 11, lib. 10 Nov. Recop.

(5) LL. 12, 13, 15 y 16, tit. 11, lib. 10, Nov. Recop.

ARRENDAMIENTO.

175

El jornalero tiene derecho á que se le pague su jornal, si así lo exige, en la noche del mismo día en que ha trabajado (1).

Si en la locacion de servicios ó de trabajos no se hubiese fijado precio, deberá regularse este conforme á la comun estimacion que tengan en cada lugar aquella especie de trabajo ó servicios, y faltando este tipo, habrá de someterse la cuestion á juicio de peritos. Antiguamente los ayuntamientos estaban facultados para tasar los jornales de los obreros (2), pero aun antes de consagrarse la libertad de todogénero de industrias, y los principios en que estaban basadas las leyes sobre arrendamientos de casas y tierras, que por identidad de razon son aplicables al alquiler del trabajo personal, ya se habia roto semejante traba en favor de los jornaleros del campo autorizándoles para concertar á su arbitrio los salarios con los dueños de las tierras (3). Tampoco se hallan en observancia las leyes recopiladas que prohibian el alquilar criados por días y fijaban el número de los que podia tener cada familia (4).

Cualquiera que sea el trabajo hecho durante el tiempo para el cual se ajuste el jornalero, no tiene derecho á ningun aumento del jornal estipulado. Tampoco le tiene el amo á la disminucion, porque antes de la conclusion de aquel termino el trabajador su faena y no haya otra en que ocuparle, aunque este adelanto proceda de haberse empleado mas brazos de los necesarios. Menos le tendrá cuando el mismo haya impedido al jornalero trabajar hasta el fin del día. Pero si el jornalero deja su tarea ó no puede continuarla antes de concluir el día por cualquiera causa independiente de la voluntad del amo, aunque sea por fuerza mayor, tampoco tendrá derecho á que se le abone mas jornal ó salario que el correspondiente á la parte del día en que realmente ha trabajado; y si abandona su tarea voluntariamente ocasionando con ello algun

perjuicio, todavia pudiera obligársele á indemnizarlo. Si el criado ó obrero ajustado por todo un año dejase de prestar sus servicios durante algunos días por razon de enfermedad, se estará á los usos y costumbres locales, sin embargo de que la equidad dicta que en tal caso no se le haga rebaja ninguna proporcional del salario, pues hasta cierto punto el amo ha debido prever y contar con este incidente (1).

Si el alquiler se ha hecho á tiempo fijo las partes están respectivamente obligadas á llenar sus compromisos hasta la conclusion del término, y si alguna los quebranta debe abonar á la otra los daños y perjuicios; única solucion posible de las obligaciones de hacer ó no hacer en el caso de faltar el deudor al cumplimiento.

Mas esta regla no carece de escepciones, como quiera que pueda haber justos motivos para que tanto el amo como el criado ó obrero dejen de ejecutar el contrato. La cantidad estipulada constituye el precio de un servicio efectivo; luego la enfermedad sobrevinida al locador autoriza al locatario á retener la parte de salario correspondiente al tiempo que haya durado la enfermedad, á no ser que, como queda dicho, se trate de un doméstico ó trabajador ajustado por todo un año y que haya sufrido una ligera dolencia. Habiéndose hecho un contrato por tiempo indeterminado, aun es mas obvio que el amo en caso de enfermedad del criado ó obrero puede despedirle, bien que la humanidad le aconseje abstenerse del uso riguroso de este derecho. En todo caso si llama á un médico y hace algunos otros gastos para la curacion de su doméstico no puede despues reclamárselos, pues no estando obligado á semejante dispendio, se entiende que lo hizo gratuitamente.

El criado á quien toca la suerte de soldado no está obligado al abono de daños y perjuicios al amo; pero si el que abandona su servicio por causa independiente de su voluntad, aunque al parecer sea plausible, pues esta consideracion no destruye la cir-

(1) Ley 2, tit. 26, lib. 8. Nov. Recop.

(2) Ley 4, tit. 26, lib. 8. Nov. Recop.

(3) Real provision del consejo de 29 de noviembre de 1767, nota 1, tit. 26, lib. 8. Nov. Recop.

(4) Leyes 4 y sucesivas, tit. 16, lib. 6. Nov. Recop.

(1) Pothier du loq. núm. 167.

circunstancia esencial de que la inexecucion del contrato es enteramente libre.

El doméstico á quien no se dicen las cosas necesarias para la vida, ó no se le paga su salario, ó se le maltrata de obra ó de palabra, ó se intentase deshonrarle ó corromperle puede rescindir el contrato, y aun reclamarle los daños y perjuicios segun las circunstancias. A su vez el amo podrá tambien despedir al criado ó obrero si este adolece de incapacidad para el servicio ó obra que tomó á su cargo, ó si es negligente; ó insubordinado hasta un punto que justifique la espulsion á juicio de los tribunales.

Para la estimacion de daños y perjuicios en los casos de que acabamos de hablar no puede darse regla fija: la situacion y circunstancias respectivas en que se hallen una y otra parte han de ejercer por fuerza una influencia directa en la cuestion, y esta influencia no puede determinarse en una fórmula general. Deberá dejarse, pues, su apreciacion en cada caso al criterio judicial ilustrado con las pruebas de las partes, y si fuese preciso por el dictámen de personas peritas.

La muerte del criado ó obrero pone término siempre á este contrato: el compromiso era personalísimo y no puede trasender á los herederos. No sucede lo mismo por parte del amo, á no ser que pueda probarse que tambien sus circunstancias personales influyeron en la obligacion contraida con él.

En el alquiler de obras y de servicios tiene tambien lugar la tácita reconduccion. Si el criado ó obrero que se ajustó por término fijo continúa prestando á la conclusion de este sus trabajos ó servicios, se entiende ajustado de nuevo bajo las mismas condiciones que antes.

§. 2.º De los conductores y porteadores.

Ademas de los servicios que prestan y arriendan los domésticos y jornaleros, puede tambien arrendarse la conduccion de toda clase de efectos, y aun de las personas,

tanto por mar como por tierra. Este es el contrato de arrendamiento que celebran los arrieros, los ordinarios, los carruageros, las empresas de diligencias y mensagerías ó los dueños y encargados de ellas y de toda clase de vehiculos cuando toman á su cargo el transporte de dichos objetos de un punto á otro por caminos, por rios, por canales ó por el mar mediante el pago del precio convenido. El transporte por consiguiente puede ser terrestre y marítimo segun sea el punto por donde se verifique la conduccion.

En este contrato puede confundirse fácilmente el arrendamiento de cosa con el de las obras y servicios de que se trata; es por lo mismo necesario fijar con exactitud esta diferencia. Cuando el dueño de un carruaje ó de un buque le alquila á otro por cierto tiempo para que con ellos, de su propia cuenta y á sus propios riesgos ejecute la conduccion que se ha propuesto hacer, el contrato no es mas que un simple arrendamiento de cosas. El dueño del buque ó del carruaje ninguna obra ni servicio personal tiene que prestar, y su responsabilidad se halla limitada á la entrega de la cosa en estado de servir á su objeto. Pero si el dueño del casuage ó del buque no solo arrienda uno ó otro artefacto, sino que contrae la obligacion de verificar con ellos la conduccion de las cosas ó de las personas entre los puntos estipulados, entonces existe el arrendamiento de obras y servicios, de que nos ocupamos en esta seccion.

Las leyes de Partida conocieron esta distincion y la consignaron con bastante claridad en sus disposiciones. «Obras que ome faga, dice la 3, tít. 8, Part. 3, con sus manos, ó bestias ó navios para traer mercadurias, ó para aprovecharse del uso de ellas.... pueden ser alogadas ó arrendadas.» En este caso no hay mas que un simple arrendamiento de cosas. Pero la ley 8 del mismo título y Partida, añade: «A cuestras por sí mismo, ó en alguna su bestia, ó en carreta ó en nave de levar alguna ome vino, ó olio, etc.» en cuyo caso no solo se arrienda el artefacto que sirve de instrumento para la conduccion, sino la

ARRENDAMIENTO.

775

obra y los servicios del dueño mismo que se compromete á verificarla. En uno y otro caso la responsabilidad y los principios que rigen las demas consecuencias del contrato son diversos.

Así como hay transportes terrestres y marítimos, segun sea el punto por donde hayan de verificarse, los hay tambien mercantiles y ordinarios, segun se apliquen á las necesidades de la vida comun ó á las operaciones del comercio que es lo mas frecuente. En el primer caso se rigen por los principios de los arrendamientos de cosas y de los de obras; en el segundo deben acomodarse á las disposiciones mercantiles en los términos que puede verse en los artículos **PORTEADOR, FLETAMENTO**.

Muy poco es, pues, lo que podemos añadir á las doctrinas y á los principios consignados ya en las anteriores secciones al hablar de este género de arrendamiento. Todas las particularidades de que podemos ocuparnos tienen por objeto la responsabilidad que impone á los contratantes.

Esta responsabilidad es por punto general la misma que contraen todos aquellos que toman á su cargo la conservacion y custodia de algunos efectos, puesto que el conductor ó porteador se equiparan completamente á ellos en las cosas cuyo transporte se obligan á realizar. Todos los daños que ocurran por negligencia del conductor, ó por no haber, puesto todo el cuidado posible, regular y acostumbrado; los extravíos, los hurtos, y en una palabra, todos los menoscabos que no sean puramente casuales, todos le son imputables. No lo serán tampoco cuando hayan sobrevenido por fuerza mayor ó por la naturaleza de las mismas cosas en cuyo caso probándolo no estará obligado á indemnizar el perjuicio. Esta responsabilidad, no solo comprende lo que los conductores han recibido y dejado en el carruaje mismo ó en el buque, sino todas aquellas cosas que se han colocado en el punto ó lugar designado para llevarlas despues á trasladarlas á ellos. Desde el momento en que se entregan las cosas que han de conducirse en un punto designado

por el conductor, tiene el deber de vigilarlas y custodiarlas, y por consecuencia la responsabilidad directa de los daños que por negligencia del mismo puedan ocurrir.

La mas grave dificultad que puede presentarse al tratar del ejercicio y de la realizacion de esta responsabilidad, tiene por objeto la estimacion de las cosas ó la graduacion de su valor.

Rara vez, sin embargo, se detallan ni justiprecian los objetos en el acto de su entrega al conductor. Ninguna ley obliga á hacer esta declaracion que seria sobremanera embarazosa, y lo que sucede ordinariamente es que el remitente ó viajero envia sus baules, malotas, cajas y paquetes, sin indicar la naturaleza y valor de los efectos que con tienen. De ahí las dificultades que naturalmente han de tocarse en el caso de una pérdida para determinar su importe, y hacer efectiva la responsabilidad de los porteadores, cuestion en la cual no puede menos de darse cierta latitud á los tribunales, á fin de que apurando todos los medios de investigacion decidan lo que en conciencia crean mas conforme á la verdad y á la justicia. Para evitar estos inconvenientes en las administraciones de diligencias, por ejemplo, suele tomarse la precaucion de entregar al viajero ó remitente un billete, en el cual se espresa la cantidad que abonará la compañía ó empresa por cada clase de bulto en caso de pérdida, permitiendo al dueño que si no se conforma con esta tarifa, fije él mismo el valor que le parezca, abonando un tanto por ciento, mediante cuyo premio la empresa le asegura aquellos objetos por el valor declarado. El que al entregar la cosa acepta un recibo concebido en estos términos se somete á las condiciones insertas en él, y no tiene derecho á exigir en ningun caso que la responsabilidad del porteador se estienda mas allá de los límites convenidos. Tampoco deben responder las compañías y empresas que se encargan de este género de conducciones de las cosas que se entregan directamente á los conductores ó mayores sin anotarse en el registro.

Aquellos dependientes no son personas autorizadas para celebrar á nombre de la compañía semejantes contratos; y al huir de las que tienen esta misión, y de la formalidad del registro, puede haber el riesgo de que se celebre un contrato fraudulento con los conductores en perjuicio de los intereses de la empresa.

§. 3.º *De los que toman á su cargo la construcción de una obra.*

La construcción de una obra puede estimarse mediante una recompensa á tanto por día, ó bajo otro tipo, siendo de cuenta del dueño de la obra el pago de los operarios por una cantidad alzada, que es lo que se llama obra á destajo. En el segundo caso, que será objeto del párrafo siguiente, tiene el locador el carácter de un verdadero empresario; en el primero del cual trataremos ahora, no es propiamente mas que un director de las obras, pero con derechos y deberes especiales, nacidos de sus circunstancias personales y de la índole del servicio que se obliga á prestar al locatario.

En efecto, el contrato á que aludimos no suele celebrarse sino para obras que requieren conocimientos artísticos ó facultativos, y con personas adornadas de ellos. De ahí es que aun no interviniendo el arquitecto, maestro ó artífice en la construcción, sino como un director asalariado de la obra, contrae un empeño que no puede ni debe confundirse con un alquiler común y ordinario de servicios. Ambos contratos son de un mismo género; pero constituyen especies distintas. Para convencerse de la diferencia basta observar que en el uno el trabajo forma el objeto inmediato de la convención, en el otro no es el trabajo precisamente lo que se busca sino sus resultados, la obra concluida ya y perfecta según se habia proyectado y convenido, hasta cuyo punto no se extinguen las obligaciones del que tomó á su cargo la construcción, mientras que el mero locador de trabajos ó de servicios cumple con prestarlos con la asiduidad y esmero convenientes.

Con arreglo á los principios que determinan la naturaleza y efectos del arrendamiento, acomodados á las circunstancias especiales del que nos ocupa, el perito locador queda obligado:

1.º A dirigir la obra por sí mismo, puesto que en consideración á su habilidad personal se le ha confiado la construcción.

2.º A hacerlo con solidez y perfección que es el primero y principal de los fines que la otra parte se propuso en el contrato, y con arreglo al plano aprobado por esta si así se convino. La ley 21, tit. 32, Part. 3, hablando de la pena que merecen los que *son puestos sobre las labores cuando facen y alguna falsedad*, dice, que si por ventura la obra nueva se derribase ó se moviese antes de acabarse, ó quince años después de que fuese hecha, presúmese que esto aconteció por culpa de aquel que era puesto para hacerla, debiendo por lo mismo él y sus herederos repararla ó reconstruirla á sus expensas, salvo que la ruina proviniese de caso fortuito. Citando esta ley y otra disposición del derecho romano (1), dice muy fundadamente Gregorio Lopez, que aunque parecen dictadas con relación á las obras públicas, son aplicables por identidad de razón á los edificios privados (2), y esta es en efecto la opinión común de los doctores. Será, pues, responsable el perito de la ruina ó falseamiento de la obra hasta quince años después de su conclusión si no justifica que sobrevino por caso fortuito; pues la presunción que contra él ha establecido la ley, le impone el deber de la prueba. La buena fé no le exime de responsabilidad, porque así la contrae cuando el vicio de la obra procede de malicia como cuando procede de ignorancia, siendo como es en él un deber la pericia. Tampoco le exime la circunstancia de haberse viciado la construcción de la obra por culpa de los operarios, pues responde de estos como de sí mismo, y aun por eso tiene el derecho indisputable de elegirlos y contratarlos á su arbitrio y satisfacción. Ni se libertaría, en

(1) Ley omnes 8, Cód. de oper. publ.

(2) Ley 16, tit. 8, Part. 3, glosa 8.

ARRENDAMIENTO.

777

fin, con probar que la ruina ó falseamiento acació por la poca solidez del suelo, puesto que obligación suya era examinar la naturaleza del terreno, calcular su fuerza y prepararlo convenientemente para que pudiese sostener el edificio, ó por la mala calidad de los materiales, que debió reconocer y no emplear si eran malos, á no ser que los hubiese suministrado el que mandó hacer la obra, siendo sabedor de sus defectos, ó que el propio arquitecto se lo hubiera advertido.

Al concluirse la obra el dueño puede exigir que sea reconocida por peritos de ambas partes y tercero en discordia nombrado por el juez. Si los peritos entendieren que la obra es falsa, está obligado, como ya se ha dicho, el que la dirigió ó sus herederos, bien á levantarla de nuevo ó repararla á sus costas, ó bien á devolver el precio, resarciendo en todo caso los daños y perjuicios.

Tiene tambien el que ha tomado á su cargo la ejecucion de la obra, el deber de guardar los materiales que se le den para ella con una regular diligencia y emplearlos bien en la construccion, siendo responsable por consiguiente de cualquier sustraccion ó extravío de ellos, y de su pérdida ó deterioro, si proviniese de descuido ó impericia del mismo ó de sus operarios.

A su vez el dueño del terreno contrae la obligación: 1.º, de facilitar todo lo necesario para la sólida y perfecta construccion de la obra; 2.º, de pagar al arquitecto ó maestro de obras el precio estipulado, y si este no se determinó en el contrato, lo que valiere su trabajo á juicio de peritos, debiendo abonar en otro caso el interés del 6 por 100 desde el día de la interpelacion judicial (1). El pago deberá verificarse al tiempo fijado en el contrato, y si ni expresa ni tácitamente lo hubiese sido, cuando la obra esté concluida.

Estinguese el contrato de construccion de obra por la conclusion de esta, por el consentimiento unánime de las partes en cual-

quier tiempo, como tambien por la sola voluntad del locatario ó sea del dueño del terreno, por la muerte del locador y por cualquier caso fortuito ó fuerza mayor que haga imposible el cumplimiento de lo pactado. Tales son, tambien, los modos porque se disuelve el arrendamiento de obra á destajo, y por lo tanto reservamos esta materia para el siguiente párrafo, como lugar mas á propósito para tratarla con mayor estension por las particulares circunstancias de aquel contrato. V. OBRAS.

§. 4.º De las obras á destajo.

El contrato es de obra á destajo, cuando se estipula la construccion de toda ella por una cantidad determinada. Decimos de toda la obra con relacion á los límites que la pongan los contrayentes, pues por lo demas no solo puede tomarse á destajo la edificación, por ejemplo, de una casa, sino tambien la labor de carpintería necesaria para ella ú otra parte de la fábrica.

Cabe tambien este contrato en las operaciones rurales, como sucede cuando se estipula por cierta cantidad la siega, la vendimia y la cosecha de cualquier otro fruto.

A pesar de que no suelen celebrarse estos contratos sino con personas peritas, posible es que alguna vez se encargue alguna que no lo sea de la construccion de la obra por cierto precio; pero esto en nuestro sentir no altera la naturaleza de las obligaciones del empresario, el cual deberá sufrir las mismas responsabilidades que si fuera un maestro ó facultativo en la materia. Las razones en que nos fundamos, son: en primer lugar, que si tal convencion se verifica, siempre será en consideracion á alguna cualidad particular que concurra en el carácter del empresario, á cierto espíritu, v. gr. de orden, de interés y de economía, ó á alguna esperiencia en aquella clase de negocios de que carezca el otro contrayente; en segundo, que habiendo tomado á su cargo una obra cuya buena construccion requiere conocimientos especiales, deber suyo es va-

(1) Ley 19, tit. 11, lib. 10, Nov. Recop.
TOMO III.

larse para ella de un individuo que los posea, y últimamente, que si á pesar de esta precaucion la obra sale defectuosa, y de sus resultas se le exige alguna indemnizacion, tendrá el derecho de repetir contra el perito de quien se sirvió, el cual contrato con él á su vez los deberes especiales que se explican en este párrafo y en el precedente.

El derecho romano estableció que cuando el encargado de hacer una obra suministrase la materia principal, como lo es el suelo respecto del edificio (1), el contrato no debia considerarse arrendamiento sino venta. Con arreglo á este principio admitido tambien en nuestra legislacion cuando el empresario ponga el terreno, y la obra se menoscabe ó destruya por fuerza mayor ó caso fortuito antes de su conclusion y entrega, la pérdida ó quebranto será para aquel como vendedor de una cosa futura (2); pero no si despues de concluida la obra requiere al comprador á que la reciba y este no quiere comparecer ó lo demora indebidamente, pues entonces será del mismo la pérdida ó perjuicio que acaezca entre tanto sin culpa de la otra parte (3).

Cuando el constructor pone ademas de su industria los materiales de la obra, pero no el terreno, el contrato conserva el carácter de arrendamiento, ó cuando mas podrá decirse que incluye un arrendamiento por lo tocante á la industria personal del empresario, y una venta en razon del suministro de los materiales, debiendo regirse bajo cada uno de estos conceptos por las reglas peculiares del contrato respectivo. Pothier lo considera, sin embargo, como un arrendamiento puro, pues basta en su sentir para que conserve este carácter que el locatario haya dado al locador la materia principal, que en las obras es el terreno. Todos los demas son accesorios, y no deja de haber arrendamiento porque los ponga el constructor, á la manera que no se desnaturaliza el contrato celebrado con un

menestral cualquiera, por ejemplo un sastre, porque este ponga los adornos y demas adherentes de un traje, siempre que se le haya suministrado el paño. De este principio consagrado por el derecho romano, se deduce que en el caso á que nos referimos la pérdida acaecida antes ó despues de concluirse la obra por alguna ocasion que acaeciese, segun dice la ley de Partida (4), así como por grandes lluvias, ó por avenidas de agua, ó por terremoto, ó por otra cosa semejante no imputable al constructor, pertenece al dueño del terreno, el cual debe pagar á aquel, no solo el precio de su industria, sino tambien el valor de los materiales. Contra esta opinion se podrá objetar que la citada ley de Partida impone generalmente al dueño del terreno, sin distincion de circunstancias, la pérdida del edificio que sucede sin culpa del que ha tomado á su cargo su construccion, y que pudiendo entenderse esto del caso en que ponga aquel solamente su industria, no hay razon bastante para estenderlo á otros en que, como hemos indicado mas arriba, se ha celebrado un doble contrato, uno de arrendamiento con respecto á la industria, y otro de venta con respecto á los materiales; venta imperfecta, pues que no recae sobre materiales determinados, sino sobre los que sean necesarios para la obra, de modo que hasta su conclusion no se sabe los materiales que el primero se propuso vender, ni puede pensarse que el dueño del terreno quisiera obligarse á pagarlos proporcionalmente á medida que se fuesen colocando en la obra, sino en su totalidad, cuando ya formase un todo completo y acabado. Estas observaciones no carecen de todo fundamento; pero las consecuencias que de ellas ha pretendido deducir algun autor, nos parecen poco lógicas. Soporte en buen hora el arquitecto, maestro ó empresario la pérdida del edificio de cualquier manera que suceda, á no ser que el dueño haya sido moroso en su reconocimiento y aprobacion; pero límitese esta pérdi-

(1) Ley 29, ff. loc. cond.

(2) Leyes 11 y 26, tit. 5, Part. 5.

(3) Leyes 24 y 27, tit. 5 y 17, tit. 8, Part. 5.

(4) Ley 16, tit. 8, Part. 5.

ARRENDAMIENTO.

779

da á los materiales, que es lo que constituía el objeto de la venta, única parte del contrato que cae bajo el dominio de las precedentes consideraciones. Si el contrato es doble, si al mismo tiempo que la venta de los materiales incluye un arrendamiento de la industria del destajista, y este, como tal locador, ha cumplido religiosamente sus pactos, no hay razón para privarle de la recompensa estipulada, aplicándole disposiciones y doctrinas propias de otro contrato. En cuanto se constituyó vendedor nada más natural y justo que determinar sus derechos y obligaciones conforme á las leyes que rigen sobre la venta; pero nada más justo también que determinar sus obligaciones y derechos en la parte en que celebró un arrendamiento por las leyes relativas á este contrato.

Las obligaciones del destajista son con algunas modificaciones que espondremos las mismas que hemos enumerado al tratar del contrato de simple construcción, á saber:

1.ª Hacer la obra pactada debiendo dirigirla por sí mismo, si es perito, á no ser que de los términos de la comisión y demás circunstancias se deduzca claramente que no se le encargó la construcción en consideración á sus dotes artísticas ó facultativas.

2.ª Hacer la obra con la solidez y perfección debidas, arreglándose al plano aprobado por el dueño, si así se estipuló entre ellos, como sucede generalmente; y siendo responsable de la ruina ó falseamiento de la obra durante su construcción y 15 años después, salvo que procediese de fuerza mayor ó caso fortuito en los términos mismos que hemos explicado en el párrafo precedente.

3.ª Conservar los materiales que se le den, si no se encargó él de suministrarlos para la obra con una regular diligencia, pues en este contrato como de utilidad recíproca se presta la culpa leve, y emplearlos bien en la construcción, bajo las responsabilidades que hemos explicado asimismo en el párrafo anterior.

4.ª Empezar la obra á su debido tiempo y darla concluida dentro del plazo fijado en el contrato, á no ser que se lo impidiese algún obstáculo de fuerza mayor, pues en otro caso es responsable de los daños y perjuicios producidos por la demora.

El destajista, sea ó no perito, ni por error, ni mucho menos por engaño puede exigir al que le encargó la obra un precio que esceda los límites que la ley ha puesto á la libertad de la contratación en esta parte. Así que si hubiera estipulado una cantidad que sobrepuje en más de la mitad al justo valor de la obra, deberá restituir el exceso, teniendo derecho el perjudicado á exijírselo dentro de los cuatro años que la ley fija para la reclamación de las lesiones en general (1).

Las obligaciones del que encargó la obra, como ya se ha dicho en el párrafo anterior á propósito del contrato de simple construcción, son dos:

1.ª Hacer lo que le incumba conforme á la convención y cuanto dependa de él para que pueda llevarse á cabo la obra con la regularidad, prontitud, solidez y perfección apetecibles. Si por la falta de cumplimiento de este deber ó de cualquier otro de los que se haya impuesto en el contrato irrogase algún perjuicio al destajista tendrá este un derecho evidente al resarcimiento y aun á la rescisión, según las circunstancias.

2.ª Satisfacer al destajista el precio convenido, y si este no se fijó en el contrato lo que valiera la obra ó su construcción á juicio de peritos, adeudando, si lo demora, el interés del 6 por 100 desde la interposición judicial (2). El pago deberá hacerse en la época que se hubiere estipulado; y si sobre ello nada se dijo, cuando la obra esté concluida y el dueño la haya aprobado y recibido, ó podido aprobarla y recibirla mediante la invitación del destajista, á quien no debe dañar su morosidad en tales actos: así está espresamente dispuesto en una ley

(1.) Ley 7, tit. 1, lib. 10 de la Nov. Recop.

(2.) Ley 12, tit. 11, lib. 10, Nov. Recop.

de Partida (1). Habiéndose fijado precio en el contrato, el destajista perito no puede exigir aumento alguno. La ley supone que un experto no ha podido ser engañado en un asunto de su profesión ó arte, y así es que no le otorga el remedio de la lesión, aunque alegue que se le perjudicó en mas ó menos de la mitad de lo justo (2). No falta quien opine que tampoco puede pedir aumento de precio por el encarecimiento de los materiales ó de la mano de obra: la ley, sin embargo, no hace tal declaración, que con relación á algun caso pudiera ser injusta. Convenimos en que hay algo de ventura en estos contratos, que nunca pierde de vista el que los celebra y en que así pueden las circunstancias modificar las bases de su cálculo en daño como en provecho de sus intereses, prescribiendo la equidad que el arquitecto, alarife ó empresario de otra clase que utilizaria el próspero suceso de una hazaña, sufra á su vez el contratiempo de un alza en el precio de los materiales ó de los jornales. Pero á tal punto pudiera elevarse ó descender ese precio por efecto de accidentes extraordinarios, que no fuera justo que una ú otra de las partes sufriera por la estricta observancia de sus pactos un perjuicio enormísimo que la mas suspicaz prevision no hubiese podido siquiera vislumbrar. En un caso de esta especie, seguramente extraordinario, pero no imposible, los tribunales deberían en una prudente y equitativa decision conciliar los intereses de ambos contratantes.

Habiéndose pactado la construcción de la obra conforme á un plano dado, es consiguiente que el destajista tampoco tendrá derecho á mayor retribucion por las alteraciones ó mejoras que hubiere hecho sin autorizacion del dueño. Establecemos esta doctrina como creemos que ha establecido la ley Recopilada toda su disposicion en el supuesto de que el dueño del terreno no hubiese empleado algun medio doloso para

inducir al arquitecto, maestro ó empresario de la obra en alguna equivocacion de cálculo. De otra suerte, no porque sea este perito, deberá carecer de derecho á una indemnizacion justa, pues la ley en ningun caso favorece el dolo, el cual por esta razon se presta en todos los contratos.

Sobre el privilegio de esta clase de créditos véase el artículo **ACREEDORES**.

El contrato de arrendamiento de obras de que vamos tratando se disuelve:

1.º Por la conclusion de la obra.

2.º Por el consentimiento mútuo de las partes, el cual puede poner término al contrato antes y despues de comenzada la obra, con la diferencia de que en este segundo caso debe el dueño abonar al empresario el precio de lo que lleva hecho, y en el primero no ha lugar á indemnizacion alguna, salvo que el destajista hubiese gastado algo en preparativos necesarios para emprender la obra, en cuyo caso, si de no aprovecharlos en ella se le sigue algun perjuicio, prescribe la equidad que sea indemnizado. Segun la opinion de algunos autores nada mas podrán reclamarse las partes á título de daños y perjuicios, á no ser que hubiesen pactado otra cosa para el caso de disolucion del contrato; pero esta advertencia es cuando menos inútil. Si la disolucion se verifica por el consentimiento reciproco de los contrayentes, ¿quién de ellos ha de poder reclamar fundadamente algo por daños y perjuicios? Si alguno se le sigue de la disolucion del contrato, así mismo que ha consentido en ella, debe imputárselo. Si otra cosa se pacta en el acto mismo de la disolucion relativamente á indemnizaciones, el derecho á estas provendrá de un nuevo convenio, no de la naturaleza y condiciones del contrato disuelto.

3.º Segun algunos escritores, puede tambien verificarse la disolucion por la sola voluntad del que encargó la obra, el cual siempre que crea conveniente á sus intereses renunciar á ella, ó suspenderla ó confiarla á otra persona, tiene el derecho de hacerlo, advirtiéndoselo al arquitecto ó

(1) Ley 17, tit. 8, Part. 5.

(2) Ley 4. tit. 1, lib. 10 Nov. Recop.

ARRENDAMIENTO.

781

maestro con quien habia contratado é indemnizándole los daños y perjuicios. Según la doctrina de estos mismos escritores, el empresario de la obra por su parte, una vez perfecto el contrato, no puede separarse de él, y si retarda su cumplimiento, puede ser compelido judicialmente, y se fundan para ello en que en el arquitecto, maestro ó encargado de la obra no pueden concurrir ninguna de las razones que hacen excusable en la otra parte el arrepentimiento, y de aquí la diferencia de derechos que entre ellos establecen sobre este punto. Nosotros creemos que aun en este caso debe admitirse la reciprocidad de derechos que es propia de la naturaleza de este contrato, que va inherente á él y que constituye su carácter distintivo.

4.º Se estingue igualmente el contrato de obra á destajo por la muerte del destajista, á diferencia del arrendamiento de cosas que, como tenemos dicho en su lugar oportuno y establece la ley, no concluye por semejante causa. La ley 9, tít. 8, Part. 3, después de hablar de ciertos funcionarios públicos y de maestros de las ciencias que percibiendo cierta dotacion muriesen antes de cumplirse el año y de disponer que en semejante caso los herederos han de percibir la dotacion íntegra, como si hubieran servido el año por completo, añade: «Eso mismo dezimos de los menestrales que pleyteasen (1), algunas obras é prometen de las cumplir por precio cierto; que si se muriesen ante que las acaben, que deven aver sus herederos aquello que ovieren merecido ellos é non mas.»

En efecto, cuando se ajusta una obra de la especie á que nos referimos, por lo comun se consulta la habilidad, la esperiencia y los conocimientos acreditados ya de la persona á quien se encarga en tales términos que, según el testimonio de Greg. Lop. y demas glosadores, conformes todos en esta parte, esas condiciones personales del encargado de la construccion, se presumen siempre en caso de duda. *Videetur*, dice aquel escri-

tor, *quod in dubio sit electa industria personæ et sic locatio non transeat ad heredem* (1).

Muerta, por consiguiente, la persona que mereció semejante confianza al dueño de la obra, y pudiendo no ser sus herederos tan competentes como lo era su causante para llevarla á cabo, nada mas natural y justo que considerar concluido el contrato, pues en el lleno de su libertad quedan aquel y estos, caso de merecer la confianza del primero, para celebrar una nueva convencion con el mismo objeto.

La muerte del empresario ó destajista altera una de las condiciones esenciales en que descansa este contrato de obras, que es el carácter de personalísimas y no transmisibles que imprime á las obligaciones derivadas de él; y muy claro es que alterada ó violada esa condicion esencial, el contrato no puede subsistir. No sucede así respecto del que encargó la obra. En las obligaciones contraídas por él nada hay de personal; él ha estipulado para sí y para sus herederos, porque tal es la índole de la convencion que ha celebrado; así lejos de haber inconveniente en ello es muy conforme á todos los principios legales la continuacion de aquellas obligaciones en el heredero ó herederos del locatario.

Aunque estas, como acabamos de decir, no se transmiten á los herederos del empresario ó destajista, observa muy oportunamente cierto escritor ya citado, que si este hubiese incurrido en algun motivo de responsabilidad, por ejemplo, el de la demora en la ejecucion de las obras, sus herederos aunque no le sucederán en la obligacion principal de continuarlas por las razones manifestadas, le sucederán sin embargo en la secundaria de daños y perjuicios. Esto es consiguiente á la naturaleza de la responsabilidad que desde el momento mismo de haberse contraído pesa sobre los bienes del empresario.

La misma ley de Partida citada últimamente y trascrita en parte, añade una circunstancia muy digna de la atencion de

(1) Esto es, ajustasen.

(1) Ley 2, tít. 8, Part. 3, glos. 2.

nuestros lectores. «Pero si todo el precio, dice, quisieren demandar, deven dar otros menestrales tan sabidores como aquellos que fincaron que acaben las obras.» Es decir, que no obstante la regla general, según la cual en el caso de fallecer los menestrales y demas personas que han ajustado la construcción de una obra por cierto precio se entiende concluido y terminado el contrato sin tener los herederos derecho á otra parte del precio mas que la devengada, cuando estos herederos están dispuestos á dar y dan efectivamente otros menestrales tan diestros y entendidos como los que fallecieron, pueden demandar toda la cantidad estipulada.

Gregorio Lopez, que comentando esta parte de la ley asegura no haber visto disposición alguna en el derecho civil conforme á su contenido, presintió la dificultad que se deriva á primera vista de ella, y dijo: *Et videtur forte limitandum, quod hic habetur nisi esset electa industria personæ.* Y en efecto, ¿cómo sería posible confiar á una persona desconocida la continuación de una obra importante y acaso grandiosa, emprendida bajo la garantía de los conocimientos probados que caracterizaban al empresario ó constructor á quien se tratase de reemplazar? ¿Quién podría responder de que el continuador de la obra designado por los herederos, llenaría las condiciones propias del caso é indispensables para llevarla debidamente á cabo? Preciso es convenir, pues, en que la disposición de la ley citada puede entenderse cuando mas en el caso de que la obra sea de tal naturaleza que no presuponga conocimientos especiales, y que pueda ser continuada y terminada por el constructor nuevamente designado sin detrimento alguno de los intereses del dueño.

§.º Concluye, finalmente, el arrendamiento de obra, cuando un acontecimiento de fuerza mayor imposibilita su cumplimiento. En tal caso tienen aplicación las doctrinas y principios generales espuestos al tratar del arrendamiento en general, toda vez que el suceso que impide materialmente la ejecución del contrato, es in-

dependiente de la voluntad de los interesados, y ninguno puede ser culpado con visos de razón y de justicia. Por esta consideración, y por la índole misma de la causa puramente casual y fortuita, el que tomó á su cargo la obra, sea arquitecto, maestro de obras ó cualquier otro, no puede pretender indemnización alguna en razón del perjuicio que pudiera haber experimentado. Eso no obstante, si este mismo constructor gastó algo en los indispensables preparativos de la obra y en el acarreo de materiales dispuestos para ella, parece justo, y así lo creen Pothier y algunos otros tratadistas, que se le reintegre por el que encargó la obra, mediante que en ese caso debe considerarse aquel gasto como hecho é invertido en negocio suyo, de su orden y en su propia utilidad. *Tamquam ejus negotium gerens.*

SECCION III.

DE ALGUNOS CONTRATOS QUE TIENEN ANALOGIA CON EL ARRENDAMIENTO DE OBRA.

Hay dos maneras de convención que, aunque no puedan calificarse en rigor de arrendamiento de obra, tienen grande analogía con él.

La primera, perteneciente á la clase de los contratos innominados *facio ut facias*, consiste en encargar uno de los contrayentes al otro la construcción de cierta obra obligándose por su parte á hacer otra para él. Falta aquí el precio en dinero, requisito esencial de todo arrendamiento; pero en lo demás el contrato tiene todos los caracteres de tal como quiera que cada contrayente, que es á su vez locador y locatario, contrae respecto del otro las obligaciones mismas que hemos espuesto anteriormente. Son, pues, aplicables á este caso los principios generales que rijen en el arrendamiento de obras con las modificaciones que exige de suyo la circunstancia de no consistir el precio en dinero.

La segunda de dichas convenciones se verifica cuando estipulan las partes que como

ARRENDAMIENTO.

783

precio de una obra ó de cierto trabajo ejecutado por una de ellas le cederá la otra el uso ó propiedad de una cosa. Este contrato *do ut facias* es semejante en parte al arrendamiento de obra, y en parte á la venta, porque en efecto si en lugar de recibir respectivamente como precio la cosa, y el trabajo y servicio estipulados, consistiese este en dinero, el que trasmite aquella no haria mas que venderla, y el que se obliga á este seria simplemente un locador de obra.

Repetimos por tanto lo dicho á propósito de la convencion anterior, á saber, que con las modificaciones consiguientes á la ausencia de un precio en dinero, el doble contrato á que nos referimos debe regirse por las reglas concernientes á los de venta y arrendamiento de obra.

ARRENDATARIO. El que recibe las cosas dadas en arrendamiento. V. **ARRENDAMIENTO.**

